

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN - CAUSAL 1ª ART. 332 LEY 906 DE 2004
Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal: No se configura.
CONFLICTO DE JURISDICCIONES - Corresponde dirimir al Consejo Superior de la Judicatura.
JURISDICCIÓN INDÍGENA – Para que un comunero pueda ser juzgado por su parcialidad, deben concurrir los elementos: personal, territorial, institucional y objetivo.
PRINCIPIO NOM BIS IN IDEM – ELEMENTOS - Su aplicación depende de la acreditación de identidad de: sujeto, objeto y causa.

A pesar de que entre las situaciones enunciadas en la norma que impiden iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, no aparece la figura procesal del *nom bis in ídem* y que por lo tanto se hace necesario acudir para su estudio a su fundamento constitucional, se considera que no hay lugar a decretar la preclusión de la investigación a favor del procesado, la cual fue sustentada en dicha figura, al existir un fallo de un resguardo indígena mediante el cual se sanciona la misma conducta punible, siendo que no se adelantó la actuación procesal correspondiente para la definición de la jurisdicción que debe sancionarlo y por ende la asignación de competencia; por lo que una vez analizado el material probatorio, se determina que no se acreditaron los requisitos necesarios para que sea la jurisdicción especial indígena la encargada de sancionarlo. Y con respecto al instituto del *nom bis in ídem* no se dan los presupuestos para su configuración, por lo cual no se puede establecer que la forma de sanción impuesta haya hecho tránsito a cosa juzgada. /

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	: Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	: 523566000516201500260-01
N.I.	: 277339
Delito	: Tráfico, fabricación o porte de Armas de fuego, accesorios partes o municiones
Imputado	: HAHN
Decisión	: Auto I. confirma el recurrido
Aprobado	: Acta N° 7 de 9 de abril de 2019

San Juan de Pasto, veinticuatro de abril de dos mil diecinueve
(Hora: 9:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entra la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora pública del imputado, contra el auto de fecha 10 de octubre de 2018 proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales (N), mediante el cual niega la petición de

preclusión de la investigación presentada a favor del señor HAHN, quien es investigado por el delito de tráfico, fabricación o porte de armas, accesorios, partes o municiones.

1. Situación fáctica y Procesal

Se extracta del escrito de acusación, que el día 22 de mayo de 2015, aproximadamente a las 23:30 horas, policía de vigilancia del municipio de Guachucal Nariño, en patrullaje de rutina en la vía que de este municipio va al corregimiento del Espino, exactamente en el kilómetro 1 más 500 metros, dan señal de pare al vehículo que era conducido por el señor HAHN; al realizar el registro al automotor encuentran en la silla al lado del conductor, envuelta en una bolsa blanca, un arma de fuego tipo revolver, de fabricación artesanal, en acero, con capacidad para un cartucho, se desconoce el calibre, sin número, cachas en madera desgastadas, en regular estado de conservación, objeto del cual no se presentó el permiso para su porte y por ello fue capturado el mencionado.

Dada la aptitud del arma, el día 23 de mayo de 2015, ante el Juez de Control de Garantías se formula imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de armas, accesorios, partes o municiones, de que trata el artículo 365 del código penal¹.

El día 12 de agosto de 2015 fue presentado escrito de acusación², correspondiendo el conocimiento al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales (N)³, quien el 22 de febrero de 2016 fija como

¹ Folios 1-4 Carpeta audiencias preliminares

² Folios 1-5

³ Folio 6

fecha para llevar a cabo la formulación de acusación el día 20 de abril de 2016⁴.

El 19 de abril de 2016, la defensora del imputado, solicita mediante memorial, el aplazamiento de la realización de la audiencia, por cuanto está adelantando trámites para el cambio de jurisdicción en atención a que el usuario pertenece a un cabildo indígena y fue juzgado en aquella jurisdicción⁵. Se señala nueva fecha el 12 de julio de 2016, fecha en que es solicitado nuevamente su aplazamiento por parte de la defensa; se fija nueva fecha el 6 de octubre de 2016, y un día antes de la realización el gobernador del cabildo indígena de Colimba, solicita sea aplazada la audiencia; nueva fecha el 13 de diciembre de 2016, fecha en la que no se lleva a cabo; se fija el 30 de marzo de 2017, en esta oportunidad la defensora presenta incapacidad médica; nueva fecha 27 de julio de 2017, luego otra fecha el 16 de noviembre de 2017, para la cual la defensa expone varios motivos entre ellos la posibilidad de un preacuerdo; se fija nueva fecha el 22 de mayo de 2018, pero el gobernador del cabildo indígena de Colimba solicita aplazamiento, y finalmente se fija el día 10 de octubre de 2018 para la realización de la audiencia.

En la fecha indicada, se da inicio a la audiencia de formulación de acusación, y a petición de la defensa, cambia su naturaleza para realizar audiencia de solicitud de preclusión, a la cual se le da el trámite de rigor⁶.

2. De la solicitud de preclusión de la investigación⁷

⁴ Folio 7

⁵ Folio 8

⁶ Folio 32-33

⁷ Minuto 4:31 a 21:28 de la audiencia de preclusión de la investigación

La señora defensora de HAHN, presenta solicitud de preclusión de la investigación por el delito de tráfico, fabricación o porte de armas, accesorios, partes o municiones, indicando que se está frente el instituto de la cosa juzgada.

Para sustentar su petición, comienza por indicar que los hechos tuvieron lugar en la vía al corregimiento el Espino, donde su defendido se dedica al transporte de leche.

Agrega que tras la formulación de imputación, la comunidad y el gobernador asumieron la competencia del caso, y en uso de las facultades que le otorga la Ley 89 de 1890 y el artículo 246 de la Carta Política, sancionaron al comunero por el porte ilegal de arma acordando que HN sería castigado tres veces, durante tres días, que corresponden a los días 28 de mayo; 1 y 3 de junio; y que se compromete a pagar una multa de un millón de pesos, a través de trabajo social dos días por semana, lo cual está consagrado en el acta de fecha 28 de mayo de 2015. De igual manera presenta acta número 36 de fecha 24 de septiembre de 2016 que indica la terminación del proceso sancionatorio en contra del comunero, por cumplimiento de los compromisos impuestos.

En la misma audiencia se hace presente el gobernador del cabildo de Colimba, señor Alonso Delgado, reafirmando lo contemplado en las actas e indicando que el castigo terminó y que según sus usos y costumbres ya está cumplido.

Continúa la defensa insistiendo en que de conformidad con el artículo 21 de la ley 906 de 2004, en el caso se presenta la cosa juzgada, y que se debe respetar la decisión tomada; lo anterior,

por cuanto hay igualdad de sujeto y de objeto, y que la causa, en la jurisdicción especial indígena y en la jurisdicción ordinaria, es la misma.

En línea con lo anterior trae a colación la sentencia C-774-01 de la Corte Constitucional que hace alusión a la figura del *nom bis in ídem*, según la cual no se debe abrir otra causa por hechos iguales, pues es un principio general del proceso que prohíbe doble sanción. Así mismo, citó la sentencia T- 249 de 1996 de la misma Corporación, en la que señalan los requisitos para determinar el doble enjuiciamiento.

Termina su intervención señalando que en la jurisdicción indígena se sancionó por uso de arma de fuego, por lo que existe prohibición para la sancionar por la jurisdicción ordinaria y en consecuencia no se debe continuar con este proceso penal.

3. La providencia impugnada

Como en los antecedentes se indicó, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales (N), convocó para audiencia de formulación de acusación, se constituyó en audiencia el día 10 de octubre de 2018, y dada la petición de la defensora publica del imputado, se varió a audiencia de solicitud de preclusión a favor del señor HAHN, por el delito de tráfico, fabricación o porte de armas, accesorios, partes o municiones.

Luego de escuchar la solicitud realizada por la defensa, de dar traslado de los elementos materiales presentados y de escuchar los planteamientos del delegado de la fiscalía, la señora Juez se pronuncia (24m. 37ss de la audiencia) inicialmente se refiere a la

situación fáctica, la actuación procesal cumplida, la petición de preclusión que ha presentado la defensa, para así proponer el problema jurídico a resolver, esto es, si en el caso se dan los requisitos para conceder el principio del *nom bis in ídem* en virtud de la sanción que ha impuesto el cabildo indígena de Colimba al comunero HAHN.

Para la respuesta al problema jurídico planteado, trajo a colación pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante tutela 866 de 2013, en la que se hace referencia al juez natural y al principio del *nom bis in ídem*, como derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; del mismo modo una decisión en igual sentido de esta Corporación en proceso con radicado 20130003 con numero interno 16379.

Para aterrizar lo anterior al caso concreto, efectuó una descripción cronológica de las audiencias que se han realizado desde el momento de la captura y ejecutó una referencia sobre los acuerdos que presenta la defensa y las sanciones que ha tomado el cabildo de Colimba; lo anterior, para señalar que las autoridades indígenas no acudieron al Consejo Superior de la Judicatura para dirimir el conflicto de competencia, pues, en el *sub examine*, ya se había surtido la imputación para el señor HAHN ante un juez de control de garantías.

Señala que aquellas determinaciones o “acuerdos” fueron tomados por una autoridad que no tenía jurisdicción ni competencia, por lo que es una decisión irregular y que se emitió desconociendo el debido proceso, por lo que no hay una decisión en firme que haga tránsito a cosa juzgada, por lo que tampoco se desconoce el principio de *nom bis in ídem*.

Aunado a lo anterior, determina necesario compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue la conducta del gobernador que realizó los acuerdos.

Basado en estos fundamentos, el *a quo* negó la petición de preclusión elevada por la defensa, y ordenó continuar el trámite de la audiencia de formulación de acusación.

4. Sustentación del recurso e intervención de los no recurrentes.

4.1 intervención de la Defensa⁸

Manifiesta la defensa que se aparta de la decisión tomada por la judicatura, basada en que debe haber un conflicto de competencias definido.

Sustenta su pedimento en que desde el inicio de las actuaciones procesales, el indiciado se encuentra respaldado por su comunidad, y que si bien ha obrado la defensoría pública en las instancias ordinarias aún no estaba trabado el conflicto; aunado a lo anterior, que las autoridades indígenas, en uso de su legislación, han definido el caso, lo cual resulta legal y constitucional, pues se hizo previo a la presentación del escrito de acusación.

Indica que la legislación indígena con fuero propio decide que el asunto sea de su competencia y fundamenta su petición en la sentencia de la CSJ Sala de Casación Penal, radicado 49006 de

⁸ C.D. Audiencia de preclusión 42 m 50 ss.

21 de marzo de 2018, referida a la prohibición de doble juzgamiento.

Indica que la Corte Constitucional ha pretendido la salvaguarda por los pueblos indígenas, que ha señalado que piensan diferente y que para el caso dar una decisión en sentido diferente es desconocer la capacidad de gobierno de los pueblos indígenas, el derecho a ser juzgados conforme sus usos y costumbres.

Termina manifestando que se de viabilidad a la preclusión dado que tienen fuero especial y de otra manera se está desconociendo la jurisdicción indígena y solicita que no se compulsen copias al gobernador por haber asumido esta competencia.

3.2 Intervención de la Fiscalía⁹

Indica el Delegado de este ente fiscal, como sujeto no recurrente, que el resguardo tiene jurisdicción, pero que de manera arbitraria sanciona, que se trata de un actuar arbitrario y por ello no se comparte la decisión de sancionar.

Lo anterior por cuanto primero se debió plantear el conflicto de competencia, obtener la competencia para actuar; así, que hasta tanto no se pronuncie el órgano que define la competencia no pueden actuar.

Pide que se confirme la decisión de compulsar para el gobernador que sancionó y que sea por los delitos de prevaricato y fraude procesal por cuanto se han vulnerado normas.

⁹ C.D. Audiencia de preclusión 54 m 43 ss.

Termina solicitando la confirmación de la decisión de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra el auto de 10 de octubre de 2018 emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales (Nariño), conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema planteado

Se debe examinar si los argumentos que ha presentado la defensa pública del señor HAHN corresponden a los necesarios para solicitar la preclusión de la investigación a favor de su prohijado, sustentada en figura del *nom bis in ídem*, por ya existir un fallo de un resguardo indígena que sanciona la misma conducta vulnerada.

3. De la jurisdicción y competencia y de la preclusión de la investigación – Caso concreto

3.1. De la jurisdicción y competencia

Los términos jurisdicción y competencia, dentro de la órbita procesal tienen significado diferentes. La jurisdicción es esa manifestación de soberanía del Estado para administrar justicia, es la potestad del Estado convertida en autoridad para

administrar justicia, es por ello que se habla de una jurisdicción ordinaria, compuesta por las jurisdicciones penal, civil, laboral, agraria, de familia, contencioso administrativa, y de la misma manera ha querido el constituyente que se establezcan unas jurisdicciones especiales como la indígena, la penal militar, los jueces de paz.

La competencia es la forma como esa facultad de administrar justicia se otorga a cada juez de cada especialidad y corresponde a la forma como se distribuyen los procesos, en otras palabras son las reglas como las distintas categorías de juez en cada especialidad debe avocar el conocimiento de un determinado proceso, y estas reglas o factores de competencia son el objetivo, subjetivo, territorial, funcional, y por conexidad. Un juez competente es un juez con jurisdicción; lo cual significa que la competencia es ese fragmento de autoridad que le permite a al juzgador tomar las decisiones que corresponden en un proceso específico.

De la competencia por su parte, se van a deducir garantías o principios importantes como el Juez Natural, legalidad, que dan validez o no a las actuaciones procesales que se adelanten.

Ello nos lleva a concluir que la jurisdicción es lo general y la competencia es lo específico, y por ende los factores que determinan una y otras son diferentes.

3.2. De la Jurisdicción Indígena

El artículo 246 de la Carta Política, consagra la existencia de la jurisdicción especial indígena, lo que le permite a los pueblos

indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus usos y costumbres, pero con el sometimiento a la Constitución y a las leyes del Estado Colombiano.

Dado que nuestro Estado reconoce el pluralismo (Artículo 1º Carta Política) y protege la diversidad étnica y cultural (Artículo 7º Carta Política), podemos colegir que el Estado acepta la existencia de la jurisdicción indígena, quienes procuran la salvaguarda de sus derechos y especialmente la protección para sus ritos, para su cultura, pero también se convierte en fuero especial para sus miembros, que de darse unos elementos les permite que su conducta sea juzgada, según sus normas y procedimientos, con el fin de proteger esa diversidad étnica y cultural.

Obsérvese que el convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas, que hace parte del bloque de constitucionalidad, consagra un tratado de normas tendientes al respeto por la cultura de los pueblos indígenas, y en materia sancionatoria que les permite tener sus propias formas de represión de las conductas cometidas por sus miembros, dice: “...deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

A lo largo del desarrollo jurisprudencial que se ha dado en esta materia, la Corte Constitucional en innumerables sentencias reconoce que los pueblos indígenas tienen su jurisdicción especial y pueden sancionar a sus miembros cuando incurren en faltas que producen desarmonización en su resguardo.

Pero es la misma Corporación en cita la que ha establecido que un comunero puede ser juzgado por su parcialidad siempre que

concurran cuatro elementos a saber: personal, territorial, institucional u orgánico y objetivo; en reiterados fallos¹⁰ ha definido estos cuatro elementos, así:

*“(i) **El elemento personal** en el que se hace necesario que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo haga parte de una comunidad indígena y respecto al que se determinan [dos] supuestos de hecho: (i) si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional “en principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al fuero depende en gran medida de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta; (ii) si el indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, el intérprete deberá tomar en cuenta (i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos.*

Por lo anterior, se estableció que se observan como elementos orientadores que permitan definir la competencia los siguientes: ‘(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica’[30].

*(ii) **El elemento territorial** que permite a la comunidad la aplicación de sus propios usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, de lo cual se derivan [dos] criterios interpretativos: ‘(i) La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura; (ii) El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo: Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales’.*

*(iii) **El elemento institucional u orgánico**, en el que se hace necesaria la existencia de una institucionalidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; lo anterior significa que: (i) existe un poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) adicionalmente un concepto genérico de nocividad social. Adicionalmente, este*

¹⁰ T-617 de 2010; T-975 de 2015; T-397 de 2016, entre otras

elemento se conformaría por [tres] criterios de interpretación: “La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado; La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos y la satisfacción de los derechos de las víctimas”.

(iv) El elemento objetivo a través del cual se puede analizar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria:

‘El elemento objetivo hace referencia a 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. Más allá de las dificultades que puedan surgir en cada caso para evaluar el elemento objetivo, es evidente que existen tres opciones básicas al respecto: (i) el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria.

El elemento objetivo indica soluciones claras en los supuestos (i) y (ii): en el primero, el caso corresponde a la jurisdicción especial indígena; y en el segundo, a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii), el elemento objetivo no resulta determinante para definir la competencia. La decisión del juez deberá pasar por la verificación de todos los elementos del caso concreto y por los demás factores que definen la competencia de las autoridades de los pueblos aborígenes”

3.3. De la Preclusión de la investigación

De la misma manera como el artículo 250 de la Carta Política le da a la fiscalía general de Nación el ejercicio de la acción penal, para que todo hecho que revista características de delito, sea investigado, también crea la institución procesal de la preclusión cuando no sea posible adelantar una investigación penal que culmine con una sentencia que ponga fin a la actuación, por ello en el numeral 5 del citado artículo ha señalado:

“5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar”.

En el desarrollo legal, es la ley 906 de 2004 la que establece este importante instituto, en los artículos 331 a 335, y consagra las causales de procedencia, de igual manera permite que en la etapa del juicio no solo sea la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado quien solicite esta forma de terminación, sino además la defensa y el Ministerio Público, así lo indica en el parágrafo del artículo 332 de la siguiente forma:

Parágrafo. *Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.*

A lo largo de la historia del derecho procesal penal, se ha consagrado, otrora llamada cesación de procedimiento, hoy preclusión.

La finalidad de la preclusión es dar por finalizada una actuación mediante una decisión con efectos de cosa juzgada, por cuanto no era posible llegar a un juicio oral dada la configuración de una de las causales expresamente señaladas por el legislador penal. Es una forma de economía procesal cuando se avizora que los elementos materiales de prueba con que cuenta la fiscalía no son lo suficientemente demostrativos que puedan cumplir con los requerimientos del artículo 381 de la ley 906 de 2004.

En la etapa investigativa la potestad de solicitar la preclusión es exclusiva del fiscal, en virtud de ese mandato constitucional, pero iniciado la etapa procesal del juzgamiento, nace para la defensa como parte y para el Ministerio Público como interviniente, la posibilidad de solicitar la preclusión, pero solo ante la evidencia de las causales 1 y 3 del artículo 332 de la mencionada ley.

Las causales tienen naturaleza objetiva, lo cual es absolutamente lógico, dado que al darse una forma anticipada de terminación del proceso penal, solo pueden ser por situaciones que no involucren responsabilidad penal cuyo ámbito de definición es el juicio oral.

3.3.1. Causal 1: *Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*

Como se indicaba con antelación, se trata de una causal objetiva y debe analizarse con aquellos artículos del código penal y del procedimiento penal que imposibilitan el ejercicio de la acción penal, así lo establece la sentencia C- 920 de 2007, que a su tenor literal expuso:

“La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviviente a la acusación, como puede ser la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querrela respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad.”

En los artículos 82 del código penal y 77 de la ley 906 de 2004, se establece de manera enunciativa una serie de situaciones que pueden presentarse durante el trámite procesal y que impiden iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal.

Ahora, aunque dentro del mentado listado no aparece la figura procesal del *nom bis in ídem*, considera la Sala que es un fenómeno que impide iniciar o continuar el trámite regular

establecido, su fundamento es constitucional, artículo 29 cuando establece “a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

Sobre este vital tema, se ha pronunciado la Corte Constitucional en fallo C-181 de 2016 de la siguiente forma:

“70. El principio del non bis in ídem se encuentra consagrado en el numeral 4º del artículo 29 Superior, según el cual “(...) Quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” . Este principio se conoce por la jurisprudencia de esta Corte como la prohibición de doble incriminación, la cual tiene una estrecha relación con la institución de la cosa juzgada.

71. La consagración internacional de este instrumento se encuentra en el artículo 14-7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968, que establece “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. En ese mismo sentido, el artículo 8-4 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969 y aprobado mediante la Ley 16 de 1972, según el cual “(...) el inculcado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

72. Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de marzo de 2007. Proceso No. 25629, expresó que este principio comprende los siguientes elementos:

“Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

“Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

“Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

“Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

“Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material”.

73. Esta Corporación en sentencia T-537 de 2002, sostuvo que el principio del non bis in ídem se fundamenta en la seguridad jurídica y la justicia material, pues cualquier persona cuenta con la seguridad que las condenas definitivas y anteriores realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de nuevos debates judiciales.

74. Ahora bien, en relación con el universo de aplicación del citado principio, la Corte ha expresado que no se encuentra delimitado por las disposiciones penales, pues este forma parte del derecho al debido proceso sancionador, por tal razón se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas, es decir, a todo el universo del derecho sancionatorio .

(...)

.... El principio non bis in ídem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples

sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción.” (Lo énfasis agregado)

(...)

77. De otro lado, esta Corporación ha decantado los supuestos de aplicación del principio del non bis in ídem, los cuales deben atender a tres identidades: i) de sujeto; ii) de objeto; y, iii) de causa.

Y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en providencia que definió la acción de revisión, con radicado 45072 del 23 de marzo de 2017, con ponencia de la magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR, expuso:

“En el mismo sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se había pronunciado sobre los efectos procesales de la cosa juzgada al señalar que:

... no cumple función distinta, entonces, a la de extinguir el derecho al eventual ejercicio de la acción judicial respecto a idénticos hechos y pretensiones.

(...)

Es aquí donde aparece, como efecto protector consustancial de dicho fenómeno, el principio non bis in ídem, según el cual, no puede juzgarse dos veces igual causa, esto es, no es viable investigar, enjuiciar o castigar a una persona más de una ocasión por el mismo motivo, pues, ello, en últimas, atenta severamente contra el principio de proporcionalidad, habida cuenta que la imposición de una doble sanción por una sola acción reprobada normativamente, conduciría a reprochar un hecho, excediendo el ámbito de retribución legal y forjando en el ciudadano la idea de injusticia e inseguridad (CSJ SP3240 – 2015).

(...)

Tras esa descripción jurisprudencial de las garantías fundamentales de cosa juzgada y non bis in ídem, es posible concluir que cuando en un trámite procesal se afectan tales axiomas, se configura una

causal de extinción de la acción penal, que imposibilita continuar con la actuación.

Por esa razón, la vulneración del non bis in ídem ha sido contemplada como uno de los eventos a los que se refiere el legislador en el numeral 9º del artículo 82 del Código Penal, como causal de extinción de la acción penal, pues si un asunto fue resuelto definitivamente mediante decisión judicial, se imposibilita el inicio de una nueva causa criminal o la continuación de una ya iniciada, cuando se constata la concurrencia de las tres identidades arriba reseñadas.”

3.4. Examen de los medios de prueba y del caso en concreto

El tema planteado en esta oportunidad está referido a la validez del fallo emitido por la jurisdicción indígena, respecto de la sanción impuesta al señor HAHN, como fundamento de la solicitud de preclusión elevada por su defensora.

Para el efecto, en el momento de la audiencia de formulación de acusación, que cambia su naturaleza por la petición de preclusión que depreca la defensa, se allega como medios probatorios los siguientes: i) Constancia suscrita por la coordinadora del grupo de investigación y registro de la dirección de asuntos indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, para demostrar la existencia del Resguardo Indígena de Colimba, en el municipio de Guachucal departamento de Nariño, y que aparece registrado como gobernador de dicho cabildo para el año 2018 es el señor Alberto Alonso Delgado Fuelantala; ii) Fotocopia de la cédula de ciudadanía del mencionado gobernador indígena; iii) Acta de Posesión del señor Alberto Delgado como gobernador del cabildo del resguardo indígena de Colimba, ante la alcaldesa del municipio de Guachucal; iv) Acta del 28 de mayo de 2015 del

Resguardo indígena de Colimba, en cabeza del gobernador Alirio Orlando Guacialpud, mediante la cual se sanciona al comunero HAHN, sobre el caso del porte ilegal de arma, el que mediante acuerdo se somete a ser castigado tres veces, en tres días diferentes para nueve azotes, y una multa de un millón de pesos que se paga con trabajo social; v) Acta número 036 de fecha 24 de septiembre de 2016, encabezado por el gobernador Alirio Orlando Guacialpud, que da por terminada la sanción impuesta al señor HAHN.

Ahora, con la reseña procesal del asunto y el marco conceptual arriba expuesto, lo primero que advierte la Sala es que en el caso no se han seguido las ritualidades y procedimientos que deben tenerse en cuenta con miras a determinar la jurisdicción que debe asumir la competencia en este evento, donde el señor HN ha desarrollado un comportamiento que reviste características de delito; función que a la fecha le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria, de conformidad con el acto legislativo 02 de 2015, y una vez cesen las funciones de esta Sala Disciplinaria, será de la Corte Constitucional.

Muy probablemente el desconocimiento de los procedimientos ha llevado a la situación que hoy se presenta en la cual, se reclama la validez de un fallo emitido por la jurisdicción especial indígena, y que daría lugar a la aplicación del principio constitucional del *nom bis in ídem*.

De haber entablado en su oportunidad la actuación procesal correspondiente para la definición de la jurisdicción que debe sancionar, no se estuviera en esta determinación respecto de la validez de la actuación realizada por el cabildo indígena de

Colimba, pues, si se hubiera planteado un conflicto entre jurisdicciones y éste ya se hubiere dirimido, resultaba dable afirmar que la competencia ya estaba asignada; sin embargo, para el caso, a la fecha no hay una asignación de cuál es la jurisdicción que debe asumir la competencia, por lo que podemos pensar que las dos están habilitadas para emitir un pronunciamiento, y su designación ya va a depender del lleno de los requisitos que permiten determinar esa competencia.

Al margen de lo anterior, lo que hoy corresponde a esta Sede es analizar si con los elementos probatorios aportados es posible dar validez al parecer a una sanción producida por la jurisdicción especial indígena, decisión que no tuvo el conocimiento por parte del ente investigador de la jurisdicción ordinaria.

Se debe tener la claridad que de conformidad con la Carta Política, los pueblos indígenas pueden asumir la corrección de sus miembros, pero necesario es tener en cuenta que la sanción en esta jurisdicción especial no tiene las mismas finalidades de la sanción en jurisdicción ordinaria.

Recuérdese que no en todos los eventos la jurisdicción especial indígena está legitimada para sancionar a sus comuneros, como en precedencia se anotó, pues, existen unos elementos que deben demostrarse para que sea habilitada esta jurisdicción y ellos son el personal, el territorial, el institucional y el objetivo.

Respecto del primero de ellos, no hay prueba en esta actuación que el señor HAHN sea comunero del resguardo indígena de Colimba ubicado en el municipio de Guachucal Nariño, no se allega la documentación ni del censo ni una constancia en tal

sentido. Aquí, es importante analizar que de los elementos materiales que aporta la defensa, el imputado se llama H, y no H, como lo ha identificado la fiscalía.

Además, en el acto de sanción por parte de la comunidad indígena, no se determina la fecha de los hechos, solo se manifiesta que se trata de un porte ilegal de armas, pero no se determina una fecha ni un espacio geográfico en el cual haya sucedido dicho acto.

Tampoco se ha señalado con miras al elemento institucional u orgánico, que aquel cabildo de Colimba, tenga un procedimiento o forma de sancionar o corregir a sus comuneros, no se ha explicado cómo se realiza si es en asamblea general o lo puede hacer solo el gobernador o se trata de una delegación en determinadas autoridades indígenas.

Pero aquí también resulta importante manifestar que cuando se demuestra la existencia del Resguardo mediante la certificación que ofrece el Ministerio del Interior, se señala como gobernador para el periodo 2018 al señor Alberto Alonso Delgado Fuelantala, pero el acta que sanciona tiene como gobernador en el año 2015 al señor Alirio Orlando Guacialpud, y con igual nombre para el acta del año 2016; lo cual puede corresponder con la realidad, pero no tenemos la claridad que aquella persona fue elegida como gobernador y se posesionó para los dos periodos como tal.

Como se observa no se reúnen los requisitos necesarios para que sea la jurisdicción especial indígena que se pueda indicar tiene la competencia para sancionar o corregir a esta persona del que la

fiscalía le ha imputado el cargo de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Ahora con respecto al instituto deprecado del nom bis in ídem, del que se debe demostrar identidad de sujeto, de objeto y de causa, vemos que no se tiene tal claridad, por cuanto el nombre cambia se llama H o H, como aparece en las actas que se sanciona por el cabildo como en el escrito de acusación presentado por el delegado de la Fiscalía General de la Nación; en ese orden, no se tiene certeza de sí se trata de dos personas o son la misma.

Respecto del objeto se indica por la fiscalía en escrito de acusación de una situación hechos ocurridos el día 22 de mayo de 2015, cuando al señor HN le encuentran en su poder un arma de fuego sin que presente el salvoconducto respectivo; pero no tenemos la certeza que el cabildo de Colimba este sancionando o corrigiendo la misma situación fáctica ocurrida, no hay claridad al respecto en tanto que no dice cuando ocurre la desarmonía producida por el comunero.

Y en cuanto a la causa, es importante señalar que como no se tiene claridad de cómo es el procedimiento sancionatorio al interior del cabildo, del elemento institucional tal como se anotó en precedencia, y sin tener certeza que se trate de los mismos hechos, no se puede colegir que la sanción que se ha impuesto por el cabildo de Colimba, sea por la misma situación fáctica.

Corolario de lo anterior, si no se dan los requisitos para la configuración del principio del nom bis in ídem, menos podemos establecer que dicha forma de sanción haya hecho tránsito a cosa juzgada y que en tal virtud se hayan configurado la causal primera

del artículo 332 de la ley 906 de 2004, para emitir un concepto favorable a la preclusión deprecada por la defensa.

En este orden de ideas, y por los argumentos que aquí se presentan, se debe confirmar la decisión recurrida.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, 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:**

1°. **Confirmar** la decisión que fue objeto del recurso de apelación.

2°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase,

HÈCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

Proceso N°: 523566000516201500260-01
N.I.: 1882
Delito: Tráfico, fabricación, porte de armas
Imputado: Herminul A. Hernández N.
Decisión: Confirma decisión

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario