

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

STP3458-2018

Radicación n.º 97027

Acta 78

Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por Jorge Edilson Arias Granada, quien acude a través de apoderado judicial, frente a la sentencia proferida el 18 de enero de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, mediante la cual declaró improcedente la tutela interpuesta contra los Juzgados Promiscuo del Circuito de Caloto por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa y el principio de legalidad.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

El apoderado judicial del señor JORGE EDILSON ARIAS GRANADA, presentó la demanda de tutela, en contra del JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE CALOTO CAUCA, tras considerar vulnerados a su representado los derechos fundamentales reseñados en precedencia, al “RECHAZAR LA INCOMPETENCIA” propuesta por él, dentro de la audiencia

de juicio oral llevada a cabo el 24 de noviembre de 2017, en virtud del proceso radicado bajo el C.U.I. 110016000101201300001, adelantado en contra del prenombrado y dos personas más, por los delitos DEL PREVARICATO POR ACCIÓN y DEL PECULADO POR APROPIACIÓN,

Señaló, que la “FALTA DE COMPETENCIA del despacho” para adelantar el proceso referido en relación con su poderdante, la fundamentó “en el hecho notorio de su condición de miembro del Resguardo Indígena Huellas, de la Etnia Páez, que hace presencia en el Municipio de Caloto”, sin embargo, la titular del despacho accionado, resolvió “RECHAZAR LA INCOMPETENCIA PROPUESTA”, disponiendo que contra dicha decisión no procedía recurso alguno, bajo el argumento que (i) el trámite no es el adecuado para solicitar el cambio de jurisdicción de la ordinaria a la especial indígena, ya que debe solicitarlo a la fiscalía para que sea esta quien realice los trámites ante el juzgado, lo cual debe estar debidamente fundamentado con presencia del Cabildo Indígena; (ii) no existe el hecho notorio respecto a que el acusado sea miembro de la comunidad Indígena; (iii) no es la “etapa procesal para solicitar nulidades” y nulidades por ser preclusivas.

Censuró que la funcionaria en comento, ya que -en su criterio, omitió lo siguiente: (i) dar aplicación de lo dispuesto en el art. 55 de la ley 906 de 2004, normativa que establece lo concerniente a la prórroga de competencia, (ii) practicar pruebas de oficio para determinar la viabilidad de su solicitud, (iii) no remitió el asunto al funcionario competente para que dirimiera la controversia, y, (iv) la motivación de la decisión fue insuficiente, debido a que la funcionaria accionada no precisó cuál es el trámite a seguir para atender la solicitud de remisión del expediente a Jurisdicción Especial Indígena, ni la norma en que se funda.

Solicitó, como medida provisional, la “NO REALIZACION DE LA AUDIENCIA” fijada para los días 18 y 19 de diciembre del año 2017, dentro del proceso mencionado y luego de referirse a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, los cuales considera que se cumplen en este evento para que proceda el amparo deprecado, solicitó que en protección de los derechos fundamentales de su representado, se anule la decisión que reprocha y las

actuaciones realizadas con posterioridad a la misma, además se disponga que los accionados “ejecuten” las órdenes que esta Corporación considere pertinentes para la protección de las garantías conculcadas¹.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán declaró improcedente el amparo invocado por el actor, tras advertir que a través de este mecanismo excepcional no es dable declarar la nulidad de la audiencia de juicio oral adelantada contra el accionante, pues ello quebranta el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que es al interior del proceso penal, el cual aún no ha terminado, donde deben elevarse ese tipo de peticiones, más, cuando no evidenció la vulneración de garantías que se reclaman.

LA IMPUGNACIÓN

El demandante, por intermedio de apoderado judicial, reitera los argumentos esgrimidos en el escrito tutelar e, insiste, que deben decretarse la nulidad por falta de competencia del fallador, resaltando que en este evento debe reconocerse el «fuero indígena».

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del interesado, al haber rechazado la solicitud de incompetencia, invocada en la audiencia de juicio oral.

Previamente se verificará si se satisface el principio de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción.

2. Si la actuación penal no ha finalizado, la tutela se torna improcedente.

2.1. El amparo fue consagrado como un procedimiento preferente y sumario, destinado a la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y siempre que no exista otro mecanismo de defensa o se esté ante un perjuicio irremediable, evento último en el cual procede como mecanismo transitorio.

No tiene carácter alternativo. Es inviable cuando el interesado dispone de otro medio de defensa judicial, pues no fue concebido para sustituir a los jueces ordinarios, ni como mecanismo supletorio de los procedimientos señalados en las normas procesales.

Mientras el proceso se encuentre en curso, es decir, no se haya agotado la actuación del juez ordinario, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar, al interior del trámite, el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela.

Así las cosas, uno de los presupuestos de procedibilidad consiste justamente en que se hayan agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial².

Es allí, ante el juez natural, donde el peticionario puede plantear su inconformidad, expresar las razones de su desacuerdo frente a las decisiones adoptadas, recurrirlas.

2.2. De la información obrante en el expediente se conoce que el Juzgado Promiscuo del Circuito con función de conocimiento de Caloto adelanta el proceso n.o

110016000101201300001 contra Jorge Edilson Arias Granada y otros, por los delitos de prevaricato por acción, peculado por apropiación y falsedad material en documento público, dentro de la cual se instaló audiencia de juicio oral el 24 de noviembre de 2017.

En esa oportunidad la defensa de Jorge Edilson Arias Granada, de forma genérica y precaria, le anunció a la falladora su falta de competencia para continuar conociendo el asunto, tras alegar el «fuero indígena» del acusado, por razón de su pertenencia al Cabildo Indígena del Resguardo de Huellas de Caloto.

Debe precisarse que el pedimento no fue acompañado de elementos probatorios, pues luego de ser requerido por la Juzgadora para ello, el profesional del derecho dijo «que es un hecho notorio esa condición».

En consecuencia, al no haber aportado pruebas que adviertan la calidad reclamada por el accionante, la titular del despacho rechazó el requerimiento de su apoderado.

Lo anterior, evidencia que el proceso aún está en curso, por tanto, no le está permitido al juez constitucional intervenir en el mismo, debido a que en su interior existen los medios de defensa aptos para garantizar la protección de los derechos invocados por esta vía excepcional.

En efecto, el accionante todavía tiene a su alcance un mecanismo de defensa judicial idóneo para preservar o recuperar las garantías supuestamente amenazadas o quebrantadas, esto es, proponer ante el Juzgado fallador el conflicto de jurisdicciones, para que a voces del numeral 2º del artículo 112 de la Ley 270 de 1996, sea desatado a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Dicho precepto señala:

ARTÍCULO 112. FUNCIONES DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

(...)

2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales le ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional.

2.3 Precisa la Sala que la parte interesada en solicitar el cambio de jurisdicción debe

acreditar que se trata de una persona que pertenece a una comunidad indígena y que ésta cuenta con una autoridad propia para adelantar el juzgamiento correspondiente.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación para delimitar si un asunto debe ser conocido por la jurisdicción especial, ha señalado que es forzoso examinar si se acreditan los elementos estructurales del fuero indígena³ (personal y territorial o geográfico) y, seguidamente, analizar los factores institucional u orgánico y objetivo. Al respecto en CSJ SP17726-2016, rad. 48136, la Sala de Casación Penal de esta Colegiatura ha señalado:

6.1. El personal, que se traduce en que el aborigen debe ser juzgado según sus usos y costumbres (hay que indagar si entendía o no la ilicitud de la conducta, su conciencia étnica y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece).

6.2. El geográfico, que implica que la comunidad pueda juzgar los hechos que suceden en su territorio, de acuerdo con sus normas, entendiendo el concepto de “territorio” desde una proyección amplia, habida cuenta que la Corte Constitucional ha admitido la viabilidad de un eventual efecto expansivo del mismo así:

Por otra parte, establecida la existencia del territorio en su dimensión formal y cultural, el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico pero en condiciones que permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de la misma comunidad, en condiciones de aislamiento, y que vivían y se determinaban por las pautas de conducta imperantes en su comunidad. (Cfr. CC T-1238/04).

De esta forma, el ámbito territorial de una comunidad es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas⁴ y cuya titularidad deriva de la posesión ancestral por parte de estas, incluso por encima del

reconocimiento estatal. Se trata entonces de una noción que no se agota en el aspecto físico-geográfico sino que abarca el aspecto cultural⁵, lo que implica que, excepcionalmente, pueda tener un efecto expansivo. En consecuencia, una conducta punible que ocurre por fuera de los linderos que demarcan el territorio colectivo podría ser remitida a la jurisdicción especial indígena en virtud de sus connotaciones culturales⁶. (Cfr. CC T-002/12)

6.3. El orgánico, que refiere a la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad nativa, la cual debe estructurarse a partir de un derecho propio, integrado por usos y costumbres, con procedimientos conocidos y aceptados «es decir, sobre: (a) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (b) un concepto genérico de nocividad social» (Cfr. CC T-866/13).

(...)

6.4. El objetivo, que alude a la naturaleza del bien jurídico tutelado, específicamente si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria. En este caso, la rigidez se atenúa en atención al principio de maximización de la autonomía.

En ese orden, caben tres posibilidades:

“(i) el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria”⁷.

En los supuestos (i) y (ii) la solución es clara: en el primer caso, a la jurisdicción especial indígena le corresponde conocer el asunto mientras en el segundo le corresponderá a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii) el juez deberá decidir verificando todos los

elementos del caso concreto y los demás factores que definen la competencia de las autoridades tradicionales, de manera que el elemento objetivo no es determinante en la definición de la competencia. Incluso si se trata de un bien jurídico considerado de especial importancia en el derecho nacional, la especial gravedad no se erige en una regla definitiva de competencia, pues esto supone imponer los valores propios de la cultura mayoritaria dejando de lado la protección a la diversidad étnica. (Cfr. CC T-002/12).

En ese orden, el pedimento del demandante debe soportarse en un mínimo de elementos de juicio que lleven a inferir la presencia de la calidad que se reclama.

2.4 Ahora bien, frente a la oportunidad para que la defensa solicite el cambio de jurisdicción, debe recordarse que esta Colegiatura en CSJ, AP3263-2015, rad 44993, ha señalado lo siguiente:

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

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

incompetencia incluso en sede de segunda instancia, no así, cuando el proceso ha arribado a la Corte por virtud del recurso extraordinario de casación.

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

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

Lo primero, es aclarar que la Sala se pronunciará respecto del conflicto planteado, pese a que se tiene sentencia de primera instancia por la cual fue condenado el victimario por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, por cuanto es situación aún no definida, es decir, su ejecutoria está pendiente del pronunciamiento de la segunda instancia, donde quedó en statu quo, mientras se define el conflicto entre las jurisdicciones, por lo tanto, ante el hecho que la situación procesal no se ha finiquitado, es viable la propuesta de la controversia entre la justicia penal ordinaria y la indígena, tal como se presenta en el asunto sub-lite.

Así las cosas, ha de entenderse que la petición por cuyo medio una autoridad indígena reclama la competencia para juzgar a los miembros de su comunidad, puede intentarse máximo en segunda instancia, sin perjuicio, de que, tal solicitud, idealmente, se formule

durante la audiencia de formulación de acusación de que trata el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, atendiendo que es el escenario propicio para que las partes y el Ministerio Público «expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere y las observaciones sobre el escrito de acusación (...)».

Quiere decir lo anterior, que como en este caso el proceso adelantado contra el actor está en fase de juicio oral, su apoderado, una vez reúna los elementos de juicio correspondientes, puede solicitar el cambio de jurisdicción ante el fallador, incluso, hasta antes de dictarse sentencia de segunda instancia y dar paso a que el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Disciplinaria- dirima el conflicto de jurisdicción.

En conclusión, al advertirse la presencia de otros mecanismos idóneos para el restablecimiento de los derechos que aquí se reclaman, la acción es improcedente, por tanto, se confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Fernando León Bolaños Palacios

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 18 a 19 cuaderno del Tribunal.

2 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49, 752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

3 La Corte Constitucional ha manifestado que los conceptos fuero indígena y jurisdicción indígena son disímiles, pues «mientras el fuero indígena es un derecho fundamental de la persona estructurado a partir de la concurrencia del factor territorial y personal que pretende proteger la conciencia étnica del individuo, la jurisdicción especial indígena se define como un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental, cuyo ejercicio por parte de las autoridades tradicionales depende de los múltiples criterios jurisprudencialmente establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura para delimitar la competencia. Uno de esos criterios es el fuero indígena.» (CC T-002/12).

4 [cita de la transcripción] “el factor territorial debe entenderse en armonía con la idea de ámbito territorial de la comunidad, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: “Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que

inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura (Sentencia T-634 de 1999)”. Sentencia T-617 de 2010.

5 [cita de la transcripción] Esta noción de territorio hace eco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de territorios colectivos de las comunidades indígenas: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana” Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

6 [cita de la transcripción] Estos criterios deben aplicarse con cautela en casos de comunidades indígenas que, por causa de desplazamiento forzado, han tenido que reubicarse o se encuentran en procesos de retorno. Algunas de estas comunidades pueden tener la institucionalidad necesaria para conocer el caso pese a no estar, temporalmente, residiendo en su ámbito territorial.

7 [cita de la transcripción] Sentencia T-617 de 2010.