

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP17377-2019

Radicación n.º 108183.

Acta n.º 339

Bogotá D. C., trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

La Sala decide la impugnación propuesta por JORGE ELIÉCER BARRETO CIFUENTES, en su calidad de gobernador de la parcialidad indígena Jabalcón de la etnia Pijao en Saldaña (Tolima), contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal de Ibagué, el 23 de octubre de 2019, que negó la tutela instaurada contra los Juzgados 1º Promiscuo Municipal de Guamo y 2º Penal del Circuito de El Espinal, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la diversidad cultural.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Del escrito de tutela se extracta que Roberto Guzmán Medina es miembro de la comunidad aborigen regentada por el accionante. En la actualidad, es procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, causa en la que fue cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

El 29 de agosto de 2019, en audiencia preliminar, la defensa de Guzmán Medina solicitó al

Juez 1° Promiscuo Municipal de Guamo (Tolima) que su prohijado fuera trasladado de la cárcel del municipio a la Parcialidad Indígena Jabalcón, con sede en Saldaña; sin embargo, el juzgado negó la petición por considerar que el imputado no pertenecía a la etnia por nacimiento, sino por adopción, tras contraer matrimonio con una de sus integrantes. En ese sentido, arguyó que para la fecha en que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento – 2009 -, Roberto no era parte de esa comunidad.

La anterior decisión la confirmó el Juez 2° Penal del Circuito de El Espinal, quien comprendió que el encartado no podía valerse de una calidad que no tenía cuando presuntamente cometió el ilícito.

A través de la tutela, el gobernador del resguardo solicitó la protección de los derechos fundamentales de su comunidad. Argumentó, esencialmente, que las decisiones de los jueces demandados constituyen vías de hecho porque ninguna norma exige que, para recibir un trato diferenciado, el procesado deba pertenecer a la comunidad nativa al momento de cometer el ilícito. Peticionó, en consecuencia, que se dejen sin efectos las providencias cuestionadas y se ordene el traslado pedido en favor de Roberto Guzmán.

#### TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Por auto de 15 de octubre de 2019<sup>1</sup> una magistrada de la Sala Penal del Tribunal de Ibagué avocó la tutela y ordenó el enteramiento de las autoridades accionadas para que, si a bien lo tenían, replicaran las afirmaciones del demandante.

La Secretaria del Juzgado 2° Penal del Circuito de El Espinal aportó copia de la audiencia surtida el pasado 16 de septiembre, cuando se confirmó la decisión adoptada por el Juez Promiscuo Municipal de Guamo, consistente en negar el traslado de Guzmán Medina al centro de reclusión de su etnia.

Por su parte, el Juez 1° Promiscuo Municipal de Guamo explicó que negó el traslado del

interno porque no es indígena por nacimiento, sino por adopción desde 2017. Tuvo en cuenta, además, la naturaleza del delito por el que es investigado.

## EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Superior de Ibagué, Sala de Decisión Penal, mediante fallo de 23 de octubre de 2019<sup>2</sup>, negó la protección por entender que las decisiones cuestionadas no resultan caprichosas o arbitrarias y, por el contrario, obedecen a una interpretación razonable de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal.

Argumentó que no basta la condición de indígena para que se ordene el traslado de un recluso, pues su sola privación de libertad en un centro penitenciario ordinario no implica vulneración de garantías. Finalmente, al igual que los jueces demandados, tuvo en cuenta que Guzmán Medina, en la época en que ocurrieron los hechos, no tenía la calidad de la que hoy se vale para solicitar su traslado.

## LA IMPUGNACIÓN

En desacuerdo, el accionante arguyó que lo decidido en primera instancia desconoce los derechos fundamentales de los indígenas privados de la libertad en centros de reclusión ordinarios y que su comunidad reclama la presencia de uno de sus integrantes.

Reiteró que no existe ninguna norma según la cual al momento de perpetrar el hecho el procesado deba pertenecer formalmente a una etnia para ser tratado como tal.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Casación Penal es competente para resolver la impugnación formulada contra el fallo de tutela emitido por el Tribunal de Ibagué, Sala de Decisión Penal.

El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando, por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

La petición de amparo se encamina a que Roberto Guzmán Medina sea trasladado del Establecimiento Penitenciario de El Espinal a la Parcialidad Indígena Jabalcón de la Etnia Pijao, con sede en Saldaña, atendida su condición de integrante de esa comunidad, para que sea allí donde cumpla la medida de aseguramiento de detención preventiva que le fue impuesta.

El artículo 29 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), prevé que cuando el delito ha sido cometido por «... indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. De otra parte, el artículo 3º de la Ley 1709 de 2014 adicionó una nueva disposición en lo referente al principio de enfoque diferencial, tendiente a reconocer que «hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra.»

Ahora bien, la Corte Constitucional, en Sentencia T-921 de 2013, precisó que la identidad y la dignidad humana de los indígenas son garantías fundamentales que deben ser protegidas, independientemente de que los miembros de esta población estén privados de la libertad y de que se aplique o no su fuero penal, pues siempre tendrán derecho a conservar su cultura. Veamos:

«... la Corte Constitucional ha reconocido en diversas sentencias que en la privación de la libertad de los indígenas se debe respetar la identidad cultural de los indígenas y se deben

buscar alternativas 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 esta parte de la población:

La Sentencia C - 394 de 19953 señaló 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: [...].

La Sentencia T-097 de 20124 reconoció “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”. Por otro lado, esta sentencia también destacó que cuando las autoridades indígenas lo soliciten en razón de su particular visión frente a la pena y a su finalidad, sería importante establecer mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, para que en el cumplimiento de la sanción, se respete el principio de diversidad étnica y cultural: [...]

Por lo anterior, puede concluirse que la diversidad cultural de los indígenas privados de la libertad debe protegerse independientemente de que se aplique en el caso concreto el fuero indígena, lo cual deberá ser tenido en cuenta desde la propia imposición de la medida de aseguramiento y deberá extenderse también a la condena. En este sentido, la figura constitucional del fuero indígena autoriza para que en unos casos una persona sea juzgada por la justicia ordinaria y en otros, por la indígena, pero en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión, debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura...»

Para garantizar el derecho a la identidad de los indígenas presos en establecimientos de reclusión ordinarios, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional adoptó las siguientes reglas (Sentencia T-515 de 2016):

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.

Es menester manifestar que, según la Corte Constitucional, la mera pertenencia a una comunidad indígena no implica que las medidas de aseguramiento o penas privativas de la libertad impuestas por la justicia ordinaria deban cumplirse, necesariamente, en los centros de reclusión provistos por tales etnias:

«...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»<sup>5</sup>. (Subrayas añadidas)

Por otro lado, para la solución del caso, también han de recordarse los requisitos de procedencia de la acción de amparo contra providencias judiciales<sup>6</sup>.

Se ha expuesto pacíficamente que la acción de tutela es una vía de protección excepcionalísima cuando se dirige en contra de providencias judiciales y su prosperidad va necesariamente ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad, que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional<sup>7</sup>, ha venido acogiendo y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, también en su demostración.

Tales requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales contemplan que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, que se hayan agotado todos los medios – ordinarios y extraordinarios – de defensa judicial al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Igualmente, exige la jurisprudencia que se cumpla el requisito de la inmediatez, el cual impone que la tutela se haya instaurado en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; así mismo, cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

Además, que el accionante «identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible»<sup>8</sup>.

Y finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico<sup>9</sup>; (ii) defecto procedimental absoluto<sup>10</sup>; (iii) defecto fáctico<sup>11</sup>; (iv) defecto material o sustantivo<sup>12</sup>; (v) error inducido<sup>13</sup>; (vi) decisión sin motivación<sup>14</sup>; (vii) desconocimiento del precedente<sup>15</sup>; y (viii) violación directa de la Constitución.

Desde la decisión CC C-590/05 ampliamente referida, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando superado el filtro de verificación de los requisitos generales, se configure al menos uno de los defectos específicos antes mencionados.

Al verificar la existencia de los anteriores presupuestos en el caso objeto de estudio, se

tiene que el caso tiene relevancia constitucional, pues se discute la presunta vulneración del derecho fundamental a la diversidad cultural de la etnia Pijao, presuntamente desconocidos por las autoridades judiciales accionadas.

También se verifica la condición de inmediatez en el ejercicio de la tutela, porque la última decisión cuestionada fue emitida el 16 de septiembre hogaño. Asimismo, el libelista identificó con suficiencia los hechos y derechos vulnerados. Además, contra la providencia atacada, que no es una sentencia de tutela, no procede recurso alguno.

Dicho lo anterior, la Sala anticipa que revocará la sentencia impugnada y concederá el amparo, como quiera que el auto interlocutorio proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito de El Espinal obvió un aspecto que, por su relevancia, pudo conllevar a una decisión diferente. Así fueron sus consideraciones:

«... Descendiendo al caso concreto, una vez examinada la decisión recurrida, los motivos que dieron lugar a la apelación y el ataque que se realizó por el recurrente, estima el despacho que el problema jurídico se contrae en determinar si procede, o no, el cambio de lugar de privación de libertad al considerarse que el procesado tiene la calidad de indígena.

(...)

El asunto radica es en precisar si al procesado Roberto Guzmán Medina se le deben reconocer esos derechos por ser un indígena por adopción y no por poseer en esencia tal condición.

(...)

Aquí se tiene claro que tanto la normatividad como la justicia a aplicar era la que regía para la fecha de la comisión del presunto ilícito, es decir, para el momento en el que el procesado empezó a desplegar las presuntas conductas punibles que, de acuerdo a lo

expuesto, iniciaron en el año 2009, dándose a conocer los hechos ante la autoridad competente el 25 de agosto de 2018, y su condición de indígena fue reconocida a partir del censo del año 2019; es decir, que para la fecha de la comisión de los presuntos hechos por los cuales ha sido convocado a juicio criminal no poseía ninguna condición especial que lo obligara a aplicarle un trato diferenciado, debiéndose, por tal motivo, adelantar la investigación de acuerdo a las leyes de la justicia ordinaria, vigentes para ese momento.

Si bien es cierto, la jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha expresado en la sentencia T-921 del año 2013 que la figura constitucional de fuero indígena autoriza para que en unos casos una persona sea juzgada por la justicia ordinaria y en otros por la indígena, pero en ningún caso permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura.

Así las cosas, la condición especial de indígena, en relación con el derecho sancionador de constituye en un mecanismos de garantía al individuo de que no se le afectarán sus creencias como sujeto especial, que no se desconocerá su etnia, así como tampoco su cultura, costumbres o valores dentro del territorio en el cual habita siempre que no se contraría de manera palmaria el ordenamiento jurídico predominante en la Carta Política que lo ampara.

Conforme a lo anterior, se tiene que en el presente asunto, Roberto Guzmán Medina, al momento de presuntamente cometer las conductas punibles en un territorio común, no indígena, era un ciudadano ordinario, y solo ingresó a la comunidad indígena en el año 2019, como integrante de un núcleo familiar donde la jefa de hogar es su compañera permanente, Cindy Julieth Barrero Lozano, quien sí ostenta la calidad de indígena de nacimiento, perteneciente a la comunidad Jabalcón. Por tal motivo, no se vulneraría ningún derecho fundamental del procesado al continuar privado de la libertad en el centro de

reclusión donde actualmente se encuentra detenido, porque no se le está irrespetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, porque ello no hace parte de su esencia personal, por no ser nativo de dicha comunidad...»

Como viene de verse, el juez de conocimiento comprendió que Roberto Guzmán Medina solo ingresó a la comunidad indígena en el año 2019, como integrante de un núcleo familiar donde la jefe de hogar es su compañera permanente, Cindy Julieth Barrero Lozano, quien sí ostenta la calidad de indígena de nacimiento; sin embargo, de acuerdo a la información suministrada por el Juez Promiscuo Municipal de Guamo al replicar el escrito tutelar, uno de los documentos que aportó la defensa del procesado para solicitar su traslado fue una comunicación de 4 de enero de 2016, suscrita por la ciudadana Barrero Lozano y dirigida a la Junta Directiva de la Comunidad y Parcialidad Indígena Jabalcón, en la que solicitó que la aceptaran como jefe del hogar conformado por ella, su hijo y su esposo, Roberto Guzmán medina.

De lo anterior se puede inferir que, aunque Roberto y Cindy Julieth contrajeron matrimonio en 2019, desde 2016 – o antes – ya eran compañeros permanentes, por lo que queda descartada la posibilidad de que su unión haya sido simulada con la intención de acceder a beneficios jurídicos en materia penal pues, como lo dijo el juez, los hechos que se le imputaron no fueron puestos en conocimiento de la autoridad competente hasta 2018.

En tal virtud, el proveído materia de censura contiene un razonamiento que es, más o menos, del siguiente tenor: si el matrimonio entre el imputado y la miembro de la comunidad aborigen ocurrió en 2019, es a partir de esa época cuando aquel inició su adaptación a los usos y costumbres del grupo. Ese entendimiento, según lo dicho anteriormente, no es acertado.

De otra parte, no es correcto afirmar que si el procesado no pertenecía formalmente al grupo indígena en la fecha de comisión de los presuntos hechos, tampoco podrá recibir un

trato diferenciado en caso de ingresar a la etnia en el futuro. Esa comprensión implica, de un lado, una aplicación injustificada del principio de legalidad, pues no existe una norma que contemple tal exigencia; del otro, un desconocimiento de los procesos de autopercepción y adaptación del ser humano.

El juez demandado, a partir de un análisis ligero, descartó la posibilidad de que las prerrogativas superiores tanto de Roberto Guzmán como de su comunidad se vieran afectadas por la reclusión de aquel en un establecimiento carcelario ordinario, afirmación que requiere un estudio mucho más pormenorizado.

Así pues, el auto interlocutorio del que emana la inconformidad del censor contiene un evidente defecto sustantivo, mismo que se configura cuando el juzgador decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

En conclusión, como ya se dijo, el fallo impugnado será revocado y, en su lugar, se amparará el derecho fundamental a la diversidad cultural en cabeza de la parcialidad indígena Jabalcón de la etnia Pijao, representada por su gobernador Jorge Eliécer Barreto Cifuentes; consecuentemente, se dejará sin efectos el auto emitido por el Juzgado 2° Penal del Circuito de El Espinal (Tolima) el pasado 16 de septiembre y se ordenará a esa autoridad que, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta providencia, emita una nueva decisión en la que tenga en cuenta las acotaciones realizadas a lo largo de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Primera de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

1. Revocar el fallo impugnado y, en su lugar, conceder el amparo impetrado por el demandante

2. Dejar sin efectos el auto proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito de El Espinal, el 16 de septiembre de 2019 y, consecuentemente, ordenar a esa autoridad que, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta providencia, adopte una nueva decisión en la que los tópicos abordados en este fallo.

3. Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Ver folio 12 del cuaderno de primera instancia.

2 Ver folio 31 del cuaderno de primera instancia.

3 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

4 M.P. Mauricio González Cuervo.

5 Sentencia T – 208 de 2015.

6 «En el marco de la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales.» (T-343/12).

7 Fallos C-590/05 y T-332/06.

8 Ibidem.

9 “que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”.

10 “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”.

11 “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

12 “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.

13 “cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”.

14 “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”.

15 “cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho

fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance".