

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA  
SALA PRIMERA DE DECISION  
CIVIL-FAMILIA-LABORAL



Montería, Córdoba, veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

Accionante: **OSCAR DAVID PACHECO PEÑATE**  
Accionado: **EPMSC LAS MERCEDES DE MONTERIA Y DIRECCIÓN GENERAL INPEC**  
Asunto: **Debido Proceso**  
Radicación: **2020 00061 FOLIO 150/20**  
Magistrado Ponente: **PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ**  
ACTA: N° 49

## **TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Procede la Sala a resolver la impugnación formulada por la parte accionante contra la sentencia de tutela proferida el 04 de mayo de 2020, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Montería, Córdoba, que declaró improcedente el amparo invocado.

### **I ANTECEDENTES**

#### **1. La Demanda.**

El señor Oscar David Pacheco Peñate, a través de su apoderado judicial Dr. Enuar Alberto Camacho Paez, impetró acción de tutela contra el EPMSC las Mercedes de Montería y la Dirección General del INPEC, para que le fuesen resguardadas sus garantías: "*al principio del enfoque diferencial, identidad étnica y cultural, debido proceso, dignidad humana, igualdad, valor justicia, principio de vigencia constitucional de un orden justo y principio de efectividad de los derechos fundamentales*", solicitando, en consecuencia, se ordenara a la Dirección Regional INPEC Bogotá y a la Cárcel las Mercedes de Montería, su traslado a la Comunidad Indígena Senu el Mango de Turbo, Antioquia, para cumplir la medida de

aseguramiento que le fue impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante de Montería, por el presunto punible de concierto para delinquir agravado.

Pidió también, que si para el condigno traslado, por motivos del Covid-19 o por razones económicas, la Dirección General INPEC Bogotá y la Carcel las Mercedes de Montería, no lo pudiesen efectuar, se autorizara su entrega a la guardia y al gobernador indígena de la comunidad Senu el Mango, a las afueras de la cárcel las Mercedes, para fuesen ellos quienes lo trasladen hasta el resguardo indígena señalado.

Todo lo anterior, teniendo en cuenta que el accionante se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario las Mercedes de Montería, debido a la medida de aseguramiento que le fue impartida por el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante de Montería, por la presunta comisión del delito de concierto para delinquir agravado, siendo que el mismo pertenece a la Comunidad Indígena Senu el Mango de Turbo- Antioquia, que se le educó en escuelas de esta comunidad y que los hechos que presuntamente le imputan, fueron desarrollados en este lugar, capturándosele sin autorización del Cacique de la comunidad indígena, amén que en dicha oportunidad no se contaba con los elementos materiales probatorios para demostrar que era indígena reconocido, pero que ahora en sede tutelar se allegan.

Indica el libelista que algunos habitantes del resguardo hicieron declaraciones mediante notarias, donde indicaban el comportamiento del tutelante en la comunidad, además de estar de acuerdo a que sea trasladado a ella.

Alega que el 08 de enero hogaño, se llevó a cabo la audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento en el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante de Montería, la cual fue negada, razón por la cual se interpuso recurso de apelación contra esta decisión, que correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, la cual no ha sido resuelta.

Aseveró que el 25 de febrero del año en curso, se iba a desarrollar audiencia de acusación en el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, siendo que la defensa advirtió al juzgador que carecía de competencia porque su representado pertenecía a una comunidad indígena, amén que los supuestos hechos por los que se le acusa, se dieron dentro del resguardo indígena y que la captura se realizó mediante allanamiento a la vivienda donde reside el actor, la cual se encuentra dentro del aludido resguardo; además que dicha captura se realizó sin la autorización del cacique indígena, tornándose en ilegal.

Expresa que en la misma data, a través de correo electrónico, se envió solicitud a la Dirección General del INPEC, para que el Sr. Pacheco, fuera trasladado a su comunidad indígena, petición que le fue negada el día 04 de abril de 2020.

Señala que deben analizarse los artículos 1, 2, 4 y 7 de la Constitución Política, de donde se infiere la vulneración irremediable que se le está causando al promotor, ya que debe protegerse su identidad étnica y cultural y el estar recluido en la cárcel atenta contra dichos valores, a más que la finalidad de la presente acción, es su traslado al resguardo indígena para que sean ellos quienes le brinden la debida resocialización con sus costumbres, normas y leyes, pues debe tenerse en cuenta que el resguardo el Mango, comunidad a la que pertenece el inicialista, tiene su propio reglamento.

Advierte, finalmente, que la Comunidad Indígena Senu el Mango, representada por su gobernador Sr. Juvenal Flores, ha tenido la voluntad de que su comunero sea trasladado a esa colectividad, pues ellos tienen la capacidad con la guardia indígena de custodiarlo y resocializarlo.

La A-quo, luego de la correspondiente admisión del libelo tutelar, vinculó oficiosamente a los Juzgados Primero y Segundo Penales Municipales con Funciones de Control de Garantías Ambulantes de Montería; Segundo Penal del Circuito de Montería y Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, para que rindieran informe sobre los hechos materia de tutela.

## **2. Trámite, contestación, sentencia y recurso.**

Tras haberse dispuesto la notificación a las accionadas y vinculados, por la *Iudex* constitucional de primera instancia, **el EPMSC las Mercedes de Montería**, informó que una vez consultada la base de datos SISIPEC WEB del INPEC, en su cartilla biográfica se evidenció que el accionante fue capturado el 12 de septiembre de 2019, por órdenes del Centro de Servicios Judiciales de Montería, con situación jurídica de sindicado por el delito de concierto para delinquir; que de la hoja de vida del actor, se evidencia solicitud de diligencia judicial de audiencia de acusación para el 25 de febrero de 2020, en el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, de la cual no se encontró constancia del Fiscal a quien correspondió la investigación.

Después de aclarar lo relativo a la Coordinación de Asuntos Penitenciarios del Inpec, solicitó la desvinculación de ese centro de reclusión de esta acción tutelar, por carencia de objeto y falta de legitimación en la causa por pasiva, por haberse

probado que el establecimiento no ha violado los derechos fundamentales invocados por el precursor.

**La Comunidad Indígena Senu el Mango**, expresó que por disposición de la Corte Constitucional, se les han dado parámetros o lineamientos con respecto a su competencia como jurisdicción especial, de la que se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero, concediéndoles el derecho a ser juzgados conforme a sus propias autoridades, sus procedimientos y dentro de su ámbito territorial; por lo que solicitaron que en cumplimiento de sus derechos, la competencia del juzgamiento del procesado, que actualmente se adelanta ante la justicia ordinaria pase a la Jurisdicción Especial Indígena.

Indicó que cuentan con los elementos necesarios para aplicar la Jurisdicción Indígena en su ordenamiento constitucional, asumiendo y procediendo a la respectiva investigación de dicho proceso en compañía de la Guardia Indígena de su territorio, de la supervisión en el proceso que por ley se les permite reclamar como pueblos autónomos y autoridad tradicional, en el cual podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, contando con sus propios usos y costumbres, con la infraestructura necesaria para personas privadas de la libertad, que desde sus costumbres culturales practican al interior de su territorio con el Cepo, el cual es la forma como se castiga e imparte justicia en su comunidad indígena.

Señaló que en caso de que la respuesta a este proceso sea positiva, la comunidad indígena el Mango, junto a la Guardia Indígena, se hará cargo del respectivo traslado de su comunero a la comunidad, con todas las normas de bioseguridad que establece la OMS por la pandemia ocasionada por el Covid-19 y solicitó que se ordene el traslado inmediato del señor Pacheco Peñate a su comunidad, con el fin de mantener todas sus costumbres culturales y para juzgarlo conforme a las mismas.

**El Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante de Montería**, indicó que en su despacho cursó una revocatoria de medida de aseguramiento deprecada por el apoderado del accionante, cuya audiencia se desarrolló el 8 de enero de 2020, por el punible de concierto para delinquir agravado, frente a la cual se resolvió no acceder a dicha revocatoria; decisión que fue apelada por el litigante, siendo concedida la alzada y el expediente remitido al Centro de Servicios Judiciales para que fuera repartido ante los Juzgados Penales del Circuito de esta ciudad.

**El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería**, informó que el 14 de enero de 2020, les correspondió por reparto la segunda instancia del proceso seguido contra el señor Pacheco Peñate, por el injusto de concierto para delinquir

agravado, el cual se encuentra al despacho, pendiente para fijar fecha para resolver, porque si bien el Consejo Superior de la Judicatura, en el Acuerdo PCSJA-11532 del 11 de abril de 2020, no suspendió los terminos para los procesos donde existan privados de la libertad, como es el caso del actor, a raíz de la emergencia sanitaria por COVID-19, ese despacho se vio en la necesidad de modificar el calendario de las audiencias que venían programadas, lo que ha impedido, por falta de tiempo, resolver la apelación presentada por el apoderado del accionante. Por lo anterior solicita que se declare improcedente el amparo deprecado, aduciendo que no es el mecanismo idóneo para proteger los derechos que supuestamente se consideran vulnerados.

**El Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante con Funciones de Control de Garantías de Montería,** solicitó la desvinculación inmediata del trámite de tutela, toda vez que lo alegado por el accionante es el hecho de no habersele reconocido su condición de indígena, situación que no les es imputable al despacho, pues conoció de las audiencias concentradas, donde de acuerdo a los hechos de la tutela, tal circunstancia no fue planteada en ese momento.

**El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia,** informó que una vez verificadas las bases de datos del Despacho pudieron constatar que efectivamente se adelantó un proceso en contra del accionante el 2 de diciembre de 2019, fijándose fecha para audiencia de acusación el 25 de febrero de 2020, diligencia en la que la defensa en el momento pertinente señaló que avizoraba una causal de incompetencia porque su prohijado debía ser juzgado ante la Jurisdicción Especial indígena, ya que pertenecía a la Comunidad indígena Senu El Mango; que en virtud de ello el juzgado se declaró incompetente y remitió la actuación a la Corporación correspondiente para que dirimiera el conflicto de jurisdicciones.

Que a la fecha, la actuación se encuentra en el Consejo Superior de la Judicatura, surtiéndose lo propio para dirimir el conflicto entre jurisdicciones, concluyendo además que no se vulneró ningún derecho fundamental del accionante, pues dentro de la esfera de competencia del juez y en el momento procesal oportuno, se escucharon a las partes y se dio el trámite que corresponde en procura de los derechos del procesado, por lo que solicitó la desvinculación y declaratoria de improcedencia del amparo constitucional invocado, al no evidenciar vulneración de derecho fundamental alguno.

### **Sentencia de primera instancia.**

La A-quo el 04 de mayo de 2020, declaró improcedente el amparo rogado, argumentando que si bien la jurisprudencia constitucional ha destacado el derecho que tienen las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales, el cual puede operar en su ámbito territorial y de conformidad con sus usos y costumbres, tal prerrogativa no puede contrariar la constitución y la ley.

Que en nuestro estado Colombiano se ha reconocido la existencia de un fuero indígena, fundado en la autonomía de esos pueblos, la cual no tendría ningún sentido sin el reconocimiento de reglas especiales en torno a la valoración de la conducta del indígena y de su culpabilidad, concluyéndose 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, teniéndose así que la figura constitucional del fuero indígena autoriza para que en unos casos una persona juzgada por la justicia ordinaria y en otros, por la indígena, sin desconocerse su identidad cultural y con independencia del lugar de reclusión, deba permitírsele 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.

Que en lo relacionado con las medidas penitenciarias que pueden recaer sobre un indígena, el artículo 3 A de la ley 1709 de 2004, reconoció el enfoque diferencial que deberá ser reconocido a la población carcelaria con características particulares.

Que conforme a la documentación aportada al expediente se puede establecer que el accionante pertenece al grupo étnico Senu de la comunidad Indígena el Mango, según certificación fechada el 09 de septiembre de 2019, expedida por el gobernador local de la comunidad y demás anexos.

Que en el proceso, el Juzgado Segundo Especializado de Antioquia, asignado para conocer de la causa, remitió las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia para efectos de dirimir el conflicto de competencia suscitado por el defensor del investigado, siendo remiado por esta Corporación al Consejo Superior de la Judicatura para su definición.

Que a través de la acción *ejusdem*, no se pretende establecer quién es el juez competente para conocer el proceso penal que viene referido, pues como se dijo este asunto está siendo ventilado ante el funcionario pertinente, siendo que lo cuestionado es el sitio de reclusión donde deberá permanecer el tutelista con ocasión de la orden preventiva impuesta en su contra.

Que se hace necesario traer a cuento la subsidiariedad de la acción de tutela, pues la existencia de mecanismos judiciales comunes eficaces para la protección efectiva del derecho fundamental de que se trate impide su procedencia, lo que se concluye claramente del contenido del in.3 del art. 86 superior, como del art. 6 num. 1 del Decreto 2591 de 1991, pues la petición del actor en cuanto a que la pena privativa de la libertad se cumpla a órdenes del gobernador de su comunidad, en razón a su origen étnico, que le da derecho a un enfoque diferencial, al ser negada por la autoridad administrativa, debe ser resuelta por la autoridad judicial competente, como lo es el juez de control de garantías o, en su defecto, el juez penal pertinente.

Que sin embargo, no existe evidencia que la petición de traslado haya sido presentada ante los jueces penales y en tal virtud, no les es dable al juez constitucional invadir la órbita del juez ordinario, funcionario a quien le compete

establecer la presencia de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para acceder al traslado deprecado, como son, 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, verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.

Así las cosas, precisó la juzgadora de instancia, que en el presente caso el accionante cuenta con otro mecanismo judicial idóneo, por ende, se erige la improcedencia o inviabilidad de esta acción por no ser ella un medio alternativo, ni adicional o complementario, es decir, no se puede transitar por esta senda, si la ley ha previsto otra posibilidad de defensa. Por lo que siendo así, no es válido, alegar violación a un derecho fundamental y reemplazar las instancias diseñadas en la ley para el determinado caso en concreto.

## **Impugnación**

El apoderado del actor impugnó el fallo, esgrimiendo que la decisión tomada por la *iudex a-quo* no fue la más acertada, pues no analizó todos los elementos materiales probatorios aportados en su oportunidad, ya que se solicitó por diferentes medios el traslado del actor a la Comunidad Indígena Senu el Mango, a la cual pertenece, por lo que considera vulnerada su protección constitucional, como indígena, siendo que debía ser trasladado a dicha Comunidad, para que la medida preventiva que le fue irrogada la cumpliera en ese resguardo.

## **II CONSIDERACIONES:**

### **1. Competencia**

Se tiene que este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del fallo mencionado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017, entre tanto las reglas de reparto se atendieron, dado que la acción se dirigió contra una autoridad nacional y esta Corporación es superior funcional del Juzgado de primer grado.

### **2. Problema Jurídico**

Corresponde a la Sala: (i) determinar si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para ordenar el traslado del señor Oscar Pacheco Peñate, del Establecimiento Penitenciario y Carcelario las Mercedes de Montería, a la Comunidad Indígena Senu el Mango de Turbo, Antioquia, dada su presunta calidad de miembro de dicha colectividad; de ser así, (ii) establecer si en el sub examine, se le están vulnerando al actor las prerrogativas fundamentales que invoca.

### 3. Premisas legal y/o Jurisprudencial.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela *"sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

#### 3.1 Procedibilidad de la acción de tutela.

En sentencia **C-132/18** del 28 de noviembre de 2018, se indicó:

***"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.***

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. (Destaca la Sala).*

*El inciso tercero de este artículo consagra el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se trata de una condición de procedibilidad del mecanismo concebido para la adecuada y eficaz protección de los derechos fundamentales. En desarrollo del artículo 86 superior, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, establece que la acción de tutela será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.*

4.1. Desde sus primeros pronunciamientos, refiriéndose al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, la Corte explicó:

*"... la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de provisiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido éste último como aquél que tan sólo puede*

resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6º del Decreto 2591 de 1991).

Así, pues, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria.<sup>[19]</sup> (Subraya la Sala)<sup>[20]</sup>.

4.2. Más recientemente, en la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. **Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.**

Las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 sirvieron luego para que la Corte reiterara que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, **ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.** (Subrayas y negritas nuestras)

### **3.2 Sobre la jurisdicción indígena la H. Corte Constitucional en sentencia T-921/2013, expresó:**

**“FUERO PENAL INDIGENA**-Eventos en los cuales se aplica/**FUERO PENAL INDIGENA**-Reglas que deberán ser aplicadas por los jueces en aquellos eventos en los cuales no se aplica el fuero indígena.

*Debe destacarse que la pena tiene una función de resocialización, es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplique la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria. En consecuencia, se debe verificar que el indígena sea tratado de acuerdo a sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad.*

(...)

## **JURISDICCION INDIGENA Y JURISDICCION ORDINARIA-Reglas para la solución de tensiones**

*Los criterios reconocidos por la Corte Constitucional para dirimir conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena son los siguientes: (i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.”*

### **4.- Caso Concreto.**

Descendiendo al *sub-lite*, como se advirtió *ut-supra*, la presente acción de tutela se instauró por el Sr. Oscar David Pacheco Peñate, a través de apoderado judicial, a fin de ordenar a la Dirección del INPEC y a la Cárcel las Mercedes de Montería, su traslado a la Comunidad Indígena Senu el Mango de Turbo, Antioquia, para que cumpliera allí la medida de aseguramiento que en otrora le fue irrogada por el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante de Montería, por el presunto ilícito de concierto para delinquir agravado, pues, considera que como indígena y miembro de esa comunidad se le debe garantizar la purga de tal medida en ese resguardo poblacional.

La A-quo declaró la improcedencia de esta acción tuitiva por no cumplirse con el requisito de subsidiaridad, decisión que al sentir de la Sala resulta acertada, toda vez que si bien la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en la aplicación del enfoque diferencial que debe otorgársele a la población indígena, en virtud de salvaguardar los valores en que se sustenta su identidad étnico – cultural, también ha puntualizado que el traslado de los indígenas juzgados por la jurisdicción ordinaria debe contar con el análisis y la autorización judicial y administrativa para el cumplimiento de la medida de aseguramiento en el resguardo de la comunidad indígena a la cual pertenece el implicado.

Ha de aclararse, que si bien el impugnante aduce que ha solicitado por distintos medios dicho traslado, lo cierto es que solo se encuentra prueba de la solicitud administrativa realizada a la Dirección General del INPEC, no advirtiéndose petición ante la entidad judicial competente, ya que en el presente caso, en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, está pendiente por resolver la apelación sobre la revocatoria de esa medida de aseguramiento, la cual fue negada en primera instancia por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de

Garantías Ambulante de Montería, siendo que en estrictez la petición de revocatoria no equivale a la solicitud de traslado a la Comunidad Indígena el Mango; amen de advertirse, que ante el H. Consejo Superior de la Judicatura, se dirime conflicto de competencia entre la Jurisdicción ordinaria y la Indígena, para determinar qué autoridad debe conocer y fallar el proceso penal del señor Pacheco Peñate, luego de lo cual y durante el desenvolvimiento normal del decurso penal, también se determinará lo relativo al ambiente de reclusión del encartado.

Ergo, podemos indicar que en el caso de la especie, no se han agotado todas las vías con que de ordinario se cuentan, ante el juez natural, para desentrañar las particularidades que la situación del actor encierra y, que como bien se anotó, pese a que la jurisprudencia constitucional ha sido celosa en defender esa garantía con que cuentan los miembros de las comunidades indígenas para mantener su identidad étnica y cultural, también ha expresado que la solicitud de traslado como la que nos convoca, debe ventilarse ante las autoridades competentes, por ejemplo en sentencia T-685 de 2015, se dijo:

*"...Tampoco puede entenderse que este tratamiento diferencial amparado por la Constitución, modifique los parámetros orgánicos que rigen esta fase del proceso, de acuerdo con los cuales corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (o al de conocimiento en su momento) proferir las órdenes tendientes al cumplimiento de la sanción impuesta por el juez penal; así como a la autoridad penitenciaria (INPEC) la previa habilitación y autorización para que la pena sea ejecutada en determinado centro de reclusión, y su vigilancia y control posterior.*

*(...)*

*Reitera la Sala su doctrina (sentencias T- 921 de 2013, T-975 de 2014, T-208 de 2015) sobre la importancia de que en la ejecución de la pena de personas de condición indígena se aplique un enfoque diferencial orientado a salvaguardar los valores en que su sustenta su identidad étnico – cultural. Sin embargo dicha protección debe enmarcarse dentro de los canales que establece el Estado de Derecho para la determinación, imposición y ejecución de la penas.*

*En efecto, la ejecución de la pena no puede estar sustraída del marco constitucional y legal que rige esta fase del ius puniendi, lo que implica como presupuesto básico la existencia una orden judicial en la que se determine el sitio de reclusión, la autorización y habilitación previa por parte de la autoridad penitenciaria (el INPEC) y su vigilancia y control posterior. En el caso de los señores Pedro César Pestana y Antonio de Jesús Martínez no se cumplieron estos presupuestos mínimos que reclama la legalidad de la pena en su fase de ejecución."*

*(...)*

*En este punto resulta pertinente reiterar lo señalado por la Corte en la sentencia T-097 de 2012, en la que precisó que el acuerdo celebrado entre las personas condenadas y la autoridad indígena, por sí y ante sí para que la sanción se cumpla en un centro de reclusión comunitario, es inoponible y en modo alguno vinculante para la justicia ordinaria. En esta decisión que por referirse al mismo caso ahora examinado cobra particular relevancia, dijo la Sala Segunda de Revisión:*

*"El hecho de que el imputado o condenado sea indígena, aunque no puede soslayarse y demanda un tratamiento jurídico-cultural apropiado, no lo sustrae del régimen normativo general y abstracto que se predica de las personas a las que se extienden las reglas dictadas por el legislador.*

*(...)*

*De alegarse que el régimen penitenciario vigente permite que la pena impuesta por un juez ordinario a un indígena pueda pagarse en un centro de reclusión comunitario, **la operatividad de esa autorización dependería tanto de la decisión del juez competente –que no del juez de tutela–y, naturalmente, de la previa habilitación y autorización de la autoridad penitenciaria.** Si en ausencia de los dos requisitos, por cierto concurrentes y previos, las personas condenadas y la autoridad indígena, por sí y ante sí deciden que la sanción se cumpla en un centro de reclusión comunitario, el periodo de privación de la libertad cumplido en esas condiciones es enteramente inoponible y en modo alguno vinculante para los efectos de la justicia ordinaria”.*

Así, pues, como en el sub examine se encuentran decisiones pendientes por emitir por parte de la autoridades jurisdiccionales correspondientes, vale decir, H. Consejo Superior de la Judicatura, quien dirime un conflicto de jurisdicción –ordinaria vs indígena- y, la resolución de una apelación frente a la revocatoria de la medida de aseguramiento que pesa sobre el tutelista, es del caso predicar que en este asunto, el actor cuenta con otros mecanismos idóneos de defensa judicial para dirimir su particular sitio de reclusión, tornándose, entonces, improcedente esta vía excepcional y sumaria de socorro, para salvaguardar los derechos que invoca como supuestamente violentados o amenazados.

Basten las anteriores elucubraciones, para confirmar la sentencia opugnada.

### **III. DECISIÓN**

En mérito a lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de naturaleza y origen indicados en el pórtico de esta decisión.

**SEGUNDO:** Comuníquese, por el medio más expedito, esta determinación a los interesados y al juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Remítanse oportunamente las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLSE,**

Los Magistrados,



**PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ**



**MARCO TULIO BÓRJA PARADAS**



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado