República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SP925-2020

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

Radicación 48049

(Aprobado en acta No.096)

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de LUZ CARIME SÁNCHEZ URRUTIA y HERMES CONEJO GUAZA —comuneros indígenas del Resguardo Ambaló Silvia-Cauca—, contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Totoró-Cauca que los condenó como autores del delito de lesiones personales dolosas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Hacia las seis de la mañana del 26 de agosto de 2007, en una cancha deportiva de la vereda *La Peña*, sobre la vía que conduce al corregimiento *Gabriel López* del municipio de Totoró-Cauca, tras haber desarrollado desde la noche anterior un evento de integración por parte de la Asociación Indígena del Cabildo del Pueblo Totoroez, María Baldina Pillimué Conejo se subió a la tarima para preguntar dónde se encontraba su esposo Marco Fidel Sánchez, ante lo cual LUZ CARIME SÁNCHEZ URRUTIA, gritando que aquella le estaba quitando el esposo por haber bailado con él, la agredió al pegarle en la cabeza con una botella, luego, cuando era socorrida al sacarla del lugar, la volvió a agredir tumbándola al suelo, momento que aprovechó HERMES CONEJO GUAZA, esposo de la agresora, para también propinarle a María Baldina varios puntapiés en la cara y la boca, perdiendo ésta varias piezas dentales. Le fueron dictaminados 35 días de incapacidad médico legal y como secuelas la deformidad física de carácter permanente que afectó el rostro y la perturbación funcional del órgano de la masticación, también permanente.

El 23 de octubre de 2013 ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Silvia-Cauca se llevó a cabo diligencia en la cual la Fiscalía les formuló imputación a LUZ CARIME SÁNCHEZ URRUTIA y HERMES CONEJO GUAZA como presuntos autores de delito de lesiones personales dolosas. Los imputados no

aceptaron los cargos y no les fue impuesta medida de aseguramiento.

Previamente, el 15 de julio de 2013, el Gobernador y el Comisario del Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló Silvia-Cauca habían solicitado al fiscal enviar el diligenciamiento a la jurisdicción indígena, pedimento que el delegado del ente investigador les negó por decisión de 25 de octubre de 2013 al estimar que no se satisfacía el elemento territorial ya que: *i)* los hechos sucedieron en la vereda *La Peña* del municipio de Totoró en tanto que los inculpados tenían asiento en el Resguardo Ambaló-Silvia; y *ii)* la afectada no pertenecía al resguardo indígena de aquellos. Notificadas las partes, guardaron silencio.

El 17 de enero de 2014 fue presentado el escrito de acusación por el mismo ilícito contra el bien jurídico de la integridad personal, dada la deformidad física del rostro y perturbación funcional del órgano de la masticación de la víctima, ambas de carácter permanente, y el 4 de junio siguiente al llevar a cabo en el Juzgado Promiscuo Municipal de Totoró-Cauca la respectiva audiencia de formulación, el defensor impugnó la competencia al considerar que la jurisdicción indígena debía conocer del asunto.

El Consejo Superior de la Judicatura, a través de proveído de 26 de junio de 2014, dirimió el conflicto al asignarlo a la justicia ordinaria, pues estimó que hechos sucedieron en la vereda *La Peña* del municipio de Totoró, en

tanto que los procesados pertenecían al Resguardo Ambaló Silvia-Cauca, además, no estaba acreditado el elemento institucional.

El 24 de septiembre de 2014 se reanudó la audiencia de formulación de acusación y surtidas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el 9 de septiembre de 2015 se emitió sentencia condenatoria en contra de los procesados como autores del delito de lesiones personales dolosas: a LUZ CARIME SÁNCHEZ URRUTIA por la deformidad física que afectó el rostro de la ofendida, le fueron impuestas las penas de dieciséis (16) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, concediéndole la suspensión condicional de la ejecución de la pena. A HERMES CONEJO GUAZA por la perturbación funcional del órgano de la masticación de la afectada, se le fijaron las penas de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y de inhabilitación ciudadana, con la pena pecuniaria de treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena, razón por la cual se dispuso que, una vez cobrara ejecutoria la sentencia, se librara la respectiva orden de captura.

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el defensor de ambos procesados, el Tribunal Superior de Popayán a través de sentencia de 29 de enero de 2016

confirmó la condena, razón por la cual el mismo profesional impugnó extraordinariamente y allegó la demanda de casación la cual, luego de admitida, fue sustentada ante esta Sala.

DEMANDA

Tras anunciar como fines del recurso el respeto de las garantías de los intervinientes, así como la efectividad del derecho material, formuló un cargo bajo la causal segunda de casación, porque en su criterio, el proceso está viciado de nulidad por el desconocimiento del artículo 246 de la Constitución Política y de la garantía del juez natural, toda vez que era la jurisdicción indígena la competente para conocer del asunto.

Así, destacó que se reunían los elementos de la jurisdicción indígena:

Elemento territorial: Los hechos ocurrieron el 26 de agosto de 2007 en la vereda *La Peña* al interior del Resguardo Indígena de Totoró, municipio de Totoró, cuando el cabildo desarrollaba una actividad (Bingo) y la agresión se dio cuando tras la *"ingesta desproporcionada de bebidas alcohólicas tanto de los agresores como la víctima y después de varias situaciones relacionadas con discusiones, dudas, búsquedas, celos, resultó [María Baldina] agredida por parte de mis defendidos"*.

Elemento objetivo: Los agresores pertenecen al Pueblo Ancestral Ambaló-Silvia Cauca y la víctima a otro resguardo, pero siguiendo las subreglas establecidas por la Corte Constitucional que, si el bien jurídico afectado *"concierne tanto a la comunidad indígena a la que pertenece la comunera afectada, como a la comunidad indígena a la que pertenecen los comuneros indígenas LUZ CARIME SÁNCHEZ URRUTIA y HERMES CONEJO"*, se debe tener en cuenta que:

a.- El hecho concierne a ambas comunidades indígenas.

b.- De considerar que la agresión de María Baldina, siendo indígena de un resguardo diferente es de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la sentencia T-617 de 2010 *"la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena.... y el juez en cambio debe hacer un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima".*

c.- Tanto los procesados como la víctima son indígenas, y si se considera que el caso no reviste especial nocividad en concepto de la cultura diferencial, debe remitirse a la jurisdicción especial.

Elemento Institucional u orgánico: Las autoridades indígenas de Cauca, en especial el Cabildo del Pueblo Ancestral de Ambaló, así como del Pueblo de los Totoroez

tienen instituciones, usos, costumbres y procedimientos tradicionales, con poder de coerción social y centros de reclusión, denominados centros de armonización, además, cuentan con el concepto genérico de nocividad social, los Gobernadores tienen autoridad para investigar y juzgar no solo a sus propios indígenas sino a los de otros resguardos que generen desequilibrio y perjuicio social.

Elemento personal: Está acreditada la calidad de indígenas de los procesados con la solicitud que el Gobernador del Cabildo de Ambaló hizo a la fiscalía para asumir el conocimiento de los hechos, así como con la certificación del Gobernador el Cabildo de Totoró respecto de la pertenencia de María Baldina a ésta comunidad indígena.

Elemento de congruencia: La jurisdicción especial indígena, caracterizada por ser preventiva, restitutiva y de educación pública, tiene reconocimiento constitucional, ejerce autoridad y sus procedimientos no han resultado contrarios a la Constitución.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante

El defensor se mantuvo en los argumentos expuestos en su libelo al abogar por la nulidad del diligenciamiento ante la

falta de competencia de la jurisdicción ordinaria, ya que debió conocer la jurisdicción indígena.

2. El representante de la Fiscalía

La Delegada del ente investigador pidió no casar el fallo por no concurrir los elementos para atribuir a la jurisdicción indígena el conocimiento del asunto.

En primer lugar, adujo que, si bien no hay constancia de la calidad de indígenas de los procesados, en desarrollo del principio de libertad probatoria podía ser suficiente con el memorial que el Gobernador del Cabildo de Ambaló dirigió a la fiscalía indicando que ellos pertenecían a esa comunidad.

En segundo término, aseguró que surge un problema jurídico al estar frente a dos comunidades indígenas diferentes, pues la de Ambaló reclama la competencia, en tanto que la víctima es de la comunidad Totoró.

Que, por demás, no concurre el elemento territorial ya que hechos sucedieron en el ámbito de la comunidad Totoró, a la cual pertenece la víctima.

Afirmó que precisamente, al estar ante culturas diferentes, tampoco concurre el elemento institucional, porque de aceptar que las lesiones personales tienen protección en ambas comunidades, así como en el orden

nacional, atendiendo la regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, no podría reconocérsele a los procesados el fuero indígena por no aparecer demostrado que se garantizarán los derechos a la víctima que pertenece a un cabildo diferente.

3. El Delegado del Ministerio Público

Solicitó no casar el fallo por razón del cargo formulado, al no cumplirse con el elemento personal, porque no se acreditó la condición de indígenas de los procesados, pues era necesaria la certificación del Gobernador del Resguardo de Ambaló a fin de determinar si ellos pertenecían a esa comunidad y si estaban debidamente censados.

Que tampoco se cumple con el elemento territorial, ya que los hechos sucedieron en la vereda *La Peña* del municipio de Totoró, en tanto que los procesados pertenecerían al ámbito del Cabildo Ambaló Silvia-Cauca, por ello, no podría éste resguardo adelantar el diligenciamiento.

A su turno, aseveró que, al no cumplirse con el elemento personal, no hay lugar a verificar el factor institucional ni el objetivo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Desde ya la Corte anticipa que saldrá avante la pretensión del defensor de declarar la nulidad de la actuación

para remitirla por competencia a la jurisdicción especial indígena.

Las premisas que servirán de fundamento para ello parten del reconocimiento del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y del pluralismo jurídico bajo el cual se acepta la coexistencia de los sistemas de regulación social y de la forma cómo se resuelven los conflictos tanto de la cultura mayoritaria, como de las comunidades indígenas, ello en virtud de lo normado en el artículo 3° y 18 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[1], adoptada el 13 de septiembre de 2007, el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra en 1989 y aprobado en el ordenamiento interno por la Ley 21 de 1991, así como el artículo 246 de la Constitución Política que extiende la facultad judicial a la jurisdicción indígena, circunscrita a su ámbito territorial y de conformidad con sus propias formas y procedimientos, siempre que no contraríe la Constitución y las leyes de la República, potestad ratificada en el artículo 12 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (modificado por el art. 5 de Ley 1285 de 2009).

[1] El artículo 3° les reconoce el derecho a la libre determinación en relación con su condición política, desarrollo económico, social y cultural, en tanto que el artículo 18 el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que los afecten por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener sus propias instituciones de toma de decisiones.

Paralelamente, sin desconocer la potestad que al Consejo Superior de la Judicatura le asigna los artículos 256 de la Constitución Política y 112 de la Ley 270 de 1996 de dirimir los aspectos de competencia que se puedan presentar entre las distintas jurisdicciones, se tendrá en cuenta como baremo que la Corte Suprema de Justicia, dado su rol de garante y protector de los derechos fundamentales, ha señalado que frente a la garantía superior del debido proceso, en su manifestación del juez natural, es viable en sede casacional revisar aquellas decisiones, máxime cuando de valorar la diversidad étnica y cultural se trata.

Los criterios jurisprudenciales que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia[2] han implementado para hacer efectiva la integridad étnica y cultural, así como la autonomía jurisdiccional indígena parten de precisar que el fuero indígena no es el único factor a tener en cuenta, ya concurre la valoración de las autoridades autóctonas, el sistema de derecho propio, así como los procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad.

---

[2] Para una mejor comprensión puede consultarse la publicación que hizo Sala Penal en 2017 "Justicia y Pueblos Indígenas" la que, tal y como se anunció en su presentación: *"muestra la evolución del pensamiento en cuanto a la persona del indígena, el trato, su dignidad, los derechos y las garantías que les corresponde".*
www.cortesuprema.gov.co/corte/wp_content/uploads/publicaciones/i2.pdf

Con el fin de determinar cuándo una comunidad indígena está facultada para ejercer la facultad jurisdiccional, en la sentencia C-136/96 y en las decisiones T-349 de 1996, T-030/00, T-728/02, T-811/04 y T-364 de 2011, entre otras, la Corte Constitucional ha señalado los siguientes factores:

1. *Factor humano o subjetivo*, en cuanto debe existir un grupo diferenciable por su origen étnico y por su identidad cultural al cual pertenece el señalado de cometer la infracción.

i). Si tal conducta está 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). En cambio, si la conducta está sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, se debe tener 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".*

2. *Factor orgánico o institucional*, ya que han de existir autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en esa comunidad, como derecho propio según sus

usos, costumbres y procedimientos, es decir, que medie un poder de coerción social y se conciba un concepto general de nocividad social, a fin de satisfacer el debido proceso, la manera establecida para resolver los conflictos y garantizar el derecho de las víctimas, siempre y cuando ese sistema tradicional no sea contrario a la Constitución ni a la ley.

3. *Factor geográfico*, en relación con el territorio de la comunidad, entendido no sólo en su aspecto físico sino en el ámbito en el cual ejerce su cultura, *"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"*. (subrayas no integradas).

4. *Factor objetivo*, en cuanto se analiza si el bien jurídico afectado o su titular está relacionado con un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria, lo cual puede generar tres posibilidades:

i) Si sólo pertenece a la comunidad étnica, el caso deberá ser resuelto por la jurisdicción indígena.
ii) Si únicamente interesa a la cultura mayoritaria, será competencia de la justicia ordinaria.
iii) Si interesa a ambas, será necesario acudir a los otros factores a fin de determinar si deben conocer las autoridades de los pueblos indígenas.

Puede suceder que estén en tensión los derechos de dos comunidades indígenas, en cuyo caso se analiza, además del aspecto geográfico en donde acaeció la conducta, si está referida al ámbito cultural, o si fue una acción ajena a ese contexto, frente a la cual podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a la sanción del responsable. (Cfr. Sentencias T 552/03 y T-397/16).

A su turno, la Corte Constitucional en la sentencia C-463/14 para dirimir los conflictos que se puedan presentar entre el orden jurídico nacional con las normas, usos y costumbres de las comunidades indígenas, fijó los siguientes criterios hermenéuticos:

1. *Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o de minimización de las restricciones a su autonomía*, a fin de que la restricción a la autonomía indígena únicamente sea admisible si: *i)* es necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; *ii)* es menos gravosa frente a cualquier medida alternativa; y *iii)* se analicen las particularidades de cada comunidad.

2. *Principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos*, apotegma que implica que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas sea más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes.

3. *Principio a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía*, según el cual, se deben privilegiar los grupos que conservan sus usos y costumbres frente a los que no los conservan, pues para estos se aplicarían las leyes de la República.

Por su parte esta Sala, entre otras, en CSJ SP, 5 dic. 2016, rad. 48136 y SP 28 oct. 2015 rad. 44890, también ha enfatizado en el reconocimiento constitucional de la integridad étnica y cultural indígena y la autonomía jurisdiccional de las autoridades tradicionales o ancestrales reafirmando el poder de configuración normativa por parte de esa población, lo cual puede conllevar, en ocasiones, el desplazamiento de la legislación nacional, en sus componentes orgánico, normativo y procedimental para que investiguen y juzguen a los miembros de su comunidad de acuerdo con sus normas y procedimientos, reconociendo así sus costumbres, valores e instituciones, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico nacional.

En CSJ SP, 12 mar 2014, rad. 42287, y SP, 11 nov. 2015, rad. 46556, también se destacó que tratándose de hechos graves que vulneren o atenten bienes jurídicos de interés tanto para la cultura mayoritaria, como para determinada comunidad indígena, el elemento institucional adquiere preeminencia 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.

En esos eventos, se precisó que resulta vano argumentar que el sistema sancionatorio de los indígenas comporta un tratamiento débil y permisivo generador de impunidad, porque tal calificación, además de peyorativa, desdeña la autonomía de los pueblos indígenas, pero, además, los fines y funciones de la pena en la cosmovisión de cada cultura no se excluyen ni son contrarios a la Constitución ni la ley.

De igual forma en SP, 28 jun. 2017, rad. 47119 se valoró el acto jurisdiccional de las autoridades indígenas por la forma cómo se manifestaron para resolver un asunto que consideraron lesivo de sus intereses. Así, por las particularidades que rodearon los hechos, se reconoció la legitimidad de la jurisdicción indígena para investigar un comportamiento de una persona que no tenía la condición de indígena, específicamente, un soldado del Ejército Nacional, cuando asumieron que su intromisión en desarrollo de una Minga[3] atentaba contra su tranquilidad territorial y lesionaba la forma como estaban realizando su protesta, para tal fin la Sala le otorgó preponderancia al bien jurídico ya que

[3] *«'La Minga' es una práctica ancestral de los pueblos indígenas de los Andes. Es un esfuerzo colectivo convocado con el propósito de lograr un objetivo común…, tiene como lema 'Caminar la Palabra' que para los indígenas significa llegar a acuerdos a través del diálogo, hablar y a través de la palabra, reconocer al otro y su verdad. Dan gran valor a la palabra que no requiere de documentos. Caminar la palabra es, según los líderes de la minga, 'romper el miedo, el terror, el silencio y la desesperanza'».* http://www.centrodememoriahistorica.gov.co

la invasión del foráneo en el territorio indígena se consideró que atentaba en ese momento un interés vital para la comunidad indígena.

Del caso en estudio

1.- Factor subjetivo

Preliminarmente se debe destacar que los asuntos relacionados con la condición de indígenas de los procesados HERMES CONEJO GUAZA y LUZ CARIME SÁNCHEZ URRUTIA, así como de la víctima María Baldina Pillimué Conejo no fue objeto de debate en desarrollo de la audiencia de juicio oral.

El Consejo Superior de la Judicatura el 26 de junio de 2014, al dirimir el conflicto de competencias que planteó el defensor de los procesados en la audiencia de formulación de acusación, concluyó que no se cumplía con ninguno de los elementos para que conociera la jurisdicción especial indígena, pues *"no obra en el expediente prueba indicativa que los señores HERMES CONEJO GUAZA y LUZ CARIME SÁCHEZ URRUTIA son miembros de una comunidad indígena…[*ni hay*] prueba alguna, si quiera sumaria, que indique el ámbito territorial de la 'comunidad' a la que pertenecen los procesados".*

A su turno, el Tribunal en respuesta al cuestionamiento que planteó el defensor por este mismo motivo anulatorio basado en la falta de competencia de la jurisdicción

ordinaria, concluyó que el conflicto ya había sido resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura, situación que relevaba cualquier otro estudio adicional por ser una ley del proceso.

En estas condiciones, bajo los parámetros del artículo 379 de la Ley 906 de 2004 al señalar que son pruebas únicamente las practicadas y controvertidas en juicio, en este caso no podría hablarse propiamente de pruebas, sin embargo, tal barrera ha de franquearse por el mismo derecho fundamental de autonomía de los pueblos indígenas, ya que por el autogobierno y autonomía política y jurídica que lo caracteriza permite admitir las formas que tienen de identificarse y reconocer a sus integrantes.

Por ello, la Sala no comparte la apreciación del Delegado del Ministerio Público cuando en la audiencia de sustentación del recurso argumentó que para acreditar la condición de indígenas de los incriminados era necesaria la certificación del Gobernador del Resguardo de Ambaló a fin de determinar si ellos pertenecían a esa comunidad y si estaban debidamente censados.

Obra la comunicación de 15 de julio de 2013 —previo a la celebración de la audiencia de formulación de imputación—, en la cual el Gobernador del Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló[4], Miguel Antonio Calambas y el

[4] Según el artículo 2° del Decreto 2164 de 1995 (reglamentario de la ley 160 de 1994) El cabildo indígena *"es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya*

Comisario del mismo, Eduardo Julián Chur Pillimué, además de reseñar que LUZ CARIME SÁNCHEZ y HERMES CONEJO eran *"comuneros indígenas"* le solicitaron al Fiscal el traslado del proceso a la jurisdicción indígena:

> *"EL SUSCRITO CABILDO DEL PUEBLO INDÍGENA DE AMBALÓ EN EJERCICIO DEL DERECHO PROPIO Y LAS FACULTADES LEGALES CONSAGRADAS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, LA LEY 21 DE 1991 Y DEMAS NORMAS AFINES.*
>
> *Solicita la suspensión de la audiencia pública a realizarse el día 17 de julio en la Fiscalía de Totoró para ADELANTAR LA FORMULACION DE IMPUTACION DE CARGOS en contra de mis comuneros arriba mencionados y en su defecto se traslade a la autoridad tradicional en mención.*
>
> *El Cabildo de Ambaló, actuando en la jurisdicción especial indígena, de llamar a las partes implicadas y adelantar el proceso de investigación, clarificación y sanción según sea el caso".* (Fol. 70 c.o. N° 1).

Para la Sala y como lo hace ver la Delegada de la Fiscalía, en virtud del principio de libertad probatoria tal escrito acredita que los procesados ostentan la condición de indígenas de la comunidad Ambaló.

Además, no se puede desatender que según el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, la conciencia de la identidad

---

función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad".

indígena es el criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplica, línea en la cual la Corte Constitucional, al abordar lo relacionado con el factor subjetivo, ha señalado que la demostración que el sujeto juzgado es realmente indígena dependerá de la conciencia étnica demostrada como una condición real, de acuerdo con la cual pertenece a una determinada comunidad y sigue sus usos y costumbres.

En la sentencia de Tutela T-703/08 esa Corporación determinó que *"…la demostración de la condición indígena debe darse a partir de la identidad cultural real del sujeto que pregona su pertenencia a una determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad. Para el establecimiento de dicha situación, pueden ser aplicados diversos mecanismos, como las certificaciones de la máxima autoridad de cada comunidad o resguardo; las certificaciones del censo interno que, de acuerdo con la Ley 89 de 1890 y el artículo 5 de la Ley 691 de 2001, debe llevar cada comunidad; estudios sociológicos y antropológicos atinentes a la identidad cultural de la comunidad y del sujeto, etc. Dentro de dichos mecanismos deben tener mayor peso los que la propia comunidad indígena ha adoptado en ejercicio de su autonomía y, en todo caso, debe primar la realidad sobre formalidades como la inscripción en un determinado censo, que puede estar desactualizado o contener errores"*. (subrayas no integradas al texto).

Ahora, respecto de la víctima, obra copia de la constancia expedida por el Gobernador del Cabildo Indígena del Pueblo Totoroez que: *"MARÍA BALDINA PILLIMUE CONEJO, IDENTIFICADA con C.C. 25.742.745 expedida en Totoró-Cauca, residente en la sección el Cofre, es indígena perteneciente a este Resguardo, conserva su identidad cultural como también se encuentra*

inscrita en el Censo Elaborado por el Cabildo indígena del Pueblo Totoroez. (fol. 71 ídem).

La inicial petición de los representantes del Cabildo Ambaló fue atendida por el fiscal local de Totoró-Cauca con posterioridad a la audiencia de formulación de imputación mediante una decisión del 25 de octubre de 2013 en la cual negó el envío del diligenciamiento a la jurisdicción especial indígena bajo los siguientes argumentos:

1.- Se cumplía el elemento institucional ya que el Cabildo Ambaló, representado por los peticionarios, contaba con autoridades capaces de impartir justicia al interior de su territorio conforme a sus normas y procedimientos tradicionales.

2.- Se reunía también el elemento personal al tener los procesados la condición de indígenas comuneros, quienes *"han acudido a sus autoridades indígenas a ejercer su derecho de ser juzgados por su juez natural, a fin de que los juzguen bajo sus usos y costumbres"*.

3.- El factor geográfico no se reunía porque los hechos sucedieron en la vereda *La Peña* del municipio de Totoró sitio que corresponde al territorio del Pueblo Indígena Totoroez, *"y los aforados indígenas tienen su asiento en el Resguardo de Ambaló Silvia, circunstancia esta que configura un impedimento para que el Cabildo Indígena asuma el conocimiento de la presente investigación"*. (Fol. 72 a 73 ibídem).

Una vez presentado el escrito de acusación contra LUZ CARIME SÁNCHEZ y HERMES CONEJO GUAZA por el delito de lesiones personales dolosas, al momento de realizar la audiencia de formulación respectiva, el 4 de junio de 2004 el defensor insistiendo en que debía conocer del asunto la jurisdicción especial indígena, impugnó la competencia de la justicia ordinaria al destacar que los procesados pertenecían al Cabildo de Ambaló y vivían en ese territorio, ente que contaba no solo con autoridades constituidas y reconocidas, sino con normas y procedimientos según el llamado Derecho Mayor, Ley de Origen o Derecho Propio, que resuelve los conflictos bajo el criterio de la reorientación, insistiendo así en las comunicación obrantes que denotaban, en uno y otro, caso la condición de indígenas de los procesados y de la propia víctima.

La Corte estima que en este caso se cumple con el elemento personal o subjetivo para aceptar la condición de indígenas de LUZ CARIME SÁNCHEZ y HERMES CONEJO pertenecientes al Pueblo Ancestral Ambaló, sin que sea dable escudar que falta la formalidad de la inscripción en el censo o algún otro documento que probara su pertenencia a ese resguardo, lo cual, se insiste, se satisface con la manifestación escrita que hicieran el Gobernador y el Comisario del cabildo de esa comunidad.

Igual sucede con la lesionada María Baldina Pillimué Conejo que pertenece al Pueblo Indígena Totoroez. Y si bien no es la misma comunidad de los enjuiciados, de tal aspecto se ocupará más adelante la Corporación.

2.- Factor geográfico o territorial

Pese a que el Consejo Superior de la Judicatura para negar el conocimiento del asunto a la jurisdicción especial indígena consideró que no se había demostrado el ámbito territorial de la comunidad de los procesados, no se debe desatender que, contrariamente, sí se acreditó que los hechos acaecieron en la vereda *La Peña*, en la vía que conduce al corregimiento *Gabriel López* del municipio de Totoró-Cauca en desarrollo de un evento convocado por el resguardo de la Población de los Totoroez.

Y si como se ha dicho el ámbito territorial del cabildo no se circunscribe a un espacio geográfico, sino que va más allá en cuanto al significado cultural en el que la comunidad ejerce sus derechos autonómicos y de autodeterminación, esto es, *"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"* (CC T-002/12 y T-397/16), aquí la conducta desplegada por LUZ CARIME SÁNCHEZ URRUTIA y HERMES CONEJO GUAZA no ocurrió en el ámbito del Resguardo del Pueblo Ambaló, pero si fue en un contexto ancestral en el territorio de los Totoroez dada la actividad de integración que a través de un bingo había

convocado ésta comunidad, que se convirtió en festividad con baile y venta de licor, como lo declararon en juicio los testigos Jacob Uriel Uchar, Betty Amparo Zambrano, así como los procesados y la víctima.

Estamos así ante dos culturas diferentes asentadas en dos municipios vecinos del oriente caucano: Silvia, del Pueblo Ambaló[5] y Totoró de la comunidad Totoroez[6], y aunque puede decirse que se trata de diversas culturas, y que se debe preservar la identidad de cada una de ellas, para la Corte la pertenencia de la víctima a un resguardo diferente al de los procesados no puede ser una regla de exclusión de la competencia de la jurisdicción indígena, ya que se insiste la conducta lesiva de la integridad de María Baldina Pillimué Conejo ocurrió en un contexto ancestral.

---

[5] La comunidad Ambaló está asentada en Silvia, en cercanías de los Cerros Crestegallo, Puzna y Gallinazo. Según el censo para el año 2007 el resguardo estaba *"constituido por 825 familias, [con] 2.749 personas, 1372 hombres el 49,70%, 1377 mujeres el 50,30%, entre paeces, ambalueños y guambianos; asentados en nueve veredas. En el territorio ambalueño se convive con personas originarias de Guambía, de Totoró y provenientes de otras zonas del país que se radican en las llamadas "zonas campesinas".*
https://www.cric-colombia.org/portal/territorio-ancestral-de-ambalo-vereda-san-pedro-el-bosque/

[6] El pueblo ancestral Totoró se localiza principalmente en el municipio de Totoró, en censo para el año 2005 "*reportó 6.289 personas auto-reconocidas como pertenecientes al pueblo Totoró. El 50,1% son hombres (3.153 personas) y el 49,9% mujeres (3.136 personas). Este pueblo indígena se concentra en el departamento del Cauca, en donde habita el 98,6% de la población. Así mismo, se encuentran en el Valle del Cauca con el 0,8% (50 personas) y finalmente, en Bogotá con el 0,2% (13 personas)".*
https://www.onic.org.co/pueblos/1150-totoro

Corrobora el elemento territorial que si el fuero indígena es un derecho subjetivo que atiende la cosmovisión del infractor, el hecho de pertenecer la víctima a un resguardo diferente no puede inhibir la potestad del Resguardo al que pertenece aquél de juzgarlo.

En un caso semejante, cuando tanto el procesado como la víctima ostentaban la condición de indígenas, pero pertenecían a diferente comunidad y el representante del Cabildo al que estaba adscrito aquél reclamaba conocer del asunto, la Corte Constitucional (T-397/16) dejó sin efectos, tanto la decisión del Consejo Superior de la Judicatura que había dirimido el conflicto positivo de competencia al asignarlo a la justicia ordinaria, como la sentencia condenatoria que por el delito de homicidio ya se había emitido, al estimar que pese a mediar dos comunidades indígenas distintas, se satisfacía el elemento territorial pero se exhortaba a las mismas a una labor de coordinación o articulación a fin de garantizar la autonomía de cada una de ellas en su ámbito territorial, por ello, al asignar la competencia a la justicia especial indígena, solicitó al Cabildo al que pertenecía el implicado convocar a las autoridades del resguardo de la víctima para que de común acuerdo decidieran la forma como se adelantaría el juzgamiento de aquél, debiendo garantizar la participación de las víctimas a fin de velar por sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Bajo esta arista, se satisface también el elemento territorial.

3.- Factor orgánico o institucional

En la comunicación del Gobernador y del Comisario del Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló solicitando la remisión del proceso se señaló indicó que bajo la jurisdicción especial indígena esa institución llamaría a las partes implicadas y adelantaría el proceso de investigación y sanción según el caso.

A su turno, el defensor de los procesados al momento de cuestionar la competencia de la jurisdicción ordinaria destacó también que el Resguardo cuenta con un ámbito territorial, tiene autoridades constituidas y reconocidas con normas y procedimientos según el llamado Derecho Mayor, Ley de Origen o Derecho Propio, que resuelven los asuntos bajo el criterio de reorientación.

Por tanto, estima la Corte que también ese elemento se encuentra satisfecho.

4.- Factor objetivo

De acuerdo con los criterios interpretativos, cuando como en este caso el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la cual pertenecen los procesados como a la

cultura mayoritaria, el criterio objetivo no es suficiente para asignar la competencia.

Al analizar si el bien jurídico o su titular tiene que ver con un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria, no cabe duda que la integridad personal, es un interés vital para ambas culturas.

La finalidad de proteger la integridad personal o incolumnidad deviene del mismo preámbulo de la Constitución Política y en desarrollo de los fines esenciales del Estado, norma superior que para su expedición en 1991 contó con la activa participación del componente indígena, por cuanto todas las autoridades de la República, entre ellas las de los pueblos ancestrales, han de estar instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes y demás derechos, así como para asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado y garantizar un orden político, económico y social justo.

Por eso el principio de lesividad, como juicio de desvalor a la conducta prohibida, se asegura la esfera física de protección de las personas para que no se atente o se cause daño en el cuerpo o la salud sea por lesiones o afectaciones que alteren su anatomía, las funciones de sus órganos, etc.

Como el bien jurídico interesa a ambas culturas el factor objetivo no resulta determinante, adquiriendo prevalencia los otros factores: el hecho ocurrió en un ámbito

ancestral *(territorial)*, los procesados son indígenas del Resguardo de Ambaló *(personal)*, y ésta última comunidad cuenta con autoridades para juzgar a sus integrantes *(institucional)*.

Por lo anterior, razón le asiste al casacionista cuando destaca que era la jurisdicción especial indígena la que debió conocer del asunto, por ello, al prosperar el cargo de casar el fallo impugnado a fin de declarar la nulidad de todo lo actuado en la justicia ordinaria, remitiéndola al Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló Silvia-Cauca.

No se hace algún pronunciamiento relativo a la libertad de los procesados por cuanto no han estado privados de ese derecho y aun cuando en el fallo de condena sólo a HERMES CONEJO GUAZA se le había negado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, su cumplimiento se supeditó a la ejecutora de la decisión.

Se comunicará al Tribunal Superior de Popayán esta decisión para que en el evento que se haya librado orden de captura contra CONEJO GUAZA, si aún no ha sido cancelada, se proceda a su cancelación.

Cuestión final.

A pesar que la integridad personal es un bien vital de interés para la cultura mayoritaria y para la indígena, su

titular específico es María Baldina Pillimué Conejo que por los golpes y heridas recibidas en su cabeza tuvo una incapacidad médico legal de 35 días con las secuelas la deformidad física de carácter permanente que afectó su rostro y la perturbación funcional del órgano de la masticación (dada la pérdida de algunas piezas dentales) por ello se deberá instar al Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló para que en colaboración con las autoridades del pueblo Totoroez al que ella pertenece se le garanticen los derechos que le asisten como víctima.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2016 por el Tribunal Superior de Popayán, con fundamento en el cargo formulado en la demanda presentada por el defensor de LUZ CARIME SÁNCHEZ URRUTIA y HERMES CONEJO GUAZA.

2. DECLARAR la nulidad de todo lo actuado en la jurisdicción penal ordinaria.

3. REMITIR las diligencias, por razón de competencia, al Cabildo Indígena del Pueblo Ancestral Ambaló Silvia Cauca, instando a que en colaboración con las autoridades

del pueblo Totoroez al que pertenece María Baldina Pillimué Conejo, se le garanticen los derechos que le asisten como víctima.

4. CANCELAR las órdenes de captura expedidas y que llegaren a estar vigentes para lo cual se libraran los oficios pertinentes por secretaria.

5. INFORMAR al Tribunal Superior de Popayán y al Consejo Superior de la Judicatura, lo aquí decidido.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Presidenta

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria