



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal**

INDÍGENAS PRIVADOS DE LA LIBERTAD - PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA: Presupuestos. / CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN EN RESGUARDO INDÍGENA – Procedencia – Teniendo en cuenta el trato diferencial que se debe otorgar a los miembros de las comunidades indígenas privados de la libertad, con independencia de que el proceso se haya adelantado por la jurisdicción ordinaria o la especial, en tanto lo que se pretende es la protección a la diversidad étnica que ostentan estas personas, y de contera a su cultura, usos y costumbres autóctonos, hay lugar a disponer que la pena de prisión intramural impuesta a los procesados, se cumpla al interior del territorio del Resguardo Indígena al que pertenecen, siendo que se satisface los requisitos establecidos para ello, al encontrarse acreditada la calidad de indígenas, la identidad cultural indígena y el cabildo cuenta con autoridades encargadas de la vigilancia de dicha pena, lugares adecuados para su cumplimiento y medidas de seguridad. /

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente:	Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No.:	528386000543 2017 80078 - 01
N.I.:	26294
Procesado:	EJNE y EYAR
Delito:	Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefacientes y Tráfico, Fabricación y Porte de Armas de Fuego
Aprobado:	Acta No. 28 del 3 de octubre de 2018

San Juan de Pasto, nueve (9) de octubre de dos mil
dieciocho (2018)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la Representante del Ministerio Público frente a la sentencia condenatoria proferida el 24 de abril de 2018 por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (Nariño) en contra de los señores **EYAR** y **EJNE** por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO.**

1. ANTECEDENTES

1.1. FÁCTICOS

Los hechos tuvieron ocurrencia el día 10 de junio de 2017, a las 12:55 horas aproximadamente, en la vía Junín – Pedregal, sector conocido como “El Papagayo” jurisdicción del municipio de Imués (Nariño), en donde personal adscrito al cuadrante vial No. 6 de la Policía de Tránsito y Transporte de Túquerres, en puesto de control, solicitaron el registro del vehículo automotor de servicio público de placas SOP-129, conducido por **EYAR** y cuyo acompañante era el señor **EJNE**, encontrando en su interior y camuflado en una base cama, 358 paquetes de marihuana, y 25 cartuchos calibre 9 mm, con emblema “380 AUTO WIN”, sin el permiso respectivo para su porte, por lo cual, se procedió a su captura y disposición ante la autoridad judicial competente.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

Como consecuencia del procedimiento antes descrito, se adelantaron las audiencias preliminares a través de las cuales se declaró la legalidad de la captura, así como del procedimiento de incautación del vehículo involucrado, la sustancia ilícita y las municiones encontradas.

Seguidamente, el ente acusador realizó la imputación a los implicados en calidad de COAUTORES y modalidad DOLOSA por los delitos de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,

ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES EN CONCURSO CON TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO, tipificados en el art. 365, inciso 3° del numeral 1°, y el 376 inciso 2° del C.P., respectivamente, que no fueron aceptados. Y se les impuso la medida privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Debido al preacuerdo celebrado, el asunto pasó a conocimiento del Juzgado Penal del Circuito de Túquerres, despacho en el cual se verificó la legalidad de las actuaciones adelantadas de manera previa y se procedió a escuchar las intervenciones realizadas con ocasión de la audiencia de individualización de la pena y la sentencia prevista en el art. 447 de la ley 906 de 2004.

En el mentado acto público, la defensa solicitó que los señores **EYAR** y **EJNE**, cumplan la pena en el Resguardo de Munchique Los Tigres, municipio de Santander de Quilichao, vereda Quitapereza, departamento del Cauca, para cuyo efecto, el señor Juez escuchó el testimonio¹ del señor NILSON VALENCIA CRUZ Alcalde Mayor del Cabildo, a lo que se sumó la documentación presentada para acreditar la condición de indígenas de quienes serían objeto de la sentencia condenatoria que se debía imponer, como consecuencia de la aceptación de responsabilidad.

Agotado el trámite, el señor Juez procedió a proferir sentencia condenatoria por los delitos imputados, imponiéndose una pena de 62 meses de prisión, multa

¹ CD audiencia de 24 de abril de 2018, individualización de la pena y sentencia. Minuto 24:49

equivalente a 225 SMLMV, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena de prisión.

Se dispuso, además, no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni el sustitutivo de prisión domiciliaria, empero se accedió a la petición que había elevado la defensa, permitiendo que se cumpla la condena al interior del territorio del Resguardo Indígena de NASSA KIWE Munchique Los Tigres, ubicado en la finca Gualanday o Centro de Armonización, jurisdicción del municipio de Santander de Quilichao (Cauca).

1.3. LA SENTENCIA IMPUGNADA:

En lo que es objeto de debate, el Juez de primera instancia, precisó, en primer lugar, los requisitos que permiten el cumplimiento de las penas impuestas en la sentencia, al interior del resguardo indígena, todo ello en observancia del bloque de constitucionalidad, y a fin de evitar el proceso de desculturización de la población indígena que se encuentra privada de la libertad.

De esa manera, aseguró que (i) los condenados gozan de fuero indígena, (ii) la máxima autoridad de la comunidad ha solicitado que el cumplimiento de la pena sea al interior de esta, y, (iii) se ha demostrado que cuentan con la infraestructura necesaria para ello, haciendo efectivo el fin de resocialización y de contera su reinserción a dicha comunidad.

Adicionalmente, explicó que personal del INPEC adelantará visitas periódicas al resguardo indígena Munchique Los Tigres del Municipio de Santander de Quilichao, y rendirá informes ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán (C), con el objeto de verificar que los condenados se encuentren cumpliendo con el confinamiento.

Luego, frente a la oposición formulada por la Fiscalía y el Ministerio Público, desacreditó la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, que da cuenta de la doble militancia de los procesados, al ser contradictoria con la expedida por ella misma, y que fuera aportada por la Defensa, en la cual se reporta a los señores **AR** y **NE**, censados en la población del resguardo indígena Munchique Los Tigres del Municipio de Santander de Quilichao.

Adicionalmente, aseguró que la información brindada por los implicados sobre su lugar de residencia en un territorio diferente al ancestral Munchique Los Tigres, en nada influye para afirmar que han perdido la condición o el fuero de indígenas, como quiera que el pueblo NASA se compone de diferentes resguardos que se extienden a otras partes del territorio.

Así, concluyó, que a la luz de los tratados internacionales y los derechos reconocidos a la población indígena en la Constitución Política, se debe permitir que los señores **EYAR** y **EJNE** cumplan la pena impuesta por la

jurisdicción ordinaria al interior del Resguardo Indígena de NASSA KIWE Munchique Los Tigres.

1.4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN:

La Fiscalía² no comparte que la pena impuesta sea cumplida en el Resguardo Indígena de NASSA KIWE Munchique Los Tigres, jurisdicción del municipio de Santander de Quilichao (Cauca), por cuanto, no se ha demostrado que la autoridad competente sea la que los está reclamando y que ellos pertenezcan a dicha comunidad.

Arriba a la anterior conclusión, en tanto que la autoridad máxima es la jurisdicción NASSA, y los señores **EYAR** y **EJNE**, no han sido reclamados por ella, toda vez que el alcalde que compareció a los estrados judiciales no es la autoridad competente o suprema de los NASSA.

Sumado a lo anterior, explica, que existe vaguedad en la información del lugar donde se va a cumplir la condena, ante la ausencia de un estudio serio, objetivo, concreto sobre el centro de reclusión indígena.

En esa misma línea argumentativa, expone que no se ha demostrado de manera idónea que los procesados pertenecen al Resguardo Indígena Munchique Los Tigres, o que son desplazados, pues residen con la población civil.

Desde esa perspectiva, depreca se revoque la sentencia en lo atinente al lugar de cumplimiento de la pena, máxime

² CD audiencia de individualización de la pena y la sentencia. Minuto 22:54:36, y siguientes.

si la motivación de la decisión fue la preservación de los usos y costumbres que para el caso en cuestión no existen.

A su vez, la representante del Ministerio Público, luego de referirse al marco constitucional sobre la autonomía de los pueblos indígenas y a los requisitos que se debe tener en cuenta en aquellos casos en que un indígena sea sujeto pasivo de la acción penal dentro de la jurisdicción ordinaria, y en su contra se haya proferido una medida restrictiva de la libertad. Asegura que no concurren en el *sub lite*, los presupuestos para que a los procesados se les permita cumplir la pena en el territorio del Resguardo Indígena que los reclama.

Al efecto, explica que de acuerdo a la constancia expedida por la Coordinadora del Grupo de Investigaciones y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, los señores **AR** y **NE** tienen simultaneidad en el registro, al aparecer en más de un resguardo indígena. Situación que evidencia serias dudas respecto de su verdadera identidad étnica indígena, denota su falta de arraigo, interés y voluntad de respetar unos determinados usos y costumbres, o preservar una identidad cultural.

Siendo ello así, estima que acceder a la petición elevada por la Defensa, desnaturaliza el fin perseguido con este tipo de medidas, cual es, evitar el proceso de desculturización del cual viene siendo objeto la población indígena que se encuentra privada de la libertad.

Adicionalmente, sobre las manifestaciones realizadas por los encartados, a lo largo del proceso, indicando diferentes lugares de residencia, y su contradicción con lo expuesto por el Alcalde Mayor del Resguardo Munchique Los Tigres, arguye, que este último faltó a la verdad y su intervención, fue únicamente para favorecer de forma injustificada a los procesados, pues indicó en audiencia, que ellos vivían en la vereda Quita Pereza, es decir, dentro del territorio de la comunidad indígena.

Así mismo, estima que ante la simultánea afiliación que presentan los enjuiciados, no existe claridad de la autoridad indígena que debía ser vinculada, y, la comunidad que tiene la legitimación para reclamar la vigilancia de la ejecución de la condena impuesta.

Bajo esa óptica, concluye que no se satisfacen los presupuestos necesarios para acceder a la solicitud elevada por la Defensa y que fuera atendida favorablemente por el *a quo*, siendo que los señores **AR** y **NE** se muestran totalmente desarraigados de la comunidad indígena que los reclama. Así, si el fin último del trato diferencial pregonado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional es preservar la identidad étnica y cultural, la medida adoptada resulta inocua, y por tanto, solicita se revoque la decisión en el punto objeto de debate, y en su lugar se disponga que la pena privativa de la libertad se cumpla al interior de un Centro Penitenciario y Carcelario a cargo del INPEC.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

2.1. COMPETENCIA:

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación – Sala de Decisión Penal - es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Ministerio Público contra la decisión de primera instancia adoptada por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Procede ordenar que la pena de prisión intramural impuesta a los señores **EYAR** y **EJNE**, a través del proceso penal ordinario, se cumpla al interior del territorio del Resguardo Indígena de NASSA KIWE Munchique Los Tigres, ubicado en la finca Gualanday o Centro de Armonización, jurisdicción del municipio de Santander de Quilichao (Cauca).

2.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

La autonomía de los pueblos indígenas, tiene reconocimiento constitucional, que se deriva de principios como el pluralismo, dignidad humana, diversidad étnica y cultural, y acorde con ello, el artículo 246 de la CP, consagra que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales conforme a unas

exigencias que se indican en la norma para que su aplicación opere dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos y con la condición de que no sean contrarios a la Constitución y Leyes de la República.

A su vez, en los instrumentos internacionales se encuentra el Convenio 169 de la OIT que se incorpora a nuestro sistema jurídico a través de la Ley 21 de 1991 integrando el bloque de constitucionalidad, a través del cual se hace exigencia en su artículo 9° para que se respeten *“los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”*, a la vez que se establece en el artículo 10, numeral 1° que *“Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”* y en su numeral 2° se indica que *“Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”*.

Por su parte el legislador al emitir la ley 1709 de 2014, adiciona un artículo a la ley 65 de 1993, consagrando el enfoque diferencial que se requiere frente a los indígenas, por lo cual se concede *“facultades extraordinarias al Presidente de la República para que, dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, y previa consulta con los Pueblos Indígenas; las comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras; y los grupos ROM, expida un decreto con fuerza de ley que regule todo lo relativo a la privación de la libertad de los miembros*

de estos grupos". Se debe anotar que dicha reglamentación aún no se ha emitido.

Entre tanto, el Consejo Superior de la Judicatura, a través de su Sala Administrativa, expidió los acuerdos PSAA12-9614 del 19 de julio de 2012 y el PSAA13-9816 del 23 de enero de 2013, por los cuales se establecen las medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional.

Estas normas como adelante se verá configuran el marco jurídico que orientará nuestro análisis, el cual sin embargo resulta incompleto debido a la falta de reglamentación, razón por la cual es importante la función desarrollada por nuestra Alta Corporación Constitucional, la cual se ha encargado de fijar algunos parámetros a fin de armonizar el procedimiento penal con nuestra Carta Política, en aras de proteger el trato diferencial que se exige hacia las comunidades indígenas, labor jurisprudencial, de la cual se resalta la sentencia T-921 de 2013.

En dicho fallo, la Corte se ocupó de establecer si se había vulnerado el debido proceso a una persona al ser juzgada por la jurisdicción ordinaria y al no haberse tenido en cuenta su condición de indígena en torno a su privación de la libertad.

Para resolver la problemática expuesta, la Corte hace un recuento pormenorizado de los diferentes fallos que han tratado el tema de aquellos indígenas que se ven

involucrados en la comisión de delitos, así como de las normas y el bloque de constitucionalidad que protegen sus derechos, reseñando entre otros aspectos, el de la jurisdicción indígena, el Derecho penal ante los indígenas en Colombia y la privación de la libertad de los miembros de estas comunidades. Entre otros aspectos se indica cuáles son los factores que se deben analizar para determinar si a una persona se le reconoce el fuero indígena y el derecho a ser juzgada por la jurisdicción especial, tales como el personal, territorial, institucional y objetivo; se explica además, la forma en que se deben cumplir las medidas o las penas privativas de la libertad para los indígenas.

Se tratan en consecuencia dos ejes temáticos para solucionar el caso, el primero relacionado con el fuero indígena que permite determinar la jurisdicción aplicable durante el proceso, y el segundo, se relaciona con la forma en que se deben cumplir las medidas o las penas privativas de la libertad, para lo cual la Corte explica que independientemente de que se reconozca el fuero indígena o no, e independientemente de que se adelante el proceso por la jurisdicción ordinaria o la especial, se debe atender la condición de indígena que ostente la persona privada de la libertad para respetar su cultura, usos y costumbres autóctonos.

Entre otros argumentos, se explica:

“Para evitar el masivo proceso de desculturización del cual viene siendo objeto la población indígena que se encuentra actualmente privada de la libertad en virtud de una pena o de una medida de aseguramiento, se hace necesario que en

caso de que un indígena sea procesado en la jurisdicción ordinaria se cumplan las siguientes reglas:

Siempre que el procesado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se exigirá la vinculación de la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

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) se deberá consultar a la máxima autoridad de la comunidad para determinar si se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro del 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 medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

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

Teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, este procedimiento también será aplicable a todos los indígenas que se encuentren en la actualidad privados de la libertad, quienes con autorización de la máxima autoridad de su comunidad podrán cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su territorio, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de la pena. La solicitud para la aplicación de esta medida podrá ser presentada ante el funcionario que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia”.

Por otro lado, la exigencia por un trato diferencial hacia los miembros de las comunidades indígenas privados de la libertad, se ha llevado hasta el órgano de cierre ordinario, y en ese sentido la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en relación con la aplicación del artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991, y establece como subregla, que tratándose de sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos indígenas, la preferencia por penas diversas alternativas al encarcelamiento hace alusión a la posibilidad de elegir una pena entre varias legalmente posibles, por lo que en el supuesto de que la prisión sea la única sanción prevista por la ley, no puede existir opción diversa a su cumplimiento³.

Sin embargo, esta Corporación debe hacer claridad en que la subregla anterior se fija en escenarios procesales diferentes al que hoy nos ocupa, y con el propósito de determinar una falta de legitimación para recurrir en casación y por esa vía inadmitir la demanda. En los tres casos a que se hace alusión, en la jurisprudencia, se llegó a

³ CSJ, AP, 9 oct. 2013, Rad. 42281; CSJ AP 4470-2015, 5 ago. 2015, Rad. 42788; CSJ AP, 9 sep. 2015, Rad. 43578

sentencia de condena por la vía anticipada, ya sea de manera unilateral o negociada, y en dos de ellos – Rad. 42281 de 2013 y Rad. 43578 de 2015 - ni siquiera se había realizado solicitud en concreto para aplicar la Ley 21 de 1991, ante los jueces de instancia.

Ahora, en el Rad. 42788 de 2015, si bien en la audiencia de que trata el art. 447 de la Ley 906 de 2004, se requirió un trato preferencial para el procesado por su condición de indígena, se estableció que en el preacuerdo se fijó como único beneficio la rebaja de pena y que no fue objeto del mismo, el otorgamiento del subrogado de la ejecución condicional de la pena o el sustituto penal de la prisión domiciliaria, encontrando además que no procedía aplicar el artículo 10º, numeral 2º, de la Ley 21 de 1991, porque en ese caso la única sanción prevista por la ley era la de prisión intramural, de tal forma que no existía opción diversa. Y se agregó:

“Así, conforme con los lineamientos fijados por la Sala, el entendimiento que le otorga el casacionista a la norma cuya aplicación reclama es equivocado, pues no se trata simplemente de que el juzgador pueda decidir libremente y con total independencia del principio de legalidad cuál habrá de ser la pena a imponer, entre las fijadas en las normas ordinarias, especiales o internacionales, sino que entre dos o más opciones legalmente previstas y aplicables al caso, habrá de seleccionar la que no conlleve el encerramiento.

Obsérvese que la norma reseñada no desconoce la aplicación del régimen punitivo legal ordinario, ni dice por parte alguna que se deba excluir del todo y en todos los casos la pena ordinaria intramural prevista en el Código Penal, sino que se debe preferir la aplicación de penas distintas al encerramiento, situación que tiene lugar -insiste

la Corte- en aquellos casos en que la ley le permite al operador judicial ejercer esa preferencia, frente a plurales opciones procedentes. Lo cierto es que, según la ley que rigió este proceso y el preacuerdo en el que tomó parte la defensa, la única pena posible era la prisión, sin que al fallador le sea dado ahora preferir una pena distinta”.

2.4. ESTUDIO DEL CASO

Se determina que la solicitud que da origen a la alzada fue planteada por la defensa en la audiencia de individualización de la pena y la sentencia prevista en el Art. 447 de la Ley 906 de 2004, en la que el Juez de Conocimiento, se ocupó del recaudo de algunos elementos probatorios, y con ellos abordó de fondo el estudio encausado a establecer si es factible que los señores **EYAR** y **EJNE** cumplan la pena de prisión en el Resguardo Indígena Munchique Los Tigres, ubicado en la finca Gualanday o Centro de Armonización, municipio de Santander de Quilichao (Cauca), a la luz de la orientación jurisprudencial expuesta en la sentencia T-921 de 2013.

Lo anterior, porque es la Corte Constitucional, la que presenta un esquema concreto que orienta la actuación de las autoridades para respetar la diversidad étnica al interior del proceso penal, cuando se afecta el derecho a la libertad, y porque la subregla jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se establece en el marco procesal de la Casación, para inadmitir las demandas presentadas, sin que se hubiera abordado de fondo, el problema jurídico que hoy nos ocupa.

Como ya se explicó por esta Sala, en la sentencia T-921 de 2013, se abordaron dos temáticas principales a fin de solucionar el caso puesto a consideración, la primera relacionada con el fuero indígena que permite determinar la jurisdicción aplicable durante el proceso, examinando los factores personal, territorial, institucional y objetivo; y la segunda, relacionada con la forma en que se deben cumplir las medidas o las penas privativas de la libertad.

Siendo, el segundo aspecto, de interés para dar solución al problema jurídico planteado en el *sub judice*, se dirá inicialmente que tales medidas buscan brindar un trato diferencial al indígena que es objeto de la restricción de su libertad, con independencia de que el proceso se haya adelantado por la jurisdicción ordinaria o la indígena, pues en últimas la protección es a la diversidad étnica que ostentan estas personas, y de contera a su cultura, usos y costumbres autóctonos.

De esa manera, para llevar a cabo la protección referida, se deben cumplir unas exigencias, mismas que la Sala se permite extractar de la siguiente manera:

- 1) Calidad del sujeto: Que el indiciado o acusado o sentenciado ostente la condición de indígena, que no se circunscribe al fuero penal para ser juzgado a través de la jurisdicción indígena.
- 2) Objeto: Protección de la diversidad cultural de los indígenas privados de la libertad.

Frente a este último, en la sentencia tantas veces aludida, se expone:

“7.4.5. 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.”. (Subraya y negrilla fuera de texto)

- 3) Vinculación de la autoridad o el representante de la comunidad indígena a la que pertenece el indiciado o acusado o sentenciado.
- 4) Consulta a la máxima autoridad indígena para determinar según sea el caso, “*si se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de territorio o si el condenado puede cumplir la pena en su territorio*”.
- 5) Realizada la consulta “*el juez deberá comprobar si la comunidad tiene instalaciones idóneas para garantizar que la privación de la libertad se cumpla en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad*”.

Son entonces las anteriores exigencias, las que se procede a revisar en el *sub examine*, tal como sigue:

En primer lugar, se demuestra que los señores **AR** y **NE** acreditan su condición de indígenas, no solo a través de la prueba documental consistente en las certificaciones del 22 de enero de 2018, emitidas por el Gobernador indígena de Munchique Los Tigres, ABELINO TROCHEZ GUEJIA⁴, sino además a través del testimonio rendido ante el Juez de Conocimiento⁵, por el Alcalde Mayor del mismo Cabildo, NILSON VALENCIA CRUZ, conforme al poder conferido, que corrobora dicho aspecto. Calidad sobre la cual no existe controversia.

En cuanto, al objeto como uno de los elementos antes referidos, y punto de disenso por parte de la Fiscalía y la Representante del Ministerio Público, al afirmar que no se ha demostrado de manera idónea que los procesados pertenecen al Resguardo Indígena que los reclama, como quiera que, tienen simultaneidad en el registro, apareciendo censados en más de un resguardo.

Será preciso determinar, si como lo exponen las apelantes, ello se traduce en serias dudas respecto de su verdadera identidad étnica indígena, y denota su falta de arraigo, interés y voluntad de respetar unos determinados usos y costumbres, o por el contrario, evidencia tan solo una contradicción, producto de la falta de actualización del registro de los censos de la población de comunidades indígenas y de los resguardos indígenas que lleva el Grupo

⁴ Fls. 123 y 124.

⁵ CD audiencia de 24 de abril de 2018, individualización de la pena y sentencia. Minuto 24:49

de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior.

Los anteriores puntos de inconformidad, a criterio de esta Judicatura, deben ser analizados en el presupuesto del “objeto”, por cuanto, si no está acreditada la pertenencia de los procesados al resguardo indígena que los reclama, pierde razón de ser la medida objeto de controversia, toda vez que el fin último de su adopción, es la protección de esos usos y costumbres, y de contera esa identidad étnica cultural.

La aparente contradicción de las constancias expedidas por la Coordinadora del Grupo de Investigaciones y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, MYRIAM EDITH SIERRA MONCADA, se avizora cuando en oficio del 02 de febrero de 2018⁶, indicó la presencia de una simultaneidad en el Sistema Indígena de Colombia y los Censos de los respectivos resguardos indígenas, respecto de los señores **EYAR** y **EJNE**, ya que el primero se reportaba en los años 2002, 2008 y 2009 como perteneciente al Resguardo Indígena Jambaló, en el 2016 en el Resguardo Indígena Tigres y Munchique, y en el año 2015 y 2017 en el Resguardo Indígena San Francisco. Y el segundo, en los años 2015 y 2017 en el Resguardo Indígena San Francisco, y en el año 2016 en el Resguardo Indígena Tigres y Munchique. Posteriormente, en constancia expedida a los pocos días de la primera, certificó que para el año 2017, los

⁶ Fls. 187 y 188.

encartados aparecían registrados en el Centro del Resguardo Indígena Tigres y Munchique.

No obstante, ello fácilmente se zanja, por la primacía de la condición real del indígena, sobre condiciones formales como la inscripción en un censo llevado por entidades ajenas a la respectiva comunidad indígena.

Para arribar a la anterior conclusión, esta Sala acudirá al principio constitucional de autonomía de las comunidades indígenas, que se traduce, entre otros, en el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres (C.P., artículo 330). Y es precisamente, esa posibilidad la que les permite autoidentificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad, impidiendo así, que el Estado intervenga en el ámbito propio de sus asuntos⁷.

De ello se desprende también, el derecho a: *i)* ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; *ii)* a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros⁸.

Y es esa identidad cultural, la que se encuentra presente en los señores **AR** y **NE**, entendida como “(...) *la conciencia que se tiene de compartir ciertas creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un determinado grupo humano al cual se pertenece y que tiene una cosmovisión*

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-703 de 2008.

⁸ Ídem.

distinta y específica”.⁹ Puesto que son ellos, quienes por intermedio de su defensor de confianza, se reconocen como comuneros del Resguardo Indígena Munchique Los Tigres y, por consiguiente, solicitan el cumplimiento de la pena impuesta por el *a quo* en ese lugar. Aunado al hecho, de ser la máxima autoridad del Cabildo, quien certifica tal condición, es decir, los reconoce como indígenas militantes de esa población que conservan los “...*arraigos culturales y socio económicos del pueblo nasa...*”¹⁰.

Tanto es así, que la Máxima Guardiana de la Constitución, sobre la demostración de la condición indígena, menciona:

“9. Por consiguiente, la demostración de la condición indígena debe darse a partir de la identidad cultural real del sujeto, que pregona su pertenencia a una determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad. Para el establecimiento de dicha situación, pueden ser aplicados diversos mecanismos, como las certificaciones de la máxima autoridad de cada comunidad o resguardo; las certificaciones del censo interno que, de acuerdo con la Ley 89 de 1890 y el artículo 5 de la Ley 691 de 2001, debe llevar cada comunidad; estudios sociológicos y antropológicos atinentes a la identidad cultural de la comunidad y del sujeto, etc. Dentro de dichos mecanismos deben tener mayor peso los que la propia comunidad indígena ha adoptado en ejercicio de su autonomía y, en todo caso, debe primar la realidad sobre formalidades como la inscripción en un determinado censo, que puede estar desactualizado o contener errores.”¹¹ (Subrayado fuera de texto).

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2005.

¹⁰ Ver folio 123 y 124.

¹¹ T-703 de 2008

Bajo esa óptica, resulta intrascendente la contradicción antes aludida, toda vez que, se itera, la máxima autoridad del Resguardo Indígena Munchique Los Tigres, reconoció a los implicados como comuneros de ese territorio ancestral, quienes conservan sus usos y costumbres, y se encuentran en el centro poblacional interno.

Ciertamente, la Corte Constitucional, en sede de tutela sobre el alcance del censo indígena que lleva el Ministerio del Interior, expresó¹²:

“10. En el contexto de las anteriores consideraciones, el censo de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia puede servir como mecanismo válido de verificación de la condición indígena de sujetos particulares.¹³ No obstante, esto no implica que represente un instrumento constitutivo de la misma y, en dicho orden, que sea la prueba determinante para la acreditación de la condición de indígena perteneciente a cierta comunidad. De lo contrario, se desconocería el principio de autonomía de los pueblos indígenas -el cual comprende el derecho de la comunidad a autoidentificarse-, se generaría una intromisión del Estado en la conformación misma de la comunidad indígena y podría contrariarse, en casos concretos, la identidad cultural real de un indígena.”

Desde esa perspectiva, el oficio adiado a 02 de febrero de 2018 junto con las certificaciones del día 14 del mismo mes y año, expedidas por la señora MYRIAM EDITH SIERRA MONCADA, en su condición de Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, no

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-703 de 2008.

¹³ De conformidad con el artículo 19 del Decreto 2546 de 1999, las autoridades públicas están en la obligación de llevar un registro y control sobre las comunidades indígenas.

son determinantes a la hora de establecer la condición indígena y, en dicho orden, el hecho de que los señores **EYAR** y **EJNE** se encuentren registrados en varios resguardos pero en diferentes años, solo vislumbra la desactualización de dicho censo, y se dará prevalencia en este punto a las certificaciones internas de la comunidad indígena que dan cuenta que ellos conservan los usos y costumbres de esa agrupación.

Así, no es de recibo el argumento expuesto por los apelantes, encaminado a desconocer o poner en tela de juicio la identidad cultural indígena de los procesados.

Ahora bien, en cuanto a las manifestaciones realizadas por los encartados, a lo largo del proceso, indicando diferentes lugares de residencia a la expuesta por el Alcalde Mayor del Resguardo Munchique Los Tigres, quien aseguró que ellos vivían en la vereda Quita Pereza, es decir, dentro del territorio de la comunidad indígena; será menester indicar, que tales declaraciones no son suficientes para desvirtuar la pertenencia de los implicados a la comunidad indígena que los reclama, por cuanto, como ya se dijo, dicha condición se tiene acreditada con suficiencia a través del autoreconocimiento de los encartados y la certificación expedida por la máxima autoridad del Cabildo sobre su condición de comuneros.

En consecuencia, sobre el segundo presupuesto exigido para acceder a la medida objeto de discusión, se dirá que se cumple a cabalidad, por cuanto, es evidente que existen unos usos y costumbres por preservar, y acceder a

la privación de la libertad en un centro de reclusión ordinario pese a ello, incidirá de manera negativa en los procesados.

En cuanto a los puntos relacionados con la vinculación y la consulta a la autoridad o representante de la comunidad indígena, los mismos se salvaguardan a través del testimonio del señor NILSON VALENCIA , Alcalde Mayor del Resguardo Indígena Munchique Los Tigres, diligencia a través de la cual en forma oral y pública se le realizó consulta directa, a fin de determinar su disponibilidad para acceder a que el cumplimiento de la condena impuesta a los señores **EYAR** y **EJNE** se haga al interior de la comunidad que dirige.

Y eso es así, en tanto que quedó zanjada la discusión sobre la simultánea afiliación que presentan los enjuiciados, conduciendo indefectiblemente a que sea por demás claro, que fue vinculada al proceso penal, la autoridad indígena legitimada para reclamar la vigilancia de la ejecución de la condena impuesta, esto es, el Resguardo Indígena Munchique Los Tigres, a través de su Gobernador ABELINO TROCHEZ GUEJIA, quien a su vez delegó al señor NILSON VALENCIA , Alcalde Mayor de esa comunidad, para realizar la respectiva solicitud.

Finalmente, frente a la última exigencia, en torno a la verificación *in situ* que permita determinar si el cabildo cuenta con autoridades encargadas de la vigilancia de la pena de prisión, lugares adecuados para el cumplimiento de la misma, medidas de seguridad, entre otros puntos; se

tiene el informe de visita¹⁴ realizado por el Director de Establecimiento Carcelario de Santander de Quilichao (C), en conjunto con el Inspector Jefe SAMUEL GONZÁLES VALENCIA, la Coordinadora del Área de Reinserción Social y miembros de la Guardia Indígena del Cabildo Munchique Los Tigres, adiado a 11 de enero de 2017.

En el citado documento, se plasma que la finca “Gualanday o Centro de Armonización” cuenta con la infraestructura necesaria para albergar a los procesados; con servicios públicos domiciliarios de agua y energía eléctrica, alimentación a cargo del Cabildo indígena, y la prestación del servicio de salud por cuenta del INPEC.

Adicionalmente, señala que la seguridad recae en la guardia indígena, y la presentación de informes mensuales, sobre el comportamiento de los reclusos, será de responsabilidad de los directivos del Cabildo, sumado a ello, el INPEC de Santander de Quilichao, realizará, cada 2 meses o en el momento en que se requiera, las visitas correspondientes.

De esta manera, no es de recibo, el argumento de la fiscalía, expuesto al momento de sustentar la apelación, consistente en aseverar que existe vaguedad en la información del lugar donde se va a cumplir la condena, pues si bien, no se realizó la verificación directa del juez, de las condiciones físicas y de seguridad del Resguardo, tal circunstancia se supera con el informe elaborado por el INPEC, que conceptúa: *“la comunidad indígena está bien*

¹⁴ Ver folios 102 a 106.

estructurada (sic) se observa que conservan sus costumbres ancestrales, tendientes a mantener y conservar sus costumbres y tradiciones, que el trabajo de campo como la agricultura es la base de su economía y de su sostenimiento, que la disciplina y el orden es fundamental.”

Es por lo expuesto que se determina que en el caso y conforme al problema jurídico planteado, SI procede ordenar que la pena de prisión intramural impuesta a los señores **EYAR** y **EJNE** a través del proceso penal ordinario, se cumpla al interior del territorio del Resguardo Indígena de NASSA KIWE Munchique Los Tigres, ubicado en la finca Gualanday o Centro de Armonización, jurisdicción del municipio de Santander de Quilichao (Cauca).

En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, por las razones que se acaba de exponer.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto del recurso de apelación.

SEGUNDO: Se notifica en estrados y se informa que en contra de esta determinación, cabe el recurso de casación que debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

ANA JULIETA ARGUELLES DARAVIÑA

Magistrada

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario