

## **Sentencia T-208/19**

**JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA**-Caso en que Cabildo Indígena vulnero derecho al debido proceso de accionantes al adelantar proceso de investigación y juzgamiento en su contra, sin ser éstos, titulares del fuero indígena

**LIMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION INDIGENA**-  
Jurisprudencia constitucional

**FUERO INDIGENA**-Elementos

**JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA**-Vulneración al debido proceso, en su faceta de juez natural cuando no se acreditan elementos que configuran el fuero indígena

**ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LA DETERMINACION DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL FUERO INDIGENA**

**JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA**-Orden a las autoridades del Cabildo Indígena remitir a la justicia ordinaria copia de actuaciones adelantadas para lo de su competencia

Referencia: Expediente T-7.050.594

Acción de tutela interpuesta por Flor María Erazo León, como agente oficiosa de Emiro José Gómez Padilla y Alfonso Enrique Barros Atehortúa, en contra del Cabildo Indígena La Laguna – Siberia, Cauca.

Magistrado ponente:  
CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

**SENTENCIA**

## I. ANTECEDENTES

1. *Hechos probados.* Los accionantes son oriundos del departamento de Atlántico y no pertenecen a comunidad indígena alguna<sup>1</sup>. El 18 de noviembre de 2017, los accionantes ingresaron al territorio del Resguardo Indígena La Laguna – Siberia, Cauca, y presuntamente, amenazaron con un arma de fuego al gobernador y a la tesorera del Cabildo, a fin de que estos les entregasen un maletín que contenía ochenta millones de pesos (\$80.000.000)<sup>2</sup>. Según lo manifestaron los accionantes en el trámite de primera instancia, durante su huida, estos decidieron “bajar[se]”<sup>3</sup> de la motocicleta en la que se transportaban, porque “era pequeña y venía fallando”<sup>4</sup>, por lo cual, estos devolvieron el maletín a dicho grupo étnico, y fueron aprehendidos por las autoridades del Cabildo<sup>5</sup>. Al llevarse a cabo la captura de los accionantes, la comunidad –según lo reconoció el Gobernador del Cabildo–, “los golpeó, ante la rabia y la situación ocurrida (...) y esta situación pudo aumentar el daño que inicialmente se ocasionaron al caer”<sup>6</sup>. En particular, a los accionantes les fueron diagnosticadas las siguientes condiciones: (a) al señor Gómez Padilla, “trauma craneoencefálico”<sup>7</sup>, “limitación severa para la extensión del codo por dolor”<sup>8</sup>, “rigidez articular en la muñeca derecha”<sup>9</sup>, “deformidad callo óseo en tercio distal del antebrazo”<sup>10</sup>; y (b) al señor Barros Atehortúa, “ausencia del diente 12”<sup>11</sup>, “fractura gingival completa del diente 11”<sup>12</sup>, “fractura oblicua de aproximadamente 0.3 cm en el borde incisal del diente 21”<sup>13</sup>, varias cicatrices en los miembros superiores, una de las cuales se debió a una cirugía reciente, lo que le generó “limitación para la rotación”<sup>14</sup> del antebrazo izquierdo y “limitación para la flexión y extensión total de la mano izquierda”<sup>15</sup>. Desde el momento de su captura los accionantes estuvieron privados de la libertad, bajo la supervisión “de la guardia indígena”<sup>16</sup>.

1.1. *Actuaciones adelantadas por el Cabildo, en ejercicio de su jurisdicción indígena.* Desde el momento de la captura, las autoridades indígenas adelantaron un procedimiento de investigación y juzgamiento en contra de los accionantes por los delitos de “perturbación del territorio indígena, intento de homicidio, hurto y porte ilegal de armas”<sup>17</sup>. En el marco de este proceso, los líderes del resguardo: (i) el 18 de noviembre de 2017, expidieron una constancia, que precisa que Emiro José Gómez Padilla y Alfonso Enrique Barros Atehortúa

---

<sup>1</sup> Cdno. 1, fls. 1-5, 6, 10, 20-23.

<sup>2</sup> Cdno. 1, fls. 20-21, 132 y 267.

<sup>3</sup> Cdno.1, fls. 20-23.

<sup>4</sup> Cdno.1, fls. 20-23.

<sup>5</sup> Cdno. 1, fls. 1-5, 20-23.

<sup>6</sup> Cdno. 1, fl. 108.

<sup>7</sup> Cdno. 1, fl. 153.

<sup>8</sup> Cdno. 1, fls. 75-76.

<sup>9</sup> Id.

<sup>10</sup> Id.

<sup>11</sup> Cdno. 1, fls. 68-72.

<sup>12</sup> Id.

<sup>13</sup> Id.

<sup>14</sup> Id.

<sup>15</sup> Id.

<sup>16</sup> Cdno. 1, fl. 132.

<sup>17</sup> Cdno. 1, fls. 59-60.

“quedan bajo la custodia del resguardo” y que, mientras se lleva a cabo su valoración médica, el Cabildo efectuaría el “proceso de investigación (...) [para] determinar si es procedente mandarlos a la Fiscalía o se pasa a usos y costumbres”<sup>18</sup>; (ii) nombraron a una nueva “gobernadora suplente”, para que asumiera el proceso de investigación<sup>19</sup>; (iii) el 19 de noviembre de 2017, en una asamblea extraordinaria, el Cabildo decidió asumir la competencia para juzgar a los accionantes, por cuanto los presuntos hechos delictivos fueron cometidos en el territorio indígena<sup>20</sup>, y constituyó una comisión de investigación<sup>21</sup>; (iv) el 22 de noviembre de 2017, se recibió el testimonio de la tesorera del Cabildo<sup>22</sup>; (v) el 24 de noviembre de 2017, se recibió el testimonio del gobernador del Cabildo y la declaración de un testigo acerca de los hechos ocurridos el 18 de noviembre de 2017<sup>23</sup>; (vi) el 3 de diciembre de 2017, se recibió la declaración de otros testigos, quienes también son miembros del comunidad<sup>24</sup>.

1.2. Finalmente, el 26 de diciembre de 2017, las autoridades indígenas celebraron la audiencia pública de juzgamiento en contra de los accionantes. Las actas de la audiencia dan cuenta de lo siguiente: (i) el Cabildo mencionó cuáles son las penas previstas por la jurisdicción ordinaria respecto de los presuntos delitos cometidos por los accionantes<sup>25</sup>; (ii) advirtió a la esposa de uno de los accionantes que “cuando se legisla desde la jurisdicción indígena no hay abogado que pueda hacer nada (...) porque la condena seba (sic) sin beneficio alguno”<sup>26</sup>; y (iii) las autoridades procedieron a consultar a los miembros de la comunidad acerca de la pena a aplicar a los accionantes, quienes propusieron 4 condenas, y la comunidad decidió condenarlos a “cuarenta (40) años de cárcel a cada uno”<sup>27</sup>. Ese mismo día, mediante el acta de sentencia 004, el Cabildo profirió sentencia condenatoria en contra de los accionantes, por los delitos de “desarmonización del territorio, tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas”<sup>28</sup>. Por lo anterior, se ordenó el “aislamiento territorial por cuarenta (40) años, sin ninguna clase de beneficio”; y se advirtió que “en el futuro ningún cuerpo del Cabildo, ni la asamblea general como la máxima autoridad tradicional del Resguardo Indígena de La Laguna –Siberia

---

<sup>18</sup> Cdno. 1, fls. 129-130.

