



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Ponente

SP9243-2017

Radicación 47119

(Aprobado en acta No. 204)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de FELICIANO VALENCIA MEDINA, líder indígena de la comunidad Nasa del Cauca, contra la sentencia de 10 de septiembre de 2015, mediante la cual el Tribunal Superior de Popayán revocó la de carácter absolutorio emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, para en su lugar, condenarlo como autor del delito de secuestro simple.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 14 de octubre de 2008 Jairo Danilo Chaparral Santiago, vestido de civil, regresaba de un permiso que por treinta días le habían concedido para reincorporarse como cabo tercero del Ejército Nacional, al Batallón de Contraguerrilla N° 15, Libertadores del Llano con sede en el departamento de Meta, pero ante el bloqueo de la vía Panamericana por una «Minga»¹ que adelantaban indígenas de la región, debió desplazarse por un sendero alternativo en la vereda La María del Municipio de Piendamó-Cauca, siendo interceptado a las 5:45 de la tarde por miembros de la Guardia Indígena al transitar en sus territorios. A éstos les llamó la atención que el caminante portara en un maletín un uniforme (camuflado), un radio de comunicaciones y una carpa, por eso lo condujeron a la sede del Cabildo bajo sospecha de ser un “infiltrado” del Ejército o miembro de grupos armados al margen de la Ley.

Luego de rechazar la intermediación de la Defensoría del Pueblo, permaneció hasta el 16 de octubre siguiente en una jaula metálica, cuando fue trasladado a una cancha de fútbol lugar en el que se le adelantó un juicio por parte de

¹ «*La Minga*’ es una práctica ancestral de los pueblos indígenas de los Andes. Es un esfuerzo colectivo convocado con el propósito de lograr un objetivo común..., tiene como lema ‘Caminar la Palabra’ que para los indígenas significa llegar a acuerdos a través del diálogo, hablar y a través de la palabra reconocer al otro y su verdad. Dan gran valor a la palabra que no requiere de documentos. Caminar la palabra es, según los líderes de la minga, ‘romper el miedo, el terror, el silencio y la desesperanza’». <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co>

la Asamblea de Autoridades Indígenas, liderada por FELICIANO VALENCIA MEDINA, bajo el cargo de haber ofendido a esa comunidad por invadir sus terrenos. Tras haberle dado la oportunidad de hablar y excusarse, que también rehusó, le propinaron como castigo nueve latigazos (que le causaron una incapacidad de 29 días sin secuelas), siendo entregado seguidamente a funcionarios de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público.

Los hechos anteriores motivaron a que la Fiscalía solicitara ante un juez la captura del líder indígena FELICIANO VALENCIA MEDINA. El 11 de abril de 2010 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Sotará-Cauca se legalizó tal aprehensión. En ese acto el ente investigador le imputó la posible comisión del concurso de delitos de secuestro agravado —*por haber sometido a la víctima a tortura física*— y lesiones personales agravadas —*al recaer la acción en un servidor público*—. El imputado no aceptó los cargos y no le fue impuesta medida de aseguramiento.

El escrito de acusación fue presentado el 11 de mayo de 2010 y luego de que el Tribunal de Popayán definiera la competencia ante el conflicto suscitado entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito y el Primero Penal del Circuito Especializado —ambos de ese Distrito Judicial—, al asignar el asunto a éste último, se inició el 6 de septiembre siguiente la respectiva audiencia de acusación, no obstante, el Gobernador del Resguardo Indígena Munchique Los Tigres de Santander de Quilichao-Cauca, Pablo Andrés

Tenorio, reclamó el conocimiento del asunto al argumentar que: *i)* los hechos habían acaecido en territorio indígena; *ii)* el imputado era integrante de esa comunidad; y *iii)* la víctima posiblemente también pertenecía a un resguardo.

Como el juez ordinario se mantuvo en que era competente para seguir adelantado el proceso, se trabó el conflicto de competencia entre ambas jurisdicciones, y el Consejo Superior de la Judicatura por decisión del 22 de septiembre de 2010 al estimar que la víctima no era indígena y la conducta era sancionada por el ordenamiento nacional, asignó el asunto a la justicia ordinaria.

El de 24 de febrero de 2011 se cumplió en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Popayán la audiencia de formulación de acusación.

Surtidas en ese despacho judicial las audiencias preparatoria y de juicio oral, el 24 de marzo de 2015 se declaró la extinción de la acción penal derivada del delito de lesiones personales agravadas y se emitió fallo absolutorio en favor del procesado respecto del delito atentatorio contra el bien jurídico de la libertad individual.

No obstante, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Delegado de la Fiscalía y por el representante de la víctima, el Tribunal Superior de Popayán el 10 de septiembre de 2015 revocó tal

determinación, en su lugar, condenó a FELICIANO VALENCIA MEDINA como autor del delito de secuestro simple, eliminando la causal de agravación predicada en relación con la tortura física infligida a la víctima por ser estructurante del ilícito de lesiones personales, punible éste cuya acción penal ya había declarado prescrita el *a quo*, a las penas de ciento noventa y dos (192) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como multa de 800 s.m.l.m.v., sin otorgarle la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria

A su turno ordenó compulsar copias con el fin de que la Fiscalía General de la Nación evaluara iniciar investigación penal contra las autoridades indígenas que participaron en la asamblea, por la presunta comisión del delito de secuestro simple.

