

**SEGUNDA INSTANCIA - Competencia del Consejo de Estado / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA - Competencia del Consejo de Estado / PROCESOS DE REPARACION DIRECTA POR ERROR JUDICIAL - Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia / PROCESOS DE REPARACION DIRECTA POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia / PROCESOS DE REPARACION DIRECTA POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE ADMINISTRACION JUDICIAL - Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia**

Esta Corporación es competente para conocer del asunto de la referencia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en proceso de doble instancia, seguido ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, tal como lo dispone el art. 129 del C.C.A. Sobre el particular la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, desde el 9 de septiembre de 2008, tiene sentado que, en aplicación de los artículos 73 de la Ley 270 de 1996 y 31 constitucional, todos los procesos de reparación directa fundamentados en error judicial, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración judicial, son de doble instancia, que se surten la primera ante los Tribunales Contenciosos y la segunda ante esta Corporación.

**FUENTE FORMAL:** CORTE CONSTITUCIONAL - ARTICULO 31 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 73 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129

**CADUCIDAD DE LA ACCION - Privación injusta de la libertad / CADUCIDAD DE LA ACCION POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Cómputo. Término / TERMINO - A partir de la firmeza de la decisión absolutoria / COMPUTO - A partir de la firmeza de la decisión absolutoria / TERMINO - Dos años / COMPUTO - Dos años**

En el precedente jurisprudencial es pacífica la premisa según la cual, cuando la responsabilidad del Estado se genera en la privación injusta de la libertad, el término bienal de caducidad de la acción de reparación directa previsto en el art. 136 del C.C.A., debe computarse desde la firmeza de la decisión absolutoria, para el caso fue la de sentencia de segunda instancia proferida el 19 de agosto de 1997 por el Tribunal Nacional de Bogotá, que según la constancia secretarial ocurrió el 3 de octubre de 1997. Entonces, como la presente demanda de reparación directa se formuló el 6 de agosto de 1999, resulta claro que procede pronunciarse de fondo, toda vez que no se alcanzó a completar el término extintivo.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto del término bienal de caducidad en procesos por privación injusta de la libertad para la configuración de la caducidad, consultar sentencia de 25 de febrero de 2009, exp.

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Privación injusta de la libertad / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Indígena recolector de hoja de coca / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Si la investigación concluye con ausencia de cualquiera de los elementos estructurales de la conducta punible, no se constituye delito y se configura la responsabilidad estatal**

Con independencia de las consideraciones expuestas por la Fiscalía General de la Nación para fundamentar la medida de aseguramiento -sin beneficio de libertad provisional- impuesta al demandante Luciano Quiguana Cometa, en relación con la comisión de la conducta delictiva prevista en el art. 32 de la Ley 30 de 1986, lo cierto tiene que ver con que la causa culminó con la absolución del sindicado, por ausencia de culpa. Es que desde el inicio de la actuación punitiva se desprendía, como finalmente se concluyó en las sentencias proferidas en ambas instancias, que el detenido obró con la convicción invencible de que la recolección de hoja de coca, por la que fue capturado, era una actividad lícita en el marco de su cosmovisión y de la cultura ancestral del pueblo indígena al que el mismo pertenece. En este sentido, el reciente precedente de la Sección ha sido consistente en definir que si la investigación concluye con ausencia de cualquiera de los elementos estructurales de la conducta punible, o sea, tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad, se debe colegir que la conducta no constituyó delito y, en consecuencia, tiene lugar la responsabilidad estatal prevista en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, cuando el hecho punible no se configura, consultar sentencia del 8 de julio de 2009, exp. 17308. Precedente reiterado en las sentencias del 11 de noviembre de 2009 y 26 de mayo de 2010, exps. 17399 y 19670, respectivamente.

**CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTROPICAS - Reservas del Estado Colombiano / DERECHOS DE LOS INDIGENAS Y PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE - Política de desarrollo alternativo / HOJA DE COCA Y COCAINA - Diferenciación jurisprudencial constitucional**

Una de las reservas que el Estado Colombiano sostuvo frente a la Convención de las Naciones Unidas “contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, pues el Congreso de la República advirtió “2. Colombia entiende que el tratamiento que la Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de la comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente”. (...) Lo anterior resulta suficientemente revelador, no solo para apoyar la decisión de absolver en sede penal al señor Luciano Quiguana Cometa toda vez que desde su identidad, cosmovisión y costumbres indígenas el cultivo y recolección de la hoja de coca no constituía ilícito, sino también para descartar que el ejercicio de tal actividad configure “hecho de la víctima”, pues aunque el ejercicio de tal actividad lo expuso a la detención que padeció -con consecuencias desproporcionadas que se trataran ulteriormente-, reprocharle tal conducta sería tanto como desconocer la identidad cultural.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre diferenciación entre hoja de coca y cocaína, consultar Corte Constitucional sentencia C-176 de 1994

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Privación injusta de la libertad / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Indígena recolector de hoja de coca / DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL DE LA NACION COLOMBIANA - Pueblos indígenas y tribales / PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES - Recolección de hoja de coca / CULTURA INDIGENA - Recolección de hoja de coca / RECOLECCION DE HOJA DE COCA REALIZADA POR INDIGENA - Constituye una actividad lícita, constitucionalmente protegida / CONDUCTA DELICTIVA - No existió / RESPONSABILIDAD ESTATAL - Decreto 2700 de 1991 artículo 414**

Es que no resulta coherente que, por un lado se establezca como elemento fundante de nuestra nacionalidad la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, lo cual comporta no solo el respeto de la cosmovisión de los pueblos indígenas y tribales que concurren a conformarla, sino la adopción de medidas de afirmación positiva tendientes a garantizarla y conservarla y, por el otro, se considere delictiva la recolección de hoja de coca por parte de quien desde siempre se presentó como integrante de un pueblo indígena, registrado en el censo de su comunidad. De suerte que no resulta de recibo la afirmación del Tribunal a quo, a cuyo tenor el señor Quiguana Cometa tenía que soportar la carga de verse privado de la libertad porque fue capturado en flagrancia y reconoció el ilícito, puesto que si no hay delito no hay flagrancia y la aceptación del afectado no prueba nada distinto que su propia convicción, además debidamente fundada, de que realizaba una actividad lícita. Como colofón, se tiene que se probó que la conducta delictiva por la que se privó de la libertad al demandante Luciano Quiguana Cometa, no existió, pues conforme a su cultura recoger hoja de coca constituye una actividad lícita, constitucionalmente protegida; entonces, la responsabilidad estatal en el sub lite se ubica en el régimen previsto en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991 y la sentencia de instancia habrá de revocarse, para en su lugar declarar a la Nación-Rama Judicial patrimonialmente responsable por la privación injusta de la libertad que padeció el señor Luciano Quiguana Cometa.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2700 DE 1991 - ARTICULO 414

**LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Indígena recolector de hoja de coca / PERJUICIO MORAL - Acreditación / PERJUICIO MORAL - Privación injusta de la libertad / DOLOR MORAL DE FAMILIARES - Detención de indígena en establecimiento carcelario, lejos de sus allegados y del resguardo indígena, teniendo que soportar condiciones que nada tienen que ver con su cultura ancestral / PERJUICIO MORAL - Tasación / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes**

Con base en las pruebas practicadas dentro del trámite contencioso, se tiene acreditado que el señor Luciano Quiguana Cometa fue privado injustamente de la libertad entre el 15 de mayo de 1992 y el 3 de octubre de 1997, cuando la recobró definitivamente con la ejecutoria de la sentencia de alzada que confirmó en sede de consulta la absolució n proferida en primera instancia. También existe prueba directa de que los demás demandantes, que durante todas las instancias han sido presentados e identificados como padres (Gerónimo Quiguana y Ángela Cometa Oquiota), hermanos (Luis Gerónimo, Antonio, Alfredo, Faustino, Graciela, Ángela Griselda y Nelson Quiguana Cometa), compañera (Lastenia Ipía Ramos) e hijas (Idelia y Erika Viviana Quiguana Ipía) del detenido Luciano Quiguana Cometa, sufrieron por la referida privación de la libertad, si se considera que éste último fue capturado y recluso en una cárcel, lejos de sus allegados y del resguardo indígena, teniendo que soportar condiciones que nada tienen que ver con su cultura ancestral. Ahora bien, en la demanda se solicitó la indemnización de perjuicios morales a razón de 1.000 gramos de oro para cada demandante; empero, de acuerdo con el criterio que ha sido adoptado por la Sala -sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente No. 13.232-, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado -caso de muerte del padre, hijo, cónyuge o compañero sentimental-, se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) la Sala observa lo que se ha decidido en casos similares al de autos, y determina la

indemnización de perjuicios de carácter moral para la víctima directa la cantidad de cien (100) s.m.m.l.v., por haber estado privado de la libertad más de cinco años; porque la reclusión le acarreó la pérdida de su salud hasta llevarlo a la invalidez y en consideración a haber sido sometido a una carga ajena a su cosmovisión y haber tenido que soportar el desconocimiento de su cultura ancestral. (...). Para los demás demandantes, atendiendo las circunstancias específicas de este caso en el cual no sólo se privó injustamente de la libertad a su ser querido, propiciando una ruptura de gran impacto en mentalidades colectivas de profundo arraigo, como vienen a serlo las propias de los pueblos indígenas y tribales; más las complicaciones de salud sobrevinientes, se fijará la indemnización por daño moral para cada uno de los demandantes en la suma de setenta y cinco (75) s.m.m.l.v.

**NOTA DE RELATORIA:** Para establecer el monto de la indemnización se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

**PERJUICIO MORAL - Indemnización / INDEMNIZACION DE PERJUICIO MORAL - Aplicación de la facultad discrecional que le asiste al Juez / APLICACION DE LA FACULTAD DISCRECIONAL - Parámetros**

Es procedente que la Sala fije en s.m.m.l.v. la indemnización de perjuicios de orden moral a favor de los peticionarios, con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos, la cual está regida por los siguientes parámetros: (i) La indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, pues "... la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia...", mas no de restitución ni de reparación; (ii) la tasación del perjuicio, por razón de su naturaleza inmaterial, se establece con fundamento en el criterio de la equidad y (iii) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio y, fundada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la aplicación de la facultad discrecional en la tasación de perjuicios inmateriales, consultar sentencia del 16 de junio de 1994, exp. 7445 y sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 14726. Respecto a la indemnización del perjuicio que se hace a título de compensación, consultar sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232. Sobre la tasación del perjuicio con fundamento en el criterio de la equidad y su sustentación basada en los medios probatorios, ver

**PERJUICIO MATERIAL - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Detención de indígena en establecimiento carcelario / LUCRO CESANTE - Se calculará por el término de la detención / LUCRO CESANTE - Cálculo / CALCULO - Si no se tiene un ingreso establecido se tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 25 por ciento de presumibles prestaciones sociales / LUCRO CESANTE - Indemnización debida / INDEMNIZACION DEBIDA - Cálculo y fórmula**

En lo que tiene que ver con el lucro cesante la Sala advierte que en este caso está demostrado que el demandante se encontraba en plena capacidad productiva cuando fue privado de la libertad, sin que se tenga prueba directa del monto de sus ingresos; así las cosas, se acudirá a la reiterada regla jurisprudencial de asumir que el detenido devengaba cuando menos un monto equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, aumentado en una cuarta parte por concepto de prestaciones sociales. Entonces, para el cálculo de la base de liquidación se tomará en cuenta el actual s.m.m.l.v. que corresponde a \$535.600, los cuales luego de aumentarse en un 25% [\$133.900 de presumibles prestaciones sociales arrojan un total actualizado de \$669.500. Ahora bien, el periodo a liquidar, teniendo en cuenta la pretensión de la demanda, se liquidará por el término de la detención, o sea, los 64,<sup>6</sup> meses transcurridos desde el 15 de mayo de 1992 hasta el 3 de octubre de 1997, tiempo que corresponde en su totalidad a lucro cesante pasado, debido o consolidado. (...) Conviene aclarar que la anterior condena no desconoce el principio de congruencia, por haberse dispuesto, en esta fecha, una suma superior a la solicitada en la demanda por el mismo concepto, pues actualizados ahora [IPC: 105,<sup>35</sup>] los \$30'000.000 reclamados el 6 de agosto de 1999 [IPC: 56,<sup>05</sup>], tenemos que el tope real serían \$57.992.863,<sup>51</sup>.

**MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Indígena recolector de hoja de coca / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Privación injusta de la libertad / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Detención de indígena en establecimiento carcelario / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Grave violación de los Derechos Humanos / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Desconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Desconocimiento del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto**

la Sala adoptará medidas especiales de reparación integral, en el marco de la protección contra las graves violaciones de los derechos humanos, pues el Estado colombiano, desconociendo la diversidad étnica y cultural de la nación y dejando a un lado sus compromisos internacionales que prohíben los tratos crueles y lo obligan a adoptar medidas para desterrar de su territorio todas las formas de discriminación racial (i) capturó, procesó y mantuvo privado de la libertad al señor Luciano Quiguanas Cometa, integrante del pueblo indígena PAEZ e inculpado de una conducta lícita en su cultura ancestral; (ii) no le procuró la defensa técnica que su situación demandaba y (iii) le hizo soportar condiciones de reclusión contrarias a la dignidad humana, pues debido a la situación carcelaria, fue afectado con una enfermedad respiratoria aguda que lo mantiene en estado de invalidez. (...) Cabe recordar la proclama solemne de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, motivada, entre otras razones por “la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados”, y reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, de su condición política y su desarrollo económico, social y cultural. Desde esta perspectiva prevé el derecho de los pueblos indígenas “como pueblos” o “como personas”, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional. (...) Antes el Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante la Ley 21 de 1991, abordó el derecho

de los pueblos indígenas a la igualdad y a la no discriminación, desde la perspectiva del respeto por la diversidad cultural, acorde con la Declaración de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y particularmente con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, a cuyo tenor los integrantes de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas tienen derecho a su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a vivir de acuerdo con sus costumbres. Señala el numeral 2 del art. 2 de la convención. (...) Postulados que, además de integrar el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, constituyen compromisos internacionales que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, dado su carácter de elementos fundantes de la nacionalidad -artículos 1° y 7° C.P.- y en consideración a que la protección en contra del etnocidio, constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto al planteamiento de la diversidad étnica y cultura que los jueces deben tener presente para poder impartir verdadera justicia, consultar Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala Penal. Providencia del 4 de febrero de 2000, Rad. 5022, M.P. Luis Fernando Tocora López

**MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Indígena recolector de hoja de coca / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Privación injusta de la libertad / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Detención de indígena en establecimiento carcelario / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Funcionarios judiciales omitieron disposiciones constitucionales y compromisos internacionales / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Uso de medidas afirmativas o de diferenciación positiva de forzosa aplicación / MEDIDAS AFIRMATIVAS O DE DIFERENCIACION POSITIVA DE FORZOSA APLICACION - Omisión**

Para la Sala es claro que en el proceso judicial abierto y seguido contra el actor Luciano Quiguanas Cometa, integrante del pueblo indígena PAEZ, los funcionarios judiciales pasaron por alto las disposiciones constitucionales y los compromisos internacionales de Colombia, relacionados con la protección étnica y cultural, porque, además de procesar a una persona de cultura diversa, por una conducta acorde con su identidad, omitieron hacer uso de medidas afirmativas o de diferenciación positiva, de forzosa aplicación, dirigidas a que el sindicado fuera asistido desde su comunidad y contara con una defensa apropiada a su realidad cultural.

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto a las acciones afirmativas o de diferenciación positiva de forzosa aplicación, consultar Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000

**MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Indígena recolector de hoja de coca / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Privación injusta de la libertad / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Detención de indígena en establecimiento carcelario / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Medidas de discriminación inversa / MEDIDAS DE DISCRIMINACION INVERSA - Omisión / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Violación de los Derechos Humanos / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Acompañamiento médico, hospitalario y asistencial / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Programación de un acto público de**

**desagravio por el desconocimiento de la identidad indígena / MEDIDAS ESPECIALES DE REPARACION INTEGRAL - Enseñanza con perspectiva cultural a servidores judiciales de las diferentes jurisdicciones**

La falta de medidas de discriminación inversa no sólo sometieron al señor Luciano Quiguanas Cometa a soportar las cargas de un proceso penal diseñado y establecido para juzgar la conducta de los integrantes de la cultura mayoritaria, sino que, a más de privarlo injustamente de su libertad, lo separaron de su resguardo confinándolo a un centro de reclusión con personas extrañas, sujeto a condiciones deplorables de higiene y salubridad, al punto que contrajo una penosa enfermedad de la que no podrá recuperarse, dada su situación de invalidez. Así, ante las graves violaciones de los derechos humanos a las que fue sometido el señor Luciano Quiguanas Cometa, sus parientes cercanos y el pueblo indígena PAEZ al que los demandantes pertenecen, se adoptará como medida de rehabilitación que la Nación, con cargo al patrimonio de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, le brinde un permanente acompañamiento médico, hospitalario y asistencial al actor Luciano Quiguanas Cometa, condicionado a que éste, su familia o las autoridades del pueblo indígena PÁEZ llegaren a solicitarlo con absoluto y total respeto de su identidad cultural, asumiendo las entidades demandadas los costos que implique la atención, incluyendo medicamentos, insumos y en general lo necesario para la rehabilitación de su integridad mental, física y psicológica. Los parientes del actor y las autoridades indígenas podrán solicitar, del Personero Municipal de Toribío (Cauca), y del Defensor Regional del Pueblo, la asistencia y el apoyo necesario para hacer efectiva esta protección. Del mismo modo se le ordenará al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación que, dentro del término de seis meses, contados a partir de la notificación de esta decisión, programe un acto público de desagravio por el desconocimiento de la identidad indígena del actor, de su familia, de su comunidad y del pueblo indígena PAEZ, con la asistencia de los demandantes, de las autoridades indígenas y de los medios de comunicación del lugar. (...) Finalmente, como en el proceso se desatendió la protección efectiva de los derechos del pueblo indígena PAEZ, se conminará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación, para que impartan, si aún no lo hubieren hecho, enseñanza a servidores judiciales de las diferentes jurisdicciones, con perspectiva cultural, para que situaciones como las analizadas en este asunto no se vuelvan a presentar.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil once (2011)

**Radicación número: 19001-23-31-000-1999-01134-01(21410)**

**Actor: LUCIANO QUIGUANAS COMETA Y OTROS**

**Demandado: LA NACION-RAMA JUDICIAL-FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia del 29 de marzo de 2001, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión con sede en Cali, mediante la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda (fl. 96, C-4°).

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. SÍNTESIS DEL CASO**

Sostiene el señor Luciano Quiguanas Cometa (fls. 1 a 9, C-1°) (i) que el 12 de mayo de 1992 fue capturado por la Policía Nacional -junto con su hermano menor de edad Luis Gerónimo Quiguanas Cometa- en el sitio “*El Pajarito*” de la vereda “*El Credo*”, jurisdicción del municipio Caloto (Cauca), en momentos en los que se dedicaba a recolectar “*hoja de coca*”; (ii) que el día 18 siguiente el Juzgado Veintiuno Ambulante de Instrucción Criminal declaró formalmente abierta la investigación penal y el 2 de junio del mismo año profirió en su contra detención carcelaria que substituyó en domiciliaria el 22 de diciembre de 1993; (iii) que el 25 de mayo de 1994 se profirió resolución de acusación por infracción de la Ley 30 y (iv) que el 19 de agosto de 1997 fue absuelto, al concluirse que dada su condición cultural, estaba incurso en causal de inculpabilidad por “*error invencible*”, sobre la tipicidad de la conducta.

Por tanto, considera que tanto a él como a su familia se les causó “*un gran dolor moral por detención injusta*”, además de perjuicios materiales en cuantía de \$23'400.000, “*toda vez que tenía una renta de TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$3000.000.00) mensuales*”.

### **2. LA DEMANDA**

El 6 de agosto de 1999 -a través de apoderado-, los señores Luciano, Luis Gerónimo, Antonio, Alfredo, Faustino, Graciela, Ángela Griselda y Nelson Quiguanas Cometa, Lastenia Ipía Ramos, Gerónimo Quiguanas, Ángela Cometa Oquiota e Idelia y Erika Viviana Quiguanas Ipía, ante el Tribunal Contencioso



Administrativo del Cauca formularon acción de reparación directa contra la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación y Dirección Nacional de Administración Judicial, pretendiendo que, previo a la declaratoria de responsabilidad patrimonial a cargo de las demandadas por la privación injusta de la libertad que sufrió el señor Luciano Quiguanas Cometa, se acceda a las siguientes indemnizaciones:

(...)

**Por concepto de perjuicio Morales** se pagara (sic.) a LUCIANO QUIGUANAS COMETA, GERONIMO QUIGUANAS, ANGELA COMETA OQUITA, LASTENIA IPIA RAMOS, IDELIA QUIGUANAS IPIA, ERIKA VIVIANA QUIGUANAS IPIA, NELSON QUIGUANAS COMETA, LUIS GERONIMO QUIGUANAS COMETA, ANTONIO QUIGUANAS COMETA, FAUSTINO QUIGUANAS COMETA, GRACIELA QUIGUANAS COMETA, NELSON QUIGUANAS COMETA y ALFREDO QUIGUANAS COMETA el equivalente en Moneda Nacional de UN MIL GRAMOS ORO, consistentes en el profundo trauma psíquico que les ocasionó de (sic.) la privación injusta de la libertad a que fue sometido el señor LUCIANO QUIGUANAS COMETA en la Penitenciaría Nacional San Isidro de la ciudad de Popayán, lo anterior dentro de un proceso adelantado por la Fiscalía Regional y los Jueces regionales, de Santiago de Cali-Valle, que finalizó con Sentencia Absolutoria.

**Por concepto de Lucro Cesante** se deberá pagar al señor LUCIANO QUIGUANAS COMETA, la suma de VEINTITRES MILLONES DE PESOS (23'000.000), consistentes en los dineros que dejó de percibir como producto de sus actividades laborales en virtud de la detención injusta de la libertad a que fue sometido.

(...)

### 3. INTERVENCIÓN PASIVA

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 46 a 55, ib.). En resumen la entidad alega que la medida privativa de la libertad se dispuso porque el acusado fue sorprendido en flagrancia y confesó la comisión del delito, por lo que la actuación de las autoridades judiciales *“no puede calificarse de omisiva, imprudente o negligente que dé lugar a comprometer su responsabilidad”*.

Finalmente, la demandada formuló las excepciones (i) de *“ausencia de causa para demandar”* pues finalmente la decisión penal de considerar configurada la causal

de inculpabilidad favoreció al demandante; (ii) de *“culpa de la víctima”* toda vez que los detenidos se dedicaban a la actividad delictiva, por lo que deben atenerse a las consecuencias y (iii) la *“innominada o genérica”*.

La parte demandante replicó las anteriores excepciones (fls. 66 a 68, ib.). En resumen destaca que a partir de la naturaleza objetiva de la responsabilidad estatal frente a los supuestos previstos en el art. 414 del Código de Procedimiento Penal de la época, resulta intrascendente si las autoridades obraron o no conforme a derecho. Con todo, advierte la parte accionante que hasta las postrimerías del juicio, las autoridades judiciales *“no habían estructurado de manera definitiva los elementos para configurar el tipo penal”* al punto que ignoraron la culpabilidad. Finalmente enfatiza en el elemento subjetivo que justificó la absolución del procesado, recalcando que en el proceso penal se desconoció su *“identidad cultural”* y *“cosmovisión”*, aspectos que hubieran facilitado un pronto esclarecimiento del asunto.

### **3. ALEGATOS**

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial reitera los argumentos expuestos en la contestación, particularmente se refiere a la *“ausencia de causa para demandar”*. Afirma que, sin perjuicio del estado de flagrancia en el que se produjo la retención y de la confesión del sindicado, éste fue absuelto porque no fue encontrado culpable, decisión que en todo caso lo favorece, pues de haber sido condenado *“no estaría demandado del Estado el pago de los perjuicios”*. Finalmente advierte que *“la Fiscalía cumplió con sus funciones y sus decisiones se enmarcaron en la Constitución y la Ley”*. Solicita, que, en el evento de que los pretensiones llegaren a prosperar, se disponga que la condena afecte directamente el patrimonio de la Fiscalía General de la Nación, dada la autonomía administrativa y presupuestal de la entidad (fls. 82 a 85, ib.).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 29 de marzo de 2001, la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo con sede en Cali resolvió negar las pretensiones de la demanda (fls. 88 a 96, C-4°). Centralmente el *a quo* consideró que en el proceso penal se surtieron todas las etapas procesales y que al sindicado le fueron respetadas sus garantías constitucionales y legales. Señala la decisión:

(...)

*En el caso de estudio, el implicado fue detenido en flagrancia, además se cumplió a cabalidad con lo establecido por el Estatuto Adjetivo Penal, es decir, que las diferentes etapas establecidas por el legislador colombiano, fueron agotadas por el operador judicial, como son: medidas de aseguramiento, resolución de acusación; enmarcando la actuación judicial dentro de los parámetros legales.*

(...)

*En el caso de autos se dieron todas las garantías, el actor confesó que en el momento de la captura se encontraba recolectando hoja de coca, pero que desconocía que tal actividad era ilícita, siendo este error invencible el motivo por el cual se absuelve a LUCIANO QUIGUANAS COMETA.*

(...)

*En consecuencia, no es cierto que su detención haya sido injusta, toda vez que se basó en hechos que debían ser aclarados, por el implicado en el proceso penal, ya que por la conducta que se realizó la investigación está sancionada por la Ley colombiana, el hecho existió y el actor aceptó la comisión del mismo.*

(...)

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante recurre en apelación, para que la decisión antes reseñada se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda (fls. 104 a 108, ib.). En síntesis el impugnante adujo:

(...)

*La parte actora considera que si el Régimen previsto por vía de excepción en el Art. 414 del C.P.P. para los tres eventos ahí consignados, es el de la Responsabilidad Objetiva, en el cual el Juez ante la constatación del daño como es la Detención Preventiva y la existencia de una cualquiera de las hipótesis previstas, necesariamente deberá ordenar la indemnización.*

(...)

*La administración de justicia exoneró de responsabilidad mediante sentencia judicial definitiva al señor LUCIANO QUIGUANAS COMETA, por cuanto obro (sic.) con la convicción errada e invencible de que su*

*conducta no constituía delito, es decir existió una causal de Inculpabilidad, conforme lo establece el art. 40 numeral 4 del C.P.P.*

(...)

*Si tenemos que LUCIANO QUINAGUAS COMETA fue exonerado por encontrarse demostrada una causal de inculpabilidad como lo era la prevista en el art. 40 numeral 4 del C.P., se evidencia que la conducta objeto de la investigación penal no constituía hecho punible, por cuanto para que éste se configure se necesita como lo anotamos que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, y en este caso faltó (sic.) el último.*

(...)

*Admitir que el señor LUCIANO QUINAGUAS COMETA ocasionó su detención por su dolo o culpa, como tangencialmente lo da a entender el Tribunal de primera instancia, no es admisible, por cuanto el actuar de QUINAGUAS COMETA es expresión de su cosmovisión indígena; insistir en lo contrario nos conduciría a un absurdo, pues aceptar que él originó (sic.) la detención por dolo o culpa, conforme a las circunstancias subjetivas que acompañaron su actuar, sería comoderivar (sic.) una responsabilidad por el hecho de pertenecer a una minoría étnica y cultural distinta a la mayoritaria, cuando en nuestro ordenamiento constitucional tiene previsto que “El Estado Colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación Colombiana” (art. 7 de la Constitución Política de Colombia).*

(...)

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **1. COMPETENCIA**

##### **3. HECHOS PROBADOS**

A partir de la copia auténtica del expediente contentivo del proceso penal seguido contra el señor Luciano Quiguana Cometa -piezas que obran en el plenario- quedan acreditados los siguientes hechos:

-El 15 de mayo de 1992, el comandante de la Segunda Sección de la Compañía Búfalo del Cuerpo Especial Armado de la Policía Nacional dejó a disposición del Jefe de la Unidad Investigativa de Orden Público de Popayán a los hermanos Luciano y Luis Gerónimo Quiguana Cometa, porque fueron “*sorprendidos*

recolectando hoja de coca”, en la vereda “El Credo”, sitio “Pajarito”, en el municipio de Caloto-Cauca (fl. 50, C-2° [pruebas 1]).

-El 16 de mayo de 1992 la Unidad Investigativa de Orden Público adscrita al Departamento de Policía-Cauca ordenó practicar una serie de diligencias “para el perfeccionamiento de la presente investigación”. Para el efecto (i) fueron informadas personas capturadas de sus derechos, previa lectura de disposiciones en la materia; (ii) el sargento segundo de la policía Alirio Lizarazo Lizarazo ratificó el informe de la detención - “(...) Ellos manifestaron de que (sic) habían venido a Toribio en busca de trabajo y que esa fue la ocupación que les dio el señor, que hacía tres días que habían sido contratados y me dijeron que el señor CONDA les pagaba por libra que recolectaran y si dijeron que eran conciente (sic) que habían sido contratados para la recolección de coca” y (iii) en diligencia juramentada fue escuchado el menor Luis Gerónimo Quiguanas Cometa, sin la asistencia de abogado, ni la presencia del ministerio público -quien al ser preguntado sobre si tenía conocimiento “(...) que el cultivar, transportar o vender plantas, que producen dependencias o que son utilizadas para la producción de sustancias alucinógenas es delito. CONTESTÓ: No eso no sé” (fls. 51-63, ib.).

-El 18 de mayo de 1992, sin defensa técnica y “en presencia del Fiscal Octavo de Orden Público, como representante del Ministerio Público”, el señor Luciano Quiguanas Cometa rindió “versión libre y espontánea (sic.)”, de la que se destaca:

*“Pues es la primera vez que cogemos coca pues solamente trabajamos echando azadón y pala y cogiendo café (...). PREGUNTADO Sírvase manifestarnos si tiene conocimiento para qué utiliza la hoja de coca el señor FLORENTINO [quien los contrató] CONTESTÓ Pues eso si no se decirle nada porque nosotros no llevamos sino tres días [recolectando la hoja] entonces no nos damos cuenta”.*

-El día antes señalado se realizó una inspección judicial con intervención de peritos a las muestras de las sustancias incautadas, que dieron lugar a establecer que los hermanos Quiguanas Cometa recolectaban hoja de coca, siendo así el Juzgado Veintiuno Ambulante de Instrucción Criminal del Cauca declaró abierta la investigación penal, en contra de los antes nombrados por violación a la Ley 30 de 1986 -por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones” (fls. 73 a 87, ib.).

-El 19 de mayo de 1992, luego de designársele abogado de oficio, el sindicado rindió indagatoria (fls. 92 - 98, ib.).

-El 2 de junio de 1992, una vez oídas las versiones de todos los agentes que participaron en la captura, quienes confirmaron, en términos generales, el estado de flagrancia en la que fueron retenidos los sindicados (fls. 102 a 110, ib.), el Juzgado de Instrucción Criminal de Orden Público de Cali -a quien le fue remitido el asunto por competencia (fl. 113, ib.)- resolvió "*DICTAR MEDIDA DE SEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA CONTRA LUCIANO QUIGUANAS COMETA, de condiciones civiles conocidas en autos como presunto autor y responsable de VIOLACIÓN AL ESTAUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES de que trata la Ley 30 de 1986*" (fls. 117 a 112, ib.).

-El 27 de junio de 1992, el detenido Luciano Quiguanas Cometa le solicitó al juez instructor se le concediera la libertad. Para el efecto puso de presente la responsabilidad de quien lo contrató para recolectar la hoja de coca, advirtiendo que nunca mintió sobre su participación en los hechos y que no tenía antecedentes judiciales (fls. 140 y 141, ib.); no obstante el 27 de agosto de 1992, el Fiscal Regional de Cali negó la solicitud, argumentando que el implicado no cumplía con el mínimo de tiempo requerido para invocar a su favor la libertad, ni se estaba frente a los eventos relacionados en el art. 5 del Decreto 2790 de 1990, modificado por el Decreto 099 de 1991 (fls. 143 y 144, ib.).

-El 16 de octubre de 1992, el asesor jurídico de la Cárcel de Popayán le solicitó al Fiscal del caso "*AUTORIZACIÓN A FIN DE INTERNO QUINGUANAS (sic.) COMETA LUCIANO SEA LLEVADO HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE ESTA AGRADEZCOLE SU ATENCION PUNTO CONFORME ORDEN MEDICA EXPEDIDA DR. JOSE N. MONTEALEGRE INFORMANDOLE PADECE TUBERCULOSIS PUNTO*". El 4 de noviembre de 1992 el Instructor de turno aceptó el traslado y al día siguiente solicitó un reconocimiento del médico legista, para así decidir sobre la detención hospitalaria (fls. 148-157, ib.).

-El 26 de septiembre de 1992, el Gobernador y el Secretario del Cabildo Indígena de La Parcialidad de Toribío Cauca, certificaron que los hermanos Luis Gerónimo y Luciano Quiguanas Cometa integraban el resguardo pues figuraban incluidos en el censo respectivo (fl. 195, ib.).

-El 2 de octubre de 1992, el Gobernador, el Secretario, el Presidente de la Junta y el Secretario de la Junta pertenecientes al Grupo Comunitario Pedro León Rodríguez del Resguardo Indígena de Corinto al tiempo que afirmaron haber constatado la pertenencia a esa comunidad indígena, en calidad de socio del

grupo comunitario del señor Luciano Quiguanas Cometa reclamaron su liberación fundados en su inocencia y en los perjuicios causados tanto al detenido como a su grupo familiar (fls. 196 y 197, ib.).

-En escrito recibido el 29 de junio de 1993, el sindicado Luciano Quiguanas Cometa solicitó “*APLAZAMIENTO O SUSPENSIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN*”, dado la gravedad de su estado de salud, en razón de la tuberculosis contraída en la cárcel. Para fundamentar su aserto aportó resumen sobre la evaluación médica practicada, que recomendaba “*seguir el tratamiento Anti-TBC y el tratamiento rehabilitador de sus secuelas neurológicas en un ambiente limpio, aireado, ventilado, y por su incapacidad debe ser asistido por una persona casi que en forma permanente en sus necesidades primarias*” (fls. 211-214, ib.).

-El 11 de noviembre de 1993, la Fiscalía Regional dispuso cerrar la investigación y citar al procesado para diligencia de ofrecimiento del beneficio de acogimiento a sentencia anticipada (fl. 240 ib.).

-El 10 de diciembre de 1993, se llevó a cabo con el procesado la audiencia de ofrecimiento de terminación anticipada de la causa penal que se adelantaba en su contra. Figura en el acta que “*el sindicado LUCIANO QUIGUANAS COMETA se encuentra en silla de ruedas y parece no entender lo que se le explica, por cuanto ha sufrido parálisis o embolia cerebral; no se le entiende lo que habla y poco escucha*” y también se lee que, sin embargo, la Fiscalía procedió a explicarle los beneficios del acogimiento a una terminación anticipada y que el procesado “*LUCIANO QUIGUANAS COMETA con la cabeza indica que se acoje (sic.) a los beneficios que propone la Fiscalía y con la ayuda de la doctora ZUÑIGA ORTIZ, Apoderada de Oficio y quien se compromete desde ahora a seguir apoderando al sindicado hasta la terminación del proceso, manifiesta que se acoje (sic.) a la AUDIENCIA ESPECIAL de que habla el art. 37 a del C. de P. Penal modificado por el artículo 4º. De la Ley 81 de 1993*” (fols.245 y 246, lb.).

-El 22 de diciembre de 1993, previo dictamen del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses Seccional Cauca, según el cual el procesado “*padece un cuadro clínico que lo limita exclusivamente a una silla de ruedas con imposibilidad de realizar sus necesidades orgánicas solo. Para esta persona la penitenciaria se está convirtiendo en auspicio (sic.) lo cual no es su función*”, la Fiscalía Regional delegada ante los Juzgados Regionales de Cali resolvió sustituir

la medida preventiva que pesaba sobre el sindicado por la detención domiciliaria, previo a que se prestara caución de un salario mínimo mensual legal vigente (fls. 230 a 235, ib.).

-El 27 de enero de 1994, la Fiscalía Regional de Cali resolvió (i) revocar la providencia que dispuso el cierre de la investigación, en atención a la solicitud elevada por el Ministerio Público, fundada en que la etapa procesal se concluyó sin conocer, previamente, la respuesta del procesado al ofrecimiento de sentencia anticipada, restringiéndole, de esta manera y de manera notable el derecho de acceder al beneficio de rebaja de pena y (ii) a petición de la defensa, se disminuyó a \$50.000 la caución para la sustitución de medida de aseguramiento (fls. 270 y 271, ib.).

-El 2 de febrero de 1994, la Fiscalía recibió vía fax la constancia del pago de la caución por valor de \$50.000, señalada en providencia anterior (fls. 276 y 277, ib.) y el día 4 del mismo mes y año sustituyó la medida preventiva por detención domiciliaria (fl. 300, ib.).

-El 25 de mayo de 1994 -luego de haber cerrado previamente la investigación el 8 de abril de 1994-, la Fiscalía Regional Delegada de Cali dispuso formular resolución de acusación en contra del señor Luciano Quiguanas Cometa al encontrarlo responsable en calidad de autor del delito de *“conservación de plantas de las cuales se pueda producir droga que genere dependencia”* y compulsó copias para que se investigue al señor Florentino Conda por los mismos hechos (fls. 313 y 318, ib.).

-El 10 de octubre de 1995, al intentar notificar al procesado su necesaria comparecencia a la audiencia de juicio oral, la secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Toribío dejó constar que *“el sindicado se encuentra totalmente incapacitado por invalidez de miembros superiores e inferiores”* (fl. 369, C-3°).

-El 13 de agosto de 1996, el señor Jerónimo Quiguanas, quien durante el curso de la investigación penal se presentó como padre del acusado, rindió declaración (fls. 426 y 428, ib.).

-El 2 de octubre de 1996, en curso de la ampliación de indagatoria surtida en la etapa de juicio, el Juzgado comisionado para el efecto hizo constar que *“el sindicado se encuentra en malas condiciones de salud, totalmente paralizado el lado derecho sin tener movimiento por sí solo sino con ayuda de su padre quien lo*



*mueve y traslada cargado al no poder movilizarse por sus propios medios, por este motivo además, el Despacho tuvo que trasladarse hasta esta vereda” (fls. 431 a 433, ib.).*

-En la oportunidad para presentar alegaciones finales en el curso del proceso penal, el ministerio público, luego de concluir que *“afloran los requisitos que invoca el Art. 247 del C. Penal para dictar fallo de condena”*, expuso:

*“Desafortunadamente para la persona del acusado, las consecuencias del cautiverio resultaron dañinas en sumo grado, no fue bien tratado en los centro de reclusión, al extremo de que adquirió grave enfermedad que le limitó considerablemente sus capacidades físicas y síquicas, el dictamen acreditado es preciso, también lo es la ampliación de indagatoria donde se dejó constancia de su salud (...) Este cuadro a la luz del régimen penal, invita como mínimo a reconocer la suspensión de la ejecución de la pena, toda vez que lo invocada (sic.) en el numeral 3°. del Art. 407 del C. de P. Penal que se aplica en concordancia con el 507 ibídem, se encuentra acreditado en la foliatura, por tanto el Ministerio Público demanda se reconozca este tratamiento de ejecución de la pena, pues resultaría inhumano, alejado de las normas de un estado de derecho, remitir a una persona en las condiciones del procesado a un centro de reclusión, ante esta realidad la ley y el Juez no pueden cerrar los ojos. Si se aplicaran las teorías modernas del derecho penal, este sería un evento, de aquellos que se cita como no imponer pena por resultar esta innecesaria, pues a una persona en las condiciones física y síquicas que presenta QUINAGUAS (sic.) COMETA, ningún beneficio para el Estado ni para él ni menos para la sociedad podrá significar algún tipo de sanción, por el contrario será algo contrario al tratamiento humano” (fls. 464 a 469, ib.).*

-A su turno, la Fiscalía alegó:

*“la prueba refleja que si bien hace parte [el sindicato] del conglomerado social Colombiano, es igualmente verídico que pertenece a una parcialidad indígena entre cuyas costumbres está la del mambeo, es decir, el consumo de la hoja de coca como tradición; que para poderla consumir requiérese de cosecha previa, para lo que fue contratado y aceptó trabajar al jornal desconociendo que, según su propia expresión, fuera hierba mala. Por modo que, para esta instancia Fiscal su conducta encaja dentro de la causal 4°. del artículo 40 del código penal colombiano, que consagra como aspecto negativo de culpabilidad el obrar con el convencimiento errado e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Error sobre antijuricidad que implica el desconocimiento de la ilicitud de su comportamiento, porque lo considera equivocadamente lícito. A esta conclusión se arriba luego del análisis desprevenido y sistemático del*

*caudal probatorio, sin influencia del aspecto meramente sentimental por los antecedentes de salud de Quiguanas”.*

-Adicionalmente el ente acusador le planteó al Juez de la causa, la necesidad de sopesar *“las circunstancias que generaron el resquebrajamiento en la salud del procesado y determine si hay lugar a la compulsación de copias con miras a una previa indagación disciplinaria a nivel interno del centro de reclusión donde ingresó en detención preventiva, para esclarecer el origen de la enfermedad que ahora sufre”* (fls. 473 a 475, ib.).

-El 16 de mayo de 1996, el Juzgado Regional de Cali en decisión de primera instancia resolvió absolver al sindicado, mediante providencia que el Tribunal Nacional confirmó. Para el efecto el juez de primer grado sostuvo:

*“Es una verdad que no admite duda que, una de las costumbres de los indígenas es el denominado mambeo, valga decir, el consumo de hoja de coca por tradición; constituyendo para ellos en una conducta lícita, no solo su consumo, sino su cultivo. Como bien lo anota La Fiscal Regional, para poderla consumir, se requiere que previamente se siembre y se coseche, y precisamente para esa labor fue contratado y aceptó laborar al jornal, sin que pasara por su mente que lo que hacía fuera ilícito. (...) Puestas así las cosas, se arriba a la conclusión que la conducta de QUIGUANAS COMETA, no es culpable, en cuanto que actuó con la convicción errada e invencible de que con su conducta no concurrían los elementos propios de ningún tipo penal, es decir, creyó que por el hecho de recolectar hojas de coca no realizaba hecho punible alguno”* (fls. 477 a 518, ib.).

Finalmente, el 19 de agosto de 1997, la Sala de Decisión del Tribunal Nacional, en sede de consulta, en decisión que cobró firmeza el 3 de octubre del mismo año (fl. 542, ib.) consideró:

*“Como puede observarse, en la consciencia de estos aborígenes, no se asoma el deber legal de comportamiento al que se contraen las reglas de convivencia del hombre civilizado, de consiguiente, para nada les importa <porque lo ignorar>, el conocimiento de antijuridicidad o de prohibición de cultivar, conservar o financiar plantaciones de coca, porque para ellos es una creación de sus Dioses (sic), para hacer el bien, para trabajar mejor y para curarse. Si esto es así, tampoco cabría el juicio de desvalor de la conducta, como en efecto se hizo contra LUCIANO, considerándolo lesivo al interés jurídico de la Salubridad Pública, habida cuenta que, lo que es malévolos para la sociedad imperante, para aquella comunidad indígena, como en su mayoría, es saludable, luego sería impropio atribuirle dicha connotación jurídica cuando en realidad ninguna trascendencia o relevancia normativa invade”* (fls. 533 a 538, ib.).

Ahora bien, en la presente causa se recibieron las declaraciones por comisionado de los señores Rogerio Ramos Vitonas, Belarmino Dauqui Valencia, Hernando Valencia Taquinas y Luis Ángel Secue (fls. 577 a 590, ib.), quienes al unísono declararon (i) las buenas relaciones del señor Luciano Quiguana Cometa con los demás actores que fueron identificados como sus padres, hermanos, esposa e hijas y (ii) los sufrimientos de la familia en razón de la detención, aunado a que, debido a la falta de recursos se vieron imposibilitados de visitarlo en el lugar de reclusión, en el que, además, enfermó gravemente.

Con notoria seriedad resaltaron la invalidez que aqueja al señor *Quiguana Cometa*, producida por una enfermedad “*de las vías respiratorias*”, contraída en prisión; informaron también que su compañera ya no convive con él, aunque continúa en la misma parcela en compañía de las hijas de ambos y pusieron de presente el apoyo incondicional brindado por sus padres y hermanos.

Ahora bien, aunque las anteriores declaraciones, en principio<sup>1</sup>, no resultan idóneas para demostrar el vínculo filial que une a Luciano Quiguana Cometa con los demás demandantes, supuesto a partir del cual, jurisprudencialmente, se infiere el dolor que sufren los parientes por las tragedias vividas por uno de sus familiares; las mismas constituyen prueba directa del dolor padecido puntualmente por los señores Gerónimo Quiguana y Ángela Cometa Oquiota; Luis Gerónimo, Antonio, Alfredo, Faustino, Graciela, Ángela Griselda y Nelson Quiguana Cometa; Lastenia Ipía Ramos; e Idelia y Erika Viviana Quiguana Ipía; sujetos que en el conjunto de la foliatura se han presentado e identificado respectivamente como los padres, hermanos, compañera e hijas del señor Luciano Quiguana Cometa.

#### **4. PROBLEMA JURÍDICO**

Verificada la competencia de la Sala, despejado el tema de la caducidad de la presente acción y esclarecidos puntualmente los hechos más relevantes que se encuentran probados, corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación instaurado por la parte demandante, contra la sentencia que niega las

---

<sup>1</sup> Queda abierta la discusión de si exigirle a los integrantes de pueblos indígenas la prueba de la relación filial con base en la normatividad positiva constituye un desconocimiento de su identidad cultural y cosmovisión, pues particularmente, extrañar los registros civiles de nacimiento y matrimonio podría comportar una imposición abusiva de una forma de comportamiento ajena a su tradición cultural.

pretensiones de la demanda, fundada en que la medida privativa de la libertad no fue injusta. Sostuvo el *a quo* que por haber sido sorprendido en flagrancia y haber aceptado los hechos, tenía que soportar la carga que comporta la detención, por su parte el impugnante pone de presente la ausencia de culpa y la inexistencia de la conducta delictiva, en razón de consideraciones en punto al desconocimiento de la identidad y cosmovisión indígena del implicado.

Debe en consecuencia la Sala determinar -en función de los hechos probados- si la Nación-Rama Judicial es patrimonialmente responsable por la privación de la libertad que padeció el demandante Luciano Quiguanas Cometa, siendo del caso precisar el contenido y alcance de los presupuestos contemplados en el art. 414 del decreto 2700 de 1991, particularmente cuando se declara la absolución del procesado por una causal de inculpabilidad.

## **5. IMPUTACIÓN. JUICIO DE RESPONSABILIDAD**

A partir de los hechos probados que se acaban de referir *ut supra*, la Sala encuentra que, con independencia de las consideraciones expuestas por la Fiscalía General de la Nación para fundamentar la medida de aseguramiento -sin beneficio de libertad provisional- impuesta al demandante Luciano Quiguanas Cometa, en relación con la comisión de la conducta delictiva prevista en el art. 32 de la Ley 30 de 1986<sup>2</sup>, lo cierto tiene que ver con que la causa culminó con la absolución del sindicado, por ausencia de culpa.

Es que desde el inicio de la actuación punitiva se desprendía, como finalmente se concluyó en las sentencias proferidas en ambas instancias, que el detenido obró con la convicción invencible de que la recolección de hoja de coca, por la que fue capturado, era una actividad lícita en el marco de su cosmovisión y de la cultura ancestral del pueblo indígena al que el mismo pertenece.

En este sentido, el reciente precedente de la Sección ha sido consistente en definir que si la investigación concluye con ausencia de cualquiera de los elementos estructurales de la conducta punible, o sea, tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad, se debe colegir que la conducta no constituyó delito y, en

---

<sup>2</sup> "El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de diez (10) a cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales. (...)"

consecuencia, tiene lugar la responsabilidad estatal prevista en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991<sup>3</sup>.

Así las cosas, la Sala trae a colación el siguiente pronunciamiento<sup>4</sup>:

(...)

*En este sentido, para la Sala resulta claro que se configuró el tipo privilegiado previsto en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, norma que estaba vigente para la época en que el actor sufrió la privación de su libertad, dado que el proceso terminó con resolución de preclusión de la investigación, porque se estableció que la conducta del sindicato no fue constitutiva de hecho punible, por haber actuado bajo una causal de inculpabilidad de la conducta, según la cual no es culpable “quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal”.*

*Vale destacar que para que una conducta sea constitutiva de hecho punible, se requiere que de conformidad con lo previsto en el artículo 2º del decreto 100 de 1980, sea típica, antijurídica y culpable. Será típica si se acomoda a alguno de los tipos penales descritos en la ley penal, antijurídica cuando lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley, y deberá realizarse con culpabilidad de conformidad con lo previsto en los artículos 3º, 4º y 5º del Código Penal.*

(...)

*En síntesis para que un hecho sea considerado como punible la conducta debe ser típica, antijurídica y culpable. En el caso concreto, no se presentó el último elemento, esto es, el de la culpabilidad, dado que si bien la Fiscalía al precluir la investigación consideró que la conducta del señor Molina era típica por cuanto se adecuaba al tipo penal imputado y era antijurídica por cuanto lesionaba los intereses jurídicos tutelados por la norma, no obró con culpabilidad, dado que se configuró una de las causales de inculpabilidad previstas en el código penal, atinente al error en el tipo, pues actuó con el convencimiento*

---

<sup>3</sup> Recuérdese que en el estado actual de la jurisprudencia no se discute la responsabilidad estatal cuando la sentencia deviene absoluta en los casos previstos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando el afectado con la medida no tenía que ser privado de su libertad, como quiera que **el hecho delictivo no existió**, el procesado no lo cometió o la conducta investigada no era constitutiva de delito.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de julio de 2009, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 17.308. Este precedente fue reiterado en las sentencias del 11 de noviembre de 2009 y 26 de mayo de 2010, providencias con la misma ponente en los Exp. 17.399 y 19.670.

*errado e invencible de que su conducta no configuraba el tipo penal que se le endilgó.*

*Así las cosas, habrá lugar a declarar la responsabilidad de la Nación, dado que se configuró uno de los supuestos previstos en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, esto es, cuando la decisión absolutoria se adoptara porque en el proceso quedara acreditado que el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o el mismo no era punible, toda vez que en el sub lite el proceso terminó con resolución de preclusión de la investigación, porque se estableció que la conducta del sindicato no fue constitutiva de hecho punible por haberse configurado una causal de inculpabilidad.*

(...)

En este punto vale la pena recordar, en primer lugar, una de las reservas que el Estado Colombiano sostuvo frente a la Convención de las Naciones Unidas<sup>5</sup> “*contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*”, pues el Congreso de la República advirtió “*2. Colombia entiende que el tratamiento que la Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta **los derechos de la comunidades indígenas involucradas** y la protección del medio ambiente*”<sup>6</sup>.

Sobre dicha reserva la propia Corte Constitucional consideró<sup>7</sup>:

(...)

*Esta declaración se funda en una distinción que esta Corte comparte. No se puede colocar en el mismo plano la planta coca y los usos lícitos y legítimos que de ella se han hecho y se pueden hacer, y la utilización de la misma como materia prima para la producción de cocaína. Esta diferenciación entre la hoja de coca y la cocaína es necesaria puesto que numerosos estudios han demostrado no sólo que la hoja de coca podría tener formas de comercio alternativo legal que precisamente podrían evitar la extensión del narcotráfico, sino además que el ancestral consumo de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos.*

(...)

---

<sup>5</sup> Viena, 20 de diciembre de 1988.

<sup>6</sup> Reserva citada por la Corte Constitucional en sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia *ídem*.

*Esta distinción entre la coca y la cocaína tiene además en Colombia una sólida base constitucional puesto que "el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana" (Art 7 CP), por lo cual la persecución del narcotráfico no puede traducirse en un desconocimiento de la identidad cultural de las comunidades indígenas, protegida por la Constitución.*

(...)

Estas posiciones incluso tienen fundamento en los informes del Instituto Indigenista Interamericano, organismo especializado del sistema interamericano<sup>8</sup>:

*(...) podemos concluir que, aunque las sustancias activas de la coca (principalmente la cocaína) tienen ante todo una acción antifatigante y productiva de placer, el hábito de consumo en su forma tradicional no corresponde a la satisfacción de una necesidad biológica, sino que está enraizada en ancestrales y profundas consideraciones culturales, por lo que esta costumbre, como el consumo del tabaco y del alcohol en otras culturas, debe ser enfocada no como un problema biológico sino como un complejo cultural que forma parte del núcleo social indígena y que asume el carácter de un símbolo de identidad étnica (...).*

Lo anterior resulta suficientemente revelador, no solo para apoyar la decisión de absolver en sede penal al señor Luciano Quiguana Cometa toda vez que desde su identidad, cosmovisión y costumbres indígenas el cultivo y recolección de la hoja de coca no constituía ilícito, sino también para descartar que el ejercicio de tal actividad configure "hecho de la víctima", pues aunque el ejercicio de tal actividad lo expuso a la detención que padeció -con consecuencias desproporcionadas que se trataran ulteriormente-, reprocharle tal conducta sería tanto como desconocer la identidad cultural.

Es que no resulta coherente que, por un lado se establezca como elemento fundante de nuestra nacionalidad la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, lo cual comporta no solo el respeto de la cosmovisión de los pueblos indígenas y tribales que concurren a conformarla, sino la adopción de medidas de afirmación positiva tendientes a garantizarla y conservarla y, por el otro, se considere delictiva la recolección de hoja de coca por parte de quien desde

---

<sup>8</sup> Informe sobre la Coca y sus efectos en Bolivia. México: mimeo, 1986 citado por Alejandro Camino "Coca: del uso tradicional al narcotráfico" en Diego García Sayán (Ed). Coca, cocaína y narcotráfico, Laberinto en los Andes. Lima Comisión Andina de Juristas, 1989, p 93.

siempre se presentó como integrante de un pueblo indígena, registrado en el censo de su comunidad.

De suerte que no resulta de recibo la afirmación del Tribunal *a quo*, a cuyo tenor el señor Quiguana Cometa tenía que soportar la carga de verse privado de la libertad porque fue capturado en flagrancia y reconoció el ilícito, puesto que si no hay delito no hay flagrancia y la aceptación del afectado no prueba nada distinto que su propia convicción, además debidamente fundada, de que realizaba una actividad lícita.

Como colofón, se tiene que se probó que la conducta delictiva por la que se privó de la libertad al demandante Luciano Quiguanas Cometa, no existió, pues conforme a su cultura recoger hoja de coca constituye una actividad lícita, constitucionalmente protegida; entonces, la responsabilidad estatal en el *sub lite* se ubica en el régimen previsto en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991 y la sentencia de instancia habrá de revocarse, para en su lugar declarar a la Nación-Rama Judicial patrimonialmente responsable por la privación injusta de la libertad que padeció el señor Luciano Quiguanas Cometa.

## **6. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS**

### **6.1 PERJUICIOS INMATERIALES. Daño moral**

Con base en las pruebas practicadas dentro del trámite contencioso, se tiene acreditado que el señor Luciano Quiguanas Cometa fue privado injustamente de la libertad entre el 15 de mayo de 1992 y el 3 de octubre de 1997, cuando la recobró definitivamente con la ejecutoria de la sentencia de alzada que confirmó en sede de consulta la absolución proferida en primera instancia.

También existe prueba directa de que los demás demandantes, que durante todas las instancias han sido presentados e identificados como padres (Gerónimo Quiguanas y Ángela Cometa Oquiota), hermanos (Luis Gerónimo, Antonio, Alfredo, Faustino, Graciela, Ángela Griselda y Nelson Quiguanas Cometa), compañera (Lastenia Ipía Ramos) e hijas (Idelia y Erika Viviana Quiguanas Ipía) del detenido Luciano Quiguanas Cometa, sufrieron por la referida privación de la libertad, si se considera que éste último fue capturado y recluido en una cárcel, lejos de sus allegados y del resguardo indígena, teniendo que soportar condiciones que nada tienen que ver con su cultura ancestral.



Ahora bien, en la demanda se solicitó la indemnización de perjuicios morales a razón de 1.000 gramos de oro para cada demandante; empero, de acuerdo con el criterio que ha sido adoptado por la Sala -sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente No. 13.232-, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral **en su mayor grado** -caso de muerte del padre, hijo, cónyuge o compañero sentimental-, se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Por lo anterior es procedente que la Sala fije en s.m.m.l.v. la indemnización de perjuicios de orden moral a favor de los peticionarios, con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos<sup>9</sup>, la cual está regida por los siguientes parámetros:

(i) La indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, pues “... *la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia...*”<sup>10</sup>, mas no de restitución ni de reparación; (ii) la tasación del perjuicio, por razón de su naturaleza inmaterial, se establece con fundamento en el criterio de la equidad y (iii) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio y, fundada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad<sup>11</sup>.

En ese orden, la Sala observa lo que se ha decidido en casos similares al de autos<sup>12</sup>, y determina la indemnización de perjuicios de carácter moral para la

---

<sup>9</sup> Dicha facultad discrecional debe ser ejercida de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de la Sala, los cuales “... *descartan toda fórmula mecánica o matemática y antes ilustran que esa decisión debe considerar las circunstancias que rodearon los hechos y enmarcarse por los principios de razonabilidad...*” (sentencia del 16 de junio de 1994, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, radicación No. 7.445, actor: María Luisa Perdomo Lozada). Igualmente puede verse, entre otras, la sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación No. 54001-23-31-000-1993-08025-01 (N.I. 14726), actor: Domingo Antonio Bermúdez, decisión que constituye uno de los muchos ejemplos de aplicación de la facultad discrecional en la tasación de perjuicios inmateriales.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación n.º 13232.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 16205.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 1º de marzo de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 15138. En este caso al detenido se le concedieron 50 s.m.m.l.v.

víctima directa la cantidad de cien (100) s.m.m.l.v., por haber estado privado de la libertad más de cinco años; porque la reclusión le acarreó la pérdida de su salud hasta llevarlo a la invalidez y en consideración a haber sido sometido a una carga ajena a su cosmovisión y haber tenido que soportar el desconocimiento de su cultura ancestral.

Para los demás demandantes, atendiendo las circunstancias específicas de este caso en el cual no sólo se privó injustamente de la libertad a su ser querido, propiciando una ruptura de gran impacto en mentalidades colectivas de profundo arraigo, como vienen a serlo las propias de los pueblos indígenas y tribales; más las complicaciones de salud sobrevinientes, se fijará la indemnización por daño moral para cada uno de los demandantes en la suma de setenta y cinco (75) s.m.m.l.v. para cada uno.

## **6.2 PERJUICIOS MATERIALES. Lucro cesante**

Finalmente, en lo que tiene que ver con el lucro cesante la Sala advierte que en este caso está demostrado que el demandante se encontraba en plena capacidad productiva cuando fue privado de la libertad, sin que se tenga prueba directa del monto de sus ingresos; así las cosas, se acudirá a la reiterada regla jurisprudencial de asumir que el detenido devengaba cuando menos un monto equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, aumentado en una cuarta parte por concepto de prestaciones sociales.

Entonces, para el cálculo de la base de liquidación se tomará en cuenta el actual s.m.m.l.v. que corresponde a \$535.600, los cuales luego de aumentarse en un 25% [\$133.900] de presumibles prestaciones sociales arrojan un total actualizado de **\$669.500**.

Ahora bien, el periodo a liquidar, teniendo en cuenta la pretensión de la demanda, se liquidará por el término de la detención, o sea, los 64,<sup>6</sup> meses transcurridos desde el 15 de mayo de 1992 hasta el 3 de octubre de 1997, tiempo que corresponde en su totalidad a lucro cesante pasado, debido o consolidado.

Así las cosas, la liquidación arroja lo siguiente:

<b>V/ACTUAL</b>	\$669.500
<b>INTERES (i)</b>	0,004867
<b>TIEMPO (n)</b>	64,6

$$S = \frac{V/\text{ACTUAL}}{i} \frac{(1+i)^n - 1}{i} = \frac{\$669.500}{0,004867} * \frac{1,004867^{64} - 1}{0,004867}$$

**\$50'677.399,43**

Conviene aclarar que la anterior condena no desconoce el principio de congruencia, por haberse dispuesto, en esta fecha, una suma superior a la solicitada en la demanda por el mismo concepto, pues actualizados<sup>13</sup> ahora [IPC: 105,<sup>35</sup>] los \$30'000.000 reclamados el 6 de agosto de 1999 [IPC: 56,<sup>05</sup>], tenemos que el tope real serían \$57.992.863,<sup>51</sup>.

## 7. MEDIDAS ADICIONALES DE REPARACIÓN INTEGRAL

En esta oportunidad la Sala adoptará medidas especiales de reparación integral, en el marco de la protección contra las graves violaciones de los derechos humanos, pues el Estado colombiano, desconociendo la diversidad étnica y cultural de la nación y dejando a un lado sus compromisos internacionales que prohíben los tratos crueles y lo obligan a adoptar medidas para desterrar de su territorio todas las formas de discriminación racial (i) capturó, procesó y mantuvo privado de la libertad al señor Luciano Quiguanas Cometa, integrante del pueblo indígena PAEZ e inculpado de una conducta lícita en su cultura ancestral; (ii) no le procuró la defensa técnica que su situación demandaba y (iii) le hizo soportar condiciones de reclusión contrarias a la dignidad humana, pues debido a la situación carcelaria, fue afectado con una enfermedad respiratoria aguda que lo mantiene en estado de invalidez.

Efectivamente, aunque sobre las lamentables condiciones de reclusión en las que se mantuvo al detenido, el único elemento probatorio no puede valorarse por tratarse de la declaración del padre, también demandante en este proceso, lo cierto es que el demandante Quiguanas Cometa ingresó al establecimiento carcelario en el que permaneció recluido durante más de 64 meses, en buenas condiciones de salud, pues fue capturado mientras realizaba labores agrícolas y no se ha probado lo contrario y recuperó su libertad en silla de ruedas, aquejado de tuberculosis e incapacitado para valerse por sí mismo. Sin que las entidades demandadas hayan puesto de presente un origen diferente a la reclusión, como causa del daño.

<sup>13</sup> Para esta operación se acude a la fórmula  $Ka = Kh * (IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial})$ .

Además el relato de los hechos probados resulta a todas luces revelador, en punto de la violación por parte de las autoridades judiciales, del respeto a la diversidad cultural del sindicado en cuanto los investigadores y jueces no velaron porque se le suministre al detenido una asistencia judicial acorde con su pertenencia a un cultura diferente, con miras a que el mismo afrontara la investigación y el juzgamiento en condiciones de igualdad.

Particularmente conviene traer a colación un pronunciamiento en el que el juzgador se conecta realmente con la identidad cultural indígena al considerar<sup>14</sup>:

*(...) Con esa reforma, se plantea la diversidad étnica y cultural, que los jueces deben tener presente, para poder impartir verdadera justicia. Cuando se desconoce esa diferencia, la premisa inicial de la aplicación de la ley, es falsa, y hará derivar la conclusión en una decisión inequitativa. **Juzgar a diferentes, como iguales, es romper el principio de igualdad que la Constitución consagra en su Preámbulo y en su artículo 13.** La diferenciación de las comunidades indígenas, como destinatarios de la ley, tiene como base la diferente realidad normativa en la cual se encuentran inmersos los indígenas, debiendo los jueces tener presente esos distintos referentes normativos para poder juzgar con equidad los comportamientos. Solamente se pueden desarrollar juicios sobre los comportamientos de las personas, dentro de los marcos normativos y de los contextos axiológicos correlativos, en que viven. Esa es la razón de fondo del artículo 246 de la Constitución Nacional, que implica no solamente una proclama del pluralismo, sino también de la alteridad, en la medida en que reconoce al otro, ese otro indígena, que vivía aquí siglos antes de la llegada de los conquistadores y colonizadores, quienes impusieron por la fuerza su ley y su credo; **ese otro indígena, que tiene sus propios dioses y creencias, que tiene sus propias normas y valores, y que no puede ser arrollado por una cultura que se pretende el centro absoluto, por el hecho de haber terminado siendo mayoritaria, y particularmente por creerse más “poderosa”.***

*La vinculación del destinatario de la ley, a su marco cultural, es algo que tiene que ver con el PODER DE MOTIVACIÓN DE LA NORMA, en el sentido de que ésta pueda ejercer un influjo real en el comportamiento de los asociados. La norma debe tener un cierto PODER DE CONFIGURACION de la realidad social, en la medida en que se constituya en factor participante en la orientación y decisión de las conductas. En ese sentido, **las normas sobre las cuales deba levantarse el juicio de reproche, deben ser aquellas que entornan culturalmente al autor, y no aquellas con las que ocasionalmente pueda entrar en contacto** (negritas editadas)(...).*

---

<sup>14</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala Penal. Providencia del 4 de febrero de 2000, Rad. 5022, M.P. Luis Fernando Tocora López.

Cabe recordar la proclama solemne de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, motivada, entre otras razones por *“la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados”*, y reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, de su condición política y su desarrollo económico, social y cultural. Desde esta perspectiva prevé el derecho de los pueblos indígenas *“como pueblos”* o *“como personas”*, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional.

Para el efecto la declaración señala, entre otros derechos y facultades, que dichos pueblos y personas (i) son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas y (ii) tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y a no ser sometidos a acto de genocidio, ni a ninguno de violencia, particularmente a *“no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura”*.

En armonía con lo expuesto, los Estados están obligados a establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente a evitar *“toda forma de asimilación o integración forzada”*, comoquiera que *“los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales”*. Ello incluye el derecho (i) *“a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas”* y (ii) *“a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos”*.

Siendo para el efecto los Estados miembros de la comunidad internacional, exhortados a adoptar medidas eficaces, **en consulta** y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Dispone la declaración, respecto del derecho de los pueblos indígenas y de sus integrantes a conservar sus prácticas médicas tradicionales, su espiritualidad y sus expresiones culturales-artículos 24, 25 y 26:

*1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.*

*2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.*

(...)

*1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.*

*2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.*

Conforme al artículo 40 de la declaración, *“los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.*

Antes el Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante la Ley 21 de 1991, abordó el derecho de los pueblos indígenas a la igualdad y a la no discriminación, desde la perspectiva del respeto por la diversidad cultural, acorde con la Declaración de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y particularmente con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, a cuyo tenor los integrantes de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas tienen derecho a su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a vivir de acuerdo con sus costumbres. Señala el numeral 2 del art. 2 de la convención<sup>15</sup>:

*2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.*

Postulados que, además de integrar el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, constituyen compromisos internacionales que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, dado su carácter de elementos fundantes de la nacionalidad -artículos 1° y 7° C.P.- y en consideración a que la protección en contra del etnocidio, constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>15</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

En armonía con lo expuesto, para la Sala es claro que en el proceso judicial abierto y seguido contra el actor Luciano Quiguana Cometa, integrante del pueblo indígena PAEZ, los funcionarios judiciales pasaron por alto las disposiciones constitucionales y los compromisos internacionales de Colombia, relacionados con la protección étnica y cultural, porque, además de procesar a una persona de cultura diversa, por una conducta acorde con su identidad, omitieron hacer uso de medidas afirmativas o de diferenciación positiva, de forzosa aplicación, dirigidas a que el sindicato fuera asistido desde su comunidad y contara con una defensa apropiada a su realidad cultural. Al respecto la jurisprudencia constitucional tiene dicho<sup>16</sup>:

(...)

*14- Como bien lo señalan algunos de los intervinientes, los mecanismos que contempla la ley estatutaria que se estudia son, en términos generales, acciones afirmativas. Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.*

*De acuerdo con esta definición, los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, tal y como se explicará más adelante, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras.*

(...)

*18- No obstante, lo anterior no significa que para confirmar la existencia de un acto de discriminación, baste el hecho de que se tenga en cuenta uno de esos criterios, pues el mismo artículo 13 superior, en el inciso 2°, dispone que el "Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



*Este inciso, entonces, alude a la dimensión sustancial de la igualdad, "al compromiso Estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos". Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2º de la Carta, de perseguir un orden justo.*

*Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables.*

*En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte, "mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales".*

*Pero en últimas, lo que sucede es que en la discriminación inversa no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la discriminación injusta. Para ilustrar esta afirmación con un ejemplo, mientras que en la discriminación que la Constitución prohíbe, a X se le otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer o ser negro, en los casos de discriminación inversa un tratamiento preferencial se otorga sobre la base de que X es una persona que ha sido discriminada (injustamente) por ser mujer o por ser negro.*

En este particular caso, la falta de medidas de discriminación inversa no sólo sometieron al señor Luciano Quiguanas Cometa a soportar las cargas de un proceso penal diseñado y establecido para juzgar la conducta de los integrantes de la cultura mayoritaria, sino que, a más de privarlo injustamente de su libertad, lo separaron de su resguardo confinándolo a un centro de reclusión con personas extrañas, sujeto a condiciones deplorables de higiene y salubridad, al punto que contrajo una penosa enfermedad de la que no podrá recuperarse, dada su situación de invalidez.

Así, ante las graves violaciones de los derechos humanos a las que fue sometido el señor Luciano Quiguanas Cometa, sus parientes cercanos y el pueblo indígena

PÁEZ al que los demandantes pertenecen, se adoptará como medida de rehabilitación que la Nación, con cargo al patrimonio de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, le brinde un permanente acompañamiento médico, hospitalario y asistencial al actor Luciano Quiguana Cometa, condicionado a que éste, su familia o las autoridades del pueblo indígena PÁEZ llegaren a solicitarlo con absoluto y total respeto de su identidad cultural, asumiendo las entidades demandadas los costos que implique la atención, incluyendo medicamentos, insumos y en general lo necesario para la rehabilitación de su integridad mental, física y psicológica. Los parientes del actor y las autoridades indígenas podrán solicitar, del Personero Municipal de Toribío (Cauca), y del Defensor Regional del Pueblo, la asistencia y el apoyo necesario para hacer efectiva esta protección.

Del mismo modo se le ordenará al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación que, dentro del término de seis meses, contados a partir de la notificación de esta decisión, programe un acto público de desagravio por el desconocimiento de la identidad indígena del actor, de su familia, de su comunidad y del pueblo indígena PÁEZ, con la asistencia de los demandantes, de las autoridades indígenas y de los medios de comunicación del lugar.

Es necesario advertir que previamente a adoptar cualquier medida que afecte al pueblo indígena PÁEZ, al señor Quiguana Cometa y a su familia, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación, con el apoyo del Ministerio del Interior, deberán adelantar la consulta de que trata el art. 6 de la Ley 21 de 1991 -Convenio n.º 169 de la O.I.T.-, tarea en la cual se requerirá la intervención del Personero Municipal de Toribío y el Defensor Regional del Pueblo.

Finalmente, como en el proceso se desatendió la protección efectiva de los derechos del pueblo indígena PÁEZ, se conminará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación, para que impartan, si aún no lo hubieren hecho, enseñanza a servidores judiciales de las diferentes jurisdicciones, con perspectiva cultural, para que situaciones como las analizadas en este asunto no se vuelvan a presentar.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**REVÓCASE** la sentencia del 29 de marzo de 2001, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión con sede en Cali y Cesar y en su lugar se dispone:

**PRIMERO. DENEGAR LAS EXCEPCIONES** propuestas por la demandada.

**SEGUNDO. DECLARAR** a la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva Nacional de Administración Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, **RESPONSABLES PATRIMONIAL Y EXTRAPATROMONIALMENTE** por la privación injusta de la libertad que padeció el señor Luciano Quiguanas Cometa entre el 15 de mayo de 1992 y el 3 de octubre de 1997.

**TERCERO.** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes indemnizaciones:

- 3.1** A favor del señor Luciano Quiguanas Cometa, la suma de cien **(100) salarios** mínimos mensuales legales vigentes por concepto de daño moral, más **\$50'677.399** por concepto de lucro cesante.
- 3.2** A favor de Gerónimo Quiguanas, Ángela Cometa Oquiota, Luis Gerónimo, Antonio, Alfredo, Faustino, Graciela, Ángela Griselda y Nelson Quiguanas Cometa, Lastenia Ipía Ramos e Idelia y Erika Viviana Quiguanas Ipía, la suma de setenta y cinco **(75) salarios** mínimos mensuales legales vigentes por concepto de daño moral, para cada uno.

**CUARTO. ADOPTAR** como **MEDIDA DE REHABILITACIÓN**, en orden a la reparación integral, la asistencia médica, hospitalaria que el afectado demande y requiera, acorde con la parte motiva de esta providencia, a cargo del presupuesto de la Fiscalía General de la Nación y de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con absoluto respeto de su identidad cultural.

**QUINTO. ORDENAR** al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación que, previa consulta al pueblo indígena que deberán coordinar con del Ministerio del Interior, programen un acto público de desagravio a nombre de la Nación Colombiana, en un término no superior a **SEÍIS (6) MESES** contados a

partir de la notificación del presente fallo, por el desconocimiento de la identidad cultural que padecieron los demandantes y el pueblo Indígena PAEZ.

Del mismo modo, se conmina al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación, para que, en los cursos de formación, si ya no lo hubieren hecho, impartan a los servidores judiciales enseñanza con perspectiva cultural, con el objeto que situaciones como las analizadas en el presente caso no se vuelvan a presentar.

**SEXTO. NO CONDENAR** en costas pues no quedó acreditado que la entidad demandada obrara procesalmente con temeridad.

**SÉPTIMO.** De conformidad con lo dispuesto en los arts. 115 del C.P.C. y 37 del Decreto 359 de 1995, para el cumplimiento de esta sentencia **EXPÍDANSE COPIAS** con destino a las partes, para que sean entregadas al apoderado judicial que venga actuando en cada caso.

**SÉPTIMO.** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Los magistrados,

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**  
Presidenta de Sección

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**  
Magistrada

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Magistrado