

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP11500-2021

Radicación n.º 118741

(Aprobación Acta No.222)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas, la acción interpuesta por JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado 22 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, con ocasión del proceso penal 110016000015201502136 (en adelante proceso penal 2015-02136).

Fueron vinculados como terceros con interés legítimo en el presente asunto a todas las partes e intervinientes en el proceso penal 2015-02136.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN miembro del Resguardo Indígena Zenú de Córdoba, solicita

el amparo de sus derechos fundamentales a la identidad cultural y la dignidad humana de los indígenas, los cuales consideran vulnerados por el el Juzgado 22 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, al negar su traslado del Complejo Penitenciario y Carcelario de Bogotá -COBOG La Picota-, al Centro de Arrepentimiento y Reflexión “Pinchorroy” de la Comunidad Indígena Zenú.

En la solicitud de amparo refiere que el Juzgado 22 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, negó el traslado del señor ÁVILA GUZMÁN al sitio destinado para privados de la libertad de su Comunidad, al considerar que no reunía los presupuesto para acceder a su pretensión. Lo anterior, al manifestar el precitado Juzgado que durante la etapa de juzgamiento el fallador dejó constancia al momento de dictar sentencia, que el condenado estaba alejado de la Comunidad Indígena al no demostrar por ningún medio que conserva las costumbres tradicionales del Resguardo o que tiene identidad cultural por proteger.

Frente a esta decisión, el accionante interpuso recurso de apelación, resuelto por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien mediante proveído del 23 de julio de 2021, confirmó la decisión del a quo.

Por lo anterior, el accionante acude al presente trámite constitucional, con la finalidad que se deje sin efectos las decisiones de 10 de marzo y 23 de julio de 2021, proferidas por el Juzgado 22 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, respectivamente. Por consiguiente, se profiera un nuevo fallo en el que se ordene el traslado de JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN al Centro de Arrepentimiento y Reflexión “Pinchorroy” de la Comunidad Indígena Zenú.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

1.- El Juzgado 22 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá hizo un

recuento de las actuaciones surtidas al interior del proceso penal 2015-02136, y remitió copia de la providencia de 10 de marzo de 2021, objeto de reproche.

2.- La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá manifestó que, no se ha vulnerado ninguna garantía fundamental del sentenciado y que, el hecho de negar la solicitud de traslado del accionante, no representa en una vulneración a los derechos fundamentales de este.

3.- El Juzgado Once Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, la Procuraduría 243 Judicial Penal I, la Procuraduría 326 Judicial Penal I y la Fiscalía 392 Seccional, todos de la ciudad de Bogotá, solicitaron su desvinculación del presente trámite constitucional, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 5 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, esta Sala es competente para resolver la acción de tutela interpuesta por JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado 22 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y su verificación en este asunto

La tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el actor, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional¹.

La acción de tutela contra providencias judiciales exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, presupuesto que no tiene discusión en esta especie, pues, como en casos similares ha precisado la Corte Constitucional, se debate aquí si la autoridad judicial demandada desconoció los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y la autonomía e integridad cultural de los accionantes por revocar la decisión que autorizó continuar el cumplimiento de la condena de prisión impuesta por la jurisdicción penal ordinaria en el lugar destinado por su resguardo indígena, bajo el argumento de carecer la comunidad a la cual pertenecen los accionantes “de la organización, recursos humanos y económicos, para que el lugar denominado como centro de retención alcance unos estándares mínimos de seguridad y funcionamiento para garantizar de manera efectiva la continuidad de la privación de la libertad a la cual fue sentenciado Ramírez Amias”; determinación con repercusión en los derechos fundamentales de la persona indígena sentenciada y de su comunidad en general.
- b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. Contra la decisión que resuelve la apelación de un auto interlocutorio no procede recurso, lo cual es suficiente para considerar satisfecho este otro presupuesto.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, condición que se cumple igualmente, teniendo en cuenta que la decisión cuestionada fue emitida el 3 de julio de 2020.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro su efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales del accionante. Los demandantes no discuten aspectos del orden referido, sino de índole

sustancial constitucional, conforme se precisará en el desarrollo de esta providencia.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos generadores de la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto haya sido posible, requisito igualmente satisfecho como evidencia el resumen de la demanda.

En cuanto tiene que ver con las exigencias específicas para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales², la Corte advierte la concurrencia del denominado defecto por desconocimiento del precedente constitucional, lo cual – precisa la jurisprudencia constitucional – ocurre cuando: (i) se aplica las normas que han sido declaradas inexecutable por las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de las sentencias de control de constitucionalidad, especialmente cuando la Corte señala la interpretación de la norma que debe acogerse de acuerdo con la Carta Política, (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada y (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de revisión de tutela.” (SU-918-13).

El precedente constitucional relativo al enfoque diferencial que la [Constitución Política](#) otorgó a favor de los miembros de las comunidades indígenas, relacionado en la sentencia T-515 de 2016, indica, en lo fundamental, que:

1.- El artículo 246 de la [Constitución Política](#) reconoció a favor de las comunidades indígenas una competencia jurisdiccional especial dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de nuestro país, es decir, que no desconozcan las garantías fundamentales que tiene toda persona a la vida, la prohibición a la desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 12 C.P.).³ Además,

determinó que la ley establecería las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema ordinario judicial.

2.- [T]eniendo en cuenta el principio de diversidad cultural, el mandato de igualdad material y el enfoque diferencial frente a ciertos sujetos de especial protección constitucional, contenidos en la Carta Política, el Congreso de la República incorporó en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993,⁴ por la cual se expidió el Código Penitenciario y Carcelario, las hipótesis en las que el tratamiento penitenciario debe adecuarse a las condiciones personales de los peticionarios, no como un privilegio, sino como una exigencia de la igualdad, pues el tratamiento ordinario supondría una lesión y un impacto diferencial a sus derechos fundamentales. Entre estas hipótesis se encuentra aquella en la que la persona que debe cumplir la pena defiende una identidad étnica diversa: “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.”

3.- En atención a las disposiciones normativas descritas⁵, esta Corporación [Corte Constitucional] ha concluido que la aplicación del enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria a favor de un indígena garantiza la protección de su derecho fundamental a la identidad cultural, toda vez que “conduce efectivamente a proteger [sus] costumbres, tradiciones y diferentes cosmovisiones”⁶ e impide que estas desaparezcan, mediante la integración forzosa a las costumbres y tradiciones de la cultura mayoritaria.

4.- La protección de los principios de diversidad cultural, igualdad y pluralismo, en el ámbito del cumplimiento de la pena ha sido abordada bajo dos líneas distintas en la jurisprudencia constitucional, a saber (i) en torno al derecho a permanecer en pabellones

especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios⁷; o (ii) permitir a las personas con identidad étnica indígenas condenadas por la justicia ordinaria, el cumplimiento de la pena en el resguardo (o viceversa).

4.1.- Reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios ordinarios que cuenten con pabellones especiales que garanticen la conservación de sus costumbres y tradiciones. “Este Tribunal ha establecido que una persona indígena puede ser recluida en un establecimiento penitenciario corriente cuando (i) ha sido juzgada y condenada por la jurisdicción penal ordinaria, suponiendo que se cumplen los factores de competencia personal, territorial y objetivo, para el efecto, o (ii) cuando, en virtud del dialogo intercultural entre las jurisdicciones especial y ordinaria, la autoridad indígena que impone la pena privativa de la libertad así lo determina. En relación con este último supuesto y debido a la ausencia de una ley que establezca las formas de coordinación entre ambas jurisdicciones, esta Corporación ha fijado ciertas pautas que tienen como propósito el que el traslado de un ámbito cultural a otro se base en un dialogo intercultural, lo más vigoroso posible. En ambos casos, el establecimiento penitenciario ordinario debe contar con un pabellón especial que le permita al indígena privado de la libertad proteger y conservar sus costumbres y tradiciones.⁸”

La sentencia T-866 de 2013⁹ refiere los aspectos relevantes para consolidar un dialogo intercultural entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, los cuales pueden resumir de la siguiente manera: “(i) comunicar de la existencia del proceso a la máxima autoridad de su comunidad o su representante; (ii) permitir la intervención procesal de la máxima autoridad indígena o su representante como vocero del sujeto indígena investigado; (iii) elevar el conflicto de competencias ante [la Corporación competente señalada en la Constitución Política] en caso de que dicha autoridad, el investigado o su defensor invoquen el fuero especial indígena; (iv) en el caso de que se haya dictado una medida privativa de la libertad, el operador jurídico deberá valorar un enfoque diferencial en las condiciones de reclusión que deben aplicarse para poblaciones con características

particulares en razón de su etnia; (v) para todo lo anterior, los jueces penales y de ejecución de penas deberán contar con un directorio o registro actualizado de comunidades y autoridades indígenas, el cual deberá proveer el Consejo Superior de la Judicatura [...]"

4.2.- Posibilidad de cumplir en el resguardo la pena privativa de la libertad impuesta por la jurisdicción ordinaria a una persona indígena. Así como ha existido un desarrollo jurisprudencial que permite, con fundamento en el principio de igualdad, la colaboración armónica entre las jurisdicciones y el dialogo intercultural entre las autoridades indígenas y los jueces ordinarios, que los indígenas condenados por su comunidad puedan cumplir la condena en un establecimiento penitenciario corriente; esta Corporación también ha indicado que un indígena condenado por la jurisdicción ordinaria puede cumplir la condena en su resguardo indígena siempre que se cumplan ciertos supuestos.

En la sentencia T-921 de 2013¹⁰, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional consideró que "la simple privación de la libertad de un indígena en un establecimiento penitenciario ordinario puede llegar a transformar completamente su identidad cultural y étnica, 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 recluido en un establecimiento común." Concluyó que, en el caso concreto, el accionante había sido recluido en un establecimiento penitenciario y carcelario ordinario sin que se le hubiera permitido permanecer en pabellón especial. En consecuencia, fijó tres reglas que debían cumplirse en casos en los que un indígena fuera procesado y condenado por la jurisdicción ordinaria y recluido en un establecimiento penitenciario "sin ninguna consideración relacionada con su cultura", a saber:

"(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 [...] o el fiscal que tramite el caso [...] 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. [...]"

Además, de conformidad con el principio de favorabilidad resaltó que las reglas descritas debían aplicarse a todos los indígenas que se encontraran privados de la libertad en establecimientos penitenciarios ordinarios, quienes con la respectiva autorización de la autoridad indígena de su resguardo podrían cumplir la pena privativa de la libertad al interior del resguardo siempre que el mismo contara con las instalaciones necesarias para tal fin.

En resumen, el precedente como lo condensa la Corte Constitucional en la T-515-16, precisa: primero, de acuerdo con las disposiciones normativas de rango constitucional y legal, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de esta Corporación, los indígenas tienen derecho a la aplicación de un enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria que les permita garantizar la protección y permanencia de sus costumbres y tradiciones étnicas.

Esto implica que los indígenas que se encuentran reclusos en un establecimiento penitenciario ordinario por disposición de la máxima autoridad de su resguardo o por no haber cumplido los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial, tienen derecho a pagar su condena en un pabellón especial que les garantice la protección de su derecho fundamental a la identidad cultural.

5.7. Segundo, una persona indígena que fue condenada por su comunidad puede cumplir la pena en un establecimiento penitenciario ordinario cuando existe una falta de desarrollo institucional del pueblo indígena para el cumplimiento de la pena, cuando existe un riesgo de linchamiento del condenado y cuando tiene por objeto preservar la vida y la integridad física de las autoridades de la comunidad o de las comunidad en general. En este tipo de eventos, la máxima autoridad del resguardo debe comunicar al juez ordinario competente su decisión.

5.8. Y tercero, en el evento en el que una persona indígena (i) sea responsable de la comisión de un delito, (ii) no cumpla con los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial y (iii) sea condenado por la jurisdicción ordinaria, ésta podrá cumplir la condena en su resguardo indígena siempre que la máxima autoridad indígena así lo solicite y la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La presente acción de tutela se centra en un punto específico: determinar si las autoridades judiciales accionadas, comprometieron, o no, las garantías constitucionales de la integridad étnica y cultural de la comunidad indígena de JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN.

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 presente petición de amparo se encamina a que JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN sea trasladado del Complejo Penitenciario y Carcelario de Bogotá –COBOG La Picota-, al Centro de Arrepentimiento y Reflexión “Pinchorroy” de la Comunidad Indígena Zenú, atendiendo a su condición de integrante de esa comunidad, para que sea allí donde cumpla la pena de prisión de 144 meses impuesta, al ser hallado responsable por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Ahora bien, para la solución del asunto, previamente se estima oportuno y útil traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en relación con el régimen de privación de la libertad de los indígenas en Colombia. Veamos:

«7.1. La identidad cultural y la dignidad humana de los indígenas son derechos fundamentales que deben ser protegidos independientemente de que estén privados de la libertad y de que se aplique o no el fuero penal indígena. En este sentido, los indígenas siempre tienen derecho a conservar su cultura y la privación de su libertad no puede afectarla aun en aquellos eventos en los cuales no se aplique el fuero penal indígena, situación que es reconocida a nivel nacional e internacional.

7.2. En este sentido, el artículo 3 de los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” de la Organización de Estados Americanos establece que “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente”.

7.3. Por su parte, el artículo 29 del Código Penitenciario y Carcelario establece que cuando

el delito haya sido cometido por indígenas: “la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado”.

7.4. Al respecto, 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...» (C.C. T-921/2013).

De igual manera, ha precisado 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» (C.C.S.T-921/2013).

La Corte Constitucional también ha establecido reglas con el fin de evitar que a una persona perteneciente a una comunidad indígena que ha sido procesada y juzgada por la jurisdicción ordinaria, se le desconozca el derecho a la identidad al ser recluida en establecimientos ordinarios sin ninguna consideración relacionada con su cultura. Ha dicho el Alto Tribunal:

«(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» (C.C.S.T-921/2013).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que, JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN fue condenado el 2 de octubre de 2017 por el Juzgado Once Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, decisión posteriormente confirmada el 4 de diciembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, por lo que, fue enviado al COBOG La Picota para cumplir su condena.

Dentro de la acción de tutela presentada por el señor ÁVILA GUZMÁN, se alegan las

decisiones de las autoridades judiciales accionadas, frente al reconocimiento de los derechos étnicos y culturales del accionante y se insiste en su traslado al Centro de Arrepentimiento y Reflexión “Pinchorroy” de la Comunidad Indígena Zenú ubicado en el Municipio de Tuchín – Córdoba; por lo tanto, frente a estos hechos se pronunciará la Sala.

En primer lugar, no está de más precisar y reiterar sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela en este específico evento, ya que, frente a la configuración de un daño irreparable, deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas que plantee cada caso concreto, dado que existen ciertas personas con características particulares que, padeciendo daños o amenazas no constitutivas de detrimento indefectible, al encontrarse en condiciones de debilidad, vulnerabilidad o marginalidad, tienen derecho a que se les otorgue un «trato diferencial positivo» (CC T-416-2001).

En ese sentido, se debe ser flexible con el análisis de procedibilidad en razón a que están de por medio derechos de sujetos de especial protección, como, por ejemplo, los miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza, o desplazados. (CC T-023-2016).

Aclarado el punto anterior, en el asunto bajo análisis está suficientemente acreditada la condición de indígena de JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN y su pertenencia a la Comunidad Indígena Zenú, comunidad que igualmente está debidamente registrada.

Ahora bien, el condenado solicitó que se le permitiera continuar cumpliendo la pena al interior de su comunidad, sin embargo, dicha solicitud fue negada por los jueces de instancia, al considerar que este, estaba alejado de la comunidad indígena, al no demostrar por ningún medio que conserva las costumbres tradicionales del resguardo o que tiene identidad cultural por proteger.

El Juzgado 22 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, negó el traslado del ciudadano ÁVILA GUZMÁN al centro de reclusión de su comunidad, al considerar que, “ha estado por completo, alejado de la comunidad indígena, pues no se probó, con ningún

medio, que conserve las costumbres tradicionales del resguardo o que exista una identidad cultural por proteger”.

Aunado a lo anterior, dispuso lo siguiente: “Establecer si la comunidad acepta que el condenado continúe purgando la pena de prisión al interior del resguardo indígena, además de garantizar su ubicación en un lugar idóneo, que garantice la privación de la libertad del sentenciado, con seguridad, vigilancia y en condiciones dignas. Sobre este aspecto, se cuenta con la petición suscrita por el presidente del tribunal de Justicia Propia del Resguardo Indígena Zenú San Andrés de Sotavento, donde se extrae que “la solicitud fue aprobada por la mayoría de los miembros que integran esta entidad de justicia quienes autorizan al presidente de esta entidad para que suscriba la presente solicitud, previa consulta con el señor PANAGUÁ encargado de la guarda indígena”. Empero, en línea con lo señalado en párrafos precedentes, no se hace mención de la situación personal del sentenciado que lo ubique dentro de esa etnia indígena y que haga necesario e irremplazable su retorno a esa comunidad para proteger esa alegada, pero cuestionada identidad cultural”

Asimismo, dispuso frente al lugar de reclusión del resguardo indígena que, “en principio, estaría garantizando el sitio para que el sentenciado continuara con el cumplimiento de la sanción intramural, pues las autoridades indígenas han manifestado su aceptación de recibirlo y han descrito las condiciones del lugar, así como las condiciones de reclusión (...) Súmese a ello, un aspecto fundamental que toca con la objetividad que se pueda verificar en dicho centro de reclusión, cuando son los propios familiares de los reclusos quienes aportan dinero no solo para los artículos de aseo personal y vestuario de los internos sino para costear la alimentación de esto y el servicio de la guardia indígena. Esas condiciones, es posible que hayan sido evaluadas por el Inpec para dar su aprobación como centro de reclusión especial, empero, se repite, en este puntual caso, se echa de menos la citada resolución de la autoridad penitenciaria”.

Al efecto el juzgado de ejecución de penas tuvo en cuenta que: (i) se trata de un integrante

del Resguardo Indígena Zenú, condición certificada por el Cacique Mayor Regional del Pueblo Zenú, Eder Eduardo Espitia Estrada; (ii) la solicitud fue coadyuvada por el mismo Cacique Mayor, y por el Tribunal de Justicia Propia del Resguardo Indígena Zenú; (iii) se realizó visita al centro de reclusión del Resguardo con asistencia del Juez de Ejecución de Penas, acto en el cual fueron recibidos por el señor Arturo Toribio, Presidente del Tribunal Indígena de la Etnia Zenú y por Misael Suárez Estrada, Panaguá y Director del Centro de Reclusión donde sería recibido el condenado ÁVILA GUZMÁN; (iv) con concepto favorable de las autoridades ordinarias que intervinieron en la visita, se concluyó que, si bien las condiciones del lugar fueron evaluadas por el INPEC para dar su aprobación como centro de reclusión especial, se echaba de menos en el expediente la Resolución 903274 de 1 de agosto de 2016, emitida por la Dirección General del INPEC, por medio de la cual, se reconoce el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú, como establecimiento especial de reclusión.

A su turno, el Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, consideró que “para la Sala es claro que desde los albores del juicio se dejó constancia que JOSÉ ALBERTO AVILA, se desarraigo (sic) de sus costumbres indígenas y adoptó las pautas sociales del común de los ciudadanos, pues no solo contrajo matrimonio sino que residía en Bogotá y cumplía con labores independientes como ingeniero, circunstancias que no fueron desacreditadas. Es evidente que existen unos usos y costumbres por preservar, de suerte que la permanencia del condenado en privación de la libertad en un centro de reclusión ordinario no es una circunstancia que incida de manera profunda en su proceso de aculturación, el cual se reitera ya había sido desconocido por el propio acusado.”

Agregó lo siguiente: “Sin duda, ÁVILA GUZMÁN fue condenado por un delito atentatorio de la dignidad sexual contra una menor de edad, de ahí que las actividades de resocialización de trabajo en comunidad pueden poner en peligro a esa colectividad y desconocen los derechos y garantías de los menores que residan en el resguardo. Ahora bien, el informe rendido tampoco da cuenta que el centro cuenta con la infraestructura necesaria para

albergar al sentenciado, pues los servicios públicos, la garantía de alimentación a cargo del citado Resguardo y la existencia de seguridad interna a cargo de la guardia indígena, así como la garantía de que el INPEC cumpla con las visitas que le competen, son aspectos que no han sido determinados, pues contrariamente, se ha indicado que son los familiares del penado quienes deben sufragar los gastos atinentes a estos tópicos.”

Siendo así, advierte esta Sala que, los argumentos de las autoridades judiciales accionadas desconocen las bases del precedente jurisprudencial relacionado con la protección del derecho fundamental a la identidad cultural, la diversidad étnica y cultural de los indígenas privados de libertad, la cual establece que, “cuando una persona indígena se encuentra recluida en un establecimiento penitenciario ordinario se deben adoptar medidas de protección que garanticen la conservación de sus costumbres y de su identidad cultural, entre las que se encuentra el cumplimiento de la pena impuesta en su resguardo.”

Para que esto suceda se requiere, conforme con las reglas jurisprudenciales, (i) la máxima autoridad de la comunidad indígena debe manifestar que el condenado puede cumplir la pena en su territorio; (ii) posteriormente, el Juez de Ejecución de Penas debe verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad y; (iii) se debe acreditar por los medios idóneos, la calidad foral indígena de la persona condenada.

Los presupuestos referidos puntualmente se satisfacen en el presente asunto por cuanto: i) Arturo Manuel Toribio Pérez, Presidente del Tribunal de Justicia Propia del Pueblo Zenú, le comunicó al Juzgado 22 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, que la solicitud de traslado “fue aprobada por la mayoría de los miembros que integran esta entidad de justicia quienes autorizan al presidente de esta entidad para que se suscriba la presente solicitud, previa consulta con el señor PANAGUA encargado de la guardia indígena y centros de reclusión para la confirmar (sic) el espacio en los calabozos del centro de reclusión y la viabilidad social en el resguardo con el visto bueno del CACIQUE MAYOR

REGIO BAL DEL PUEBLO ZENÚ, de quienes se tiene respuesta positiva para seguir adelante con la solicitud”; ii) el Juez de Ejecución de Penas verificó que la Comunidad, mediante auto de 10 de marzo de 2021 destacó en apartes de su decisión que las condiciones del lugar “es posible que hayan sido evaluadas por el Inpec para dar su aprobación como centro de reclusión especial”. No obstante, destaca que echa de menos la Resolución por medio de la cual se reconoce el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú, como establecimiento especial de reclusión; frente a lo cual, destaca esta Sala, no se insistió en su requerimiento ante el INPEC.

Más allá de la verificación de estos presupuestos el Juez de Ejecución de Penas y el ad quem adelantaron un exhaustivo, pero inapropiado análisis del arraigo del accionante a su comunidad, para fijar conclusiones disonantes en el diálogo intercultural entre las autoridades ancestrales y los jueces ordinarios, por virtud del cual es posible que los indígenas condenados por sus comunidades puedan cumplir la condena en un establecimiento común y, en sentido contrario, cumplir la condena señalada por la jurisdicción ordinaria en su resguardo, cuando se cumplan los presupuestos consignados.

Los precitados presupuestos no faculta a las autoridades judiciales a valorar las tradiciones, costumbres y cosmovisión de la otra cultura, menos sus instituciones, autoridades, normas y procedimientos que gozan de respeto pleno en tanto no sean contrarios a la Constitución y las leyes de nuestro país¹¹ (es decir, que no desconozcan las garantías fundamentales que tiene toda persona a la vida, la prohibición a la desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹²). El diálogo intercultural que viabiliza medidas como la examinada, se basa en relaciones de igualdad, no de supremacía o con pretensiones colonialistas, ecuménicas, ni dadivosos paternalismos. Demanda tan sólo contar con que la máxima autoridad indígena solicite que el sentenciado cumpla la pena en su resguardo y la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, sin que esto permita incurrir en prejuizgamientos contra el condenado, tal como sucedió en el presente caso, al

inferir los convocados que, el actor no conserva las costumbres tradicionales de la Comunidad Indígena Zenú, ni tiene identidad cultural por proteger.

Las críticas de las autoridades judiciales accionadas a: (i) la ubicación y estructura arquitectónica del centro de reclusión con que cuenta el Resguardo indígena Zenú; (ii) la dirección y coordinación de ese centro; (iii) el presupuesto para su funcionamiento; y (iv) la seguridad y vigilancia del centro; contrarían la autonomía de la comunidad y de las autoridades indígenas, consagrada en los artículo 286, 329 y 330 de la [Constitución Política](#), atropello del que se queja la parte accionante al señalar que las decisiones cuestionadas “aducen que me desarraigue de mis costumbres como indígena, lo cual no es cierto, y ello se probó de forma documental, con las certificaciones proferidas por las autoridades indígenas y por el mismo ministerio.”.

En ese orden confronta la crítica de los jueces de instancia, reafirmando sus derechos como miembro de comunidad indígena, y su comunidad que es capaz de ofrecer a los comuneros privados de la libertad actualmente un centro de reclusión autosustentable en el que “hay alrededor de 12 reclusos, de los cuales más de la mitad están vinculados a un proceso penal por delitos iguales al que fue motivo de condena en mi caso.”

Asimismo, tal como lo expuso el Panaguá del Centro de Reclusión, aunque no cuentan con apoyo gubernamental, las personas reclusas tienen sus formas de ingreso derivadas de la “agricultura, artesanías y trabajo social en las comunidades, esta última labor se realiza con el acompañamiento de la guardia indígena”. Adicionalmente, “la familia del recluso se encarga de cancelar mensualmente la suma de \$300.000 para gastos de alimentación del condenado y \$300.000 para apoyar la labor de la guardia indígena ya que estos no cuentan con salario (...) en este caso, ya han dialogado con las tías y la madre de ÁVILA GUZMÁN, quienes están de acuerdo con lo propuesto”

También pone de presente que la suspicacia de las autoridades judiciales accionadas al

sistema de vigilancia y custodia, desconoce la realidad.

Lo indicado en precedencia lleva a la Sala a estimar la violación de los derechos fundamentales del peticionario con ocasión de la decisión adoptada por las autoridades judiciales accionadas, en razón a su contrariedad con el precedente constitucional y la indebida valoración de los elementos de prueba aportados, los cuales, de manera objetiva, evidencian que JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN, satisface las condiciones requeridas para cumplir en su comunidad la condena que le impuso la jurisdicción ordinaria, por cuanto, se reitera, la máxima autoridad de su resguardo presentó solicitud formal al respecto -con el compromiso de honrar las obligaciones que de ello se deriven-, y se demuestra que la comunidad indígena cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.

Aunado a esto, se comprueba el arraigo del señor ÁVILA GUZMÁN, toda vez que de las pruebas allegadas al expediente, se evidencia que las autoridades indígenas de la Comunidad Indígena Zenú y el Ministerio del Interior, certificaron que el accionante hace parte del resguardo indígena; por su parte, la primera de estas autoridades, certificó las condiciones de seguridad del centro y los costos de manutención de este.

En tal virtud, se concederá el amparo por violación del derecho fundamental al debido proceso de JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 1, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONCEDER el amparo solicitado por JOSÉ ALBERTO ÁVILA GUZMÁN, por las razones expuestas.

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTOS el auto de 23 de julio de 2021, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual confirmó la negativa de traslado del señor ÁVILA GUZMÁN, al Centro de Arrepentimiento y Reflexión “Pinchorroy” de la Comunidad Indígena Zenú ubicado en el Municipio de Tuchín – Córdoba.

TERCERO. ORDENAR a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que, en el término de quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, emita una nueva decisión que tenga en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, con el fin de garantizar el debido proceso del señor ÁVILA GUZMÁN en las actuaciones a realizar, bajo la perspectiva de la diversidad cultural, dado que está acreditada su condición de indígena.

CUARTO. NOTIFICAR a los sujetos procesales por el medio más expedito el presente fallo, informándoles que puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes, contados a partir de su notificación.

QUINTO. Si no fuere impugnado, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fallos C-590 de 2005 y T-332 de 2006

2 Relacionados por la jurisprudencia constitucional con los siguientes defectos: i) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello; ii) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; iii) Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; iv) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; v) Error inducido, el cual surge 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; vi) Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; vii) Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance, casos en los que la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado; y viii) Violación directa de la Constitución.

3 Al respecto, la sentencia C-139 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz. Unánime) señaló: “[e]l análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la

forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.” En la misma línea, la sentencia C-463 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa. A.V. Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva. S.P.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) indicó que “[l]a jurisdicción indígena es expresión de los principios de pluralismo, identidad y diversidad étnica y cultural. A través de ellos se concreta la autonomía de los pueblos indígenas, reconocida tanto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esto no implica que siempre que se establezca una restricción al ejercicio de la jurisdicción indígena se afecten los principios citados, pues, por ejemplo, los derechos fundamentales configuran límites concretos a su ejercicio.”

4 El artículo 29 de la Ley 65 de 1993 establece: “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 Nacional 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. 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 [...].”

5 Art. 29 L. 65/93, Art. 2-º L. 1709/14

7 Ver las sentencias T-097 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-866 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos), T-921 de 2013 y T-975 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), entre otras.

8 Al respecto ver las sentencias T-239 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-1026 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-866 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos), T-208 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), entre otras.

9 M.P. Alberto Rojas Ríos. En esa oportunidad, esta Corporación revisó una acción de tutela presentada por el Gobernador del Cabildo Muisca de Bosa en calidad de agente oficioso de uno de los miembros de su comunidad que había sido condenado por la jurisdicción penal ordinaria por el delito de hurto calificado aun cuando, en virtud de su fuero indígena, ya había cumplido la sanción impuesta por las autoridades indígenas. En consecuencia, solicitó que se ordenara la libertad inmediata del agenciado.

10 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esa oportunidad, la Sala Séptima de Revisión estudió el caso en el que el accionante, miembro del Resguardo Indígena de San Lorenzo, se encontraba inmerso en proceso penal por el delito de acceso carnal abusivo en menor de catorce años. El Gobernador de dicho resguardo tuvo conocimiento del caso y solicitó el cambio de jurisdicción, esto es, pasar de la jurisdicción ordinaria a la indígena. En razón al conflicto de competencias, el caso fue remitido al Consejo Superior de la Judicatura, el cual decidió adscribir el conocimiento del caso a la jurisdicción ordinaria teniendo en cuenta la prevalencia del interés del menor sobre el reconocimiento de fueros especiales. Al respecto, la Sala consideró que el 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. En consecuencia, concedió el amparo y ordenó a las autoridades tradicionales que asuman competencia sobre el proceso penal adelantado contra el accionante teniendo en cuenta los criterios

de protección del interés superior de la menor.

11 Constitución Política artículo 246

12 T-515-16