<sup>19</sup> Según el acta remitida por el Cabildo “se tomó la decisión de aparatar del proceso como autoridad jurisdiccional indígena al señor gobernador y señora tesorera, Herlein Mulcue Cabañas, María Sibilina Peña”, con el fin de dar transparencia al proceso, sumiendo para este caso como principal autoridad, la señora gobernadora suplente Sandra Liliana Peña” (Cdno. 1, fl. 133).

<sup>20</sup> Cdno. 1, fls.

<sup>21</sup> Cdno. 1, fls.

<sup>22</sup> Cdno. 1, fls. 249-253. La tesorera se refirió a los siguientes asuntos: (i) las condiciones en las que fue llevado a cabo el retiro del dinero por parte de las autoridades indígenas, (ii) las condiciones en las que los accionantes solicitaron que las autoridades indígenas hicieran entrega del maletín con el dinero y (iii) su dicho acerca de que no le comentó a nadie acerca del retiro del dinero.

<sup>23</sup> Cdno. 1, fls. 241-248 y 257-259. Los testimonios se refieren a: (i) las circunstancias en las que los accionantes solicitaron la entrega del dinero, (ii) la entrega del maletín por parte de los accionantes, (iii) los golpes propinados por la comunidad indígena a los accionantes al momento de su captura, (iv) la solicitud de un miembro de la Policía Nacional, para que “habl[ara] a la gente para que se calme”, y (v) las condiciones en las que se llevó a cabo la captura de los accionantes. Asimismo, se anexaron varias fotografías de lugar donde ocurrieron los hechos.

<sup>24</sup> Cdno. 1, fls. 257-267.

<sup>25</sup> Cdno. 1, fls. 44-47.

<sup>26</sup> Id.

<sup>27</sup> Id.

<sup>28</sup> Cdno. 1, fls. 59-60.

*revoque la decisión [allí] establecida*<sup>29</sup>. Ninguna de estas actuaciones da cuenta de que los accionantes pudieran participar en alguna de estas etapas procesales.

2. *Solicitud de tutela*. El 22 de marzo de 2018, la señora Flor María Erazo León, en calidad de agente oficiosa, interpuso acción de tutela en contra del Cabildo. En su escrito, manifestó que este vulneró los derechos al debido proceso, al juez natural, a la defensa y a la dignidad humana de los accionantes, por cuanto las autoridades indígenas llevaron a cabo el proceso de investigación y juzgamiento, en ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, sin que los accionantes pertenezcan a etnia indígena alguna. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones: (i) dejar sin efectos la providencia de 26 de diciembre de 2017, proferida por las autoridades indígenas y (ii) remitir el caso a los jueces ordinarios<sup>30</sup>.

3. *Contestación del Cabildo*. El 5 de abril de 2018, el gobernador del Cabildo solicitó que se negara el amparo o que, en subsidio, se declarase la improcedencia de la acción. De un lado, manifestó que el procedimiento de investigación y juzgamiento adelantado en contra de los accionantes no vulneró derecho fundamental alguno, por cuanto este se llevó a cabo de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad. De otro lado, advirtió que la solicitud de tutela es improcedente, dado que: (a) las pretensiones de la acción están dirigidas a impugnar la jurisdicción de las autoridades indígenas, por lo que es el Consejo Superior de la Judicatura la autoridad competente para dirimir el conflicto de jurisdicciones; y (b) la agente oficiosa no está legitimada para promover la acción, en representación del señor Barros Atehortúa, respecto del cual no existe vínculo alguno que justifique el ejercicio de la acción.

4. *Decisión de primera instancia*. El 16 de abril de 2018, la Jueza Promiscua Municipal de Caldoño, Cauca, resolvió tutelar los derechos al debido proceso, la defensa y la dignidad humana de los accionantes<sup>31</sup>. A su juicio, el procedimiento llevado a cabo por las autoridades del Cabildo desconoció los límites constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción indígena, en particular, el derecho al debido proceso y la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Primero, indicó que, de las actas de la audiencia en la que se profirió la sentencia condenatoria, pudo verificar que a los accionantes no se les garantizó su derecho de defensa. En efecto, la jueza constató que durante la audiencia “*no se les permitió intervenir ni ejercer derecho de defensa de ninguna clase*”<sup>32</sup>, por lo que “*no medió la oportunidad para controvertir las acusaciones que sirvieron de sustento para proferir una condena*”<sup>33</sup>. Segundo, consideró que los miembros del Cabildo que adelantaron estas actuaciones ejercieron “*una violencia física a todas luces desproporcionada e innecesaria (...) [pues] los*

---

<sup>29</sup> Id.

<sup>30</sup> Cdno. ppal, fls. 1-5.

<sup>31</sup> Cdno. 1, fls. 78-87.

<sup>32</sup> Cdno. 1, fls. 78-87.

<sup>33</sup> Id.

*tratos crueles no tenían un propósito concreto, por cuanto [los accionantes] ya se habían rendido y hecho entrega del dinero a las autoridades indígenas*<sup>34</sup>.

5. En consecuencia, ordenó: (i) dejar sin efectos la sentencia condenatoria proferida por el Cabildo; (ii) la libertad inmediata de los accionantes; (iii) poner a disposición del despacho la póliza del SOAT de la motocicleta en la que se transportaban los accionantes; (iv) compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, por una parte, de los presuntos hechos delictivos en los que pudieron haber incurrido los miembros del Cabildo, con ocasión de las lesiones sufridas por los accionantes, y, por otra parte, de las conductas cometidas por los accionantes en el territorio del Cabildo; y (v) poner a disposición de la Fiscalía Local de Caldoño, Cauca, los elementos materiales probatorios que formaron parte de la investigación adelantada por el Cabildo.

6. Impugnación. El Cabildo impugnó la decisión de primera instancia<sup>35</sup>. Al respecto expuso tres argumentos, a saber: (i) en el proceso “*no se probó el interés legítimo para representar los derechos ajenos*”<sup>36</sup> por parte de la agente oficiosa; (ii) la jueza desconoció que la sentencia proferida por las autoridades indígenas es una providencia judicial, por lo que “*al dejarse sin efectos la sentencia condenatoria (...), se está desconociendo el principio de cosa juzgada*”<sup>37</sup>. Por lo anterior, manifestó que (iii) la jueza “*debió abstenerse de pronunciarse respecto de la legitimidad de la Asamblea de Juzgamiento y remitir el caso al Consejo Superior de la Judicatura, para que fuese este el que se pronunciara*”<sup>38</sup> sobre el eventual conflicto de jurisdicciones.

7. Decisión de segunda instancia. El 4 de septiembre de 2018, el Juez Primero Civil del Circuito de Santander de Quilichao, Cauca, revocó parcialmente la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar el amparo de los derechos a la salud y a la dignidad humana de los accionantes, a fin de que se les brindara atención en salud<sup>39</sup>. Por otra parte, respecto del derecho al debido proceso, consideró que la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad. En su criterio, la agente oficiosa “*debió solicitar el conflicto de competencia por falta de jurisdicción*”<sup>40</sup>, dado que el medio judicial idóneo para impugnar la jurisdicción de las autoridades indígenas “*era el de un conflicto de competencia (...), el cual debió intentar ante el Consejo Superior de la Judicatura*”<sup>41</sup>.

8. Actuaciones en sede de revisión. En aras de obtener los elementos probatorios necesarios para resolver el caso concreto, el despacho del magistrado

---

<sup>34</sup> Id.

<sup>35</sup> Cdno. 1, fls. 94-273.

<sup>36</sup> Cdno. 1, fls. 94-114.

<sup>37</sup> Id.

<sup>38</sup> Id.

<sup>39</sup> Cdno. 1, fls. 307-315.

<sup>40</sup> Id.

<sup>41</sup> Id.

ponente, mediante el auto de 10 de diciembre de 2018<sup>42</sup>, ordenó que, por medio de la Secretaría General, se recaudaran las siguientes pruebas:

A las autoridades del Cabildo Indígena la Laguna – Siberia les solicitó que enviara las siguientes pruebas: (i) informe acerca de la condición de libertad de los accionantes; (ii) en caso de encontrarse en libertad, informar la fecha y las razones que motivaron esa decisión y los efectos que tiene esa decisión respecto de la sentencia proferida por las autoridades del Cabildo; (iii) si los accionantes le comunicaron a las autoridades del Cabildo que no pertenecían a etnia indígena alguna y si, en consecuencia, solicitaron que el proceso fuese remitido a las autoridades judiciales ordinarias; (iv) si las autoridades indígenas pusieron en conocimiento de las autoridades judiciales ordinarias los presuntos hechos delictivos llevados a cabo por los accionantes y si les advirtieron que juzgarían a los accionantes en aplicación de la jurisdicción especial indígena; y (v) remitir al despacho copia de toda documentación disponible en relación con el proceso iniciado por el Cabildo en contra de los accionantes.

A la Fiscalía General de la Nación le solicitó que informara: (i) si alguna de sus dependencias ha iniciado investigación penal alguna en contra de los accionantes, en relación con los hechos ocurridos en el territorio del Cabildo Indígena la Laguna – Siberia, en noviembre de 2017; y, de ser el caso, (ii) acerca de las órdenes de policía judicial que se han librado dentro del proceso, así como el resultado de las mismas.

9. Respuestas al auto de pruebas. De una parte, la Fiscalía General de la Nación, por medio de oficios enviados por otras fiscalías locales, indicó que “*no existen investigaciones iniciadas o adelantadas por fiscalías adscritas a la Seccional Cauca, en donde se encuentren vinculados*” los accionantes<sup>43</sup>. De otra parte, el Cabildo informó lo siguiente<sup>44</sup>: (i) que los accionantes se encuentran en libertad, habida consideración de que la comunidad autorizó “*la rebaja de la pena que se realizó para la condena inicial*”<sup>45</sup>, (ii) respecto de la pertenencia étnica de los accionantes, advirtió que la comunidad conocía “*desde un principio que ellos no hacían parte de la comunidad indígena*”<sup>46</sup>, pero que, en todo caso, (iii) la Jurisdicción Indígena se “*ejerce en su ámbito territorial independientemente de quienes sean los autores que cometen las desarmonizaciones, así sea una persona externa, o no externa del Cabildo*”<sup>47</sup>.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Objeto de la decisión, problema jurídico y cuestión previa

---

<sup>42</sup> Cdno. ppal., fls. 20-21.

<sup>43</sup> Cdno. ppal., fls. 27-29.

<sup>44</sup> Cdno ppal., fls. 36-37.

<sup>45</sup> Cdno. ppal., fls. 36-37.

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> Id.

10. *Objeto de la decisión.* La Sala advierte que la solicitud de tutela *sub examine* versa sobre la presunta vulneración del derecho fundamental de los accionantes al debido proceso, en particular, su faceta de juez natural. A juicio de los solicitantes, este fue vulnerado por las autoridades del Cabildo, quienes iniciaron un proceso de investigación y juzgamiento en su contra por los presuntos hechos delictivos cometidos en el resguardo, a pesar de que estos no pertenecen a etnia indígena alguna. Por lo tanto, el presente asunto plantea la necesidad de analizar el alcance del artículo 246 de la Constitución respecto del artículo 29 *ibid*, a fin de determinar la competencia de dichas autoridades para investigar y juzgar conductas penales cometidas por personas que no pertenecen a un grupo étnico.

11. *Problema jurídico.* Le corresponde a la Sala Primera de Revisión resolver el siguiente problema jurídico: ¿Vulneró el Cabildo el derecho al debido proceso de los accionantes, en su faceta de juez natural, al adelantar el proceso de investigación y juzgamiento en su contra, en ejercicio de su jurisdicción especial indígena, a pesar de que estos no pertenecen a etnia indígena alguna?

12. *Cuestión previa acerca de la eventual carencia actual de objeto.* La Sala considera que en el presunto asunto no se configura una carencia actual de objeto. Si bien está probado que los accionantes ya no se encuentran privados de la libertad, por decisión de las autoridades indígenas, para la Sala: (i) los elementos probatorios allegados al proceso no permiten concluir que el proceso haya terminado o, por lo menos, que la autorización de “*la rebaja de la pena*”<sup>48</sup> que efectuó el Cabildo implique que estas decisiones no sigan surtiendo efectos; y, en todo caso, (ii) la providencia de las autoridades indígenas surte efectos de cosa juzgada, lo que inhibe el ejercicio de la competencia de las autoridades ordinarias.

## **2. Caso concreto**

### **2.1. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela**

13. *La Sala Primera de Revisión encuentra acreditados los requisitos generales de procedencia.* Primero, se satisface el requisito de *legitimación en la causa por activa*. La solicitud de tutela reúne los requisitos previstos por la jurisprudencia constitucional en materia de agencia oficiosa<sup>49</sup>, a saber: (i) la señora Flor María Erazo León manifestó interponer la solicitud de tutela en calidad de agente oficiosa de los accionantes; (ii) los elementos probatorios allegados al presente trámite dan cuenta de la imposibilidad de los accionantes para promover la acción a nombre propio, habida cuenta de que se encontraban privados de la libertad y en atención a las condiciones de salud que les fueron

---

<sup>48</sup> Cdno. ppal., fls. 36-37.

<sup>49</sup> Ver sentencias T-496 de 2013, T-625 de 2009, T-197 de 2009, T-411 de 2006, T-630 de 2005, T-843 de 2005 y T-1007 de 2001, entre otras.

diagnosticadas<sup>50</sup>; y, en todo caso, (iii) durante el trámite de primera instancia, la jueza, por medio de los testimonios practicados a los accionantes, pudo obtener la ratificación de la agencia. Asimismo, esta Sala considera acreditada la *legitimación en la causa por pasiva*. Esto, por cuanto la acción de tutela fue interpuesta en contra del Cabildo Indígena La Laguna – Siberia, cuyas autoridades indígenas investigaron y juzgaron a los accionantes, en ejercicio de su jurisdicción indígena, por las conductas presuntamente cometidas por ellos.

14. Segundo, *la solicitud cumple con el requisito de inmediatez*. La acción de tutela se interpuso dentro de un término oportuno y razonable, pues transcurrieron menos de 3 meses desde que se profirió la sentencia condenatoria por parte del Cabildo (26 de diciembre de 2017) y su interposición (22 de marzo de 2018).

15. Finalmente, *la solicitud cumple el requisito de subsidiariedad*, por dos razones. De un lado, los accionantes no cuentan con recursos ordinarios ni extraordinarios para controvertir las actuaciones de las autoridades indígenas del Cabildo, proferidas en el marco del proceso de investigación y juzgamiento que adelantaron en su contra, y que concluyó con la sentencia condenatoria proferida el 26 de diciembre de 2017. De hecho, en el resolutivo tercero de la sentencia, se precisa que ni siquiera “*la asamblea general, como la máxima autoridad del Resguardo*” podía revocar esta decisión.

16. De otro lado, a diferencia de lo planteado por el *ad quem*, esta Sala no estima que a los accionantes les hubiese sido posible solicitar la impugnación de la jurisdicción de las autoridades indígenas, por tres razones: (i) en las actas remitidas por el Cabildo no se observa que a los accionantes se les hubiese permitido participar en el proceso, especialmente en la audiencia del 26 de diciembre de 2017, en la que se profirió sentencia condenatoria, sino todo lo contrario. Como señaló la jueza de primera instancia, a los accionantes “*no se les permitió intervenir ni ejercer derecho de defensa de ninguna clase*”<sup>51</sup>, por lo que “*no medió la oportunidad para controvertir las acusaciones que sirvieron de sustento para proferir una condena*”<sup>52</sup>. Además, (ii) durante todo el proceso se mantuvieron las condiciones que impidieron que los accionantes ejercieran su derecho de defensa o interpusieran a nombre propio la acción de tutela, es decir, siempre estuvieron privados de la libertad, bajo la vigilancia de la *guardia indígena*. Finalmente, y en todo caso, (iii) la Sala pudo comprobar que los accionantes no estuvieron representados dentro del proceso. En efecto, (a) según manifestaron durante el testimonio practicado en primera instancia, el Cabildo les informó que “*no tenía[n] derecho a abogado*”<sup>53</sup>, “*deb[ían] quedarse callado[s], no se puede decir nada*”<sup>54</sup>; y (b) en el acta de la audiencia pública se

---

<sup>50</sup> Esta Corte ha reconocido la procedencia de la agencia oficiosa “*cuando se evidencia que el agenciado se encuentra imposibilitado para promover la acción de amparo a nombre propio, entre otras, por (...) encontrarse privado de la libertad*” o “*en razón a los quebrantos de salud que le han sido diagnosticados por el médico tratante*”. Ver sentencias T-750A de 2011 y T-347 de 2010.

<sup>51</sup> Cdno. 1, fls. 78-87.

<sup>52</sup> Id.

<sup>53</sup> Cdno. 1, fls. 20-21.

<sup>54</sup> Cdno. 1, fls. 22-23.



expresa que un miembro de la comunidad le aclaró a la esposa de uno de los accionantes que “cuando se legisla desde la jurisdicción indígena no hay abogado que pueda hacer nada (...) porque la condena seba (sic) sin beneficio alguno”<sup>55</sup>.

## 2.2. El ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena. Límites constitucionales

17. El artículo 246 de la Constitución Política le reconoce a los pueblos indígenas el ejercicio de “*funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República*”<sup>56</sup>. De esto se desprende “*la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios*”<sup>57</sup>, condicionado a su sujeción a la Constitución y la ley<sup>58</sup>.

18. Este reconocimiento se fundamenta en el respeto y protección de la diversidad étnica y cultural (arts. 1, 2, 7, 8, 10, 13, 70, 96, 171, 176, 246 y 286 de la C.P.)<sup>59</sup>. Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que esta jurisdicción especial “*se establece por la Constitución en beneficio de los pueblos indígenas con el propósito de proteger su identidad*”<sup>60</sup>. Por esta razón, la Constitución prevé unos “*derechos especiales en función de la pertenencia a un grupo determinado*”, los cuales “*solo surgen a partir de la objetiva identificación del grupo con base en el elemento diferenciador previsto en la Constitución, en este caso el origen étnico*”<sup>61</sup>.

19. Asimismo, la existencia de esta jurisdicción especial se explica por cuanto, dada la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural, la Corte ha reconocido: (a) un derecho colectivo de las comunidades indígenas, “*y cuyo ejercicio corresponde a sus autoridades, para juzgar a sus miembros*”<sup>62</sup>, y, a su vez, (b) un derecho “*individual de los miembros de los pueblos indígenas a gozar de un ‘fuero’*”<sup>63</sup>, en virtud del cual “*se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo*”<sup>64</sup>.

---

<sup>55</sup> Cdno. 1, fls. 44-47.

<sup>56</sup> Constitución Política, artículo 246.

<sup>57</sup> Sentencia T-081 de 2015.

<sup>58</sup> Id. Asimismo, ver Sentencia C-139 de 1996.

<sup>59</sup> Cfr. Sentencias T-365 de 2018, T-522 de 2016, T-396 de 2016, T-208 de 2015, T-196 de 2015, T-081 de 2015, T-642 de 2014, T-491 de 2014, T-921 de 2013, T-866 de 2013, T-548 de 2013, T-449 de 2013, T-236 de 2012, T-549 de 2013, T-514 de 2009, T-349 de 2008, T-1253 de 2008, T-1070 de 2005, T-1038 de 2004, T-767 de 2004, T-681 de 2004, T-728 de 2002, T-1127 de 2001, entre otras.

<sup>60</sup> Sentencia T-522 de 2003.

<sup>61</sup> Id.

<sup>62</sup> Sentencia T-208 de 2015.

<sup>63</sup> Id. Ver Sentencia T-496 de 1996.

<sup>64</sup> Sentencia T-496 de 1996.

20. Al respecto, es necesario precisar que el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena debe garantizar la satisfacción de ambos derechos. En efecto, tal como ha indicado esta Corte, si no estuviese de por medio la protección del derecho subjetivo e individual de los miembros de las comunidades indígenas a que se respete su diversidad étnica y cultural, “*sería impensable la materialización de la protección del derecho colectivo en cabeza de la comunidad indígena*”<sup>65</sup>.

21. En tales términos, el fuero indígena, como derecho subjetivo de los miembros de las comunidades indígenas, “*por sí mismo, se convierte en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la nación colombiana, en tanto se conservan las normas costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante*”<sup>66</sup>. Por esta razón, es en virtud del fuero indígena que se habilita la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena, y, en consecuencia, esta se constituye en el juez natural en un caso concreto. Por el contrario, cuando el sujeto procesado no sea titular del fuero indígena, debe concluirse que son los jueces ordinarios las autoridades competentes.

22. No obstante, esta Corte ha advertido que, si bien es un elemento necesario, “*para la configuración del fuero indígena no resulta suficiente la identidad étnica del procesado*”<sup>67</sup>, sino que, además, deben verificarse los elementos que ha previsto la jurisprudencia para su configuración. Si bien estos han variado a lo largo de la jurisprudencia, a partir de la Sentencia T-617 de 2010<sup>68</sup>, estos han sido definidos de la siguiente manera: (i) elemento personal o subjetivo, en virtud del cual, “*cada miembro de la comunidad, por el solo hecho de serlo, tiene derecho a ser juzgado por sus autoridades de acuerdo a sus usos y costumbres*”<sup>69</sup>; (ii) elemento territorial o geográfico, que “*permite a las autoridades indígenas juzgar conductas cometidas en su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas*”<sup>70</sup>, (iii) elemento institucional u orgánico, que exige la existencia “*de una institucionalidad compuesta de un sistema de derecho propio que reúna los usos, costumbres y procedimientos tradicionales*

---

<sup>65</sup> Sentencia T-236 de 2012.

<sup>66</sup> Sentencia T-493 de 2013.

<sup>67</sup> Sentencia T-522 de 2016.

<sup>68</sup> Los elementos que determinan la competencia de la jurisdicción indígena han variado a lo largo de la jurisprudencia constitucional. Esta evolución puede resumirse en tres etapas: (i) a partir de la Sentencia T-496 de 1996 y hasta la sentencia T-728 de 2002, el fuero indígena, entendido como derecho subjetivo de los indígenas, se configuraba siempre que se acreditase un factor personal y uno territorial; (ii) Por medio de la Sentencia T-552 de 2003, la Corte reconoció la necesidad de establecer nuevos criterios que permitieran garantizar un mayor ámbito de competencias para el ejercicio de la autonomía de las autoridades indígenas y el ejercicio de su jurisdicción especial. En esta oportunidad, la Corte indicó que, además de los elementos personal y territorial, era necesario acreditar un elemento institucional y un elemento objetivo; (iii) a partir de la Sentencia T-522 de 2016, la Corte precisó que estos elementos, a diferencia de lo planteado por el Consejo Superior de la Judicatura, no podían ser analizados de manera concurrente, sino en atención a las circunstancias de cada caso. Así, el hecho de que no se cumpla con uno de esos requisitos, no implica *per se* que el asunto deba ser conocido por las autoridades ordinarias.

<sup>69</sup> Sentencia T-522 de 2016.

<sup>70</sup> Sentencia C-463 de 2014.

y aceptados en la comunidad”<sup>71</sup>; y (iv) elemento *objetivo*, el cual atiende a la naturaleza del bien jurídico o del sujeto afectado por la conducta del indígena<sup>72</sup>.

23. Ahora bien, estos elementos no deben ser concurrentes, a efectos de determinar la competencia de las autoridades indígenas, sino que “*deben ser evaluados de forma ponderada y razonable en las circunstancias de cada caso, y que si uno de esos factores no se cumple en el caso concreto, ello no implica que de manera automática el caso corresponda al sistema jurídico nacional. Por el contrario, el juez debe valorar cuál es la decisión que mejor defiende la autonomía indígena –perspectiva de la diversidad cultural–, el debido proceso y los derechos de otros afectados*”<sup>73</sup>.

24. No obstante, es necesario advertir que la jurisprudencia constitucional desarrolló estos criterios, por lo menos en procesos penales, a partir de casos referidos a conflictos internos de las comunidades, en los cuales el sujeto procesado siempre fue un indígena. Así, en muchos casos, en aplicación del principio de maximización de la autonomía, este enfoque era necesario para garantizar la protección de la identidad étnica y cultural del procesado y, por contera, el de la comunidad.

25. Sin embargo, cuando se esté en presencia de un conflicto intercultural es menester que el juez analice el caso con otro enfoque. Tal como lo ha señalado esta Corte, “*el pleno despliegue del principio de protección de la diversidad, solo se produce frente a conflictos que puedan ser catalogados como internos de las respectivas comunidades, al paso que cuando se trate de conflictos interculturales, el parámetro de valoración será distinto*”<sup>74</sup>. Por lo tanto, es claro que “*el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes*”<sup>75</sup>. En estos casos, “*el grado de autonomía del resguardo para decidir el conflicto bajo sus reglas se restringe (...). En consecuencia la autonomía de los pueblos indígenas debe ser limitada*”<sup>76</sup>.

26. Precisamente, es por la diversidad cultural del procesado, la cual no corresponde con la de la comunidad indígena, que el elemento personal adquiere una especial connotación, el cual, particularmente en materia penal, impide el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, por tres razones. *Primero*, es claro que el fuero indígena es un derecho subjetivo e individual de los miembros de las comunidades indígenas. Por lo tanto, está fundamentado, de un lado, y condicionado, de otro, por la identidad étnica y cultural del individuo respecto del cual se ejerce esta competencia. *Segundo*, el fuero indígena, según la

---

<sup>71</sup> Sentencia T-002 de 2012.

<sup>72</sup> Sentencia T-002 de 2012.

<sup>73</sup> Sentencia T-522 de 2016.

<sup>74</sup> Sentencia T-552 de 2003.

<sup>75</sup> Sentencia T-548 de 2013.

<sup>76</sup> Sentencia T-548 de 2013.

jurisprudencia constitucional, constituye un “*fuero de jurisdicción*”<sup>77</sup>, reservado, por las razones expuestas, a determinados sujetos. Esto, dado que este implica desplazar la competencia de la jurisdicción ordinaria a una jurisdicción especial, la cual, a su vez, tiene un propósito singular, proteger la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y la particular cosmovisión del individuo. *Tercero*, las anteriores características permiten concluir que el elemento subjetivo mantiene una relación inescindible con la protección de la diversidad étnica y cultural, porque este garantiza que su juzgamiento esté acorde con su particular cosmovisión, modo de vida, usos y costumbres, y no bajo reglas procesales ajenas y desconocidas. Por lo anterior, y “*dado que el fuero es el derecho del sujeto indígena para ser juzgado en el marco de su cultura*”<sup>78</sup>, el elemento personal adquiere la mencionada connotación especial.

27. En tales términos, el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena cuando no se acrediten los elementos que configuran el fuero indígena constituye una vulneración del debido proceso, en su faceta de juez natural. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el “*debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas. Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción*”<sup>79</sup> (subraya fuera de texto). Por lo tanto, el desconocimiento de alguno de estos componentes por parte de las autoridades indígenas implica la vulneración del derecho al debido proceso de una persona totalmente ajena a sus usos y costumbres.

28. En suma, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas es un derecho colectivo y subjetivo a que sean estas quienes juzguen las conductas cometidas por sus miembros, cuya finalidad se explica en el respeto y protección de la identidad étnica y cultural. Por lo tanto, para determinar la competencia de la jurisdicción especial indígena en cada caso concreto es necesario verificar que se reúnan los requisitos previstos por la jurisprudencia para la configuración del fuero. Por el contrario, cuando el sujeto procesado no reúna tales elementos que acreditan el fuero, la jurisdicción ordinaria se constituye en el juez natural competente.

29. Así las cosas, al analizar el caso *sub examine*, la Sala encuentra que las autoridades del Cabildo Indígena La Laguna – Siberia, en el proceso de investigación y juzgamiento adelantado en contra de los accionantes, vulneraron su derecho al debido proceso, en su faceta de juez natural. Ciertamente, el

---

<sup>77</sup> Sentencia C-882 de 2011.

<sup>78</sup> Sentencia T-617 de 2010.

<sup>79</sup> Sentencia T-254 de 1994.

Cabildo extendió el ejercicio de su jurisdicción indígena a individuos que no son titulares al fuero indígena. En efecto, para la Sala, en el caso concreto no se reúnen los elementos que acreditan el fuero, por las siguientes razones:

29.1. *No se acredita el factor personal.* Para la Sala está probado que los accionantes no pertenecen a etnia indígena alguna. Es claro que: (i) estos no se reconocen como indígenas, (ii) las autoridades indígenas tampoco los identifican como miembros y (iii) estos no viven según los usos y costumbres de la comunidad<sup>80</sup>. Por el contrario, como lo manifestó el Cabildo, este conoció “*desde un principio que ellos no hacía parte de la comunidad*”<sup>81</sup>, pero que, en todo caso, aplicaron su jurisdicción, porque esta se “*ejerce en su ámbito territorial independientemente de quienes sean los autores que cometen las desarmonizaciones*”<sup>82</sup>.

29.2. *No se acredita el factor objetivo.* Para la Sala el bien jurídico presuntamente afectado por la conducta de los accionantes pertenece, en principio, a la cultura mayoritaria. Ciertamente, los presuntos *delitos de “perturbación del territorio indígena, intento de homicidio, hurto y porte ilegal de armas”* no guardan relación con el desarrollo de la diversidad cultural de la comunidad indígena. En el trámite de primera instancia, los accionantes manifestaron que “*estab[an] esperando que saliera una plata para robarla, pero no sabí[an] que era gobernador ni que esto era un cabildo*”<sup>83</sup>, y, por su parte, el Cabildo, en el proceso de investigación, concluyó que hay “*otras personas involucradas en los hechos (...) que esta banda es grande (...) que hay varios casos de hurto con la misma modalidad (...) retiros en el banco*”<sup>84</sup>. Estas condiciones hacen que sea difícil colegir que los presuntos hechos delictivos tuviesen por finalidad afectar la diversidad cultural de la comunidad. En este orden de ideas, no existe una relación entre dichas conductas y el pluralismo étnico protegido por la Constitución, lo que descarta cualquier fundamento para la aplicación del fuero indígena<sup>85</sup>.

30. Con todo, para la Sala también existen serias dudas acerca de que el ejercicio de la jurisdicción indígena en el caso concreto tuviese por finalidad la protección de la identidad étnica y cultural. En el proceso de investigación y juzgamiento, las autoridades del Cabildo acudieron a figuras procesales que reproducen parámetros judiciales de la sociedad mayoritaria, tales como (i) investigar y juzgar las presuntas conductas a partir de los tipos penales y penas previstas por la jurisdicción ordinaria, los cuales, según la jurisprudencia constitucional, (ii) “*desbordan la órbita cultural indígena*”<sup>86</sup>, por lo que (iii) son competencia de las autoridades ordinarias, como es el caso del “*porte ilegal de armas*”<sup>87</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. Sentencia T-1238 de 2004.

<sup>81</sup> Cdno. ppal., fls. 36-37.

<sup>82</sup> Id.

<sup>83</sup> Cdno. 1, fls. 22-23.

<sup>84</sup> Cdno. ppal., fls. 45-46.

<sup>85</sup> Cfr. Sentencia T-866 de 2013.

<sup>86</sup> Sentencia T-002 de 2012.

<sup>87</sup> Sentencia T-002 de 2012.

31. En este orden de ideas, (i) que las presuntas conductas delictivas hubiesen sido cometidas en el territorio ancestral –*elemento territorial*–, y (ii) que el proceso de investigación y juzgamiento adelantado en contra de los accionantes hubiese sido llevado a cabo por las autoridades tradicionales –*elemento institucional*–, en criterio de la Sala, no permiten concluir que el asunto *sub examine* sea de competencia de la jurisdicción indígena. Para la Sala, no puede predicarse la existencia del fuero especial únicamente en función de estos elementos, como lo pretende el Cabildo.

32. Tal como se mencionó en los párr. 25 y 26, dado que el presente asunto involucra un conflicto intercultural, era imperativo que estuviese acreditado, como mínimo, el *elemento personal*. Esto, habida consideración de que, particularmente en asuntos penales, es el *elemento personal* el que adquiere una especial connotación, que inhibe el ejercicio de las autoridades indígenas para investigar y juzgar a personas que no sean miembros de su comunidad, tal como ocurrió en el caso concreto.

33. En este orden de ideas, el Cabildo desconoció que, a la luz del artículo 29 de la Constitución, los jueces competentes para investigar y juzgar los presuntos hechos delictivos cometidos por los accionantes son las autoridades ordinarias. Esto, por cuanto, como se señaló, los accionantes no son titulares del fuero indígena. Por lo tanto, el Cabildo debió remitir el caso, para que fuesen estas últimas quienes investigaran y, de ser el caso, juzgaran la conducta de los accionantes.

34. Por lo anterior, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional amparará el derecho al debido proceso, en su faceta de juez natural, de los accionantes. En consecuencia, (i) revocará las decisiones de instancia; (ii) dejará sin efectos las actuaciones adelantadas por el Cabildo Indígena La Laguna – Siberia y (iii) ordenará remitir copia de todas las actuaciones a las autoridades penales, para lo de su competencia.

### III. DECISIÓN

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

**Primero.- REVOCAR** la decisión de 4 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santander de Quilichao, Cauca, que, a su vez, revocó parcialmente el fallo de 16 de abril de 2018, adoptado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Caldon, Cauca. En su lugar, **AMPARAR** el derecho

al debido proceso de los accionantes, por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS** las actuaciones judiciales adelantadas por las autoridades del Cabildo Indígena La Laguna – Siberia en contra de los accionantes.

**Tercero.- ORDENAR** a las autoridades del Cabildo Indígena La Laguna – Siberia que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta providencia, **REMITAN** a la Fiscalía Local de Caldono, Cauca, copia íntegra de las actuaciones adelantadas por el Cabildo en contra de los accionantes, para lo de su competencia.

**Cuarto.- LIBRAR**, por Secretaría General, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO  
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA  
Magistrada  
*Con aclaración de voto*

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA  
DIANA FAJARDO RIVERA  
A LA SENTENCIA T-208/19**

**JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA**-Se aplicó valor principal al criterio subjetivo para determinar la competencia (Aclaración de voto)

**JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA**-Ponderación de criterios objetivo y subjetivo mediante discernimiento de varios elementos (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-7.050.594

Acción de tutela interpuesta por Flor María Erazo León, como agente oficiosa de Emiro José Gómez Padilla y Alfonso Enrique Barros Atehortúa, contra el Cabildo Indígena La Laguna – Siberia, Cauca.

Magistrado ponente:  
CARLOS BERNAL PULIDO

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, me permito presentar las razones por las cuales aclaro el voto respecto de la Sentencia T-208 de 2019. En esa decisión, se concluyó que el Cabildo Indígena La Laguna, con territorio en Siberia (Cauca), vulneró el derecho al debido proceso de Emiro José Gómez Padilla y Alfonso Enrique Barros Atehortúa, al haberlos juzgado y sancionado por los delitos de *“perturbación del territorio indígena, intento de homicidio, hurto y porte ilegal de armas”*. Si bien coincido con dicha conclusión, disiento del análisis propuesto y los dos argumentos principales que fueron dados. Primero se considera que el elemento personal o subjetivo *“adquiere una especial connotación”* debido a que se trata de un conflicto intercultural, en el cual el ejercicio de la jurisdicción indígena se dio en el marco de un proceso penal contra personas que no pertenecen a una comunidad étnicamente diferenciada. Y, segundo, se señala que el criterio objetivo no se satisfizo debido a que *“el bien jurídico presuntamente afectado por la conducta de los accionantes pertenece, en principio, a la cultura mayoritaria.”*

2. Mi desacuerdo con respecto a la parte motiva se debe a tres razones. En primer lugar, se omitió aplicar la regla jurisprudencial, expresada principalmente en las sentencias T-617 de 2010 y C-463 de 2014, según la cual para determinar la competencia entre la jurisdicción ordinaria o la indígena se deben ponderar los



elementos (i) personal, (ii) territorial, (iii) objetivo e (iv) institucional, a luz de las circunstancias relevantes del caso concreto. Contrario a ello, se aplicó de manera desproporcionada uno de esos criterios, como si fuera una carta de triunfo para apagar los otros, desatendiendo las complejidades del asunto estudiado. En segundo lugar, se analizó el criterio objetivo sin tener en cuenta una perspectiva multicultural y pluriétnica, tal y como lo exige la Constitución; con lo cual, se desconoció que el hurto sí puede llegar a tener implicaciones que afecten la identidad y/o autonomía de una comunidad étnicamente diferenciada. Por último, la decisión adoptada no es la más óptima, pues hubiera sido posible adoptar una alternativa que armonizara a las dos jurisdicciones con el fin de conciliar la autonomía indígena y el pluralismo étnico. En seguida, expongo las consideraciones que sustentan las mencionadas razones.

3. Un estudio de la jurisprudencia relevante a la luz del problema jurídico resuelto en la Sentencia T-208 de 2019, permite concluir que existe la siguiente regla aplicable: para determinar la competencia de la jurisdicción indígena se deben ponderar los elementos (i) personal, (ii) territorial, (iii) objetivo e (iv) institucional.<sup>88</sup> Dicha ponderación implica que éstos se deben valorar cada uno de ellos por igual, sin otorgarles una mayor o menor importancia, ni suponer que se trata de criterios acumulativos o de requisitos normativos exigidos en una ley para que se configure determinada categoría jurídica. Si bien es cierto que dicha regla jurisprudencial ha venido siendo construida principalmente en casos relacionados con procesos penales en los cuales el sujeto acusado es un indígena, no hay razones suficientes para omitir aplicarla en el asunto estudiado. Lo anterior, por cuanto justamente uno de los criterios que se debe ponderar, en conjunto con los otros, es la pertenencia de la persona a una comunidad étnicamente diferenciada. Además, lo relevante de aplicarlos es que corresponden a los elementos más importantes en juego cuando el ejercicio de las dos jurisdicciones entra en tensión. De hecho, la misma Sentencia así lo reconoce al citarlos en el párrafo 22.<sup>89</sup>

4. A pesar de lo anterior, la Sentencia T-208 de 2019 otorgó un valor principal al criterio subjetivo, bajo la justificación de que los procesados no pertenecían al Cabildo Indígena La Laguna. Es decir, asumió la tesis de que es en virtud de la calidad, o no, de indígena del procesado, que se habilita la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena y esta se constituye en el juez natural en un caso

---

<sup>88</sup> La jurisdicción indígena está consagrada en el artículo 246 de la Constitución, en los siguientes términos: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

<sup>89</sup> En esta medida, puede considerarse que aun cuando no sea un caso idéntico fácticamente respecto de aquellos en los que se han aplicado los criterios para definir la jurisdicción competente, el asunto analizado en la Sentencia T-208 de 2019 se encuentra dentro de la sombra decisional de la regla jurisprudencial explicada. Dicho concepto, acuñado por Diego López Medina en el libro “*El derecho de los jueces*”, se refiere a que un juez constitucional cumple con el deber de seguir el precedente si ubica el caso resuelto, “*dentro de un segmento más o menos amplio del espacio abierto. La doctrina del precedente exige que el siguiente fallo caiga dentro de la sombra decisional del fallo anterior, sin que tenga que coincidir exactamente con el.*” (López Medina, Diego. “El derecho de los jueces”, Legis, 2006, pág. 144).

concreto. Así, pese a examinar los otros criterios destinados a identificar cuándo un asunto corresponde a la Jurisdicción Tradicional, la Sentencia estimó que el elemento personal es el decisivo y, en el presente asunto, inhibió el ejercicio de las autoridades indígenas para investigar y juzgar a personas que no sean miembros de su comunidad.

5. En mi criterio, no basta con que el sujeto no pertenezca a una comunidad étnicamente diferenciada para descartar la aplicación de la Jurisdicción Especial Indígena. Ni tampoco esta circunstancia justifica que se otorgue una “*especial connotación*” al elemento subjetivo, como lo plantea la Sentencia T-208 de 2019. Si bien esa circunstancia, ese hecho no releva al juez de tutela del deber de sopesar los cuatro (4) criterios ni de cumplir la obligación de “*valorar cuál es la decisión que mejor defiende la autonomía indígena –perspectiva de la diversidad cultural–, el debido proceso y los derechos de otros afectados.*”<sup>90</sup> Precisamente, no está dado afirmar en abstracto, la preponderancia de uno de los criterios en mención sino que, como ha afirmado la Corte en estos eventos, “*deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión.*”<sup>91</sup>

6. Por ello, en su momento, propuse a la Sala Primera la necesidad de ponderar, tal y como corresponde, los criterios aplicables mediante un cuidadoso discernimiento de varios elementos. Por ejemplo, el hecho de que, desde el punto de vista espacial, la conducta fue realizada en un lugar donde la Constitución confiere al Cabildo Indígena La Laguna la posibilidad de ejercer su jurisdicción (factor territorial). Así mismo, se verificó que dicho Cabildo cuenta con la existencia de autoridades, usos, costumbres y procedimientos tradicionales, a partir de los cuales fue posible inferir: (i) su poder de coerción social, así como su capacidad para investigar y juzgar; y, (ii) el manejo de un concepto *genérico* de nocividad social (factor institucional). Esta comunidad indígena pertenece al pueblo Nasa, uno de los más organizados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.<sup>92</sup>

Y, por último, al analizar la naturaleza del bien jurídico tutelado, debió ponerse de presente que en la comisión de la conducta contra el patrimonio económico (bien jurídico compartido con la cultura mayoritaria), en la modalidad y las circunstancias de hecho en que se perpetró, no parecía estar claramente orientada a lesionar la identidad étnica del Resguardo, dañar su integridad o su autonomía, sus bienes o derechos especialmente reconocidos. Así mismo, ha debido expresarse que las condiciones en las cuales las personas no indígenas cometieron el hurto e incursionaron en territorio indígena tampoco conducían de

---

90 Sentencia T-522 de 2016. Luis Ernesto Vargas Silva.

91 Sentencia T-514 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva, citada en la Sentencia T-548 de 2013. M.P. Maria Victoria Calle Correa.

92 Ello se puede concluir por la manera como fue llevado a cabo el proceso contra los accionantes; así como, por la información disponible en el artículo académico “*Avances de la jurisdicción especial indígena en el norte del Cauca*”, escrito por Deiby Anderson Vitonas y Jairo Vladimir Llano Franco, que fue publicado en la Revista Criterio Jurídico en Febrero de 2019. Disponible en: <file:///C:/Users/mariajm/Downloads/2126-Texto%20del%20art%C3%ADculo-6424-1-10-20190222.pdf>.

forma inequívoca a afirmar la relevancia, en términos culturales, de autonomía o identidad étnica, de que la Jurisdicción Especial Indígena ejerciera su autoridad. La Sentencia no lo hace.

7. En este orden de ideas, en el presente asunto, la decisión ha debido señalar que si bien los hechos ocurrieron en el territorio indígena y el Cabildo Indígena La Laguna cuenta con una estructura institucional en la que se pueden reconocer autoridades, usos y costumbres, así como procedimientos tradicionales, existían otros elementos que sugerían que el caso debía corresponder a los jueces ordinarios, teniendo en cuenta que en el análisis del criterio objetivo no se evidenció una intención directa de dañar a la comunidad; en caso contrario, sí debía ser conocido por la comunidad indígena.

8. En concordancia con lo anterior, también aclaro mi voto porque considero desacertado sostener, como lo hace la Sentencia, que el criterio objetivo no se cumple en este caso porque *“el bien jurídico presuntamente afectado por la conducta de los accionantes pertenece, en principio, a la cultura mayoritaria.”* Esta afirmación daría lugar a considerar que la jurisdicción indígena carecería de competencia si el interés jurídico que ha sido menoscabado se encuentra previsto, mediante el correspondiente delito, en el Código Penal. Es más, en la Sentencia T-1127 de 2011 estudió el caso de un joven indígena sancionado en su jurisdicción por el robo de unas gallinas, en esa decisión se explicó que:

“para un ciudadano el robo de una gallina puede carecer de toda trascendencia; por el contrario, para los paeces ese mismo hecho tiene una especial significación por cuanto, de una parte, ellos constituyen una sociedad con un fuerte principio orientado a no tomar lo que no se trabaja; y de otra, por la circunstancia de que la comunidad tiene una economía llamada de *centavo* en la que las gallinas representan liquidez en el mercado para comprar lo que no se produce internamente, como drogas, ropa, petróleo, etc. Por lo cual se impone afirmar que: *“El robo de gallinas es un robo al ahorro preventivo de unos que asumiendo limitaciones lo hacen para sí o para otros que lo requieren; (...)”*. Amén de las categorías simbólicas que comparten las gallinas dentro de dicho grupo humano.”<sup>93</sup>

Por ello, considero que así como los demás, el elemento objetivo debe ser evaluado, valorado y ponderado en su complejidad. Tal y como se evidencia en la cita anterior, puede ocurrir que una conducta sancionada en el Código Penal como, por ejemplo, el daño en bien ajeno o el hurto, afecte de manera relevante la identidad cultural de un pueblo si los sitios, bienes o efectos sobre los cuales recae la acción tienen un carácter sagrado en la comunidad específica de que se

---

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1127 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería, AV. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta decisión se concluyó que se vulneró el derecho al debido proceso, entendido a partir de la visión propia de la comunidad, del señor Albeiro Castro Pardo en el trámite del proceso seguido por la comunidad indígena en ejercicio de las competencias jurisdiccionales, debido a que se encontraba aislado de su familia y bajo el cuidado de las autoridades indígenas mientras se le seguía una investigación relativa al robo de unas gallinas.

trate, en cuyo caso, podría eventualmente activarse la Jurisdicción Especial Indígena.

9. Como se observa, la decisión sobre la actuación de activación de la jurisdicción indígena no es obvia, sino que depende de varios elementos y de un análisis detenido, tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación. La jurisprudencia constitucional debe velar por garantizar la autonomía que tienen los pueblos étnicamente diferenciados de ejercer su propia jurisdicción cuando se vea afectada su diversidad étnica y cultural, ese es su derecho constitucional y no debe ser mermado por los jueces de tutela. Para ello, se insiste, que los elementos (i) personal, (ii) territorial, (iii) objetivo e (iv) institucional deben ser ponderados de cara a las particularidades de cada caso, sin que, *ex ante*, algunos de ellos adquieran preponderancia por sí mismo.

10. Ejemplo de un razonamiento de la anterior naturaleza puede encontrarse en la Sentencia del 28 junio de 2017, emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, mediante la cual confirmó la absolución de Feliciano Valencia, líder de la comunidad Nasa, del delito de secuestro simple, luego de analizar si la citada Comunidad tenía, o no, competencia para juzgar, como lo había hecho, a un policía que entró a su territorio, al parecer como infiltrado.<sup>94</sup> La Corte Suprema sostuvo que, si bien el uniformado no era indígena,

“se ha de sopesar que el bien jurídico protegido adquiriría relevancia para la jurisdicción especial indígena. // Efectivamente, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, los factores que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena deben analizarse ponderada y razonablemente, según las particularidades del caso, sin que se considere que si falta uno de ellos de manera automática el asunto ha de corresponder al sistema jurídico nacional, porque se debe evaluar cuál es la decisión que mejor defiende la autonomía indígena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas, estos dos últimos, bajo la perspectiva de la diversidad cultural”.

Para justificar dicha decisión, la Sala de Casación Penal tuvo en cuenta, de un lado, que para la comunidad indígena fue una ofensa que un civil ingresara con elementos militares a su territorio de paz, alertados como estaban porque el Presidente de la República había dicho que la Minga estaba infiltrada por “guerrilleros”. De otro lado, resaltó que la Comunidad Nasa tiene una organización para investigar los hechos anómalos y reconstruir la memoria de lo acontecido y rituales y procedimientos de resarcimiento y armonización. Los anteriores, junto con otras consideraciones sobre la actuación del uniformado, condujeron a la Corte a la conclusión de que al juzgarlo, los miembros de la Comunidad Nasa “actuaron en una clara manifestación de decisión y control de su autonomía y ejercicio de justicia”.

---

<sup>94</sup> El Cabildo lo encontró responsable de ofensas a la comunidad por invasión de sus territorios y, tras haberle dejado defenderse, lo sancionó con 9 latigazos que le produjeron 29 días de incapacidad. Como consecuencia, Feliciano Valencia inicialmente fue procesado por secuestro y lesiones personales agravados.

11. Ahora bien, aunque comparto la resolución del caso adoptado en la Sentencia, considero importante señalar que es probable que en un futuro cercano se cuente con herramientas que le permitan a los jueces de tutela llegar a soluciones distintas, más acordes con un Estado pluralista (Art. 1, C.P.) que respeta la diversidad cultural (Art. 7, C.P) y reconoce la autonomía de los pueblos indígenas para ejercer su jurisdicción “*de conformidad con sus propias normas y procedimientos*” (Art. 246, C.P.). Evidentemente, el asunto resuelto es un caso límite, debido a que la regla jurisprudencial relevante para resolverlo sólo había sido aplicada cuando el criterio personal llevaba a concluir que se trataba de una persona indígena. Es justamente ese elemento el que imponía la necesidad de buscar una solución intermedia con la colaboración de las dos jurisdicciones. No se trataba, necesariamente, de decidir si el asunto debía ser conocido por una u otra jurisdicción. Hay otras opciones.

Una solución ideal, en términos constitucionales, hubiera analizado la posibilidad de llegar a un punto intermedio, tal y como se ha hecho en otros casos. Situaciones en que la persona puede ser investigada, juzgada y sancionada por la Jurisdicción Especial Indígena, pero el cumplimiento de la pena se da bajo los parámetros de la Jurisdicción Ordinaria.<sup>95</sup> También podría ser posible que la investigación la lleve a cabo la policía judicial de la Jurisdicción Ordinaria y las otras etapas procesales se desarrollen conforme con la Jurisdicción Especial Indígena. El Legislador está llamado a construir marcos normativos que permitan avanzar y consolidar relaciones e interacciones que lleven a los jueces a tomar mejores decisiones, en los términos dispuestos por la Constitución (Art. 246): “*La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*” Mientras ello ocurre, una solución como la que fue adoptada en la Sentencia T-208 de 2019 considero que es la más adecuada, desde el punto de vista constitucional. Así pues, aunque comparto la resolución del caso, me aparto radicalmente de las razones dadas en la Sentencia.

En los anteriores términos, dejo consignadas las razones de mi aclaración de voto.

*Fecha ut supra*

Diana Fajardo Rivera

---

<sup>95</sup> Los hechos resueltos en la Sentencia T-365 de 2018 dan cuenta de esta posibilidad. En esa decisión, se expone que “el 29 de abril de 2013, las autoridades tradicionales indígenas de San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló condenaron al señor Jhon Jairo Mayorga Suárez a la pena privativa de la libertad de 40 años, por el homicidio del sabio ancestral Venancio Taquinas Dagua, ocurrido el 18 de abril de 2013 en la vereda Barondillo, jurisdicción del territorio ancestral de Jambaló. En el fallo, se dispuso “dejar en calidad de guardado” al procesado en un establecimiento penitenciario del INPEC.” Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, AV. Diana Fajardo Rivera.

Magistrada