Ordenada la captura del enjuiciado, se hizo efectiva el 15 de septiembre de 2015 y fue recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario San Isidro de Popayán, sin embargo, a petición de su defensor y del Gobernador Indígena del Resguardo Munchique Los Tigres de Santander de Quilichao-Cauca, el 13 de octubre siguiente se ordenó su traslado al Centro de Rehabilitación y/o Armonización de ese resguardo.

El apoderado del procesado impugnó extraordinariamente el fallo de segundo grado y allegó la demanda de casación la cual, luego de admitida, fue sustentada ante esta Sala.

DEMANDA

Tras anunciar como fines del recurso el respeto de las garantías de los intervinientes así como la efectividad del derecho material, postula tres reproches: los dos primeros por nulidad y el último por violación directa de la ley sustancial.

Primer cargo: Nulidad por falta de competencia de la jurisdicción ordinaria

Pregona que los jueces ordinarios no eran competentes para adelantar la actuación ante el fuero indígena predicable de su asistido, por cuanto los elementos territorial, objetivo, institucional, personal y de congruencia implicaban que fuera investigado y juzgado por la jurisdicción especial indígena.

Cita como infringidos los artículos 29, 246 de la Constitución Política y 456 de la Ley 906 de 2004 para solicitar la nulidad de toda actuación ante la incompetencia de las autoridades judiciales que conocieron del asunto.

En apoyo de su postura transcribe sentencias de tutela adoptadas por la Corte Constitucional que han abordado la institución del fuero indígena para seguidamente destacar que en este caso se cumplían todos los elementos:

1.- El *territorial*, porque los hechos sucedieron al interior del Resguardo Indígena La María en el municipio de Piendamó-Cauca, en desarrollo de las protestas que adelantaban las comunidades en la vía Panamericana y la retención del miembro del Ejército se dio cuando vestido de civil tomó una vía alterna o trocha ingresando a dominios del pueblo Nasa.

Que precisamente por eso fue requerido por los Guardias Indígenas quienes en ejercicio de sus funciones de control territorial, al ver que portaba en sus maletines equipo de telecomunicaciones, un «camuflado» y un toldillo, lo retuvieron.

Expone que a los dos días el aprehendido fue puesto a disposición de la Asamblea de las Autoridades Indígenas, con el fin de adelantar su juzgamiento, diligencia en la cual hizo presencia FELICIANO VALENCIA MEDINA, decidiendo ese organismo aplicarle al aprehendido, como remedio, nueve latigazos.

2.- El *objetivo*, en cuanto al sujeto u objeto sobre el cual recayó la conducta, indica que a pesar que el cabo del Ejército retenido no tiene la condición de indígena, se deben

aplicar las subreglas SXIII y SXVI referidas en la sentencia T-617 de 2010.

La primera, porque independientemente de la identidad cultural del titular, se debe analizar si el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor de la conducta, como a la cultura mayoritaria.

La segunda, ya que si la conducta investigada es de especial nocividad según la cultura mayoritaria, se ha de hacer un análisis más detallado para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad o en una situación de desprotección para la víctima.

Aquí, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad indígena a la que pertenece FELICIANO VALENCIA como a la cultura mayoritaria y la conducta de éste de hacer simple presencia en la Asamblea de Autoridades Indígenas no reviste especial nocividad.

3.- El *institucional* u *orgánico*, porque al interior de las autoridades indígenas del Cauca hay instituciones, usos, costumbres y procedimientos tradicionales, demostrativos del poder de coerción social, de un concepto genérico de nocividad social, incluso hay un centro de reclusión, por eso tienen capacidad y autoridad para investigar y juzgar no solo a los guardias indígenas que retuvieron al cabo del

Ejército, sino a FELICIANO VALENCIA por haber hecho presencia en la Asamblea de Autoridades Indígenas.

4.- El *personal* ya que el procesado pertenece a la comunidad Nasa y está censado en la vereda El Broche del municipio de Santander de Quilichao.

5.- El de *congruencia*, toda vez que el orden jurídico tradicional de la comunidad indígena no resulta contrario a la constitución ni a la ley, además, la jurisdicción especial indígena tiene reconocimiento constitucional, sus procedimientos no contravienen el orden legal mayoritario y se concibe como preventiva, restitutiva y de educación pública.

Por lo tanto, solicita declarar la nulidad de toda la actuación y remitirla a la jurisdicción especial indígena del Cauca.

Segundo cargo: Nulidad por motivación deficiente

En criterio del impugnante, el Tribunal incurrió en una motivación incompleta al tener procesado como coautor del delito de secuestro.

Pone de presente que en la sentencia se admitió que no estaba acreditado que FELICIANO VALENCIA hubiera participado en los momentos iniciales de retención de la víctima, ni pertenecía a la comisión política o de investigaciones indígena, era solo un líder y consejero, pese

a ello, se estimó que como se enteró de tal retención y participó en la continuación de la misma al coordinar o liderar la Asamblea Indígena, eso lo hacía responsable a título de coautor.

Pero que no se abordó lo relacionado con el acuerdo de voluntades de la comunidad indígena con miras a la a retención del militar, ni la división del trabajo criminal, el co-dominio funcional de los hechos o el aporte esencial y trascendente desplegado por el inculcado en la consumación de la retención.

Tal falencia la encuentra lesiva de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa toda vez que dificultó el ejercicio de la confrontación e impugnación.

Consecuentemente, pide a la Corte declarar la nulidad de la sentencia de segunda instancia, a fin de que el Tribunal subsane tal irregularidad.

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial

Postula la aplicación indebida de los artículos 29, numeral 1° y 168 del Código Penal al predicar el Tribunal la coautoría de FELICIANO VALENCIA en el delito de secuestro derivada a partir del acto de enteramiento o conocimiento de la retención del miembro del Ejército.

Para el defensor, conocer la retención de Chaparral Santiago no es un aporte esencial o necesario para la

consumación de delito, pues tal conducta de todas formas se había materializado por los Guardias Indígenas.

Por ende, solicita casar la sentencia del Tribunal y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio en favor del procesado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante

El defensor se mantuvo en los argumentos expuestos en su libelo al abogar por la nulidad del diligenciamiento ante la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria, ya que en su parecer concurren los factores para la aplicación del fuero indígena.

Así mismo, recalca la motivación deficiente de la sentencia en cuanto a la categoría de coautor material, que ameritaría la invalidez de tal proveído, e insiste en que en virtud del principio de la impugnación extraordinaria de la efectividad del derecho material, se ha de absolver a su asistido dado que no realizó actos ejecutivos de retención de la víctima estructuradores del delito de secuestro.

2. El representante de la Fiscalía

La Delegada del ente investigador se muestra conforme con casar la sentencia atacada ante la clara violación del debido proceso en su componente del juez natural, porque

en su concepto la jurisdicción especial indígena debía conocer del asunto.

Con esa óptica, insta a la Corte a que en sede de casación analice nuevamente el asunto, pese a que el Consejo Superior de la Judicatura dirimió ya un conflicto de competencia en ese sentido.

Señala que la jurisdicción especial es un derecho reconocido en favor de los pueblos indígenas desde el texto constitucional como parte de la diversidad étnica y cultural de Colombia, dada la libre autodeterminación de esas comunidades.

Y que de entender el fuero indígena como el derecho del que gozan los miembros de esas comunidades a ser juzgados por las autoridades de su grupo de acuerdo con sus normas y procedimientos, aquí se satisfacen plenamente los elementos demarcados por la Corte Constitucional: personal, objetivo e institucional.

Concluye así que la censura debe prosperar, lo que aparejaría declarar la nulidad de la actuación para que sea asumida por la jurisdicción especial.

De otro lado, estima que se debe casar la sentencia confutada ante la atipicidad de la conducta de secuestro atribuida al procesado.

Rememora que el 14 de octubre de 2008 se desarrollaba una protesta indígena y que el cabo Chaparral fue retenido cuando transitaba por una trocha del Resguardo, momento en el cual no se identificó como integrante del Ejército, pero como tenía elementos de uso privativo de la Fuerzas Armadas se pensó que era «un infiltrado» o que pertenecía a grupos armados ilegales, luego, verificada su pertenencia al cuerpo castrense se dio aviso a la Defensoría del Pueblo, institución que hizo presencia, pero el militar rehusó su intermediación.

Que luego, el 16 de octubre la comunidad se constituyó en asamblea, en la cual VALENCIA MEDINA fue director o moderador, y por considerar que Chaparral había ofendido al pueblo indígena se impartió el procedimiento conforme a las costumbres ancestrales, se le brindó al señalado la oportunidad de hablar y ofrecer excusas pero no quiso, por eso, se decidió colectivamente imponerle un remedio de limpieza espiritual con varios fuetazos, para luego entregarlo a la comunidad mayoritaria.

Aduce que si bien objetivamente existió la restricción de la libertad individual, fue por la aplicación del pueblo Nasa de sus usos y costumbres ancestrales, pues como lo declaró el Antropólogo José Gómez Valencia, el hecho de haber ocultado el cabo Chaparral su identidad y de que portara prendas militares era razón suficiente para que la autoridad indígena le realizara un juicio político y le aplicara una sanción.

De manera que para la Fiscal, el error del Tribunal consistió en considerar que la retención del militar por las autoridades indígenas era un secuestro y que al no pertenecer él a la comunidad minoritaria debía ser puesto en libertad o a disposición de la jurisdicción ordinaria, porque insiste, no se trató de una retención arbitraria ni premeditada, no se ejecutaron actos individuales sino que fue una decisión colectiva del pueblo Nasa para aplicar su jurisdicción, en tanto que FELICIANO VALENCIA fungió como líder o consejero transmitiendo la decisión de las Autoridades Indígenas.

Por último, señala que en caso de aceptarse que se trata de un secuestro, no puede predicarse la conciencia de la antijuridicidad por parte del procesado o bien podría plantearse un error de prohibición invencible que excluiría su responsabilidad, ya que actuó bajo la convicción de que la víctima había cometido una ofensa al pueblo indígena, lo cual legitimaba su aprehensión y juzgamiento bajo el procedimiento ancestral.

3. El Delegado del Ministerio Público

Insta a la Corporación a no casar el fallo por razón de los dos primeros cargos formulados por nulidad, pero si hacerlo por el que se funda en la violación directa de la ley sustancial.

Para el Procurador, en relación con la primera censura no se infringió el principio del juez natural dado que se está

ante una conducta prevista en el ordenamiento nacional y son los jueces penales del circuito especializado de la República los que tienen competencia para su conocimiento.

Que si bien el comportamiento fue realizado en territorio indígena, la víctima no ostentaba esta última condición, además, los delitos de secuestro agravado y lesiones personales agravadas son competencia de la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al segundo reparo, estima el Delegado que tampoco debe prosperar, porque no se trata de un defecto de motivación del fallo en relación con la coautoría, sino el no compartir el censor los razonamientos probatorios en que se sustentó la condena.

Finalmente, respecto del tercer cargo, asevera que se reconoció la participación de FELICIANO VALENCIA a partir de la celebración de la asamblea por tratarse el secuestro de un delito permanente, pero que tal prédica no satisface las exigencias de la figura dogmática de la coautoría, porque no está demostrado que haya participado en la decisión de realizar de manera conjunta el delito, sólo se habla de su presencia en la asamblea y según la teoría del dominio del hecho, ni el procesado ni algún otro integrante de la comunidad podía adoptar la decisión de la libertad de la víctima.

Afirma que el señalamiento del Tribunal que el líder indígena estuvo presente en desarrollo de la asamblea no cuenta con la entidad suficiente para demostrar la coautoría ni menos complicidad, ya que no estuvo presente en las etapas de concebir el plan criminal ni se supo de qué forma se dividían las funciones, ni tomó parte en la elaboración del plan criminal o en su ejecución.

Así, al estimar que no es posible tener al inculcado como coautor, pide casar el fallo y dejar en firme la absolución emitida en primera instancia.

4. Representante de la víctima

Solicita que no prosperen las pretensiones del demandante ante el grave daño moral causado a la víctima a consecuencia de una injusta y grave retención.

Pone de presente el testimonio de Jairo Danilo Chaparral Santiago, quien no solo identificó al procesado sino que lo calificó como una de las personas que se dieron cuenta de su retención en una jaula de menos de un metro, siendo presionado o coaccionado para que dijera que era un «infiltrado» del Ejército en la marcha indígena, aspecto que denota el conocimiento real y efectivo del inculcado en el delito de secuestro.

Asevera que no es inherente a la jurisdicción indígena un acto violatorio de cualquier principio de derecho

humano y aquí Chaparral fue objeto de torturas físicas y psicológicas que le dejaron secuelas.

Concluye que ni los reparos por nulidades ni el cargo subsidiario tienen vocación de éxito y por ello pide a la Sala a mantener la condena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Precisión liminar:

Sería del caso que la Sala se pronunciara en relación con los cargos formulados por el demandante: el primero tendiente a declarar la nulidad de la actuación y remitirla por competencia a la jurisdicción especial indígena, el segundo, a que se declare la invalidez del fallo de segundo grado para que el Tribunal subsane eventuales deficiencias de argumentación, y el tercero para que no se tenga al procesado como coautor del delito de secuestro, de no ser que se advierte la evidente atipicidad del comportamiento, lo cual lleva a casar de oficio la sentencia condenatoria y torna inane analizar las referidas censuras.

Dos vertientes confluyen para que la Corporación adopte esta postura: En primer lugar, el principio de solución menos traumática para los objetivos del proceso penal, porque al imponerse una sentencia estimativa de absolución hace inoficioso analizar los reparos que apuntaría a retrotraer la actuación, pues una decisión de

anulación del trámite redundaría en últimas en mayores cargas para el procesado al verse avocado nuevamente al trámite judicial, de otro lado, tampoco tendría sentido estudiar el grado de participación cuando refulge que no hay delito por atribuir.

Y en segundo término, porque ante el rol de la Corte como garante y protector de los derechos y garantías fundamentales ha de respetar el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, reconocido a partir de los artículos 1° y 7° del texto constitucional, así como del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 21 de 1991, lo cual conlleva que al aplicar la legislación nacional se tomen en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

De la atipicidad del comportamiento

Toda conducta definida legislativamente como típica está conformada por un elemento objetivo y otro subjetivo: Para el primero se analiza la subsunción de la conducta investigada al modelo descriptivo del tipo con todos los elementos que lo estructuran, en el segundo, se han de

verificar las formas conductuales dolo, culpa o preterintención.

Al verificar el dato objetivo descriptivo contenido en el tipo se advierte que la retención de la que fue víctima Jairo Danilo Chaparral Santiago no puede adecuarse al delito de secuestro simple previsto en el artículo 168 del Código Penal, por las siguientes consideraciones:

De manera general se incurre en ese injusto cuando el sujeto, con propósitos distintos a los previstos en el artículo 167 del secuestro extorsivo, arrebató, sustrae, retiene u oculta a una persona.

Tal comportamiento punible exige entonces para su consumación no solo la retención ilegal de la víctima, sino la existencia de un elemento subjetivo, que no se debe confundir con el dolo, consistente en la intención que mueve al sujeto, y aquí la retención del cabo Chaparral Santiago obedeció al acto de jurisdicción que desplegaron las autoridades indígenas al investigar y sancionar a quien consideraron invadió sus territorios sagrados, lo cual elimina el ánimo del autor necesario para la configuración típica de un secuestro.

Para la Corte, contrario a la visión del Tribunal, no se puede desligar la aprehensión de la víctima del contexto fáctico en que se dio, es decir, no puede verse aisladamente, porque lo demostrado es que para el momento de los

hechos varias comunidades adelantaban una Minga indígena, pero que había recibido cuestionamiento oficial del Presidente de la República de ese entonces al tildarla de estar “infiltrada” por la guerrilla, lo cual obviamente deslegitimaría el carácter teleológico de tal congregación que buscaba llegar a consensos con el Gobierno.

En estas condiciones, se advierte que el *Ad quem* incurrió en falsos juicios de identidad al mutilar o afectar la eficacia demostrativa de las pruebas que daban cuenta de la realización de la Minga y del juzgamiento de Chaparral Santiago por invadir el territorio indígena, portar elementos belicosos y no dar oportuna justificación de su presencia allí.

El propio Jairo Danilo Chaparral Santiago en la audiencia de juicio oral señaló que al encontrarse con la manifestación de los indígenas, decidió irse con otras personas y en un momento “*me metí por un lugar lado izquierdo de la vía*”, siendo retenido inicialmente por cuatro indígenas porque llevaba un uniforme de camuflado del Ejército y “*supuestamente por estar infiltrado en la manifestación indígena*”, luego estuvo en una “*jaula de hierro*”, al tercer día lo llevaron a una cancha de fútbol, allí había ocho mil o diez mil indígenas, acto que lideró FELICIANO VALENCIA MEDINA con un megáfono quien inicialmente conminó a los que entraban para que no humillaran al retenido diciéndoles que bajo las leyes de la comunidad indígena iba a ser castigado bajo sus

costumbres ancestrales. Agregó el militar que inicialmente lo bañaron con un “*agua de remedio*” según decían ellos, luego le pegaron con unas ramas en las manos, y finalmente, le propinaron nueve latigazos en los pies, dejándole serias lesiones.

Los periodistas Adolfo León Mejía Betancourt y Gustavo Ángel Molina Realpe, al declarar en juicio relataron aspectos de la realización de la Minga, así mismo, el defensor del Pueblo Regional de la época Víctor Javier Meléndez, en la misma diligencia señaló que supo que el retenido se había anunciado como integrante del Resguardo Quintana, y que rehusó la intermediación de la defensoría para su liberación, aspectos estos que fueron desdeñados por el Tribunal.

También cercenó apartes importantes de la declaración de Ana Deiba Secue Rivera, Delegada por la comunidad indígena para velar por la seguridad y los derechos de los participantes en la aludida manifestación, quien explicó que estaban en alerta ante el señalamiento que les había hecho el Presidente Álvaro Uribe consistente en que la protesta estaba “infiltrada” por guerrilleros, por eso retuvieron a una persona por sospechosa, ya que inicialmente se anunció como integrante del Resguardo Quintana, luego dijo que iba a comprar droga para la familia, posteriormente, que era miembro del Ejército y que estaba de permiso, quien efectivamente portaba un uniforme de “camuflado” y un radio. Agregó que dudaron

cuando se anunció como cabo tercero, porque tenían entendido que ese rango sólo llegaba al segundo grado, sin embargo, se le permitió llamar al comandante del batallón y también hablar con su familia y se dio aviso a la Defensoría del Pueblo.

Explicó que una comisión designada al interior de la comunidad rindió un informe a la Asamblea de Autoridades Indígenas, cuerpo que decidió que el intruso debía ser “remediado”, por haber afectado el territorio ancestral, pero antes se le dio la oportunidad de hablar y presentar excusas, pero como no lo hizo se le aplicó el remedio, lo cual es diferente a una sanción, como una forma de armonizarlo para que la conducta no se repitiera.

Las pruebas que daban cuenta de la Minga denotaban la legitimidad de la jurisdicción indígena para investigar un comportamiento que consideraron atentatorio de su tranquilidad territorial y lesivo de la forma como estaban realizando su protesta, pues la actitud del cabo Chaparral Santiago al tomar un rumbo distinto al de las demás personas e ingresar al Resguardo, además de las evasivas que dio al momento de su aprehensión y los elementos que en ese momento portaba, ameritaron que en un acto de jurisdicción la comunidad Nasa decidiera clarificar la permanencia del extraño en sus terrenos.

Nótese que la víctima en el contrainterrogatorio aceptó que llevaba una libreta de apuntes con anotaciones o

convenciones relacionadas con armamento, y que inicialmente no les dijo a los guardias el rango militar que tenía, además, que fue informado por las autoridades indígenas que podía evitar el castigo si indicaba arrepentimiento hacia la comunidad.

El Tribunal aprehendió las manifestaciones que en la audiencia de juicio oral hizo el investigador José Herinaldy Gómez Valencia, estudioso de varias culturas aborígenes, entre ellas la Nasa asentada en el Cauca, pero no les otorgó valor suasorio para determinar que la retención del militar obedeció a un acto jurisdiccional del pueblo indígena.

Ciertamente el aludido investigador, además de explicar su experiencia como perito antropólogo, docente de la Universidad del Cauca y formador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en temas relacionados jurisdicciones interculturales, señaló que la vereda La María es denominada “territorio de Paz” como parte del Resguardo oficialmente reconocido. Agregó, que cuando los indígenas se congregan para un evento todas las personas deben respetar el orden y la Guardia es la encargada de la seguridad, constituyendo una ofensa el poner en riesgo tal congregación cuando alguien invade sus territorios.

El deponente también aclaró la forma como ese pueblo resuelve sus conflictos: si bien el derecho no está codificado y permanece en la memoria colectiva producto de la tradición oral, hay unos procedimientos establecidos; el

Cabildo asume en primer lugar o primera instancia el caso y luego si considera que la conducta reviste alguna gravedad le informa a la Asamblea como máxima autoridad.

Destacó que la justicia es preventiva, está basada en una educación pública, en la Asamblea todos los integrantes pueden intervenir, porque es un juicio público, se crean argumentos favorables o desfavorables y se decide colectivamente, sin que la decisión tenga carácter sancionatorio, pues solo es un elemento educativo para toda la comunidad a fin que la conducta no vuelva a repetirse.

En este sentido, atendiendo los criterios hermenéuticos que se deben tener en cuenta al ponderar la tensión entre el derecho de la diversidad étnica y cultural y por ende la autonomía jurisdiccional indígena, frente a otros derechos fundamentales refulge el acto jurisdiccional de las autoridades indígenas, es decir, la forma como formalmente se manifestaron para resolver un asunto que consideraron lesivo de sus intereses.

El error del Tribunal radicó en fraccionar los hechos y detallar única y exclusivamente la presencia de FELICIANO VALENCIA MEDINA en la Asamblea Indígena para predicar que conoció de la retención del militar y propició la prolongación de tal privación de libertad, por eso, concluyó que al ser el secuestro un delito de ejecución permanente, la retención de la víctima en contra de su voluntad aun

durante el tiempo en que se desarrolló la asamblea, lo hacía responsable.

De forma que no se comparte que el juzgador de segundo grado haya tenido en cuenta las manifestaciones de Ana Deiba Secue Rivera relacionadas con que las Autoridades Indígenas estuvieron a cargo el juzgamiento del Chaparral Santiago pero para ordenar la expedición de copias a fin de que la fiscalía las investigara por el presunto delito de secuestro, lo que se traduciría en vincular a todos los integrantes de la Asamblea Indígena, pues como se sabe las decisiones al interior del pueblo Nasa se toman colectivamente.

En el mismo sentido, se advierte la inconsistencia del *Ad quem*, cuando al determinar que medió un secuestro no ordenó la compulsión de copias para investigar al guardia indígena Arcadio Aguilar Aguilar, quien declaró en juicio oral y admitió que fue uno de los que retuvieron inicialmente a Chaparral Santiago.

Contrariamente, de manera acertada el *a quo* evidenció la autonomía de las autoridades indígenas de juzgar la conducta de Chaparral Santiago, cuando determinó que no se podía declarar su responsabilidad penal “*por ejercer su competencia en un hecho que consideran atentado contra la Minga de resistencia que en ese momento se llevaba a cabo*”.

El acto jurisdiccional que desarrolló la comunidad indígena tiene respaldo constitucional, legal y jurisprudencial como pasa a explicarse:

En efecto, no se puede desconocer que a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, en fiel reflejo de las manifestaciones de los diferentes partidos políticos, agrupaciones y minorías, incluida la representación indígena, que integraron la Asamblea Nacional Constituyente, fue reconocida tanto la diversidad étnica como cultural,² en los artículos 1° y 7°, de cara a mantener la armonía social, propender por la convivencia pacífica o de baja conflictividad y fortalecer la democracia.

Por su parte, el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., en 1989 en Ginebra y aprobado por la Ley 21 de 1991, insta a los gobiernos a asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de aquellos pueblos, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad.

También se impone la obligación de reconocer así como proteger los valores, prácticas sociales, culturales,

² La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, aprobada mediante la Ley 1381 de 2010, confirma que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad y constituye un patrimonio común que debe valorarse y preservarse en provecho o en pro de la pervivencia física y cultural de todos.

religiosas y espirituales de las comunidades indígenas, y se señala que al aplicar la legislación nacional se tome en consideración el derecho consuetudinario que observan, siempre que no sea incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Ahora, como la atribución de funciones judiciales emana del propio texto constitucional, el artículo 246 dentro de las jurisdicciones especiales extendió tal facultad a la indígena, circunscrito a su ámbito territorial, de conformidad con sus propias formas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.

En desarrollo de esa potestad, el artículo 12 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (modificado por el art. 5, Ley 1285 de 2009), ratificó que la función jurisdiccional la ejerce también la jurisdicción especial indígena.

Y si bien el texto constitucional exhorta a la expedición de una ley que armonice las dos jurisdicciones, ha sido la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia las que por vía jurisprudencial han delimitado y definido la jurisdicción indígena a fin de determinar cuándo una comunidad estaría facultada para ejercer esa facultad.

En la sentencia C-136 de 9 de abril de 1996, la Corte Constitucional excluyó del ordenamiento, entre otros, el artículo 1° de la Ley 89 de 1890 «*Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*». —al estimar que no se acompasaba con el reconocimiento de la diversidad étnica reconocida en el texto constitucional, el calificar como «salvajes», a los indígenas y el tenerlos como menguados o incapaces relativos—, así como en las decisiones T-349 de 1996, T-030 de 2000, T-728 de 2002, T-811 de 2004 y T-364 de 2011, entre otras, ha señalado los siguientes factores:

1. *Factor humano*, ya que debe existir un grupo diferenciable por su origen étnico y por su identidad cultural.

2. *Factor orgánico*, que implica la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.

3. *Factor normativo*, al interior de la comunidad medie un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.

4. *Factor geográfico*, relacionado con el ámbito territorial de la comunidad.

5. *Factor de congruencia*, es decir, que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no sea contrario a la Constitución ni a la ley.

Así mismo, en la sentencia C-463/14, al analizar otros artículos de la citada Ley 89 de 1890, esa Corporación destacó los siguientes apogemas:

1. *Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o de minimización de las restricciones a su autonomía*, el cual implica que la restricción a la autonomía indígena solo sea admisible cuando: *i)* sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; *ii)* sea menos gravosa frente a cualquier medida alternativa; y *iii)* se analicen las particularidades de cada comunidad.

2. *Principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos*, ya que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes.

3. *Principio a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía*, según el cual, se han de privilegiar los grupos que conservan sus usos y costumbres frente a los que no los conservan, pues para estos se aplicarían las leyes de la República.

En la citada sentencia se destacaron también diferencias entre la jurisdicción indígena y el fuero, ya que la primera corresponde a un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental, para el cual deben considerarse los anteriores criterios que demarcan la competencia de las autoridades tradicionales, en tanto que el segundo es un derecho subjetivo destinado a: i) *«proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y ii) «una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional».*

Y se precisó que el fuero indígena no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción especial, porque también se debe sopesar lo relacionado con las autoridades autóctonas, el sistema de derecho propio, así como los procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad.

Por su parte en CSJ SP, 5 dic. 2016, rad. 48136 y SP 28 oct. 2015 rad. 44890 se ha enfatizado en el reconocimiento constitucional orientado a proteger la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, reafirmando el poder de configuración normativa por parte de esa población, lo cual conlleva el desplazamiento de la legislación nacional, en sus componentes orgánico, normativo y procedimental.

Se recalcó así que al admitir esa diversidad como fundamento para atribuir jurisdicción a las comunidades étnicas para que, dentro de sus territorios, sean las autoridades tradicionales quienes investiguen y juzguen a los miembros de su comunidad en razón a la pertenencia de la misma, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es reconocer y preservar sus costumbres, valores e instituciones, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico Nacional.

También en CSJ SP, 12 mar 2014, rad. 42287, y SP, 11 nov. 2015, rad. 46556, se destacó que tratándose de hechos graves que atenten contra bienes jurídicos de interés para la cultura mayoritaria, como para determinada comunidad indígena, el elemento institucional, satisfechos los demás factores, adquiere preeminencia para definir el conflicto de jurisdicciones, sin que resulte determinante el hecho de que la justicia indígena contemple un castigo distinto a la pena de prisión fijada por el legislador.

Y se precisó que en tales casos resulta vano argumentar que el sistema sancionatorio de los indígenas comporte un tratamiento débil y permisivo generador de impunidad, porque tal calificación además de peyorativa desdeña la autonomía de los pueblos indígenas.

En este orden de ideas, partiendo del respeto que debe tenerse por la forma o métodos a los que cuales las comunidades indígenas recurren tradicionalmente para la

resolución de sus asuntos, se advierte que con fuerza ejecutiva y declarativa las autoridades nativas declararon su voluntad que Chaparral Santiago había lesionado sus territorios sagrados, lo cual ameritaba su juzgamiento a manera de “*armonizarlo*”.

El Tribunal sin profundizar en el tema estimó que al no tener la calidad de indígena Chaparral Santiago no podía ser juzgado por la jurisdicción indígena, por eso, no se detuvo en el acto mismo de su aprehensión cuando vestido de civil y portando en un maletín un uniforme (camuflado), un radio de comunicaciones y una carpa y varias anotaciones, ingresó al Resguardo en la vereda La María del Municipio de Piendamó-Cauca, con evasivas y sin ofrecer una oportuna justificación de tal permanencia.

Aunque Chaparral Santiago no ostenta la calidad de 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.

Aquí no se puede desdeñar que el cabo del Ejército inicialmente ante la guardia del pueblo Nasa se anunció como perteneciente al Resguardo Quintana, incluso, el Gobernador del Resguardo Indígena Munchique Los Tigres de Santander de Quilichao-Cauca, Pablo Andrés Tenorio, cuando reclamó el conocimiento del asunto seguido contra VALENCIA MEDINA argumentó que el aprehendido había aprovechado sus rasgos físicos para integrarse a la fila de personas que ingresaban al Resguardo.

Además, como 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, ese pueblo no se podía inhibir del conocimiento de la conducta del intruso.

En atención al principio de maximización de la autonomía de la cultura indígena la Sala destaca la forma cómo la comunidad Nasa está organizada para investigar los hechos anómalos y cómo reconstruye la memoria de lo acontecido, los procedimientos o rituales de resarcimiento o armonización, aspectos que dilucidó el antropólogo e investigador José Herinaldy Gómez Valencia.

Tanto al momento de su retención, como en su juzgamiento, se le ofreció a la víctima la oportunidad de dar explicaciones y de ofrecer excusas por la intromisión en el territorio considerado sagrado, sin embargo, en uno y otro caso las rehusó, pero las normas producto de la tradición oral permiten avizorar que no se desconoció el principio de legalidad y que se le brindó al retenido la facultad de ofrecer argumentos para lograr el acercamiento de la verdad de lo acontecido.

La autorización que en los términos del artículo 246 de la Constitución Política y de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia le otorga, entre otros al pueblo Nasa, para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial denotan el acierto del juez de primer grado cuando estimó que el comportamiento del militar atentó contra las comunidades indígenas ante el momento de tensión que se vivía, pues se trataba de una Minga de resistencia, precedida de comentarios de estar involucrados sus integrantes con grupos al margen de la ley, pues no solo se trató del ingreso al territorio, sino que no se identificó oportunamente y portaba elementos de guerra, en un hecho que atentaba contra la armonía de esa comunidad.

El carácter pluralista de la Constitución Política implica reconocer también un pluralismo jurídico para dar cabida al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, de ahí que la limitación de la libertad de locomoción que

afectó a Jairo Danilo Chaparral Santiago obedeció al cumplimiento de la función por parte de los órganos establecidos por la comunidad Nasa para resolver un asunto que estimaron ofensivo, en una clara manifestación de decisión y control de su autonomía y ejercicio de justicia.

De otra parte, resulta nimia la queja del apoderado de la víctima en relación con las torturas que ella padeció, porque como lo ha resaltado la Corte Constitucional en la sentencia T-523/97 cuando analizó los fuetazos establecidos por las comunidades como remedio y señaló que ese castigo *«aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al ‘escarmiento’ público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad»*.

Conforme con las razones expuestas en precedencia, encuentra la Sala que ante la evidente atipicidad del comportamiento desplegado por el líder indígena FELICIANO VALENCIA MEDINA se ha de casar el fallo condenatorio de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Popayán que lo declaró penalmente responsable del delito de secuestro simple, para en su lugar confirmar la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento del mismo Distrito Judicial.

Por lo mismo, se dispondrá su libertad inmediata e incondicional por razón de este proceso, con la advertencia de que cumplirá efectos si no es requerido por otra autoridad.

El juez de primer grado procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra del enjuiciado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR la sentencia condenatoria emitida el 10 de septiembre de 2015 por el Tribunal Superior de Popayán.

2. CONFIRMAR, la sentencia emitida el 24 de marzo de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Circuito Especializado de Popayán que absolvió a FELICIANO VALENCIA MEDINA del delito de secuestro.

3. ORDENAR la libertad inmediata e incondicional del procesado FELICIANO VALENCIA MEDINA, la cual se hará efectiva si no es requerido por otra autoridad.

4. DISPONER que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que contra el procesado haya originado este diligenciamiento.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria