

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

STP3433: \_\_\_\_-2020

Radicación n° 109687

Acta n.º 72: \_\_\_\_

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) ( ) de marzo de dos mil veinte (2020).

VISTOS

Procede la Corte a decidir la acción de tutela instaurada por Gabriel Tombe Chavaco, Genaro Casamachi y Arbey Conda Ipia, contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía Octava Especializada de Popayán, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la identidad étnica y cultural, a la autonomía jurisdiccional y al debido proceso, en el curso de la actuación penal identificada con radicación 190016000602201803980 00.

El trámite se hizo extensivo al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán, así como a las partes y demás intervinientes en el proceso que originó el presente diligenciamiento constitucional<sup>1</sup>.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente y según lo esbozado en el libelo introductorio, se verifica que el 24 de abril de 2019 la Fiscalía General de la Nación imputó

cargos contra Gabriel Tombe Chavaco, Genaro Casamachi y Arbey Conda Ipia, por los punibles de secuestro extorsivo agravado y extorsión en grado de tentativa ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santander de Quilichao (Cauca). Oportunidad en la que, además, les fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

La actuación tuvo génesis en la denuncia presentada por la retención de Iván Díaz Sarria, de ocupación comerciante, en área del municipio de Caldono (Cauca) el 14 de mayo de 2018 y, las posteriores llamadas extorsivas y amenazas recibidas por él luego de su liberación.

El 26 de julio de 2019, el ente acusador radicó escrito de acusación correspondiendo, por reparto, al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán, quien instaló la vista pública de formulación de acusación el 10 de septiembre del mismo año.

En el curso de la citada audiencia, el defensor de los procesados manifestó que la autoridad judicial carecía de competencia para conocer el asunto, toda vez que, i) los hechos investigados ocurrieron en el centro poblado de Siberia, municipio de Caldono (Cauca), que a su vez, hace parte del territorio indígena; ii) los tres acusados y la víctima pertenecían a resguardos indígenas, esto es, Aguada San Antonio y Kizgó y, iii) los gobernadores de cada cabildo solicitan a los encartados para procesarlos según sus usos y costumbres.

Por las razones anteriores, consideró que se cumplían los requisitos para que Gabriel Tombe Chavaco, Genaro Casamachi y Arbey Conda Ipia fueran procesados por la Jurisdicción Especial Indígena, y en ese sentido, solicitó el envío de las diligencias a ésta última. Petición que fue coadyuvada por el representante del Ministerio Público.

Frente a lo expuesto, el juez de conocimiento ordenó dirigir el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, autoridad que se abstuvo de dirimir el conflicto presentado y en su lugar dispuso remitirlo a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la

Judicatura.

A su turno, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en providencia del 11 de diciembre de 2019, resolvió mantener el conocimiento del caso en la jurisdicción ordinaria, representada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán.

Por lo anterior, Gabriel Tombe Chavaco, Genaro Casamachi y Arbey Conda Ipia alegan la violación de los derechos fundamentales invocados, toda vez que consideran cumplen los elementos subjetivo, territorial, institucional y objetivo, señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T- 921 de 2013, necesarios para que la Jurisdicción Especial Indígena conozca el asunto.

En ese orden, solicitan se deje sin efecto la decisión del 11 de diciembre de 2019 emitida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y en su lugar se disponga la remisión de la actuación penal al cabildo indígena Kizgo en Silvia (Cauca), al cabildo de Pueblo Nasa, resguardo indígena de la Aguada San Antonio en el municipio de Caldono (Cauca) y al cabildo indígena del Pueblo Nasa, resguardo indígena La Laguna de Siberia, ubicado en la última municipalidad citada.

## INTERVENCIONES

Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán. Reseñó las actuaciones surtidas en el trámite penal adelantado contra los accionantes y solicitó declarar improcedente la acción, teniendo en cuenta que se han garantizado los derechos fundamentales en el decurso del mismo. Aportó copia piezas procesales surtidas en la actuación penal.

## CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en numeral 8 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el canon 1º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse en primera instancia sobre la presente demanda de tutela, por cuanto la misma se dirige contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Esta Corporación ha sostenido (CSJ STP8641-2018, 5 jul 2018, Rad.99281; STP8369-2018, 28 jun 2018, Rad.98927; entre otros) de manera insistente, que este instrumento de defensa tiene un carácter estrictamente subsidiario y como tal no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial o administrativo.

Sin embargo, también ha indicado que excepcionalmente esta herramienta puede ejercitarse para demandar el amparo de un derecho fundamental que resulta vulnerado: cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en los cuales es expedido un mandato judicial desbordando el ámbito funcional o en forma manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, esto es, en el evento en que se configuren las llamadas causales de procedibilidad, o en el supuesto que el mecanismo pertinente, previamente establecido, sea claramente ineficaz para la defensa de las garantías constitucionales, caso en el cual, procede como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable.

De esta manera, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: generales<sup>2</sup> y especiales<sup>3</sup>, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, contrariando su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de los derechos fundamentales.

Aclarado lo anterior, en el evento estudiado, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura vulneró los derechos fundamentales de Gabriel Tombe Chavaco, Genaro Casamachi y Arbey Conda Ipia con la expedición del proveído del 11 de diciembre de 2019, por medio del cual dirimió el conflicto suscitado entre las jurisdicciones Especial Indígena y Ordinaria, asignando el conocimiento del asunto penal adelantado en contra de los accionantes por los delitos de secuestro extorsivo agravado y extorsión en grado de tentativa a la última.

Para resolver lo planteado, se tiene que los libelistas manifiestan que, contrario a lo decidido por la autoridad encargada de dirimir el conflicto de jurisdicciones, sí cumplen con la totalidad de criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como requisitos para que opere la Jurisdicción Especial Indígena respecto a la investigación penal iniciada en su contra.

Sobre el particular, se advierte que al margen de si la decisión objeto de análisis se amolda o no a las expectativas de los accionantes, asunto que, por principio, es extraño a la acción de tutela, las mismas contienen argumentos razonables pues, para arribar a la conclusión objetada, la autoridad accionada, fundó su postura en una amplia ponderación probatoria y jurídica, propia de la adecuada actividad judicial.

Para tal efecto, se tiene que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, luego de reseñar la actividad probatoria desplegada en el curso de la actuación, señaló los elementos que debían tenerse en cuenta al momento de desatar conflictos como el presente, de acuerdo con los desarrollos esbozados por la Corte Constitucional en sentencias T-617 de 2010 y T-002 de 2012, los cuales corresponden a los criterios personal, territorial, institucional y objetivo.

Siguiendo dicho orden, frente al primer tópico concluyó:

Así entonces[,] entorno (sic) al elemento personal, respecto de la condición de indígena de

los acusados, con base en las certificaciones emitidas por el Resguardo y la información remitida por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, es evidente que los investigados penalmente GABRIEL TOMBE CHAVARRO Y ARLEY CONDA IPIA sí pertenecen a los CABILDOS INDIGENAS (sic) de LA AGUADA SAN ANTONIO y KIZGÓ respectivamente; sin embargo[,] en relación con el ciudadano GENARO CASAMACHIN GUEGUE, se certificó que no pertenecía a ninguna (sic) resguardo o cabildo indígena.

Continuando con el análisis, la accionada explicó los componentes del elemento territorial, derivados del contenido del artículo 246 de la [Constitución Política](#) y acotó:

Respecto al elemento territorial, teniendo en cuenta que este elemento no se circunscribe exclusivamente al aspecto físico – geográfico, se tiene que conforme a las pruebas allegadas que la conducta fue cometida en el Departamento de Cauca jurisdicción de los CABILDOS INDIGENAS (sic) de LA AGUADA SAN ANTONIO y KIZGÓ; lográndose establecer que en este caso sí se cumplen los elementos que integran el factor territorial.

Más adelante, en relación con el requisito orgánico o institucional, arguyó que el mismo debía analizarse a la luz de la existencia de: i) usos y costumbres, autoridades tradicionales y procedimientos propios para adelantar un juicio en la comunidad indígena; ii) acreditación de cierto poder de coerción de las comunidades; iii) la protección del derecho al debido proceso del investigado; y iv) los derechos de las víctimas. Así, sobre el particular recalcó:

(...) respecto al elemento orgánico o institucional, y en relación a las normas internas del Cabildo Indígena de la Aguada – San Antonio, quien a través de su Gobernador y mediante escrito presentado ante esta Superioridad, respondió el cuestionario enviado, manifestando que las conductas delictivas de Secuestro extorsivo y extorción (sic) agravada, cometida[s] por algún comunero del resguardo, sí está[n] contemplada[s] en el Plan de Vida de la Comunidad; la función de armonizar la realiza[n] los miembros de la autoridad tradicional y su imposición del remedio la realiza la comunidad en pleno; los remedios que se imponen a

los comuneros en caso de cometer tales “desarmonizaciones” son el cepo, traslado a un centro de armonización, “juete”, traslado a un centro carcelario ordinario, trabajos comunitarios, remedios que quedan a potestad de la asamblea general de acuerdo con el estudio del caso; para obligar el cumplimiento de los remedios, los sancionados no podrán apartarse del territorio, con la custodia de la guarda indígena; en caso de que los comuneros vuelvan a cometer las mismas desarmonizaciones, sea donde sea, la autoridad con respaldo de la asamblea general, busquen (sic) y envíen (sic) a un centro penitenciario del (INPEC).

A su turno, sobre las normas internas del Resguardo Indígena de Kizgó – Silvia Cauca, a través de su gobernador, refirió que después de conocer la presunta desarmonía (delito) cometido por un comunero sea de oficio o de parte, el alcalde mayor de la estructura y demás alcaldes zonales de la autoridad tradicional, inicia las indagaciones y pesquisas correspondientes, con el fin de recaudar los elementos necesarios para determinar si incurrió en desarmonía en la comunidad; generalmente los desarmonizantes, allegan al expediente testigos que pueden ayudar a esclarecer los hechos; las sanciones (remedios) que pueden ser impuestos a los comuneros que afecte[n] a la comunidad, respecto de la desarmonía (secuestro y extorsión), son el cepo, el juete y/o limitación de la libertad en el centro de armonización, con trabajos varios para apoyar su propia manutención.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el criterio objetivo, advirtió que de acuerdo con la sentencia T- 552 de 2003 de la Corte Constitucional, este se construye en torno a la gravedad de la conducta y en su evaluación resulta básica la aceptación de un “umbral de nocividad”, de modo que, al desbordar dicho margen y afectarse un bien jurídico universal, debían entenderse como sobrepasados los intereses de la comunidad y excluir el asunto de la jurisdicción indígena. Acto seguido expuso:

Bajo las anteriores previsiones, se trata entonces de establecer un elemento objetivo que respete la maximización de la autonomía sin exceder sus límites legítimos. En esa

perspectiva, el punto de partida de una formulación más clara sobre el elemento objetivo exige preguntarse sobre la naturaleza del sujeto, o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria.

(...)

Finalmente, concluyó:

(...)

Bajo ese precedente constitucional de enorme riqueza conceptual y dado el interés superior, surge evidente la necesidad que sea la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Penal, la que continúe con las diligencias aquí examinadas.

En este contexto, se advierte que la judicatura accionada estudió cada uno de los cuatro componentes que deben concurrir para que las comunidades indígenas reclamen el derecho a juzgar las conductas de sus integrantes conforme con sus propias normas, usos y costumbres.

Ahora, a pesar de que estimó que se acreditaron los elementos personal (respecto de dos de los procesados)(respecto de dos de los procesados), territorial y orgánico o institucional, es claro que el punto de quiebre que permitió la asignación de la competencia a la jurisdicción ordinaria de la investigación penal en cuestión, radicó en la no demostración del criterio objetivo.

Respecto a este último, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que hace referencia a la naturaleza del bien jurídico afectado o del sujeto perjudicado con la conducta del indígena (CC- T-002 de 2012 y T-208 de 2019). Siendo que, resulta necesario atender la calidad de la víctima misma y el tipo de bien jurídico que se trasgrede o esté en debate.



En el caso objeto de estudio, se advierte que de la providencia cuestionada no es posible determinar la pertenencia o no del directo afectado a un resguardo o cabildo indígena, ni tampoco fue un hecho demostrado en el curso del presente diligenciamiento. Razón por la cual, no es dable afirmar que el conflicto involucra de manera exclusiva a miembros de una comunidad indígena.

De otro lado, el bien jurídico presuntamente afectado con el comportamiento de los accionantes pertenece, en principio, a la cultura mayoritaria. Pues, ciertamente, los delitos de secuestro extorsivo y extorsión, no guardan relación alguna con el desarrollo de la diversidad cultural de la comunidad indígena.

Así, se tiene que sobre la retención y las llamadas extorsivas de las que fue víctima el comerciante Iván Díaz Sarria, resulta difícil concluir que tuviesen por finalidad estropear la diversidad cultural de la comunidad. En este contexto, no se evidencia una interdependencia entre dichas conductas y el pluralismo étnico protegido por la Constitución.

Por lo anterior, se colige que al tratarse de bienes jurídicos que no corresponden de manera exclusiva a la comunidad indígena, sino, que atañen también a la cultura mayoritaria, con independencia de la pertenencia de los supuestos responsables a distintos resguardos o calbidos, el elemento objetivo no se configura, lo que descarta cualquier fundamento para la aplicación del fuero indígena.

En consecuencia, resulta claro que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al asignar el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria penal, no vulneró los derechos fundamentales alegados por la parte interesada, pues para arribar a dicha conclusión acogió los desarrollos jurisprudenciales de la guardiana de la constitución, bajo una interpretación razonable y ponderada de la situación sometida a consideración.

Así las cosas, se encuentra que las reflexiones de la convocada no pueden controvertirse en

el marco de la acción de tutela, cuando de manera alguna se perciben ilegítimas o caprichosas. Por tanto, la providencia censurada resulta inmutable por el sendero de éste accionamiento, pues el mismo no es una herramienta jurídica adicional, que en este evento, se convertiría prácticamente en una instancia adicional.

Corolario de lo expuesto, las razones esgrimidas por los accionantes son incompatibles con este mecanismo constitucional. Toda vez que si se admitiera que el juez de tutela puede verificar la juridicidad de los trámites como lo pretende Gabriel Tombe Chavaco, Genaro Casamachi y Arbey Conda Ipia, no sólo se desconocerían los principios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino además los del juez natural y las formas propias del juicio contenidos en el canon 29 Superior.

Por las razones esgrimidas, se negará el amparo deprecado por los accionantes.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 3 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:** NEGAR el amparo deprecado.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

**JAIME HUMBERTO MORENO ACERO**

GERSON CACHAHVERRA CASTRO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

109687

VENCE: 27 DE MARZO DE 2020

SALA: 26 MARZO DE 2020

ACCIONANTE:

Gabriel Tombe Chavaco, Genaro Casamachi y Arbey Conda Ipia

ACCIONADO:

Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura  
y la Fiscalía Octava Especializada de Popayán.

PROBLEMA JURÍDICO:

Se contrae a determinar si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del  
Consejo Superior de la Judicatura vulneró los derechos fundamentales de  
Gabriel Tombe Chavaco, Genaro Casamachi y

Arbey Conda Ipia con la expedición del proveído del 11 de diciembre de 2019, por medio del cual dirimió el conflicto suscitado entre las jurisdicciones Especial Indígena y Ordinaria, asignando el conocimiento del asunto penal adelantado en contra de los accionantes por los delitos de secuestro extorsivo agravado y extorsión en grado de tentativa a ésta última.

#### DECISIÓN:

Negar el amparo, tras verificarse que se trata de una decisión razonable.

Proyectó: María Fernanda Quintero Suárez

Ok. Despacho Magistrado Gerson Chaverra Castro

1 Fueron vinculados: Procurador 155 Judicial II de Popayán; asesor jurídico del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario de Alta Seguridad de Popayán, y José Iván Díaz Sarria, en calidad de víctima dentro proceso penal en cuestión.

2 Según lo expuso por la Corte Constitucional en Sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

3 En lo que tiene que ver con los requisitos de orden específico, el órgano de cierre constitucional en la misma providencia los clasificó en: (i) defecto orgánico; ii) defecto procedimental absoluto; (iii) defecto fáctico; iv) defecto material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente y viii) violación directa de la Constitución.