

Referencia: Expediente T-4.942.238

Acción de tutela instaurada por Pedro César Pestana Rojas y Antonio de Jesús Martínez Hernández en contra del Instituto Nacional Penitenciario – INPEC – y el Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento.

Magistrada (e) Ponente:
MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Myriam Ávila Roldán y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba, que resolvió la acción de tutela promovida por los señores Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández.

I. ANTECEDENTES

1. De los hechos relevantes

1.1. Los señores Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández pertenecen a la etnia Zenú y son miembros del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento¹. El 26 de septiembre de 2006, la Fiscalía General de la

¹ El Cacique Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, Eder Eduardo Espitia Estrada –según registro de bases de datos de autoridades indígenas de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior-, certificó que los señores Pedro César Pestana Rojas y Antonio de Jesús Martínez Hernández, se encuentran inscritos en el censo del Cabildo Menor, de Sacana –jurisdicción del municipio de Momíl- y de Buena Vistica –municipio de Sincelejo-, respectivamente. Ver folios 108 a 117 del cuaderno 1.

Nación les inició una investigación penal por la presunta comisión del delito de concierto para delinquir² y fueron acusados el 22 de mayo de 2007.

1.2. Por su condición de indígenas, solicitaron que fuera su Resguardo el que se encargara de juzgarlos y no la jurisdicción ordinaria. Así, el 31 de enero de 2007, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto suscitado entre el Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento y la Fiscalía General de la Nación, resolviendo que *“la competencia para adelantar la investigación radicaba en la fiscalía en mención, en razón a que el delito de concierto para delinquir con la finalidad de organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley es pluriofensivo y su penalización se justifica en la preservación de bienes y valores del Estado Social de Derecho, por lo que desborda el ámbito territorial de competencia de la comunidad indígena.”*³

1.3. Mediante Resolución No.001 del 5 de enero de 2008, se protocolizó, al interior de la jurisdicción territorial del resguardo indígena, la existencia milenaria del Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” como un lugar de aislamiento y redención para los miembros de la comunidad Zenú privados de la libertad⁴.

1.4. Según los accionantes, el 29 de octubre de 2008 la Comunidad Indígena solicitó el registro y protocolización del mencionado centro de reclusión, remitiendo la Resolución al INPEC y al Ministerio del Interior y de Justicia⁵.

1.5. El 28 de septiembre de 2009, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá condenó a los señores Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández a una pena de prisión de seis años y una multa de 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) por el

² De acuerdo con los hechos narrados por las diferentes instancias judiciales en el marco del proceso penal por concierto para delinquir, la Fiscalía dio inicio a la investigación el 26 de septiembre de 2006. Ver folios 119 a 182 del cuaderno 1, correspondiente a la segunda instancia del proceso penal.

³ El Consejo Superior de la Judicatura determinó que era competente para dirimir el conflicto de competencia a la luz del numeral 6 del artículo 256 CP y el numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996 y, como el sujeto pasivo de la conducta penal no se limitó a la comunidad indígena sino a la sociedad en general, conducta de la que además estaban conscientes, permite inferir que se trata de una conducta tipificada en el Código Penal y que debe ser investigada y juzgada por la justicia ordinaria. Ver folios 75 a 81 del cuaderno principal.

⁴ En el folio 266 a 267 del cuaderno 1 consta la Resolución No. 001 del 5 de enero de 2008, mediante la cual el Cacique Mayor Regional del Resguardo Indígena del Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba- Sucre protocolizó el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión”. En ésta se explica que en aplicación del derecho propio, los usos y costumbres de la jurisdicción indígena, funcionaría un lugar de confinamiento de los miembros de la comunidad Zenú, ya sea como resultado de la decisión de una autoridad tradicional o de la jurisdicción ordinaria.

⁵ Cfr. Folios 1 a 50 del cuaderno 1.

delito de concierto para delinquir por asociación con las autodefensas ilegales del bloque “Héroes de Montes de María”⁶.

1.6. Los accionantes solicitaron ante el Tribunal Superior de Bogotá la libertad provisional, argumentando que ya habían cumplido parte de su pena mediante la reclusión cumplida en el centro Cacique Mexión del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento. El 05 de marzo de 2010, el Tribunal Superior de Bogotá les negó la solicitud considerando que el tiempo que permanecieron en el centro de reclusión de su comunidad no podía ser tenido en cuenta para dar por cumplida la pena impuesta en la jurisdicción ordinaria⁷. Estimó el Tribunal que al no acatar la autoridad indígena el procedimiento regulado en la Ley 600 de 2000 para legalizar la privación de la libertad de los señores Pestana y Martínez, desconoció a su vez, el artículo 28 inciso 2 de la Constitución Política; en consecuencia, al desobedecer la jurisdicción aplicable la privación de la libertad no se ha cumplido según los parámetros establecidos constitucional y legalmente.

En consecuencia, el Tribunal requirió que los solicitantes fueran puestos a disposición de las autoridades ordinarias, pero ni los procesados ni el resguardo dieron cumplimiento a las reiteradas órdenes de captura expedidas en su contra.

1.7. El 04 de febrero de 2011, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó su decisión de fecha 05 de marzo de 2010, en el sentido de negar la libertad de los condenados⁸. Entre otras cosas, porque el 16 de diciembre de 2010, la Coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios del INPEC, comunicó al Cacique del resguardo, con copia al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que el Centro de Reflexión “Cacique Mexión” no hacía parte de la

⁶ Estimó el juzgado que los procesados vulneraron el bien jurídico de la seguridad pública, “*pues el trato con organizaciones como las AUC implica la completa desconfiguración social, que crea la desconfianza y la incertidumbre colectiva, ante los eventuales atentados contra esa comunidad, de suerte que se da la ruptura de esa seguridad pública. Por ello igualmente se deriva su responsabilidad, pues en verdad que sobre este aspecto, el mismo material probatorio refleja certeramente que las personas acusadas y señaladas por algunos declarantes, en sus distintas apariciones procesales, desestabilizaron el orden público y la seguridad al interior de su comunidad y sus etnias.*” Ver folios 196 a 230 del cuaderno 1.

⁷ En la providencia del 05 de marzo de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, además de negar la libertad de los accionantes, decidió anular las actuaciones judiciales desde el auto del 15 de diciembre de 2009, con relación a la libertad tramitada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, ordenó que se informará de la decisión de negar la libertad a las autoridades indígenas del Resguardo de San Andrés de Sotavento, compulsó copias del expediente a la Corte Suprema de Justicia, quien ordenó el cambio de radicación y al Consejo Superior de la Judicatura que definió la competencia. Por último, reiteró las órdenes de captura emitidas contra los señores Pestana Y Martínez, para lo cual debía informarse a las diversas autoridades indígenas. Ver folios 367 a 382 del cuaderno 1.

⁸ Ver folios 383 a 407 del cuaderno 1.

estructura interna del INPEC, sugiriéndole poner a los indígenas a disposición de las autoridades judiciales competentes.

Por otra parte, el Tribunal reiteró que la decisión de no admitir como lugar de reclusión al Centro Cacique Mexión, no implica el desconocimiento de la condición de indígena de los condenados. Insistió igualmente que la cuestión acerca de la jurisdicción competente para conocer el caso de los solicitantes correspondía a la jurisdicción ordinaria y que por lo mismo, eran los jueces de esta jurisdicción los competentes para definir el lugar de reclusión. Recordó también que, de conformidad con el artículo 14 del Código Penitenciario, es el INPEC quién determina si los centros de reclusión son aptos para la ejecución de las penas privativas de la libertad, situación que en el caso concreto fue comunicada al resguardo y a los accionantes.

1.8. Mediante Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2012⁹, la Corte Constitucional negó una acción de tutela interpuesta por los aquí accionantes contra el INPEC, en la cual pretendían que se reconociera al Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” como un establecimiento de reclusión especial tanto para las autoridades tradicionales indígenas, como para los jueces y los magistrados de la República, y que como consecuencia de ello se computara el tiempo que habían estado retenidos en dicho centro como parte de la pena impuesta en la jurisdicción ordinaria, y se autorizara continuar la ejecución de la pena en el mismo lugar.

En esa oportunidad la Sala Segunda de Revisión se planteó como problema jurídico la cuestión relativa a si las medidas de detención preventiva y la pena privativa de la libertad impuestas por la jurisdicción ordinaria, podían ser cumplidas en establecimientos de reclusión indígenas que no habían sido reconocidos como establecimientos especiales de reclusión por el INPEC.

Sin embargo, estimó la Sala que el proceso penal no había concluido y sería en el desarrollo de éste donde los accionantes deberían solicitar al juez ordinario competente, la libertad con la fundamentación planteada en el escrito de tutela.

1.9. El 08 de mayo de 2012, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión proferida el 28 de septiembre de 2009 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, despacho que, se recuerda, condenó a los accionantes a una pena de prisión de seis años y una multa de 2000 SMLMV por el delito de concierto para delinquir por asociación con las

⁹ Sentencia proferida por la Sala Segunda de Revisión.

autodefensas ilegales del bloque “Héroes de Montes de María”. Específicamente frente a la competencia, reiteró que corresponde a la jurisdicción ordinaria investigar y juzgar a los señores Pestana y Martínez, porque, entre otras cosas, los hechos fueron perpetrados fuera de la jurisdicción del Resguardo Indígena Zenú¹⁰.

1.10. El 15 de mayo de 2012, al examinar una solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena presentada por el señor Pedro César Pestana Rojas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal- decidió negarla por no configurarse ninguna de las causales establecidas en el artículo 365 de la Ley 600 de 2000. Adicionalmente, aseguró que el peticionario no había estado privado de la libertad como consecuencia de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria, pues desde el 21 de noviembre de 2006, y en más de una oportunidad, se profirió orden de captura sin resultado alguno, bajo la consideración de que no resultaba válida la privación de la libertad del peticionario en el centro de reclusión indígena¹¹.

1.11. El 29 de mayo de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema inadmitió la demanda de casación presentada por los defensores de los accionantes en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el marco del proceso penal por concierto para delinquir¹². Las demandas de casación formularon cargos de nulidad por violación al principio de juez natural bajo el argumento de que concurrían los criterios territorial y personal, para asignar a la jurisdicción indígena el conocimiento del proceso penal en su contra, dada su condición de miembros del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento. La Corte Suprema

¹⁰ Al analizar la competencia del Tribunal para tramitar la apelación, recordó “*la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en decisión del 31 de enero de 2007 definió el conflicto positivo de competencias suscitado entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, en el sentido de que correspondía a esta última investigar y juzgar a los procesados (...)*” porque los hechos fueron cometidos alrededor de Santa Marta. Ver folios 119 a 182 del cuaderno 1.

¹¹ A folios 408 a 414 del cuaderno 1 consta la decisión del Tribunal Superior de Bogotá que negó la libertad solicitada por el señor Pedro César Pestana Rojas. Señaló el Tribunal: “*(...) luego ningún reconocimiento de una supuesta privación de la libertad en el centro de reclusión indígena procede en este evento, máxime que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el aludido conflicto de competencias el 31 de enero de 2007, en el sentido de que la competencia para adelantar la investigación radicaba en la justicia ordinaria y no en la jurisdicción indígena*”.

¹² El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad informó de esta decisión. En los folios 43 al 61 del cuaderno principal consta la decisión de inadmisión proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 29 de mayo de 2013. Los accionantes alegaron una violación indirecta de la ley por error de hecho por falso juicio de existencia y por error de derecho por falso juicio de legalidad. Argumentaron que a la luz del Derecho del Pueblo Zenú, está proscrito un delito denominado “*juntilla, emanao o manguelao para hacer daños a terceros, a la comunidad o al Estado*”, conducta que se ajusta al tipo penal aplicado en la jurisdicción ordinaria, consagrado en el artículo 340 del Código Penal, por lo que el caso habría debido tramitarse en su jurisdicción.

estimó que los accionantes no argumentaron con suficiencia en qué consistió el error de derecho que llevó a sustraer el caso de la jurisdicción indígena.

La demanda de tutela

1.12. El 19 de febrero de 2014, los señores Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández nuevamente interpusieron acción de tutela en contra del INPEC y el Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, solicitando ordenar a este último la libertad inmediata e incondicional por tiempo cumplido, pues desde el 22 de noviembre de 2006 han estado bajo custodia del centro de reclusión del resguardo indígena. Así, la pena de 6 años impuesta por la jurisdicción ordinaria estaría más que cumplida, razón por la cual la decisión de negar la libertad vulneraría los derechos fundamentales a la autonomía indígena, al debido proceso y a la libertad. La acción de tutela fue concedida.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba profirió sentencia el 05 de marzo de 2014 concediendo el amparo¹³. Ordenó: (i) al Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento que certifique ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Bogotá el período de reclusión de los condenados; (ii) a los actores que soliciten al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Bogotá tener en cuenta el tiempo efectivo de privación de la libertad en ese resguardo y, si, el tiempo de privación de la libertad corresponde exactamente a la pena impuesta, proceda a ordenar la libertad de los accionantes en los términos de la ley; y (iii) al INPEC que adelante las gestiones para reconocer y verificar el cumplimiento de los requisitos legales de los centros de reclusión especiales para la población indígena privada de la libertad.

1.13. El 21 de marzo de 2014, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, en cumplimiento de la orden proferida por los jueces de tutela concedió la libertad, por pena cumplida, a los condenados Pedro César Pestana Rojas y Antonio de Jesús Hernández, lo anterior, al computar el tiempo de privación de la libertad de los procesados en el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena “Cacique Mexión”. Decisión que fue apelada por el Ministerio Público, y confirmada¹⁴ por el Tribunal Superior de Bogotá mediante auto del 17 de junio de 2012¹⁵.

¹³ A folios 275 a 315 consta la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba, en la primera instancia de la acción de tutela interpuesta por los señores Antonio de Jesús Martínez y Pedro César Pestana.

¹⁴ Según recuento fáctico realizado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se decidió confirmar la decisión recurrida, “única y exclusivamente, en razón a que se emitió en cumplimiento del fallo de tutela

2. Intervención de las accionadas

2.1. De los demandados

2.1.1. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia -INPEC- solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimidad pasiva, considerando que esta entidad no tiene la competencia para conceder la libertad solicitada por los accionantes, pues ello corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad¹⁶.

2.1.2. El Cacique Mayor Regional del Resguardo Indígena Zenú Córdoba y Sucre, como autoridad indígena y representante legal del mismo, manifestó que no ha vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes. Informó que los señores Martínez y Pestana, se encuentran bajo custodia de la autoridad indígena Zenú desde el 22 de noviembre de 2006, pagando una pena de seis años de prisión impuesta en la jurisdicción ordinaria por el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado y que desde la expedición de la Resolución No. 001 de 2008, están reclusos en el Centro Cacique Mexión. Por lo cual concluyó que los actores ya pagaron el tiempo de la condena.

2.2. De los vinculados

2.2.1. El apoderado de los accionantes solicitó al juez de tutela la vinculación del Juzgado Único de Ejecución de Penas y Medidas de Sincelajo, por estimar que se trata de un tercero con interés en la decisión y es la autoridad que *“maneja la pena”*¹⁷.

2.2.2. El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá¹⁸, informó que si bien corresponde a ese despacho la vigilancia y ejecución de la sentencia del 28 de septiembre de 2009, los accionados no atacaron una decisión adoptada por ese despacho judicial, por lo cual solicitó su desvinculación.

objeto de revisión por esa Honorable Corporación”. Ver folios 108 a 113 del cuaderno principal.

¹⁵ En el curso de la apelación, dos magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se declararon impedidos para resolver la impugnación, alegando la configuración de la causal 4ª del artículo 56 de la Ley 906 de 2004. El Tribunal decidió no admitir los impedimentos, pero al estar en desacuerdo, fueron remitidos a la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, quien por auto del 4 de junio de 2014, decidió declarar infundado el impedimento de los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá para conocer la impugnación. (Ver folios 62 a 69 del cuaderno principal).

¹⁶ A folios 255 a 256 del cuaderno 1, la directora del Grupo de Tutelas del INPEC suministró respuesta a la acción de tutela.

¹⁷ En los folios 243 a 244 del cuaderno 1 consta el escrito de apoderado judicial.

¹⁸ En los folios 269 a 270 del cuaderno 1 reposan los oficios de vinculación a estas autoridades, proferidos por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba. .

3. Decisión de primera instancia

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba profirió sentencia el 05 de marzo de 2014 concediendo el amparo¹⁹. Ordenó: (i) al Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento que certifique ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Bogotá el período de reclusión de los condenados; (ii) a los actores que soliciten al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Bogotá tener en cuenta el tiempo efectivo de privación de la libertad en ese resguardo y, si, el tiempo de privación de la libertad corresponde exactamente a la pena impuesta, proceda a ordenar la libertad de los accionantes en los términos de la ley; y (iii) al INPEC que adelante las gestiones para reconocer y verificar el cumplimiento de los requisitos legales de los centros de reclusión especiales para la población indígena privada de la libertad.

Adicionalmente, declaró improcedente la acción de tutela incoada contra los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad de Córdoba y Sucre.

En dicha decisión, luego de referirse a la Sentencia T-921 de 2013 de la Corte Constitucional, argumentó que *“la condena de un delito juzgado por la jurisdicción ordinaria, sea purgada dentro de un establecimiento penitenciario o dentro del resguardo indígena, bien por consulta del juez ordinario o, por la decisión libre del condenado de cumplir con la sentencia en un sitio de reclusión acorde con su cultura, costumbre o usos, con la limitante de que la comunidad indígena cuente con las instalaciones idóneas que garanticen la privación de la libertad el penado en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad y, finalmente que se encuentre en lugar asignado, so pena de revocatoria.”* (Sic).

Encontrando cumplidos dichos requisitos, - esto es, voluntad del penado, que se cumpla en un centro de reclusión de la comunidad indígena y una certificación del tiempo de reclusión-, el juez consideró que obligar a los condenados a estar privados de la libertad por 6 años más en una cárcel del INPEC, desconocería los derechos del pueblo indígena de procesar y juzgar a sus miembros de acuerdo con sus normas, costumbres y usos, así como el principio constitucional del *non bis in ídem*.

¹⁹ A folios 275 a 315 consta la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba, en la primera instancia de la acción de tutela interpuesta por los señores Antonio de Jesús Martínez y Pedro César Pestana.

4. Trámite de la impugnación presentada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

4.1. El 27 de marzo de 2014, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal-, dándose por notificado por conducta concluyente del fallo en comento, solicitó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba lo siguiente:

(i) *Su vinculación a la acción de tutela:* porque en 3 oportunidades fue él quien se pronunció sobre las solicitudes de libertad y de reconocimiento del tiempo de privación de la libertad en el Resguardo, interpuestas por los aquí accionantes;

(ii) *La impugnación del fallo:* considerando que la acción de tutela no era el mecanismo procedente para resolver el asunto, pues le corresponde a los jueces de ejecución del penas decidir sobre la solicitud planteada en la acción de tutela; y;

(iii) *La nulidad del fallo:* dado que nunca fue vinculado ni se le permitió defenderse ni pronunciarse sobre la acción de tutela que, finalmente, lo que buscaba era revocar sus decisiones proferidas en ejercicio de su potestad jurisdiccional²⁰.

4.2. El 03 de abril de 2014, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba negó las solicitudes del Tribunal de ser vinculado al proceso de tutela, considerando que:

(i) Con la decisión de tutela no se vulneró ningún derecho fundamental del Tribunal, ni está legitimado para actuar;

(ii) En la sentencia T-097 de 2012, la Corte reconoció que al Tribunal le corresponde la etapa de juzgamiento de un indígena sometido a la jurisdicción ordinaria, pero corresponde al INPEC y a los jueces de ejecución de penas, definir la condena y el lugar de su ejecución, razón por la cual decidió no declarar la nulidad de las actuaciones en el proceso de tutela por la no vinculación del Tribunal; y

²⁰ A folios 359 a 365 del cuaderno 1 consta la impugnación formulada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra la sentencia de primera instancia. En ésta, recalca la indebida integración del contradictorio, planteó una falta de competencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú a luz del artículo 1 del Decreto 1382 de 2000.

(iii) Todos los jueces de la República tienen competencia para conocer, a prevención, de las demandas de tutela pues las reglas establecidas en el Decreto 1382 de 2000, según jurisprudencia de la Corte, son de reparto y no de asignación de competencia²¹.

4.3. El 09 de abril de 2014, el Tribunal insistió en la necesidad de ser reconocido como parte dentro del proceso de tutela. Resaltó que el juez de tutela no había dado respuesta a la solicitud de nulidad planteada por violación de los artículos 127 y 133 de la Ley 1564 de 2012 y, finalmente mencionó que de lo sentenciado en la T-097 de 2012, se evidencia la necesidad de que el Tribunal sea parte dentro de éste trámite, pues una vez fallada la segunda instancia del proceso penal y resuelta negativamente la solicitud de libertad, lo que pretende el accionante es dejar sin efectos su actuación judicial²².

4.4. El 25 de abril de 2014, el juez de tutela nuevamente negó la solicitud de nulidad y la vinculación formulada por el Tribunal, argumentando su extemporaneidad²³.

4.5. Enviado el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, mediante Auto del 25 de junio de 2014, la Sala de Selección No. 6 ordenó devolver el expediente al juzgado de primera instancia para que le diera trámite a la impugnación presentada por el Tribunal Superior de Bogotá²⁴.

4.6. El 22 de julio del 2014, el juzgado le solicitó a la Corte Constitucional la aclaración del auto referido en el sentido de saber si las solicitudes presentadas por el Tribunal Superior se consideraban una impugnación²⁵.

²¹ A folios 429 a 436 del cuaderno 1, figura la providencia en la que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba resolvió la solicitud de vinculación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En el auto decidió: “*ABSTENERSE de vincular al proceso de tutela al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal, conforme a las consideraciones anotadas en la parte motiva de ésta providencia. AGREGAR al expediente las solicitudes formuladas por el Tribunal (...) y, REMITIR por Secretaria la decisión y el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.*”

²² Ver folios 442 a 444 del cuaderno 1.

²³ Resolvió el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba que “*frente a esta eventualidad consideró que ha precluido la oportunidad legal para impugnar el auto motivo del rechazo, por lo que consideró ejecutoriada la decisión*”. Ver folios 515 a 516 del cuaderno 1.

²⁴ En el numeral décimo cuarto del Auto de Selección No. 06, la Corte Constitucional determinó DEVOLVER el expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba, con el fin de que se diera trámite a la impugnación propuesta por el Tribunal Superior de Bogotá, si fuera procedente. Ver folios 524 a 527 del cuaderno 1.

²⁵ En respuesta a la Corte Constitucional, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba solicitó a la Corte Constitucional que en sede de revisión “*se sirva aclarar la providencia del 25 de junio de 2014; en relación a lo siguiente: Si el escrito adiado 9 de abril de 2014, puesto que en este, no se menciona la interposición de recurso alguno, solo se insiste en que se dé respuesta a lo solicitado y este despacho mediante el auto en cita, resolvió sobre la impugnación planteada por dicho Tribunal*”. Ver folios 519 a 520 del cuaderno 1.

4.7. Posteriormente, mediante Auto del 21 de noviembre de 2014, la Sala de Selección No. 11 aclaró la anterior orden, en el sentido de que el juzgado debería pronunciarse sobre la nulidad y la impugnación presentada por los magistrados de la Sala Penal del Tribunal²⁶.

4.8. El 18 de marzo de 2015, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú se pronunció negando la vinculación, impugnación y nulidad solicitada por el Tribunal, enviando el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Consideró el juez de tutela de instancia que el Tribunal al no haber sido vinculado, por no ser parte del proceso ni resultar afectado, no tenía legitimación para formular la impugnación contra la sentencia de primera instancia.²⁷

5. Insistencia

El 16 de julio de 2015, la Magistrada (E) Myriam Ávila Roldán, presentó insistencia para la selección del caso argumentando que su selección se encuadraba dentro de los criterios establecidos en el reglamento interno de la Corte Constitucional. Los fundamentos de la insistencia fueron: (i) la necesidad de analizar la procedencia de la acción de tutela frente al requisito de subsidiariedad; (ii) evaluar un eventual uso indebido de la acción de tutela para reabrir un debate ya culminado en las instancias penales ordinarias; (iii) la verificación de si se trataba de una sentencia contra providencia judicial y en este sentido constatar el cumplimiento de los requisitos de procedencia excepcional; (iv) auscultar el carácter vinculante para el caso de la Sentencia T-921 de 2013; y (v) evaluar el trámite que el juez de primera instancia dio al proceso de tutela bajo estudio.

Mediante auto del 31 de julio de 2015, la Sala Número Siete de Selección, aceptó la insistencia, repartiendo el proceso al magistrado Mauricio González Cuervo.

Comoquiera que ante la terminación del período constitucional del Magistrado Mauricio González Cuervo, la Sala Plena de la corporación designó en encargo en este despacho a la ahora Magistrada Ponente, mediante escrito del 23 de octubre de 2015, esta puso de presente a la Sala Segunda de Revisión la

²⁶ En el numeral decimooctavo el auto de la Sala de Selección No. 11, se resolvió aclararle al Juzgado de la acción de tutela, que debía pronunciarse sobre la solicitud de nulidad e impugnación formulada por los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior. Ver folios 531 a 538 del cuaderno 1.

²⁷ Folios 542 a 545 del cuaderno 1.

circunstancia reseñada a fin de provocar su pronunciamiento en el sentido de si concurría un eventual impedimento por el hecho de haber insistido en la selección del expediente T-4942238, habida cuenta de las previsiones del artículo 55 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional²⁸.

Mediante Auto del 30 de octubre de 2015, los Magistrados Luis Guillermo Guerrero y Gabriel Eduardo Mendoza integrantes de la Sala Segunda de Revisión, consideraron que los hechos puestos de presente por la Magistrada ponente no estructuraban un impedimento. El argumento principal de la Sala se fundamentó en que el artículo 55 del Acuerdo 02 de 2015 contiene una regla de reparto, lo cual no implica un impedimento.

6. Vinculación en sede de revisión

6.1. Mediante auto del 16 de octubre de 2015, la magistrada sustanciadora consideró necesario vincular al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a la presente acción de tutela teniendo en cuenta que:

6.1.1. Podría verse afectado con la decisión adoptada por el juez de tutela. Ello, en razón a que la pretensión de los accionantes era obtener que se decretara su libertad definitiva por tiempo cumplido, facultad que, *prima facie*, compete a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Tan es así, que el Tribunal en tres oportunidades se había pronunciado, en forma negativa, sobre dicha pretensión.

6.1.2. Advertida la existencia de una circunstancia que podría dar lugar a una eventual nulidad de todo lo actuado, el Despacho decidió proceder a una vinculación directa del Tribunal Superior de Bogotá, teniendo en cuenta que concurrían circunstancias muy particulares que indicaban que era esta la alternativa que subsanaba de manera más adecuada la irregularidad identificada. En primer lugar, se tuvo en cuenta que reiteradamente el Tribunal Superior de Bogotá solicitó al juez de primera instancia su vinculación, y sin embargo, el juzgado se había negado sistemáticamente a hacerlo. En segundo lugar, se destacó que el juzgado se había negado a tramitar la solicitud de nulidad propuesta por esta corporación, circunstancia que ameritaba que fuese la propia Corte quien garantizara el acceso del Tribunal al proceso. Y en tercer lugar, se advirtió que el proceso ha sufrido una notable dilación en su

²⁸ De conformidad con el artículo 55 del Reglamento de la Corte Constitucional -Acuerdo 02 de 2015-, que regula el proceso de selección de tutelas: “Ningún Magistrado podrá, durante la Sala de Selección, decidir sobre su propia insistencia, ni le podrá ser repartido el expediente en caso de ser seleccionado.”

trámite, al punto que desde que se profirió el fallo de primera instancia hasta su selección por parte de la Corte Constitucional, transcurrió un lapso de un año, lo cual demanda una respuesta oportuna de parte de esta Corporación a fin de evitar que persistan las referidas dilaciones.

6.1.3. En respuesta a la vinculación al proceso de tutela²⁹, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá informó sobre sus actuaciones judiciales adelantadas en el proceso penal de concierto para delinquir agravado, iniciado en contra de los señores Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez, resumidas así: (i) el 5 de marzo de 2010 negó la libertad provisional de los accionantes, confirmando la decisión en sede de reposición el 4 de febrero de 2011, (ii) el 8 de mayo de 2012 confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado y reiteró las órdenes de captura, (iii) el 15 de mayo de 2012 nuevamente negó la solicitud de libertad por pena cumplida; (iv) el 17 de junio de 2014, una vez proferido el fallo de tutela objeto de esta revisión, conoció sobre la impugnación formulada por el Ministerio Público al auto que dio cumplimiento a la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba, confirmando la decisión de conceder la libertad a los accionantes.

Respecto a las pretensiones de los accionantes, el Tribunal estimó que la acción de tutela no es procedente para resolver sobre las solicitudes de libertad de los accionantes, pues no es una instancia adicional a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, los cuales fueron definidos oportunamente por las autoridades judiciales ordinarias. Señaló, adicionalmente, que los actores tenían la posibilidad de impugnar por vía de reposición y apelación las decisiones judiciales que se pronunciaron sobre las solicitudes de libertad por cumplimiento de la pena, e incluso, acudir al mecanismo del *habeas corpus*, al tratarse del derecho a preservar su libertad.

Reiteró que el Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto de competencia, estableciendo que en el caso de los señores Pestana y Martínez, correspondía a la jurisdicción ordinaria realizar la etapa de investigación, de juzgamiento y de ejecución de la pena. Finalmente, informó que solicitó a la Fiscalía General de la Nación y a las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura de Bogotá y Montería, adelantar una investigación penal y disciplinaria en contra de los titulares de los despachos judiciales involucrados: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba.

²⁹ Ver folios 108 a 113 del cuaderno principal.

6.2. Por otro lado, en auto del 16 de octubre de 2015 la Magistrada sustanciadora solicitó un informe al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, con el fin de actualizar la información sobre la situación jurídica de los accionantes. Además, se dispuso la vinculación de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior.

6.2.1. En respuesta, el Juzgado Segundo de Ejecución informó que el 21 de marzo de 2014 autorizó la libertad incondicional e inmediata de los señores Antonio de Jesús Martínez y Pedro César Pestana y la rehabilitación de los derechos y funciones públicas, en cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela del Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba³⁰. Especificó que aun cuando los procesados no fueron puestos a disposición del despacho para la ejecución de la pena en un establecimiento penitenciario autorizado por el INPEC, la orden judicial de tutela fue ejecutada al computar el tiempo de privación de la libertad de los procesados en el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena “Cacique Mexión”.

Por último, señaló que actualmente las actuaciones judiciales se encuentran en el Juzgado Noveno de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Bogotá, desde el 2 de febrero de 2015, de acuerdo a lo establecido en los Acuerdos No. PSAA14-10195 del 31 de julio de 2014 y PSAA14-10206 del 21 de agosto de 2014 proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

6.3. El Director de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior, especificó que con la entrada en vigencia de la Ley 1444 de 2011, corresponde a esta división certificar los cabildos indígenas pero no la existencia de un sitio de reclusión como centro carcelario autorizado por la autoridad competente. Sin embargo, mencionó que a la luz de la jurisprudencia constitucional, en los casos en que un indígena debe cumplir la pena en establecimientos penitenciarios ordinarios se debe velar por la conservación de sus usos y costumbres, lo cual, dadas las condiciones actuales del sistema penitenciario, es una utopía. Por lo tanto, en casos en los que las autoridades indígenas soliciten que la ejecución de la condena se realice en el resguardo, afirma que es importante definir mecanismos de coordinación entre

³⁰ En el auto, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ordenó decretar la rehabilitación de los derechos y funciones públicas, declaró extinguida la pena impuesta a los sentenciados, canceló las órdenes de captura y advirtió a los accionantes del pago de la multa de 2000 SMLV. Ver folios 89 a 94 del cuaderno principal.

las comunidades indígenas y las autoridades nacionales con el fin de dar cumplimiento a la sanción y, respetar a su vez, la diversidad étnica y cultural.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar el fallo de tutela seleccionado.

2. Cuestiones previas

De los antecedentes reseñados advierte la Sala que se presentan tres cuestiones procedimentales que deben ser resueltas previamente a la formulación de un problema jurídico en torno al cual abordar, si a ello hubiere lugar, el asunto de fondo. En primer lugar, es preciso examinar si se está ante una situación de temeridad, teniendo en cuenta que la Corte ya conoció de una acción de tutela instaurada por los aquí accionantes con propósitos similares a los que se plantean en la presente acción constitucional. En segundo lugar, es necesario examinar si la acción propuesta cumple con el presupuesto de subsidiariedad, comoquiera que la pretensión última de los demandantes es la obtención de la libertad, afectada en el marco de un proceso penal, y cuya vigilancia está adscrita al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Y en tercer lugar, establecer si concurre legitimidad por pasiva respecto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-.

2.1. En la instauración de la acción de tutela objeto de revisión no concurre el fenómeno de la temeridad

Como se mencionó en las consideraciones de esta providencia, la Corte Constitucional ya se pronunció en la sentencia T-097 del 16 de febrero de 2012³¹ sobre un caso con partes y hechos similares a los aquí planteados.

En efecto, en la mencionada sentencia la Corte Constitucional conoció una tutela interpuesta por los señores Pedro Cesar Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández contra el INPEC. En esa ocasión, los accionantes pretendían que se reconociera al Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “*Cacique Mexión*” como un establecimiento de reclusión especial tanto para las autoridades tradicionales indígenas, como para los

³¹ Sentencia proferida por la Sala Segunda de Revisión.

jueces y los magistrados de la República, y como consecuencia de ello obtener el cómputo del tiempo que habían estado reclusos en dicho centro como parte del cumplimiento de la pena impuesta en la jurisdicción ordinaria, y la posibilidad de continuar la ejecución de la pena en el mismo lugar.

En esa oportunidad la Sala Segunda de Revisión planteó el problema jurídico en los siguientes términos:

¿Las medidas de detención preventiva y la pena privativa de la libertad impuesta por la jurisdicción ordinaria, podían ser purgadas en establecimientos de reclusión indígenas que no habían sido reconocidos como establecimientos especiales de reclusión por el INPEC? En consecuencia, deberá determinarse si se puede contabilizar el tiempo de privación de la libertad de los indígenas juzgados por la jurisdicción ordinaria en dicho centro de reclusión para efectos de descontarlo de la pena y decretar la libertad condicional.

La Sala Segunda decidió negar la acción de tutela teniendo en cuenta que el proceso penal no había concluido y que sería en el desarrollo de éste en el que los accionantes deberían solicitar la libertad con la fundamentación planteada en el escrito de tutela.

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha reconocido cuatro elementos que deben concurrir para que se configure el fenómeno de la temeridad: “(i) [i]dentidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones³²”³³; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda³⁴, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista. Así, es el juez de amparo el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad³⁵.

En la Sentencia T-1034 de 2005 la Corte precisó que existen supuestos que facultan a una persona a interponer nuevamente una acción de tutela sin que sea considerada temeraria. Ellos son³⁶: (i) el surgimiento de adicionales circunstancias fácticas o jurídicas, “(...) un hecho nuevo puede ser, y así lo ha

³² Sentencias T-502 de 2008, T-568 de 2006 y T-184 de 2005.

³³ Sentencia T-568 de 2006 y T-053 de 2012; otras, en las cuales se efectúa un recuento similar son las providencias T-020 de 2006, T-593 de 2002, T-443 de 1995, T-082 de 1997, T-080 de 1998, SU-253 de 1998, T-263 de 2003 T-707 de 2003.

³⁴ Sentencias T-568 de 2006, T-951 de 2005, T-410 de 2005, T-1303 de 2005, T-662 de 2002 y T-883 de 2001.

³⁵ Sentencias T-560 de 2009 y T-053 de 2012.

³⁶ Sentencia T-566 de 2001.

considerado la Corte³⁷, la consagración de una doctrina constitucional que reconoce la violación de derechos fundamentales en casos similares”³⁸; y (ii) la inexistencia de pronunciamiento sobre la pretensión de fondo por parte de la jurisdicción constitucional.

En esta oportunidad, la acción de tutela es presentada por los mismos accionantes, y con una pretensión similar a la planteada en la primera demanda de tutela. Sin embargo, la Sala considera que no se configura la temeridad porque existen circunstancias fácticas y jurídicas disímiles a las tenidas en cuenta en la sentencia T-097 de 2012. En efecto, una vez proferido este fallo, que negó el amparo porque el proceso penal estaba en curso, el Tribunal Superior de Bogotá se pronunció confirmando la providencia de primera instancia, y ratificando la condena a pena de prisión de seis años y multa de 2000 SMLMV por el delito de concierto para delinquir por asociación con las autodefensas ilegales del bloque “*Héroes de Montes de María*”. Este solo hecho introduce un elemento sobreviniente y relevante que permite la interposición de una nueva acción de tutela, pues fue justamente un evento que la sentencia T-097 de 2012 adujo como razón principal de su la negativa a tutelar en dicha oportunidad.

De otra parte, advierte la Sala que tanto la demanda de tutela bajo examen como la decisión del juez de primera instancia se fundamentaron en el nuevo enfoque que, según los actores, la Corte Constitucional dio al tema de reclusión en cárceles indígenas de personas juzgadas por la jurisdicción penal ordinaria en la Sentencia T-921 de 2013. Aspecto que será objeto de análisis en esta oportunidad.

Con base en las anteriores consideraciones concluye la Sala que no se configura en el presente evento el fenómeno de la temeridad, por lo que continuará con el análisis sobre los demás presupuestos de procedibilidad.

2.2. *El cumplimiento del requisito de subsidiariedad.*

³⁷ Sentencia T-009 de 2000. Si la *causa petendi* está constituida por las razones – de hecho y de derecho – que sustentan la petición formulada, no cabe duda de que, entre las primeras y las segundas decisiones proferidas, existe una muy relevante diferencia. Lo que motivó las últimas solicitudes de amparo y la orden judicial de protección del derecho vulnerado, fue la expedición de la sentencia SU-36/99, es decir, la adopción de una nueva doctrina que debe ser aplicable siempre que pueda verificarse que la vulneración persiste por razones ajenas a la parte actora y que es jurídica y fácticamente posible la protección judicial. Finalmente, no puede afirmarse que existe una vulneración de la cosa juzgada, pues lo que verdaderamente se produjo en los fallos de primera instancia, fue el rechazo de la acción por considerar que se trataba de un mecanismo improcedente dada la existencia de mecanismos alternativos de defensa. No hubo, por ello, un pronunciamiento de fondo sobre los hechos del caso, como si ocurre en la presente sentencia.

³⁸ Sentencia T-1034 de 2005 M.P Jaime Córdoba Triviño.

Como lo ha previsto el propio texto constitucional (Art. 86), y lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corte, un presupuesto indispensable para la procedibilidad de la acción de tutela radica en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la salvaguarda de sus derecho fundamental, salvo que el amparo sea invocado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el presente caso, observa la Sala que los accionantes han agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios a su alcance en procura de ver satisfecha su pretensión.

En primer lugar, propusieron ante el Consejo Superior de la Judicatura conflicto de competencia para que se estableciera a quien correspondía su juzgamiento. Situación que se resolvió mediante providencia del 31 de enero de 2007, adjudicando competencia a la jurisdicción ordinaria.

En segundo lugar, una vez proferida la sentencia de primera instancia, solicitaron su libertad condicional alegando que con el cómputo del tiempo de reclusión en su resguardo indígena, se hacían acreedores a dicho beneficio. Sobre esta pretensión se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá³⁹, en sede de apelación del fallo condenatorio, despacho que negó la libertad provisional a los accionantes, bajo la consideración de que el tiempo que ellos permanecieron en el centro de reclusión de su comunidad indígena no podría ser tenido en cuenta para dar por cumplida la pena impuesta en la jurisdicción ordinaria. Interpuesto el recurso de reposición contra dicha decisión, el 04 de febrero de 2011, el Tribunal confirmó su decisión, en el sentido de negar la libertad de los condenados. Entre otras razones, porque el 16 de diciembre de 2010, la Coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios del INPEC, comunicó al Cacique del resguardo, con copia al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que el Centro de Reflexión “*Cacique Mexión*” no hacía parte de la estructura interna del INPEC, sugiriéndole poner a los indígenas a disposición de las autoridades judiciales competentes.

En tercer lugar, el 15 de mayo de 2012, ante una nueva solicitud de libertad presentada por el señor Pedro César Pestana Rojas, el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá –Sala Penal- decidió negar la solicitud, en razón a que no se configuraba alguna de las causales establecidas en el artículo 365 de la Ley 600 de 2000. Adicionalmente, aseguró que el peticionario no había estado privado de la libertad como consecuencia de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria, pues desde el 21 de noviembre de 2006 y en más oportunidades se profirió orden de captura sin resultado alguno.

³⁹ Auto de marzo 5 de 2010.

Por último, la Corte Suprema de Justicia al resolver la admisión del recurso de casación interpuesto por los aquí accionantes contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, se pronunció sobre el cargo presentado como: nulidad por falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para juzgarlos⁴⁰.

A partir de la información reseñada concluye la Sala que los demandantes han agotado los recursos ordinarios a su alcance para canalizar la pretensión que ahora tramitan a través de la acción de tutela, con resultados adversos. Y si bien, en este momento de desarrollo del proceso penal, corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, como autoridad encargada de la vigilancia de la ejecución de la pena, el pronunciamiento relativo a la libertad de los condenados, lo que se ventila en este trámite constitucional es la determinación de si para una eventual libertad, puede ser computado el tiempo que los sentenciados dicen haber estado privados de la libertad en el e el Centro de Reflexión “*Cacique Mexión*” del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento.

Con base en las anteriores consideraciones, estima la Sala que se satisface el presupuesto de la subsidiariedad, y por ende continuará con el análisis correspondiente.

2.3. *Legitimidad pasiva*

Los señores Pedro Cesar Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández interpusieron tutela contra el INPEC y contra el Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento pretendiendo que el INPEC avale como establecimiento carcelario la cárcel del resguardo indígena donde han estado detenidos más de 6 años y, en consecuencia, se declare la libertad inmediata de los condenados por cumplimiento de la pena.

El INPEC, dentro de sus funciones, tiene la facultad de crear, fusionar, suprimir, dirigir y vigilar los establecimientos de reclusión del orden nacional; además, coordinar con la Uspec, los lugares donde funcionarán dichos establecimientos –Artículo 16 de la Ley 65 de 1993 modificado por el artículo 8° de la Ley 1709 de 2014-

El artículo 35 de la Ley 65 de 1993, establece que los funcionarios

⁴⁰ Ver los folios 43 al 61 del cuaderno principal donde consta la decisión de inadmisión proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 29 de mayo de 2013.

competentes para hacer efectivas las providencias judiciales sobre privación de la libertad en los centros de reclusión, son: el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, los Directores Regionales y los directores de los establecimientos enunciados en el Título II de dicha ley.

De esta reglamentación se puede concluir que no es al INPEC a quien le corresponde decidir sobre otorgar la libertad a una persona condenada por la jurisdicción, sus funciones, en el tema que nos ocupa, se concentran en hacer cumplir las providencias judiciales que ordenan la privación de la libertad de una persona, y administrar todo lo relacionado con el funcionamiento de los establecimientos penitenciarios. En todo caso, pese a que el INPEC no es el competente para autorizar la libertad de los accionantes, puede ser sujeto de un pronunciamiento de parte del juez constitucional de considerar necesaria su actuación en lo que respecta a la ejecución y vigilancia de la pena, por lo tanto, por lo tanto, se cumple la legitimidad por pasiva de esta entidad.

Con acierto, el juez de primera instancia vinculó al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Bogotá –a quien actualmente le corresponde vigilar el cumplimiento de la pena de los accionados-, y fue a él a quien materialmente le dio la orden de tener en cuenta el tiempo de privación que los accionantes han cumplido en el resguardo para de corresponder a la pena impartida por el juez penal, ordenar la libertad correspondiente.

Y es que según el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal es a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad a quienes corresponde decidir sobre el cumplimiento de las sanciones impuestas y de la extinción de la sanción penal, entre otras.

De esta manera, la Sala encuentra procedente la acción de tutela por cumplimiento del requisito de legitimidad pasiva respecto del juzgado de ejecución de penas vinculado al proceso y del INPEC.

Encontrando cumplidos los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela procede la Sala a formular el problema jurídico de fondo que suscita esta acción constitucional, y a plantear el esquema de resolución.

3. Planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

Luego de haberse surtido los trámites legales correspondientes para dirimir un conflicto de competencia suscitado entre el Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento y la Fiscalía General de la Nación, resuelto en favor de la

jurisdicción ordinaria⁴¹, y culminado el proceso penal correspondiente, los señores Pedro Cesar Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández⁴² fueron condenados a una pena de prisión de seis años y una multa de 2000 SMLMV por el delito de concierto para delinquir por asociación con las autodefensas ilegales del bloque “Héroes de Montes de María”⁴³.

En varias oportunidades los accionantes solicitaron ante la autoridad competente – la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá- la libertad sobre la base de que les fuera contabilizado como parte de la pena el tiempo que habrían permanecido en el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión”, a la espera de la sentencia que emitirían los jueces penales.

La negativa se fundó en que no se habían cumplido los parámetros constitucionales y legales para la privación de la libertad de los procesados comoquiera que la autoridad indígena no había seguido el procedimiento regulado en la Ley 600 de 2000 para legalizar la privación de la libertad de los señores Pestana y Martínez, desconociendo a su vez, el artículo 28 inciso 2 de la Constitución Política. Adicionalmente tuvo en cuenta que el Centro de Reflexión “Cacique Mexión” no hacía parte de la estructura interna del INPEC, y correspondía a este órgano definir el lugar de reclusión. En consecuencia, el Tribunal requirió que los solicitantes fueran puestos a disposición de las autoridades ordinarias, pero ni los procesados ni el resguardo dieron cumplimiento a las reiteradas órdenes de captura expedidas en su contra.

⁴¹ El Consejo Superior de la Judicatura determinó que era competente para dirimir el conflicto de competencia a la luz del numeral 6 del artículo 256 CP y el numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996 y, como el sujeto pasivo de la conducta penal no se limitó a la comunidad indígena sino a la sociedad en general, conducta de la que además estaban conscientes, permite inferir que se trata de una conducta tipificada en el Código Penal y que debe ser investigada y juzgada por la justicia ordinaria. Ver folios 75 a 81 del cuaderno principal.

⁴² El Cacique Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, Eder Eduardo Espitia Estrada –según registro de bases de datos de autoridades indígenas de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior-, certificó que los señores Pedro Cesar Pestana Rojas y Antonio de Jesús Martínez Hernández, se encuentran inscritos en el censo del Cabildo Menor, de Sacana –jurisdicción del municipio de Momíl- y de Buena Vistica –municipio de Sincelejo-, respectivamente. Ver folios 108 a 117 del cuaderno 1.

⁴³ Estimó el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá que los procesados vulneraron el bien jurídico de la seguridad pública, *“pues el trato con organizaciones como las AUC implica la completa desconfiguración social, que crea la desconfianza y la incertidumbre colectiva, ante los eventuales atentados contra esa comunidad, de suerte que se da la ruptura de esa seguridad pública. Por ello igualmente se deriva su responsabilidad, pues en verdad que sobre este aspecto, el mismo material probatorio refleja certeramente que las personas acusadas y señaladas por algunos declarantes, en sus distintas apariciones procesales, desestabilizaron el orden público y la seguridad al interior de su comunidad y sus etnias.”* Ver folios 196 a 230 del cuaderno 1.

Los señores Pedro Cesar Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández interpusieron acción de tutela contra el INPEC y contra su mismo resguardo, solicitando ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario su libertad inmediata e incondicional por tiempo cumplido, pues desde el 22 de noviembre de 2006 han estado bajo custodia del centro de reclusión del resguardo indígena. Así, la pena de 6 años impuesta por la jurisdicción ordinaria estaría más que cumplida.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba concedió el amparo y ordenó al Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento que certificara ante el juez ejecución de penas y medidas de seguridad el período de reclusión de los condenados en el resguardo y que sobre esa base, los actores solicitaran la libertad al juez competente quien debería ordenar la libertad si el tiempo de privación de la libertad (incluido el que se habría cumplido en el resguardo) correspondía a la pena impuesta. En efecto, el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Bogotá concedió la libertad, en cumplimiento de la orden impartida por el juez de tutela.

A partir de los antecedentes reseñados corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulneran las autoridades judiciales y penitenciarias los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la autonomía de los pueblos indígenas y a la libertad personal de miembros de una comunidad indígena condenados por la jurisdicción ordinaria, al no contabilizar como tiempo cumplido de pena, el lapso en que, por su propia decisión, han permanecido en un centro de reclusión de su resguardo, que no forma parte de la estructura carcelaria del INPEC, y sin que medie acto judicial o administrativo que haya dispuesto dicha reclusión?

Para resolver este problema jurídico la Sala recordará su jurisprudencia sobre: (i) la jurisdicción indígena como fuero especial; (ii) la deficiente regulación sobre las condiciones de reclusión de los miembros de la comunidades indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria; (iii) las reglas que deben ser aplicadas por los jueces ordinarios en los juicios donde el sujeto investigado es un indígena; (iii) las reglas jurisprudenciales sobre la determinación del sitio de reclusión para la ejecución de la pena impuesta a un indígena por la jurisdicción ordinaria; y (iv) en ese marco resolverá el caso concreto.

4. La jurisdicción indígena como fuero especial

La Constitución Política reconoce a Colombia como un Estado democrático, participativo, incluyente y pluralista en el que se protege la diversidad étnica y cultural (art. 1º y 7º).

Así, el artículo 246 de la Constitución estableció la jurisdicción indígena⁴⁴:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Por su parte, el artículo 9º del Convenio 169 de la OIT, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad, reconoce la jurisdicción indígena así: *“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”*.

En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia constitucional⁴⁵ ha interpretado el artículo 246 Superior, considerando que éste comprende: *“(i) la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de establecer y/o conservar normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación interjurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (vi) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la Ley mencionada”*⁴⁶.

De todo lo anterior surge *el fuero indígena* que ha sido definido como un derecho de los miembros de las comunidades indígenas que se adquiere por el hecho de pertenecer a las mismas y que consiste en la posibilidad de ser juzgados por sus autoridades indígenas, con arreglo a sus normas y procedimientos, y cuyo objeto es el juzgamiento acorde con los usos y costumbres de dichas comunidades.

⁴⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-139 de 1996, T-349 de 1996; T-030 de 2000; T-728 de 2002; T-811 de 2004; T-009 de 2007 y T-364 de 2011, entre otras.

⁴⁵ Ver sentencia T-903 de 2009 y C-139 de 1996.

⁴⁶ Ibidem.

Un primer acercamiento al tema lo encontramos en la Sentencia T-496 de 1996, donde la Corte estableció dos características fundamentales para el reconocimiento del fuero indígena, esto es: (i) que se trate de un miembro de una comunidad indígena, juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad -elemento personal-; y (ii) que las conductas ocurridas hayan sido dentro de su territorio -elemento territorial-.

Acorde con lo anterior, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena, de no cumplirse con estos presupuestos, le corresponde el juzgamiento a la jurisdicción penal ordinaria. Estas reglas protegen el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso, conforme al cual *“nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*.

Entendiendo quienes, en principio, tiene fuero indígena, en la Sentencia T-552 de 2003, la Corte sintetizó los elementos que requiere la jurisdicción indígena para ser considerada como tal, así:

- *Elemento humano*: existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.

- *Elemento orgánico*: existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.

- *Elemento normativo*: la comunidad se debe regir por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.

- *Ámbito geográfico*: existencia de un 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.

- *Congruencia*: el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley. Por ejemplo, no puede desconocer el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura⁴⁷.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996.

Este Tribunal ha considerado que las limitaciones admisibles a la autonomía indígena son las que se refieren "*a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentarse contra los bienes más preciados del hombre*",⁴⁸ o bien sobre los derechos que independientemente de la cultura que se trate, deben ser garantizados, como el derecho a la vida, la dignidad humana, la prohibición de la tortura, la esclavitud y el debido proceso⁴⁹. En todo caso, la Corte ha reconocido que en cada evento deberán analizarse las circunstancias particulares, el grado de aislamiento de las comunidades, y los criterios y principios interpretativos citados anteriormente.

Con todo, la determinación de quien debe ser juzgado por la jurisdicción indígena no ha sido una materia pacífica. Si bien la norma determina que el Legislador debe definir las formas de coordinación inter-jurisdiccional, la jurisprudencia ha reiterado que mientras que eso no ocurra, son el Consejo Superior de la Judicatura⁵⁰ y la Corte Constitucional las autoridades encargadas de establecer las reglas para dirimir conflictos de competencia⁵¹, como se desarrollará más adelante.

5. La deficiente regulación respecto de las condiciones de reclusión de los miembros de las comunidades indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria

Corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conocer, entre otras, de las decisiones necesarias para que las sentencias ejecutoriadas que impongan sanciones penales se cumplan y de la extinción de la sanción penal⁵². El artículo 459 del Código de Procedimiento Penal dispone

⁴⁸ T-349 de 1996

⁴⁹ T-254 de 1994: "La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos"

⁵⁰ Hasta tanto entre en completa vigencia el Acto Legislativo 02 de 2015.

⁵¹ T-254 de 1994, C-139 de 1996 y T-514 de 2009

⁵² Artículo 38. De los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conocen: 1. De las decisiones necesarias para que las sentencias ejecutoriadas que impongan sanciones penales se cumplan. 2. De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona. 3. Sobre la libertad condicional y su revocatoria. 4. De lo relacionado con la rebaja de la pena y redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza. 5. De la aprobación previa de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan una modificación en las condiciones de cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de libertad. 6. De la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad. Asimismo, del control para exigir los correctivos o imponerlos si se desatienden, y la forma como se cumplen las medidas de seguridad impuestas a los inimputables. En ejercicio de esta función, participarán con los

que *“La ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia ejecutoriada, corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.”*

En otro escenario, el INPEC tiene como objeto ejercer la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad; la vigilancia y seguimiento del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado, impuestas como consecuencia de una decisión judicial, de conformidad con las políticas establecidas por el Gobierno Nacional y el ordenamiento jurídico, en el marco de la promoción, respeto y protección de los derechos humanos. Dentro de sus funciones, establecidas en el Decreto 4151 de 2011⁵³, se reseñan, entre muchas otras, (i) Crear, fusionar y

gerentes o directores de los centros de rehabilitación en todo lo concerniente a los condenados inimputables y ordenará la modificación o cesación de las respectivas medidas, de acuerdo con los informes suministrados por los equipos terapéuticos responsables del cuidado, tratamiento y rehabilitación de estas personas. Si lo estima conveniente podrá ordenar las verificaciones de rigor acudiendo a colaboraciones oficiales o privadas.7. De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal.8. De la extinción de la sanción penal.9. Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia.

⁵³ 1. Coadyuvar en la formulación de la política criminal, penitenciaria y carcelaria. 2. Ejecutar la política penitenciaria y carcelaria, en coordinación con las autoridades competentes, en el marco de los derechos humanos, los principios del sistema progresivo. a los tratados y pactos suscritos por Colombia en lo referente a la ejecución de la pena y la privación de la libertad. 3. Desarrollar e implementar los planes, programas y proyectos necesarios para el cumplimiento de la misión institucional. 4. Diseñar e implementar sistemas de seguimiento, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos mencionados en el numeral anterior. 5. Crear, fusionar y suprimir establecimientos de reclusión, de conformidad con los lineamientos de la política penitenciaria y carcelaria. 6. Custodiar y vigilar a las personas privadas de la libertad al interior de los establecimientos de reclusión para garantizar su integridad, seguridad y el cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial. 7. Vigilar a las personas privadas de la libertad fuera de los establecimientos de reclusión para garantizar el cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial. 8. Garantizar el control sobre la ubicación y traslado de la población privada de la libertad. 9. Autorizar a la fuerza pública para ejercer la vigilancia interna de los establecimientos de reclusión, en casos excepcionales y por razones especiales de orden público. 10. Gestionar y coordinar con las autoridades competentes las medidas necesarias para el tratamiento de los inimputables privados de la libertad. 11. Realizar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de las modalidades privativas de la libertad que establezca la ley. 12. Prestar los servicios de atención integral, rehabilitación y tratamiento penitenciario a la población privada de la libertad. 13. Definir y gestionar estrategias para la asistencia post-penitenciaria en colaboración con otras entidades públicas o privadas. 14. Desarrollar y consolidar el Sistema Nacional de Información Penitenciaria y Carcelaria. 15. Implementar el Sistema de Carrera Penitenciaria y Carcelaria, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. 16. Determinar las necesidades en materia de infraestructura, bienes y servicios para cumplir con sus objetivos y funciones, y requerir su suministro a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -SPC. 17. Proponer y ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos institucionales en materia de inducción, formación, capacitación, actualización y especialización del talento humano de la entidad. 18. Coordinar sus actividades con las entidades que ejerzan funciones relacionadas con la gestión penitenciaria y carcelaria, todo ello en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho. 19. Impulsar y realizar investigaciones y estudios sobre la ejecución de la política y el funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario, encaminados a la formulación de planes, proyectos y programas, en lo de su

suprimir establecimientos de reclusión, de conformidad con los lineamientos de la política penitenciaria y carcelaria; (ii) Custodiar y vigilar a las personas privadas de la libertad al interior de los establecimientos de reclusión para garantizar su integridad, seguridad y el cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial; (iii) Vigilar a las personas privadas de la libertad fuera de los establecimientos de reclusión para garantizar el cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial; y (iv) Determinar las necesidades en materia de infraestructura, bienes y servicios para cumplir con sus objetivos y funciones, y requerir su suministro a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – SPC.

Así, hacer efectivo el cumplimiento de la pena requiere una coordinación entre el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, y el INPEC. El primero tendrá una competencia sustantiva respecto de la ejecución de pena, y el segundo, cumplirá funciones administrativas y todas aquellas órdenes que emanen del juez de ejecución.

Ahora bien, la reglamentación de los lugares de reclusión para los indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria, se remonta a la Ley 65 de 1993 “*Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”. En ella, se ordena la creación de establecimientos especiales para la detención preventiva y la condena de personas indígenas:

Artículo 29. RECLUSIÓN EN CASOS ESPECIALES. Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, cuerpo de Policía judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Esta situación se extiende a los ex servidores públicos respectivos.

competencia. 20. Asesorar a las entidades territoriales en materia de gestión penitenciaria y carcelaria, en lo de su competencia. 21. Coadyuvar en la elaboración de proyectos de Ley y demás normatividad a que haya lugar, en las materias relacionadas con los objetivos, misión y funciones de la entidad, en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho. 22. Gestionar alianzas y la consecución de recursos de cooperación nacional o internacional, dirigidos al desarrollo de la misión institucional, en coordinación con las autoridades competentes. 23. Definir e implementar estrategias de atención y participación del ciudadano. 24. Las demás que le correspondan de acuerdo con la naturaleza de la entidad.

La autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.

En el mes de octubre de 2014, la Defensoría del Pueblo presentó un informe sobre la situación de los indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC⁵⁴ en el cual concluyó que:

Es preocupante para la Defensoría del Pueblo la falta de información sobre los indígenas privados de libertad. En éste informe es el primero que da a conocer las particulares condiciones de privación de la libertad de los indígenas en el país: la poca atención que recibe este tema; el hacinamiento, la discriminación, el abandono, la indefensión, la precariedad económica y la falta de atención especializada que impiden a los indígenas sometidos a reclusión ejercer sus derechos fundamentales.

Asimismo, es evidente el total desconocimiento por parte de las autoridades penitenciarias y carcelarias de las normas que regulan y protegen el derecho de las comunidades indígenas a conservar sus costumbres y tradiciones. Por ello, dentro de la normativa del sistema penitenciario son escasas las directrices que promuevan la efectividad de dichos derechos. Esta deficiencia ha llevado a muchos funcionarios a improvisar poniendo en práctica a su libre arbitrio; medidas y actividades en favor de la población indígena reclusa en sus respectivos establecimientos, con el convencimiento de estar haciendo lo adecuado.

Dentro de la reglamentación encontrada citó la siguiente:

- *Circular 012 de 1998*, mediante la cual el INPEC intentó ahondar en el proceso de -prisonalización del indígena, buscando preservar y respetar la diversidad étnica y cultural de la población indígena, proponiendo estrategias de trabajo, educación y asistencia de protección en pabellones especiales o cabildos indígenas –cárcel abierta-. Allí, se establecieron acciones concretas

⁵⁴ <http://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/796/Ind%C3%ADgenas-privados-de-la-libertad-en-establecimientos-penitenciarios-y-carcelarios-del-INPEC-Informes-defensoriales---C%C3%A1rcel-Abierta-Informe-defensorial-Discriminaci%C3%B3n-Informe-defensorial-Minor%C3%ADas-%C3%89tnicas.htm?ls-art0=40>

como: (i) Apoyar los programas de cabildo indígena- cárcel abierta- como protección al indígena recluso, en cárceles que tengan condiciones apropiadas; si no, impulsar la protección en pabellones especiales , con un régimen especial; (ii) Coordinar acciones relacionadas con el tratamiento de indígenas a través de actividades productivas, socio educativas y de capacitación artesanal; (iii) Coordinar acciones interinstitucionales de atención ubicando al indígena cerca de su región y (iv) Mantener la estadística sobre indígenas a fin de atender traslados, contactos o asesorías a esta población.

- *Resolución No. 00994 de julio de 1990*, a través de la cual el Ministerio de Justicia estableció el funcionamiento del campamento indígena en la Penitenciaría Nacional “San Isidro” en Popayán.

- *Resolución 2561 de 1994*, establece que el servicio de salud que brinda el INPEC corresponde al contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, de conformidad con las directrices del Ministerio de Protección Social. Lo anterior, sin perjuicio del derecho de libertad de elección que tienen los internos.

- *Resolución No 2353 de julio 4 de 2003*, por la cual se dictan las Pautas Programa de Atención Social de Indígena y en el cual se establece que los programas deben estar dirigidos a proteger y preservar la diversidad étnica-cultural de esta población a través de acciones que permitan rescatar su identidad, valores, rasgos, usos y costumbres.

El Decreto 1953 de 2014, “*Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política*”, establece como mecanismos para el fortalecimiento a la jurisdicción especial indígena los siguientes:

Artículo 95. Reconocimiento, respeto y alcance de la Jurisdicción Especial Indígena. Los operadores jurídicos deben reconocer y respetar la facultad que tienen las autoridades de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial para establecer sus propias normas jurídicas de conformidad con la ley de origen, el derecho mayor y el derecho propio, y para ejercer de manera preferente la propia jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política, la ley, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Artículo 96. Deber de Apoyo. Dentro del marco de sus respectivas competencias, 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 deberán brindar el apoyo necesario para que las autoridades indígenas puedan desempeñar las funciones propias de su Jurisdicción.

Artículo 97. Fortalecimiento de la Jurisdicción Especial Indígena. El Gobierno nacional podrá financiar los proyectos de inversión presentados por los Territorios Indígenas encaminados a fortalecer a su jurisdicción especial.

Artículo 98. Mecanismos de Apoyo a la Jurisdicción Especial Indígena. El Gobierno nacional podrá coordinar con las autoridades de cada Territorio Indígena los mecanismos de apoyo para el funcionamiento, capacitación, formación, comunicación, visibilización, gestión, fortalecimiento y seguimiento de la Jurisdicción Especial Indígena.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1709 de 2014 -Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones- otorgó un término de 6 meses a la Presidencia de la República para regular todo lo relativo a la privación de la libertad de los miembros de los pueblos indígenas, de comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras, y de grupos ROM así:

Artículo 96. Condiciones de reclusión y resocialización para miembros de los pueblos indígenas; de comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras; y de grupos ROM. Concédanse facultades extraordinarias al Presidente de la República para que, dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, y previa consulta con los Pueblos Indígenas; las comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras; y los grupos ROM, expida un decreto con fuerza de ley que regule todo lo relativo a la privación de la libertad de los miembros de estos grupos.

Una vez vencido el término y ante la omisión del Gobierno de crear dicha regulación, recientemente, en la Sentencia T-208 de 2015, la Corte

Constitucional exhortó al Gobierno Nacional para desarrollar todo lo relativo a la privación de la libertad de los miembros de los pueblos indígenas; de comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras; y de grupos ROM, así:

Décimo. EXHORTAR al Presidente de la República, al Ministro de Justicia y del Derecho, y al presidente del Congreso de la República para que regulen lo relativo a la privación de la libertad de personas pertenecientes a comunidades indígenas. Lo anterior, en tanto ya expiró el término de seis (6) meses otorgado por el artículo 96 de la Ley 1709 del 2014, concedido para que el Presidente dictara un decreto con fuerza de ley para tal fin.

Décimo Primero. EXHORTAR al Gobierno Nacional para que, en virtud de los artículos 97 y 98 del Decreto 1953 de 2014, contribuya al proceso de fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena, y diseñe los mecanismos de apoyo necesarios para que la ejecución de penas privativas de la libertad corresponda a la resocialización étnicamente diferenciada en los términos de la presente Sentencia.

A continuación, se expondrán las reglas que deben ser aplicadas por los jueces ordinarios en los juicios donde el sujeto activo sea un indígena, con énfasis en las reglas aplicables en materia de ejecución de la pena privativa de la libertad.

6. Reglas que deben ser aplicadas por los jueces ordinarios en los juicios donde es juzgada una persona de condición indígena

6.1. Aplicación de la causal de inimputabilidad originada en la diversidad sociocultural

El artículo 33 del Código Penal, establece una causal de inimputabilidad en razón a la diversidad sociocultural. Sobre esta norma, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-370 de 2002 declarándola exequible en el entendido que: *i)* la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y *ii)* que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable.

Su configuración requiere que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por su diversidad

sociocultural⁵⁵. Por eso, la pertenencia a una comunidad indígena o a otro grupo social marginal y culturalmente diferenciado no implica automáticamente la calificación de inimputable. En cada caso habrá que probar que la circunstancia de diversidad sociocultural, o estado similar que incapacitó al sujeto, desde su propia perspectiva, para comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión⁵⁶.

6.2. *Configuración de un error de prohibición culturalmente condicionado.*

El numeral 10º del artículo 32 del Código Penal, menciona que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Entonces, para que esta modalidad de error elimine la culpabilidad debe ser invencible o inevitable.

En la sentencia C-370 de 2002 ya mencionada la Corte indicó que en aquellos eventos en los cuales: (i) el error sea vencible o evitable si la persona hubiera sido diligente, y (ii) en los que la persona conocía la ilicitud de su comportamiento pero no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento, no operaría el error de prohibición culturalmente condicionado -mencionado anteriormente-, sino que debería evaluarse si se configura una inimputabilidad por diversidad sociocultural.

6.3. *Principios que orientan el cumplimiento de la pena impuesta a un indígena en un establecimiento penitenciario y/o carcelario del sistema ordinario*

En la Sentencia C-394 de 1995, esta Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 29 de la Ley 65 de 1993, que establece la reclusión en circunstancias especiales, como es el caso de los indígenas. A juicio de la Corte *“es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales.”*

⁵⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-370 de 2002.

⁵⁶ Jaime Gaviria Trespalacios, *“La inimputabilidad: concepto y alcance en el Código Penal Colombiano”*, Revista Colombiana de Psiquiatría, vol.34 suppl.1 Bogotá Diciembre 2005. http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502005000500005&lng=es

En la ejecución de la pena de miembros de comunidades indígenas además de los principios universales que orientan los fines de la pena, es necesario adoptar medidas que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural.

Al respecto cabe recordar que de conformidad con el artículo 4° del Código Penal la pena debe cumplir funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado. Por otra parte, la Ley 65 de 1993 “*Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, dispone en sus artículos 9° y 10°, que la pena tiene una función protectora y preventiva pero que su fin fundamental es la resocialización a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, por lo que las medidas de seguridad buscan el restablecimiento, tutela y rehabilitación de los internos.

En este orden de ideas, diversos instrumentos y pactos internacionales aprobados por el Estado colombiano, han resaltado la finalidad resocializadora y preventiva de la pena.

Las “*Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*” adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 disponen que las penas y medidas privativas de la libertad buscan proteger a la sociedad contra el crimen y se justifican siempre que durante el período de privación de la libertad el delincuente aprenda a respetar la ley, a partir de mecanismos implementados por el régimen penitenciario, que sean acordes con sus necesidades individuales.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forma parte del bloque de constitucionalidad desde su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico con la ley 74 de 1968, establece en su artículo 10.3, que “*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados*”.

En otras sentencias, se ha enfatizado la función preventiva y resocializadora de la pena considerando que ésta busca de un lado contrarrestar la desobediencia, y de otro, como mecanismo represivo⁵⁷:

“De una parte, opera preventivamente cuando se amenaza con ella como una forma para contrarrestar la desobediencia haciendo entender al individuo que por la infracción de la disposición legal será castigado. De otra parte, opera represivamente cuando es impuesta para llenar el vacío dejado por la desobediencia de la Ley⁵⁸.”

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 (...)”⁵⁹.

La jurisprudencia constitucional⁶⁰, ha considerado que en el marco del Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, la actual doctrina penal, ha superado la dicotomía entre la pena entendida desde una perspectiva puramente retributiva o preventiva. Si bien al tipificar los delitos se pretende desestimular el crimen, la imposición de las penas debe responder a criterios retributivos y de reinserción social, *“puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo”⁶¹.*

Ahora bien, en lo que hace relación al centro de reclusión especial, una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad

⁵⁷ Sentencia C-393 de 2002

⁵⁸ Sentencia C-565 de 1993.

⁵⁹ T-635 de 2008.

⁶⁰ C-592 de 1998, C-430 de 1996, C-565 de 1993, T-596 de 1992

⁶¹ C-261 de 1996.

de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural.

En consecuencia, el centro de reclusión de una persona indígena debe permitir: (i) que sea tratado de acuerdo con sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales; y (ii) con el acompañamiento de las autoridades tradicionales.

Sobre el particular, resulta pertinente referir a la Sentencia T-642 de 2014, en la que la Sala Octava de Revisión llamó la atención del juez accionado, por no haber establecido en su fallo un enfoque diferencial respecto del lugar de reclusión de un indígena condenado. Al respecto consideró:

*En virtud del notorio estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria⁶², declarado por esta Corporación hace 16 años, se hace necesario **reiterar** la obligación legal de proveer establecimientos de reclusión especiales para sujetos de especial protección, como los indígenas, quienes independientemente de la jurisdicción aplicable, deberían cumplir la pena en establecimientos especiales con enfoque diferencial o, en su defecto, en un lugar nativo o tradicional que propicie la operancia plena de la justicia indígena, el control de sus propias instituciones de las formas de castigo, con el fin de mantener y fortalecer los rasgos, lenguas y tradiciones indígenas que forman parte de la idiosincrasia del Estado-Nación colombiano.*

Adicionalmente, para la Sala Octava el encarcelamiento de indígenas en penitenciarias comunes conlleva a una asimilación o integración forzosa que quebranta los valores culturales y el principio de identidad étnica del que son titulares los miembros de comunidades indígenas. De manera que, por regla general, el cumplimiento de penas para los miembros de comunidades indígenas en establecimientos comunes, no salvaguarda el ejercicio de una jurisdicción y una cultura minoritaria, salvo que los jueces o fiscales demuestren por qué al estar en una cárcel ordinaria no se afecta la cosmovisión del indígena, es decir, la manera en que cada cultura indígena contempla la represión de los delitos y el cumplimiento de las penas.

⁶² T-153 de 1998

Finalmente, la Corte Constitucional considera que la privación de la libertad de los miembros de comunidades indígenas en lugar de reclusión común quebranta la identidad social y cultural, las costumbres y tradiciones, y las instituciones especiales de las comunidades indígenas, así como la autonomía e independencia de dicha jurisdicción constitucional. Por tanto, de conformidad con los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la jurisdicción ordinaria al imponer sanciones penales previstas por la legislación penal a miembros de los pueblos indígenas, deberá dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, conforme a la justicia consuetudinaria.

Este pronunciamiento reprocha la actuación de los jueces que pese a estar juzgando a un miembro de una comunidad étnica, ignoraron esa circunstancia, no adoptaron las medidas necesarias para proteger sus particularidades culturales, y ordenaron el cumplimiento de la pena en una cárcel común.

En similar sentido, en la sentencia T-208 de 2015, la Corte consideró que “*la reclusión especial de los indígenas no implica que deban ser ubicados en recintos exclusivos, sino que los establecimientos penitenciarios, con la permanente colaboración de las autoridades tradicionales, deben hacer efectivo el principio superior de respeto por la diversidad étnica y cultural consagrado en la Constitución.*” Con esto se cumpliría en gran parte la protección especial de los miembros de las comunidades indígenas reclusos en cárceles ordinarias. Lo expuso en los siguientes términos:

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

Hasta aquí se puede concluir que en el juzgamiento y la ejecución de la pena respecto de individuos pertenecientes a comunidades indígenas, los jueces de la jurisdicción penal ordinaria deben tener en cuenta las particularidades etno-culturales y cosmogónicas de estas personas. Tal condición cobra importancia en aspectos como la determinación de la imputabilidad, la definición de la

culpabilidad como elemento de la responsabilidad, y en la definición de las condiciones de ejecución de la pena. Sobre este último aspecto la jurisprudencia ha recalcado que es deber de las autoridades penales y penitenciarias garantizar condiciones que aseguren en la mayor medida posible la preservación de los valores culturales y el principio de identidad étnica del que son titulares, por mandato constitucional, los miembros de las comunidades indígenas.

7. Criterios jurisprudenciales para la selección del lugar de reclusión para la ejecución de penas impuestas a miembros de comunidades indígenas

La jurisprudencia ha decantado una serie de reglas para determinar el lugar de reclusión de un miembro de una comunidad indígena.

7.1. Como regla general, si un indígena es juzgado por su jurisdicción, acorde con el fuero a que se hizo referencia anteriormente, la imposición y vigilancia en el cumplimiento de las condenas compete a las autoridades tradicionales, quienes en atención a la autonomía jurisdiccional deben dictar las sanciones que consideren pertinentes de acuerdo con sus costumbres, y serán ejecutadas en su territorio.

7.2. También como regla general, si un indígena es juzgado por la jurisdicción penal ordinaria, al no configurarse el fuero indígena, la imposición y vigilancia de las condenas compete a las autoridades nacionales, quienes en atención a la autonomía jurisdiccional deben establecer la pena pertinente y verificar el cumplimiento de la misma acorde con la reglamentación vigente para ello, competencia establecida en cabeza del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, garantizado, como ya se indicó, en la mayor medida posible, la preservación de los valores culturales y la identidad de las minorías étnicas.

Sin embargo, en estos eventos la jurisprudencia ha llamado la atención en el sentido que una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva

de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural.

De otra parte, en aplicación del principio de colaboración armónica entre las jurisdicciones -especial y ordinaria-, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que los indígenas juzgados por la jurisdicción especial, pueden ser reclusos de manera excepcional en establecimientos ordinarios cuando la propia comunidad así lo requiera⁶³.

En este sentido, en la sentencia T-208 de 2015 la Corte concretó los eventos en los cuales es posible la ejecución de la pena impuesta por la comunidad indígena en centro de reclusión ordinarios:

-Para preservar la vida y la integridad física de las autoridades de la comunidad, o de la comunidad en general. En ocasiones los indígenas condenados amenazan con tomar retaliaciones contra las autoridades o contra miembros de la comunidad. De esa manera, resulta necesario el aislamiento del indígena de la comunidad y de su territorio, para así evitar la agudización de conflictos internos. No se puede desconocer que una parte importante de las comunidades indígenas de nuestro país tienen sus territorios en las zonas más apartadas y olvidadas de la geografía nacional, donde hay presencia de actores armados ilegales, y estos, en muchos casos suponen un riesgo para el ejercicio de la jurisdicción indígena. En esa medida, la reclusión de un indígena por la comisión de un delito que puede estar relacionado con la actividad de dichos grupos supone un riesgo para las autoridades y para la comunidad. Las autoridades del Estado y la sociedad tienen la responsabilidad de contribuir a mitigar estos riesgos asociados con el ejercicio de la jurisdicción indígena poniendo a disposición de las autoridades indígenas los centros de reclusión disponibles.

*- Debido a la falta de desarrollo institucional de los pueblos indígenas, donde los territorios indígenas no cuentan con una estructura carcelaria propia. En lo que concierne a esta excepción, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-239 de 2002** (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), destacó que la autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo, y como tal, no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos e instalaciones carcelarias. Por lo tanto, hasta tanto las comunidades cuenten con las instalaciones propias necesarias para la ejecución de medidas privativas de la libertad, es obligación del Estado, a través de*

⁶³ Ver sentencia Sentencias T-239 de 2002, T-1294 de 2005 y T-1026 de 2008.

sus autoridades, colaborar con aquella, por ejemplo al prestar sus instalaciones físicas carcelarias, mientras la jurisdicción indígena puede avanzar en su consolidación⁶⁴.

-Con el fin de evitar el “riesgo de linchamiento” al condenado, pues en algunos casos, cuando la comunidad se siente muy ofendida por el delito que se ha cometido, cuando prevé que el infractor no va a ser castigado, o cuando la comunidad enfrenta un riesgo por parte de un agente externo o de un factor estructural ajeno a su control, puede llegar a ejercer una especie de “justicia por propia mano”, linchando al presunto infractor públicamente⁶⁵.

Estas medidas de colaboración armónica inter jurisdiccional buscan salvaguardar intereses de superior jerarquía, como la vida y la integridad física de los miembros de la comunidad, de sus autoridades e incluso de los mismos infractores. Es importante que, en cada caso concreto, se argumenten las razones de la decisión.

7.3. En cuanto a la posibilidad de que un miembro de una comunidad indígena purgue una pena impuesta por la jurisdicción ordinaria en un centro de reclusión de su propio resguardo, la jurisprudencia ha evolucionado en el siguiente sentido:

7.3.1. En la Sentencia T-097 de 2012⁶⁶, la Corte advirtió que no es común encontrar eventos en los que la pena privativa de la libertad, o las medidas de aseguramiento impuestas a los indígenas que hayan cometido delitos sometidos a la jurisdicción ordinaria, sean cumplidas en el interior del resguardo, en sus propios centros de reclusión. Sobre el particular indicó:

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

⁶⁴ Ver Sentencia T-1026 de 2008.

⁶⁵ Sobre linchamientos en comunidades indígenas ver: Angelina Snodgrass Godoy. 2006. *Popular Injustice, Violence, Community and Law in Latin America*, Stanford University Press.

⁶⁶ En esta sentencia la Corte resolvió un caso similar al aquí planteado. La acción de tutela la interpusieron los señores Pedro Cesar Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández -mismos accionantes en este proceso- contra el INPEC -una de las autoridades accionadas en esta acción de tutela-, buscando el reconocimiento, a la luz del artículo 29 de la Ley 65 de 1993, del Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” como un Establecimiento de Reclusión Especial tanto para las autoridades tradicionales indígenas como para la autoridades judiciales ordinarias; y como consecuencia, tener en cuenta el tiempo de reclusión en el resguardo como pena cumplida en la jurisdicción ordinaria.

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.

No se discute en este proceso que los demandantes de tutela se encuentren sujetos a la jurisdicción penal ordinaria. Lo que se pretende es que no obstante esta circunstancia de carácter judicial, la pena impuesta se cumpla bajo las condiciones de la jurisdicción indígena y en el lugar de reclusión asignado por la propia comunidad. El legislador –titular de la reserva legal—podría autorizar por vía general que las penas decididas por los jueces ordinarios relativas a indígenas se ejecuten en centros de reclusión de las comunidades indígenas que sean habilitados por la autoridad penitenciaria. Se trataría en verdad de un avance normativo que reflejaría bien el ideario constitucional asentado en el pluralismo étnico-cultural y en la propia filosofía de la pena. Dado sin embargo que este desarrollo normativo debe respetar el principio de legalidad de las penas y de su ejecución, no será el juez de tutela el llamado a sustituir o a anticipar en este sentido la anhelada y conveniente evolución normativa. Aquí debe anotarse que una cosa es un vacío normativo y, otra, muy distinta, un desarrollo normativo. No se advierte en este asunto vacío normativo alguno, puesto que la ley regula integralmente la materia, aunque todavía se avizore un desarrollo

posible que estará librado a la libre configuración normativa del órgano competente.

De alegarse que el régimen penitenciario vigente permite que la pena impuesta por un juez ordinario a un indígena pueda pagarse en un centro de reclusión comunitario, la operatividad de esa autorización dependería tanto de la decisión del juez competente —que no del juez de tutela—y, naturalmente, de la previa habilitación y autorización de la autoridad penitenciaria. Si en ausencia de los dos requisitos, por cierto concurrentes y previos, las personas condenadas y la autoridad indígena, por sí y ante sí deciden que la sanción se cumpla en un centro de reclusión comunitario, el periodo de privación de la libertad cumplido en esas condiciones es enteramente inoponible y en modo alguno vinculante para los efectos de la justicia ordinaria. Las sanciones se imponen por parte de los jueces competentes y se ejecutan y cumplen en los términos de la ley y de las específicas y concretas decisiones de aquéllas. No admite el ordenamiento constitucional, sin violar el debido proceso, la igualdad de todos ante la ley y, sobre todo, el principio de legalidad de la pena, que existan sanciones de facto o cumplimiento de facto de una pena establecida legal y judicialmente.

Repárese en la inconveniencia pública de admitir un esquema en el que luego de varios años de dictada una sentencia condenatoria, sin que se haya tenido noticia del condenado, éste se presente para solicitar el levantamiento de la pena aduciendo que la ha cumplido en un centro de reclusión comunitario, cuando la sanción la hubiere impuesto un juez ordinario y se hubieren puesto en marcha vanamente los dispositivos para capturar y mantener en un establecimiento penitenciario estatal a la persona condenada. La misma situación en el contexto de un Estado de Derecho que se define en la medida en que todo poder público es titular de competencias preestablecidas, se tornaría en extremo caótica si la autoridad penitenciaria es colocada en la obligación de reconocer con carácter retroactivo la condición de centro de reclusión habilitado a un centro de reclusión indígena que sirvió de facto como lugar de privación de la libertad.

Admitir y regularizar forzosamente ex post este tipo de situaciones, entrañaría un privilegio para la persona que como ciudadano no tiene título alguno para reclamar un tratamiento diferente del previsto para con los demás. Tampoco un condenado que por estar dentro del radio de acción de la justicia ordinaria no puede aspirar sino a recibir de las

autoridades el mismo tratamiento general, puede pretender moldear las instituciones y generar arreglos institucionales dirigidos a validar situaciones que desde un principio no se ajustaban a la normativa legal de carácter general. El miembro de la comunidad indígena es portador de derechos fundamentales que como tales no son privilegios; pero fuera del ámbito de los mismos, como ciudadano y cuando es sujeto imputado o condenado por la jurisdicción ordinaria, no está por encima ni por debajo de la ley general y abstracta. Aquí en este campo, la garantía es estar sujeto a la misma ley sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión pública o filosófica.

En esta primera sentencia, la Corte se aproximó a la pregunta de si las penas impuestas por la jurisdicción ordinaria podrían ser cumplidas en el resguardo indígena de condenado, concluyendo que no era posible, pues era competencia del Legislador autorizarlo o no.

7.3.2. Posteriormente, en la *Sentencia T-921* de 2013, la Sala Séptima de Revisión resolvió el siguiente problema jurídico: *¿se vulneró el debido proceso del señor “Cesar” al ser juzgado por la jurisdicción ordinaria y al no haberse tenido en cuenta su condición de indígena en su privación de la libertad?* Se trataba de una persona acusada ante la jurisdicción penal ordinaria por el delito de acceso carnal abusivo.

Es relevante precisar que en este caso fue motivo de discusión la definición de la jurisdicción a la cual correspondía el procesamiento. Luego de analizar si concurrían los presupuestos necesarios para la aplicación del fuero indígena, la sentencia consideró que el condenado debió ser juzgado por la jurisdicción especial, y no por la ordinaria, pues concurrían los factores personal, territorial, institucional u orgánico y objetivo. Por lo anterior, encontró configurado un defecto por violación directa de la Constitución originado en no haberse remitido dicha actuación a la jurisdicción indígena.

Bajo la anterior premisa disertó así en torno a la privación de la libertad del indígena en un establecimiento penitenciario y/o carcelario:

Esta situación se evidencia a través de la escucha de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, en la cual la juez de control de garantías no tuvo en cuenta la condición de indígena del accionante para la determinación de su lugar de reclusión ni mencionó siquiera la

necesidad de que no se afectaran sus costumbres y cultura durante su reclusión.

En este sentido, la Corte Constitucional no puede pasar por alto que el accionante fue recluso en un establecimiento penitenciario y carcelario ordinario, sin estar en un pabellón o establecimiento especial, afectándose de manera grave su identidad cultural, situación que también padecen cientos de indígenas en todo el territorio nacional, tal como ha señalado la Defensoría del Pueblo en el informe denominado “Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC”, en el cual señaló que no se reúnen las condiciones para que vivan dignamente de acuerdo con su diversidad étnica y cultural, lo que implica una grave amenaza contra estos valores que gozan de reconocimiento constitucional y que no se respeta su diversidad cultural.

8.3.4.4. La privación de la libertad de los indígenas en establecimientos penitenciarios y carcelarios debería ser excepcional, pese a lo cual en la actualidad la situación es completamente distinta. Para el mes de agosto del año 2012, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC reportó que se encontraban 963 indígenas privados de la libertad⁶⁷, sufriendo además la terrible situación de hacinamiento del sistema⁶⁸, lo cual implica claramente un proceso masivo de pérdida masiva de su cultura insostenible.

8.3.4.5. En este sentido, el castigo es un agente cultural que transforma la identidad del individuo, mediante métodos de clasificación, restricción y autorización, estandarizando su conducta de acuerdo a patrones generales⁶⁹, lo cual afecta de manera directa la cultura del indígena, independientemente de los esfuerzos realizados por el INPEC para evitar este proceso. De esta manera, la simple privación de la libertad de un indígena en un establecimiento ordinario puede llegar a transformar completamente su identidad cultural étnica y cultural, lo cual se presenta tanto si el indígena es juzgado por la jurisdicción ordinaria, como también si es procesado por la jurisdicción indígena y luego es recluso en un establecimiento común.

⁶⁷ Ver Debate situación penitenciaria y carcelaria en el país, Agosto 14 de 2012, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

⁶⁸ Ver acápite de hacinamiento: Informe de la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado Colombiano, págs. 27 y ss.

⁶⁹ GARLAND, David: “Castigo y sociedad moderna”, Siglo XXI editores, Madrid, 2006, págs. 310 y ss.

Al respecto, la Sentencia T-097 de 2012⁷⁰ manifestó que “Los indígenas no debían ser reclusos en establecimientos penitenciarios corrientes si esto significaba un atentado contra sus valores culturales y desconocía el reconocimiento exigido por la Constitución” y en este sentido recordó lo señalado en la Sentencia C-394 de 1995⁷¹: “En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y la ley. Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-097-12.htm> - ftn38.

8.3.4.6. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido reconociendo que los indígenas pueden ser reclusos excepcionalmente en establecimientos ordinarios cuando así lo determinen las comunidades a las cuales pertenecen, en virtud de la colaboración armónica de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena, teniendo en cuenta que muchos resguardos no cuentan con la infraestructura necesaria para vigilar el cumplimiento de penas privativas de la libertad en su territorio⁷². Cabe resaltar que esta situación es aplicable, siempre y cuando sean las propias autoridades indígenas las que determinen que el cumplimiento de la pena se hará en establecimientos ordinarios, tal como se afirmó en las Sentencias T-239 de 2002⁷³, T-1294 de 2005⁷⁴ y T-1026 de 2008⁷⁵.

8.3.4.7. En casos como el del accionante, la situación es distinta, pues la propia comunidad indígena se opone a su privación de la libertad en un establecimiento ordinario, por lo cual mantenerlo recluso en dicho lugar afecta la autonomía de las comunidades indígenas y la identidad

⁷⁰ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷¹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷² Sentencias de la Corte Constitucional T-239 de 2002, T-1294 de 2005, T-549 de 2007, T-1026 de 2008 y T-097 de 2012.

⁷³ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷⁴ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷⁵ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

cultural del señor “Cesar”, lo cual carece de justificación, pues si la comunidad indígena solicita tener competencia para conocer el caso se desvirtúa la necesidad de que la jurisdicción ordinaria le preste su colaboración para el cumplimiento de la pena en un establecimiento ordinario.

8.3.4.8. Bajo esta consideración la limitación del derecho a la identidad cultural estaría justificada únicamente si es la propia comunidad indígena la que por motivos excepcionales solicita que la pena se cumpla en un establecimiento ordinario, pero no en aquellos eventos en los cuales la comunidad permite que el indígena cumpla su detención preventiva o su pena al interior de su territorio. Esta interpretación evita que se presente la grave afectación de la identidad cultural de cientos de indígenas que son privados de la libertad en establecimientos penitenciarios o carcelarios ordinarios, sufriendo un paulatino proceso de pérdida de su cultura y adoptando las costumbres y usos de la cultura mayoritaria, teniendo que desembocar en la sociedad occidental.

8.3.4.9. En este sentido, así como en virtud de la colaboración armónica de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena esta Corporación permitió que los indígenas cumplieran su privación de la libertad en un establecimiento ordinario, esta misma colaboración armónica posibilita que la jurisdicción indígena apoye a la jurisdicción ordinaria, admitiendo que los indígenas privados de la libertad cumplan su detención o pena al interior del resguardo, lo cual evitaría los terribles efectos culturales de recluir a un indígena en un establecimiento ordinario.

8.3.4.10. Lo anterior exige la adopción de medidas urgentes ante el evidente proceso masivo de afectación de un derecho fundamental esencial para los indígenas como es la identidad cultural, por lo cual se hace necesario la adopción de medidas para salvaguardar esta garantía. En todo caso estas medidas se dirigen específicamente a la determinación del lugar de privación de la libertad y no afectan la naturaleza ni la duración de la pena o medida impuesta, pues la simple reclusión de un indígena en un establecimiento ordinario afecta claramente su cultura y tal como ha señalado el Informe de la Defensoría del Pueblo sobre la situación de los indígenas privados de la libertad en Colombia.

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

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

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

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

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 resguardo, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de ésta. La solicitud para la aplicación de esta medida podrá ser presentada ante el juez que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación harán un seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia.

En relación con este fallo, es preciso destacar que el juez constitucional puso de manifiesto un error en que habrían incurrido los jueces de la jurisdicción ordinaria al haber asumido el conocimiento del proceso, no obstante concurrir los presupuestos para que el asunto que hubiese tramitado ante la jurisdicción se hubiese especial indígena.

Puso de presente los riesgos que significaba para la preservación de la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas privados de la libertad su reclusión en centros penitenciarios comunes, sin garantizar condiciones especiales de reclusión. En el marco del principio de colaboración armónica inter jurisdiccional la Sala señaló que así como eventualmente la jurisdicción ordinaria, por razones de seguridad de la propia comunidad étnica podía apoyar a la jurisdicción especial indígena en la fase de ejecución de la pena, también la jurisdicción especial podría hacerlo respecto de la ordinaria, cuandoquiera que el sistema penitenciario común no ofreciera las condiciones adecuadas para la preservación de la identidad cultural de los penados indígenas. En este caso, subrayó la necesidad de verificar por parte del juez si el resguardo contaba con infraestructura apropiada para que la privación de la libertad se desarrollara en condiciones que garantizaran la dignidad y la seguridad del penado. Igualmente destacó que esta privación de la libertad no debe ejecutarse al margen de las funciones de control y vigilancia que corresponden al INPEC, órgano que debería realizar visitas periódicas al resguardo para asegurar la efectiva privación de la libertad.

7.3.3. En la *Sentencia* T-975 de 2014⁷⁶ le correspondió a la Sala Séptima de Revisión, resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneraron los derechos

⁷⁶ En esta sentencia aclaró el voto el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, en los siguientes términos: “Considero necesario aclarar que las citas textuales tomadas de la sentencia T-921 de 2013, referentes a la posibilidad de que los indígenas cumplan penas privativas de la libertad al interior de sus resguardos, no hacen parte de la *ratio decidendi* de dicha providencia y por lo tanto, no pueden entenderse como vinculantes para casos posteriores. En efecto, el caso que fue resuelto en esa oportunidad se refería a vulneración de los

del accionante al no aplicarse la jurisdicción indígena y habersele recluido en un establecimiento penitenciario ordinario? El accionante fue juzgado por la jurisdicción ordinaria por los delitos de homicidio agravado con fines terroristas, tentativa de homicidio con fines terroristas y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.

La Sala, negó el amparo considerando dos circunstancias: (i) que el actor no era beneficiario del fuero indígena, pues si bien cumplía con el requisito personal, incumplía con los otros factores: territorial y objetivo; y (ii) que no se cumplían los presupuestos plasmados en la sentencia T-921 de 2013.

Con relación a la aplicación de las reglas establecidas en la Sentencia T-921 de 2013, la Sala manifestó que: *“Estas reglas fueron establecidas en virtud de la grave situación que sufren los indígenas privados de la libertad en Colombia, sin embargo, no estaban contenidas en ninguna ley, por lo cual su desconocimiento antes de que esta sentencia fue proferida, es decir, antes del cinco (5) de diciembre de 2014 no constituye una vía de hecho ni configura ningún defecto, a lo cual debe agregarse que el accionante no mencionó nunca en el proceso su condición de indígena.”* Concluyendo que no se vulneró el derecho al debido proceso del accionante al no haberse citado al jefe de su resguardo.

Respecto de la solicitud de cumplir su pena al interior de su comunidad, la Corte no accedió a ella por cuanto el jefe del resguardo no dio su consentimiento para que el accionante fuera trasladado a ese lugar, tal como lo exige la sentencia T-921 de 2013. Y, teniendo en cuenta, que:

derechos de un accionante que alegaba no haber sido juzgado por las autoridades tradicionales del resguardo al que pertenecía a pesar de contar con fuero indígena, mientras que en el caso que ahora se revisa se discutía principalmente la posibilidad de que el accionante pudiese cumplir la pena privativa de la libertad en los territorios de su resguardo. Así, las apreciaciones hechas en la mencionada sentencia T-921 de 2013 sobre las condiciones que deberían cumplirse para que un indígena pueda cumplir una pena al interior de los resguardos no constituyen precedente vinculante y son, de hecho, *obiter dicta*. Esto queda claro al remitirse a la parte resolutive de dicho fallo, en donde no existe ninguna orden respecto de las condiciones en las que cumplen sus condenas quienes hacen parte de una comunidad indígena. Así pues, aunque para el caso analizado en esta oportunidad las consideraciones de la sentencia T-921 de 2013 sobre la situación de los indígenas que se encuentran recluidos en las cárceles colombianas son pertinentes como un eventual apoyo a otros argumentos, no pueden tomarse como criterios obligatorios de la jurisprudencia constitucional porque, como ya se dijo, no hacen parte de la razón de la decisión de la citada providencia. Por lo tanto, veo necesario aclarar mi voto también en este sentido, pues considero que se trata de un manejo errado del precedente judicial que puede inducir a error, pretendiendo otorgar obligatoriedad a unos *obiter dicta*. Haría falta un estudio y análisis mucho más riguroso y profundo sobre la posibilidad de que los miembros de comunidades indígenas cumplan penas privativas de la libertad en los resguardos a los que pertenecen, para determinar unas reglas vinculantes en esta materia, pues son muchos los aspectos que hacen parte de ese debate, y que no fueron resueltos en la sentencia T-921 de 2013, ni en la providencia objeto de este pronunciamiento.”

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

En esta providencia, la Corte ratificó la posibilidad de que la pena fuese cumplida en el resguardo indígena, previo el cumplimiento de unos requisitos: (i) consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio; (ii) verificación de si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, a falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993⁷⁷; (iii) el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad, en caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio; y (iv) el juez deberá analizar si la conducta delictiva por la cual lo acusan o por la que fue condenado, permite concluir que el traslado del indígena al resguardo pueden poner en peligro a esa comunidad.

8. Estudio del caso concreto.

⁷⁷ ARTICULO 29. RECLUSION EN CASOS ESPECIALES. Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, Cuerpo de Policía Judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Esta situación se extiende a los exservidores públicos respectivos.

La autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.

8.1. Los señores Pedro Cesar Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández pertenecen a la etnia Zenú y son miembros del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento⁷⁸. El 26 de septiembre de 2006, la Fiscalía General de la Nación les inició una investigación penal por la presunta comisión del delito de concierto para delinquir⁷⁹ y fueron acusados el 22 de mayo de 2007.

Por su condición de indígenas, solicitaron que su juzgamiento fuera asignado a su resguardo y no la jurisdicción ordinaria. Así, el 31 de enero de 2007, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto suscitado entre el Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento y la Fiscalía General de la Nación, resolviendo que la competente era la jurisdicción ordinaria⁸⁰.

8.2. El 28 de septiembre de 2009, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá condenó a los señores Pedro Cesar Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández a una pena de prisión de seis años y una multa de 2000 SMLMV por el delito de concierto para delinquir por asociación con las autodefensas ilegales del bloque “Héroes de Montes de María”⁸¹. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 8 de mayo de 2012⁸².

⁷⁸ El Cacique Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, Eder Eduardo Espitia Estrada –según registro de bases de datos de autoridades indígenas de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior–, certificó que los señores Pedro Cesar Pestana Rojas y Antonio de Jesús Martínez Hernández, se encuentran inscritos en el censo del Cabildo Menor, de Sacana –jurisdicción del municipio de Momíl– y de Buena Vistica –municipio de Sincelejo–, respectivamente. Ver folios 108 a 117 del cuaderno 1.

⁷⁹ De acuerdo con los hechos narrados por las diferentes instancias judiciales en el marco del proceso penal por concierto para delinquir, la Fiscalía dio inicio a la investigación el 26 de septiembre de 2006. Ver folios 119 a 182 del cuaderno 1, correspondiente a la segunda instancia del proceso penal.

⁸⁰ El Consejo Superior de la Judicatura determinó que era competente para dirimir el conflicto de competencia a la luz del numeral 6 del artículo 256 CP y el numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996 y, como el sujeto pasivo de la conducta penal no se limitó a la comunidad indígena sino a la sociedad en general, conducta de la que además estaban conscientes, permite inferir que se trata de una conducta tipificada en el Código Penal y que debe ser investigada y juzgada por la justicia ordinaria. Ver folios 75 a 81 del cuaderno principal.

⁸¹ Estimó el juzgado que los procesados vulneraron el bien jurídico de la seguridad pública, “*pues el trato con organizaciones como las AUC implica la completa desconfiguración social, que crea la desconfianza y la incertidumbre colectiva, ante los eventuales atentados contra esa comunidad, de suerte que se da la ruptura de esa seguridad pública. Por ello igualmente se deriva su responsabilidad, pues en verdad que sobre este aspecto, el mismo material probatorio refleja certeramente que las personas acusadas y señaladas por algunos declarantes, en sus distintas apariciones procesales, desestabilizaron el orden público y la seguridad al interior de su comunidad y sus etnias.*” Ver folios 196 a 230 del cuaderno 1.

⁸² Al analizar la competencia del Tribunal para tramitar la apelación, recordó “*la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en decisión del 31 de enero de 2007 definió el conflicto positivo de competencias suscitado entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, en el sentido de que correspondía a esta última investigar y juzgar a los procesados (...)*” porque los hechos fueron cometidos alrededor de Santa Marta. Ver folios 119 a 182 del cuaderno 1.

8.3. En varias oportunidades los sentenciados Pestana Rojas y Martínez Hernández solicitaron su libertad ante la autoridad competente, sobre la base de contabilizar como parte de la pena cumplida el tiempo que, según su propia versión, han permanecido privados de la libertad en el resguardo indígena.

En efecto, el 05 de marzo de 2010, el Tribunal Superior de Bogotá les negó la libertad provisional considerando que el tiempo que los solicitantes permanecieron en el centro de reclusión de su comunidad indígena no podía ser tenido en cuenta para dar por cumplida la pena impuesta en la jurisdicción ordinaria⁸³. Lo anterior, en la medida en que pese a que se revolvió el conflicto de competencia en favor de la jurisdicción ordinaria y se solicitó que fueran puestos a disposición de las autoridades penales, los procesados ni el resguardo procedieron a dar cumplimiento a las reiteradas órdenes de captura expedidas en su contra.

Estimó el Tribunal que el hecho de que la autoridad indígena se hubiese sustraído al procedimiento regulado en la ley para la legalización de la privación de la libertad de los señores Pestana y Martínez, implicó el desconocimiento del artículo 28 inciso 2 de la Constitución Política. Como consecuencia de ello la privación de la libertad no se ha cumplido según los parámetros establecidos constitucional y legalmente.

El 04 de febrero de 2011, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó su decisión de fecha 05 de marzo de 2010, en el sentido de negar la libertad de los condenados⁸⁴. Entre otras razones porque el 16 de diciembre de 2010, la Coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios del INPEC, comunicó al Cacique del resguardo con copia al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que el Centro de Reflexión “Cacique Mexión” no hacía parte de la estructura interna del INPEC, sugiriéndole poner a los indígenas a disposición de las autoridades judiciales competentes.

Adicionalmente, el Tribunal reiteró que la decisión de desconocer el centro de reclusión del resguardo como lugar para la privación de libertad, no implicaba el desconocimiento de la condición de indígena ni la voluntad de apartarlo del

⁸³ En la providencia del 05 de marzo de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, además de negar la libertad de los accionantes, decidió anular las actuaciones judiciales desde el auto del 15 de diciembre de 2009, con relación a la libertad tramitada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, ordenó que se informará de la decisión de negar la libertad a las autoridades indígenas del Resguardo de San Andrés de Sotavento, compulsó copias del expediente a la Corte Suprema de Justicia, quien ordenó el cambio de radicación y al Consejo Superior de la Judicatura que definió la competencia. Por último, reiteró las órdenes de captura emitidas contra los señores Pestana Y Martínez, para lo cual debía informarse a las diversas autoridades indígenas. Ver folios 367 a 382 del cuaderno 1.

⁸⁴ Ver folios 383 a 407 del cuaderno 1.

resguardo. Sin embargo, precisó que esta condición no conlleva a que el juzgamiento y la ejecución de la pena sean asuntos exclusivos de la jurisdicción indígena. Indicó que el alcance del fuero indígena trasciende el factor personal del procesado, pues en su determinación puede tener incidencia el hecho de que la conducta desplegada por el agente indígena afecte bienes jurídicos de la comunidad en general y que esté por fuera del ámbito de competencia del resguardo. Insistió en que a la luz del artículo 28 CP la privación de la libertad debe obedecer a la ejecución de la orden librada por una autoridad competente y corresponde a las autoridades administrativas, de manera exclusiva, determinar la forma de ejecución de las privaciones de la libertad. Agregó que de conformidad con el artículo 14 del Código Penitenciario, compete al INPEC reconocer los centros de reclusión como lugares aptos para la ejecución de las penas privativas de la libertad, situación que en el caso concreto fue comunicada al resguardo y a los accionantes, sin que a ello se diera acatamiento.

Posteriormente, en mayo 15 de 2012, una nueva solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena presentada por el señor Pedro Cesar Pestana Rojas, fue negada por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal- al estimar que no concurrían los presupuestos legalmente establecidos para el otorgamiento de este beneficio. Adicionalmente, aseguró que el peticionario no había estado privado de la libertad como consecuencia de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria, pues desde el 21 de noviembre de 2006 y en más oportunidades se profirió orden de captura sin resultado alguno y por estimar que no es válida la privación de la libertad del peticionario en el centro de reclusión indígena⁸⁵.

Finalmente, el 19 de febrero de 2014, los señores Pedro Cesar Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández interpusieron acción de tutela⁸⁶ esta vez en contra del INPEC y contra su mismo resguardo, solicitando ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario su libertad inmediata e incondicional por tiempo cumplido, pues desde el 22 de noviembre de 2006 han estado bajo custodia del centro de reclusión del resguardo indígena. Así, la pena de 6 años impuesta por la jurisdicción ordinaria estaría más que cumplida.

⁸⁵ A folios 408 a 414 del cuaderno 1 consta la decisión del Tribunal Superior de Bogotá que negó la libertad solicitada por el señor Pedro César Pestana Rojas. Señaló el Tribunal: “(...) luego ningún reconocimiento de una supuesta privación de la libertad en el centro de reclusión indígena procede en este evento, máxime que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el aludido conflicto de competencias el 31 de enero de 2007, en el sentido de que la competencia para adelantar la investigación radicaba en la justicia ordinaria y no en la jurisdicción indígena”.

⁸⁶ Cabe recordar que en mayo de 2010 los accionantes habían instaurado otra acción de tutela, con propósitos similares, la cual fue objeto de revisión a través de la sentencia T-097 de 2012.

Aclara la Sala que si bien el amparo constitucional invocado por los accionantes se dirige a la obtención de su libertad definitiva por pena cumplida, asunto que compete al Juez de conocimiento o al de ejecución de penas según la fase en que se encuentre el proceso, la pretensión que realmente involucra su demanda es la contabilización como parte de la pena cumplida, del tiempo que, según lo sostienen, han permanecido reclusos en el denominado *Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión”* del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento.

8.4. Acorde con esta comprensión de la cuestión que propone la acción constitucional, la Sala se planteó el siguiente problema jurídico:

¿Vulneran las autoridades judiciales y penitenciarias los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la autonomía de los pueblos indígenas y a la libertad personal de miembros de una comunidad indígena condenados por la jurisdicción ordinaria, al no contabilizar como tiempo cumplido de la pena, el lapso en que, por su propia decisión, han permanecido en un centro de reclusión de su resguardo, que no forma parte de la estructura carcelaria del INPEC, y sin que medie acto judicial o administrativo que haya dispuesto dicha reclusión?

8.5. Para resolver el problema jurídico así planteado conviene recordar que en virtud de la especial protección que la Constitución brinda a la diversidad étnica y cultural de la Nación, los miembros de las comunidades indígenas que son sometidos a procesos penales adelantados ante la jurisdicción ordinaria gozan de una especial protección que se proyecta en el enfoque diferencial que debe asistir diversos momentos del proceso tales como la determinación de la imputabilidad, el contenido y alcance de la culpabilidad y las condiciones de ejecución de la pena.

En relación con este último aspecto ha recalcado la jurisprudencia que para que la pena cumpla los fines que le son propios, en particular su carácter preventivo y resocializador, es esencial que en la ejecución de la pena o medida preventiva de los miembros de comunidades indígenas se tenga en cuenta su particular cosmovisión, sus costumbres y sus prácticas. De este modo, se ha planteado la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva

de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural⁸⁷.

8.6. En forma reiterada, la jurisprudencia de esta Corte ha alertado sobre la amenaza que implica para la preservación de los valores y principios en que se asienta la identidad étnica de las personas de condición indígena privadas de la libertad, su reclusión en centros penitenciarios corrientes, por lo que ha aconsejado su ubicación en establecimientos o pabellones especiales en los que se posibilite el manejo de la ejecución de la pena con un enfoque diferencial, de modo que se armonice los intereses de la justicia con la preservación de la identidad étnica y cultural del penado. No obstante ha vinculado esta exigencia a la amenaza que dicha reclusión implica, en el caso concreto, frente a los valores culturales que gozan de reconocimiento constitucional⁸⁸.

La aplicación del enfoque diferencial en el tratamiento de la ejecución de la pena impuesta a indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria, no sustrae esta materia de los principios constitucionales que gobiernan la pena en todas sus fases, esto es, la exigencia de legalidad en su configuración, determinación y ejecución. Tampoco puede entenderse que este tratamiento diferencial amparado por la Constitución, modifique los parámetros orgánicos que rigen esta fase del proceso, de acuerdo con los cuales corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (o al de conocimiento en su momento) proferir las órdenes tendientes al cumplimiento de la sanción impuesta por el juez penal; así como a la autoridad penitenciaria (INPEC) la previa habilitación y autorización para que la pena sea ejecutada en determinado centro de reclusión, y su vigilancia y control posterior.

8.7. Examinada la situación de hecho que plantea la demanda de tutela a la luz de los parámetros jurisprudenciales reseñados, no encuentra la Corte vulneración alguna atribuible al INPEC ni al Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, contra quienes se dirige la demanda, por el hecho de no haber certificado como parte de la pena cumplida el tiempo en que por su propia voluntad, sin que mediara orden judicial ni habilitación de la autoridad

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-394 de 1995.

⁸⁸ Al respecto, la Sentencia T-097 de 2012 manifestó que “Los indígenas no debían ser reclusos en establecimientos penitenciarios corrientes si esto significaba un atentado contra sus valores culturales y desconocía el reconocimiento exigido por la Constitución” y en este sentido recordó lo señalado en la Sentencia C-394 de 1995: “Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”.

penitenciaria, los sentenciados han permanecido en el centro de reclusión “Cacique Mexión” ubicado en el Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento.

Reitera la Sala su doctrina (sentencias T- 921 de 2013, T-975 de 2014, T-208 de 2015) sobre la importancia de que en la ejecución de la pena de personas de condición indígena se aplique un enfoque diferencial orientado a salvaguardar los valores en que su sustenta su identidad étnico – cultural. Sin embargo dicha protección debe enmarcarse dentro de los canales que establece el Estado de Derecho para la determinación, imposición y ejecución de la penas.

En efecto, la ejecución de la pena no puede estar sustraída del marco constitucional y legal que rige esta fase del *ius puniendi*, lo que implica como presupuesto básico la existencia una orden judicial en la que se determine el sitio de reclusión, la autorización y habilitación previa por parte de la autoridad penitenciaria (el INPEC) y su vigilancia y control posterior. En el caso de los señores Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez no se cumplieron estos presupuestos mínimos que reclama la legalidad de la pena en su fase de ejecución.

8.7.1. En primer lugar, porque a pesar de que se tramitó un conflicto de competencia que fue resuelto a favor de la jurisdicción ordinaria los procesados nunca fueron puestos a disposición de los jueces penales, no obstante las reiteradas órdenes de captura libradas en su contra. Es decir que la privación de la libertad que invocan los peticionarios a fin de que sea contabilizada como parte de la pena impuesta, no fue legalizada ante la autoridad a la cual se le reconoció jurisdicción para adelantar y decidir el proceso penal.

8.7.2. En segundo lugar, porque el tiempo de privación de la libertad que aducen los demandantes como base de su pretensión se cumplió en un centro de reclusión que no hace parte de la estructura del INPEC y por ende está sustraído de su control y vigilancia. Al respecto cabe recordar que de conformidad con el artículo 14 del Código Penitenciario, compete al INPEC reconocer los centros de reclusión como lugares aptos para la ejecución de las penas privativas de la libertad. En el presente asunto se evidencia que la Coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios del INPEC, comunicó tanto al Resguardo como al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que el Centro de Reflexión “Cacique Mexión” no hacía parte de la estructura interna del INPEC, y sugirió al resguardo indígena poner a los indígenas a disposición de las autoridades judiciales competentes.

8.7.3. En tercer lugar, la posibilidad de que la pena impuesta por la jurisdicción penal ordinaria se cumpla en un centro penitenciario indígena avalado por el INPEC, se sustenta en un principio básico que rige esta relación consistente en la colaboración armónica inter jurisdiccional lo que implica la apertura de un diálogo intercultural entre las jurisdicciones involucradas a fin de concertar la mejor opción que garantice la preservación de los valores étnico culturales de los penados indígenas, que la Constitución protege. Este diálogo nunca se dio comoquiera que los sentenciados no fueron puestos a disposición de la jurisdicción penal ordinaria a favor de la cual se resolvió el conflicto de competencia. Las autoridades indígenas en acuerdo con los condenados, decidieron en forma unilateral y con desconocimiento del principio de colaboración armónica inter jurisdiccional asumir la ejecución de la pena, al margen de los controles, judicial y administrativo, correspondientes.

8.7.4. En cuarto lugar, esta sustracción del asunto de la órbita de la autoridad judicial competente impidió que la reclusión de los sentenciados en el centro de confinamiento ubicado en el resguardo indígena, estuviese precedida de la valoración imprescindible conducente a establecer si en el caso concreto de los sentenciados Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez, concurría la amenaza de que sus valores étnico culturales ligado a su condición indígena se viesan afectados por la ejecución de la pena privativa de la libertad en un centro penitenciario común. Esta circunstancia es la que de acuerdo con la jurisprudencia justifica, desde el punto de vista sustantivo, la colaboración armónica inter jurisdiccional para que la condena impuesta por la jurisdicción ordinaria sea purgada en un centro de reclusión especial indígena.

Ello implicaba, en el caso de los accionantes, una nueva valoración por parte de la autoridad judicial competente, en esta oportunidad con miras a definir el sitio de ejecución de la pena, comoquiera que el grado de aculturación de los implicados, el espectro territorial en el que se desarrolló el delito imputado, así como la entidad y el grado de afectación de los bienes jurídicos lesionados ya había sido objeto de evaluación en otros momentos procesales como la definición del fuero, la determinación de la imputabilidad socio cultural de los procesados y la definición de la culpabilidad en el marco del juicio de imputación de responsabilidad.

Sobre el particular cabe referir que en el proceso penal se estableció que, pese a su condición indígena, los investigados habían pasado por un proceso de aculturación. En el caso de Pestana Rojas se estableció que es profesional en

medicina, en tanto que respecto de Antonio Martínez se reseñó que es administrador de empresas⁸⁹, y que los dos se han desempeñado en cargos públicos y el ejercicio político, lo que llevó a los jueces a inferir su conocimiento respecto del origen y actividades desarrolladas por los grupos de autodefensas como fenómeno social y como una organización armada ilegal involucrada en la comisión de ilícitos caracterizados por su crueldad.

De acuerdo con la doctrina sentada por esta Corte la definición del sitio de reclusión de una persona de condición indígena, con base en la colaboración armónica inter jurisdiccional, debe tomar en cuenta otros criterios de valoración tales como el espectro de afectación y la naturaleza del bien jurídico lesionado con el delito, a fin de establecer la conveniencia o no, de imponer a la comunidad la presencia de individuos que afecten su seguridad o estabilidad. En el caso de los sentenciados Pestana Rojas y Martínez Hernández los jueces de conocimiento establecieron que el delito imputado a los sentenciados afectó el bien jurídico de la seguridad pública, lo que incluye la desestabilización del orden público y de la seguridad al interior de la comunidad étnica.

Así mismo, al evaluar una eventual configuración de una causal excluyente de responsabilidad derivada de la condición socio cultural de los implicados, consideraron los jueces de conocimiento que *“los implicados utilizaron indebidamente a la etnia a la que pertenecían para justificar sus relaciones con el grupo armado al margen de la ley y obtener adicionalmente el apoyo político de sus miembros, al punto que lograron atemorizar a los miembros del resguardo que de buena fe creyeron que en realidad estaban siendo amenazados y de ahí la autorización para asistir a la mencionada reunión”*.⁹⁰

Estos elementos debieron ser objeto de valoración por parte de la autoridad judicial competente para definir el lugar de reclusión de los sentenciados. Sin embargo, en virtud del procedimiento de facto y unilateral, a través del cual los implicados decidieron refugiarse en el resguardo indígena para luego alegar pena cumplida, se privó a las autoridades judiciales y administrativas competentes de la posibilidad de adoptar una decisión que tomara en cuenta estos elementos que han sido considerados relevantes por la jurisprudencia constitucional, en términos de protección de la comunidad indígena, a efecto de definir el lugar de reclusión de uno de sus miembros.

⁸⁹ Información ratificada en la sentencia de primera instancia del proceso penal. Ver folio 197 del cuaderno 1.

⁹⁰ Sentencia del 28 de septiembre de 2009, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

8.7.5. En quinto lugar, la sustracción del asunto relativo a la definición del sitio de ejecución de la pena impuesta a los señores Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez, de la órbita de decisión de las autoridades judicial y administrativa competentes, impidió que se verificaran los demás requisitos que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte⁹¹ se deben satisfacer para que una pena impuesta a un indígena por la jurisdicción penal ordinaria, pueda ser ejecutada en un centro de reclusión del resguardo. Esto es, la verificación de si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, o en su defecto dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993, así como el seguimiento periódico que debe realizar el INPEC mediante visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad, so pena de que en caso de que no se hallare en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente el beneficio.

En este punto resulta pertinente reiterar lo señalado por la Corte en la sentencia T-097 de 2012, en la que precisó que el acuerdo celebrado entre las personas condenadas y la autoridad indígena, por sí y ante sí para que la sanción se cumpla en un centro de reclusión comunitario, es inoponible y en modo alguno vinculante para la justicia ordinaria. En esta decisión que por referirse al mismo caso ahora examinado cobra particular relevancia, dijo la Sala Segunda de Revisión:

“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.

(...)

De alegarse que el régimen penitenciario vigente permite que la pena impuesta por un juez ordinario a un indígena pueda pagarse en un centro de reclusión comunitario, la operatividad de esa autorización dependería tanto de la decisión del juez competente —que no del juez de tutela—y, naturalmente, de la previa habilitación y autorización de la autoridad penitenciaria. Si en ausencia de los dos requisitos, por cierto concurrentes y previos, las personas condenadas y la autoridad indígena, por sí y ante sí deciden que la sanción se cumpla en un centro de reclusión comunitario, el periodo de privación de la libertad cumplido en esas condiciones es

⁹¹ Sentencias T-866 de 2013, T-921 de 2013, T-975 de 2014, T-208 de 2015.

enteramente inoponible y en modo alguno vinculante para los efectos de la justicia ordinaria”.

8.7.6. Las anteriores consideraciones permiten a la Sala sostener que el tiempo que los condenados Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez alegan haber descontado en el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” del resguardo de San Andrés de Sotavento, no puede ser contabilizado como parte de la pena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, toda vez que no está amparado por una orden de la autoridad judicial competente, ni avalado por la autoridad administrativa rectora del sistema penitenciario. Tampoco cumple con los requisitos que de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación deben concurrir para que la pena impuesta por la jurisdicción penal ordinaria pueda ser descontada en centros de reclusión especiales avalados por el INPEC.

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional no accederá a la pretensión de los accionantes en el sentido de tener en cuenta el tiempo que voluntariamente, sin orden judicial que así lo determinara, estuvieron reclusos en el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” del resguardo de San Andrés de Sotavento. En consecuencia procederá a revocar el fallo de tutela proferido el 05 de marzo de 2014 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba que concedió el amparo, y a dejar sin efectos las decisiones judiciales que se profirieron en cumplimiento de la orden de tutela.

9. Algunas consideraciones sobre la actuación del juez de tutela en el trámite de envío del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión

Una última cuestión que le corresponde resolver a la Sala hace referencia al trámite que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba le dio al proceso de tutela, el cual tardó casi un año en enviarse a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Las actuaciones judiciales que reposan en el expediente se reseñan a continuación:

9.1. La acción de tutela fue presentada por los accionantes el 19 de febrero del año 2014.

9.2 La sentencia de primera y única instancia fue proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba, el 05 de marzo de 2014.

9.3. El 27 de marzo del mismo año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal-, notificado por conducta concluyente del fallo en comento, solicitó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba⁹² su vinculación y, como consecuencia, dar trámite de impugnación a su escrito.

9.4. El 03 de abril de 2014, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba, decidió no acceder a las peticiones del Tribunal.

9.5. El 09 de abril de 2014, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal- insistió al juez de instancia sobre la necesidad de ser reconocido como parte dentro del proceso de tutela, haciendo mención de la sentencia T-097 de 2012, y reiterando que lo pretendido por los accionantes era dejar sin efecto sus actuaciones judiciales⁹³. Además, reprochó el hecho de no habersele dado trámite a la solicitud de nulidad planteada, en desconocimiento de los artículos 127 y 133 del Código General del Proceso.

9.6. El 25 de abril de 2014, el juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba, decidió no darle trámite a la solicitud considerando que en ninguna parte del escrito se señalaba que se trataba de un recurso contra la providencia cuestionada. Por lo tanto, esta *nueva* petición de vinculación, fue considerada extemporánea⁹⁴.

9.7. El 30 de abril de 2014, el expediente fue enviado a la Corte Constitucional para su eventual revisión⁹⁵.

9.8. Mediante Auto del 25 de junio de 2014, recibido el 22 de julio de 2014 en el juzgado⁹⁶, la Sala de Selección Número Seis ordenó devolver el expediente al juzgado de primera instancia con el fin de que se le diera trámite a la impugnación presentada por el Tribunal Superior de Bogotá⁹⁷.

⁹² Ver folios 359 al 365 del cuaderno 1.

⁹³ Ver folios 442 a 444 del cuaderno 1.

⁹⁴ Resolvió el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba, “*frente a esta eventualidad considero que ha precluido la oportunidad legal para impugnar el auto motivo del rechazo, por lo que considero ejecutoriada la decisión*”. Ver folios 515 a 516 del cuaderno 1.

⁹⁵ Ver folios 517 y 518 del cuaderno 1.

⁹⁶ Ver folio 523 del cuaderno 1.

⁹⁷ En el numeral décimo cuarto del Auto de Selección No. 06, la Corte Constitucional determinó DEVOLVER el expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba, con el fin de que se diera trámite a la impugnación propuesta por el Tribunal Superior de Bogotá, si fuera procedente. Ver folios 524 a

9.9. En respuesta, el 22 de julio del 2014, el juzgado le solicitó a la Corte Constitucional la aclaración del auto referido para que fuera la misma Corte quien determinara si la solicitud presentada el 09 de abril de 2014 por el Tribunal Superior, debía ser considerada como un recurso interpuesto contra el auto que negó su vinculación⁹⁸, toda vez que en el escrito no se hace mención de que se trate de la interposición de un recurso.

9.10. Posteriormente, mediante Auto del 21 de noviembre de 2014, recibido el 29 de enero de 2015 en el juzgado⁹⁹, la Sala de Selección Número Once aclaró la anterior orden, en el sentido de que el juzgado debía pronunciarse sobre la solicitud de nulidad y la impugnación presentada por los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá¹⁰⁰.

9.11. El 18 de marzo de 2015, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú se pronunció negando el trámite de impugnación solicitado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, argumentando que por no ser parte dentro del proceso no tenía la facultad de controvertir el fallo¹⁰¹.

9.12. En consecuencia, mediante oficio del 19 de marzo del mismo año, envió el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión¹⁰².

9.13. Del examen de los antecedentes referidos se desprende, de una parte, (i) una posición sistemática del juez de primera instancia respecto de la no vinculación del Tribunal Superior del Distrito Judicial a pesar de que dicha Corporación, como se mencionó, adoptó en tres ocasiones decisiones de fondo sobre la libertad de los accionantes y, de otra, (ii) una dilación en el envío del expediente a la Corte Constitucional.

Esta situación resulta censurable comoquiera que evidencia un

527 del cuaderno 1.

⁹⁸ En respuesta a la Corte Constitucional, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú-Córdoba solicitó a la Corte Constitucional que en sede de revisión “se sirva aclarar la providencia del 25 de junio de 2014; en relación a lo siguiente: Si el escrito adiado 9 de abril de 2014, puesto que en este, no se menciona la interposición de recurso alguno, solo se insiste en que se dé respuesta a lo solicitado y este despacho mediante el auto en cita, resolvió sobre la impugnación planteada por dicho Tribunal”. Ver folios 519 a 520 del cuaderno 1.

⁹⁹ Ver folio 530 del cuaderno 1.

¹⁰⁰ En el numeral decimoctavo el auto de la Sala de Selección No. 11, se resolvió aclararle al Juzgado de la acción de tutela, que debía pronunciarse sobre la solicitud de nulidad e impugnación formulada por los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior. Ver folios 531 a 538 del cuaderno 1.

¹⁰¹ Determinó el juez de tutela de instancia que el Tribunal al no haber sido vinculado, por no ser parte del proceso ni resultar afectado no tenía legitimación para formular la impugnación contra la sentencia de primera instancia. Folios 542 a 545 del cuaderno 1.

¹⁰² Ver folios 1 y 2 del cuaderno principal.

desconocimiento de lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 respecto de los términos de remisión del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta circunstancia a juicio de la Sala amerita la necesidad de compulsar copias ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a fin de que adelante la investigación pertinente con relación a la actuación adelantada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba dentro de este proceso de tutela.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 05 de marzo de 2014 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba que concedió el amparo y, en su lugar, **NEGAR** la tutela instaurada por los señores Antonio de Jesús Martínez Hernández y Pedro Cesar Pestana Rojas.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS el auto proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, el 17 de junio de 2014, mediante el cual confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, a través del cual, concedió la libertad inmediata e incondicional por pena cumplida a Pestana Rojas y Martínez Hernández, en cumplimiento del fallo proferido el 05 de marzo de 2014 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS el auto proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, el 21 de marzo de 2014, a través del cual, concedió la libertad inmediata e incondicional por pena cumplida a Pestana Rojas y Martínez Hernández, en cumplimiento del fallo proferido el 05 de marzo de 2014, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba.

Cuarto.- COMPULSAR COPIAS de esta sentencia al Juzgado Noveno de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Bogotá¹⁰³,

¹⁰³ De conformidad con lo establecido en los Acuerdos No. PSAA14-10195 del 31 de julio de 2014 y No.

para que, en cumplimiento de sus funciones, en el término de cuarenta y ocho horas (48) una vez recibido este fallo, haga efectiva la pena impuesta en la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 08 de mayo de 2012, que confirmó la condena contra los señores Antonio de Jesús Martínez Hernández y Pedro Cesar Pestana Rojas. La privación de la libertad deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

Quinto.- COMPULSAR COPIAS de este proceso a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que adelante las investigaciones que considere pertinentes con relación a la actuación realizada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú – Córdoba, juez de primera instancia de este proceso de tutela.

Sexto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada (e)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado



MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General