CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre del dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 73001-23-31-000-2008-00518-01 (37815)
Actores: JOSE CRISANTO TIQUE Y OTROS
Demandado: RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: Se revoca la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones y en su lugar se declara a la Nación – Rama Judicial responsable por el daño antijurídico ocasionado al señor José Crisanto Tique al verse privado injustamente de la libertad**. Restrictor:** Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado- La responsabilidad del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora[1] contra la sentencia del 25 de septiembre de 2009[2] proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la que se dispuso:

> *"**PRIMERO.-** DECLARAR NO PROBADA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.*
>
> ***SEGUNDO.-** NEGAR LAS PRETENSIONES.*
> *(…)".*

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Presentación de la demanda.

La demanda fue presentada el **27 de agosto del 2000** por José Crisanto Tique, María Floremia Ducuara de Tique, quienes actúan en nombre propio y de sus menores hijas Flor María Tique Ducuara y Reina Marince Tique Ducuara;

[1] Fls. 77 a 84 del C. Ppal.
[2] Fls. 140 a 150 del C. Ppal.

mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas[3]:

> *"2.1 Declarar a la Nación – Rama Judicial, civil y administrativamente responsable de los perjuicios morales y de los perjuicios de la vida de relación ocasionados a los demandantes, con motivo de la privación de la libertad sufrida por el Jefe de familia señor JOSE CRISANTO TIQUE, como consecuencia de un error judicial en que incurrieron las autoridades del resguardo indígena Santa Marta Palmar y la comunidad Indígena Palmar Bocas de Babí del municipio de Coyaima Tolima, al expedir la resolución N°. 001 del 16 de agosto de 2006, violando la Constitución y la Ley, al no tener en cuenta las garantías procesales consagradas en los artículos 29 y 246 Superiores.*
>
> *2.2. Como consecuencia de la anterior declaración, el ente demandado, pagará a los actores por intermedio de su apoderado, la totalidad de los perjuicios morales y perjuicios a la vida de relación que se le hayan ocasionado o inferido a cada uno de los demandantes por la privación injusta de la libertad sufrida por el señor JOSE CRISANTO TIQUE, conforme a la presente liquidación, o la que se demostrara en el proceso, así:*
>
> ***2.2.2. PERJUICIOS MORALES***
>
> *Condénese al demandado ya mencionado a pagar a título de indemnización por los perjuicios morales, las sumas de dinero que equivalgan en moneda nacional para la fecha de ejecutoria de la sentencia, según Decreto expedido por el Ministerio de la Protección Social que fija el salario mínimo legal, a las sumas equivalentes en salarios mínimos legales mensuales, para los demandantes, como compensación al profundo dolor que les causara la privación injusta de la libertad de JOSE CRISANTO TIQUE, ordenada por las autoridades del resguardo indígena Santa Marta Palmar y la comunidad indígena Palmar Bocas de Babí, como consecuencia de violación flagrante y grosera de su derecho fundamental del debido proceso.*
>
> *De esta forma, los daños MORALES, son aquellos que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, que originan angustias, dolores internos y psíquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o definir.*
>
> *Por ello, ha de condenarse al demandado por concepto de perjuicios morales a favor de mis representados en la siguiente forma:*
>
> *2.2.2.1. Al señor JOSE CRISANTO TIQUE, en su condición de lesionado, la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes o el máximo que en el momento de proferir sentencia haya fijado la Jurisprudencia del Consejo de Estado.*
>
> *2.2.2.2. A la señora MARIA FLOREMIA DUCUARA DE TIQUE, en su condición de esposa del perjudicado, la suma equivalente a cien salarios*

[3] Fls. 40 a 51 del C. 1.

mínimos legales mensuales vigentes o al máximo que en el momento de proferir sentencia haya fijado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.2.2.3. A la menor FLOR MARIA TIQUE DUQUE, en su condición de HIJA del perjudicado, la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes o al máximo que en el momento de proferir sentencia haya fijado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.2.2.4. A la menor REINA MARINCE TIQUE DUQUE, en su condición de HIJA del perjudicado, la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes o al máximo que en el momento de proferir sentencia haya fijado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.2.3 PERJUICIO A LA VIDA DE RELACIÓN

*El Consejo de Estado en su actual y reiterada jurisprudencia ha precisado sobre el perjuicio a la vida de relación: "**Este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ellas, por razones de parentesco o amistad, entre otras, Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que – además del perjuicio patrimonial y moral – pueden sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación".***
(…)

2.2.3.1. Al señor JOSE CRISANTO TIQUE, en su condición de lesionado la suma de doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes o el máximo que en el momento de proferir sentencia haya fijado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.2.3.2 A su esposa MARIA FLOREMIA DUCUARA DE TIQUE, y sus hijas FLOR MARIA TIQUE DUCUARA y REINA MARINCE TIQUE DUCUARA, a la suma equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de proferir sentencia para cada una de ellas, o el máximo que en el momento de proferir sentencia haya fijado la jurisprudencia del Consejo de Estado, porque durante el tiempo en que el señor JOSE CRISANTINO TIQUE estuvo privado de la libertad, no pudo tener la existencia más grata al no poder compartir diariamente, como es natural y obvio, la compañía de su amada esposa MARÍA FLOREMIRA DUCUARA DE TIQUE y la de sus apreciadas hijas. De igual manera, la esposa y las hijas del señor JOSE CRISANTINO TIQUE, durante el tiempo que éste estuvo privado de su libertad, también a ellas se les privó tener la existencia más grata, al no poder compartir diariamente la compañía de su esposo y padre, tanto en la casa, como en el trabajo y en las demás actividades cotidianas, como era normal antes de ser privado de la libertad".

1.2. Fundamento fáctico.

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora relató los hechos que la Sala sintetiza así:

1. El **03 de septiembre de 2006** el señor José Crisanto Tique fue capturado por miembros de la Policía Nacional, en cumplimiento de la orden emitida por los

señores José Vidales Yara Tique y Marciano Aguja Tique, gobernadores del resguardo indígena Santa Marta Palmar y la comunidad Palmar Bocas de Babí, respectivamente; pues había sido condenado a tres meses de cárcel, pena que purgaría en la cárcel del Circuito de Purificación – Tolima.

2. Indicó el apoderado de la parte demandante, que el Personero Municipal de Coyaima – Tolima interpuso acción de tutela en representación del señor Tique, en aras de que se garantizaran sus derechos fundamentales y se ordenara su libertad inmediata, pues, advirtió que los gobernadores indígenas incurrieron en un error judicial, De esta acción conoció en primera instancia el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Coyaima, que el **27 de septiembre de 2006** profirió sentencia en la que amparó el *"derecho a la diversidad étnica cultural del señor JOSE CRISANTINO TIQUE, por considerar que no puede ser sometido por la jurisdicción especial indígena, de igual manera tutela su derecho de defensa, violando por parte de los señores JOSE VIDALES YARA TIQUE, gobernador del cabildo del resguardo indígena Santa Marta Palmar y MARCIANO AGUJA TIQUE, gobernador del cabildo de la comunidad indígena Palmar Bocas de Babí, al proferir la resolución N°. 001 de agosto de 2006, donde fue sancionado el señor JOSE CRISANTO TIQUE a noventa días de privación de la libertad. De esta manera se configuró un daño antijurídico en contra de los demandantes, que es indemnizable a través de la acción de reparación directa"*

3. En consecuencia de lo anterior el **28 de septiembre de 2006** el señor José Crisanto Tique recobró su libertad después de permanecer privado de su libertad 26 días, *"como consecuencia de una decisión judicial arbitraria (resolución N° 001 de agosto 16 de 2206 (sic) proferida por la jurisdicción especial indígena representada por los gobernadores indígenas JOSE VIDALES YARA TIQUE y MARCIANO AGUJA TIQUE",* quienes, nunca le informaron al señor Tique de la existencia del proceso penal que se adelantó en su contra, por lo que era evidente la transgresión a su derecho fundamental al debido proceso.

4. Sin embargo, la parte accionada dentro de la acción de tutela impugnó la decisión del 27 de septiembre de 2006 proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Coyaima, recurso que desató el **10 de noviembre de 2006** el Juzgado Primero Civil del Circuito del Guamo, en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia.

5. Indicó el apoderado de los demandantes, que el señor José Crisanto Tique es un campesino residente de la vereda Santa Marta Palmar del municipio de Coyaima, quien no pertenece a ninguna comunidad indígena de ese municipio, por lo que la jurisdicción indígena no tenía competencia para juzgarlo; por otra parte manifestó que: *"La rama judicial del poder público es responsable de los perjuicios sufridos de manera directa por el señor JOSE CRISANTO TIQUE, y de manera indirecta por su esposa (…) y sus hijas (…) en el momento de proferir la resolución N° 001 de agosto 16 de 2006, eran legalmente las autoridades de los pueblos del resguardo indígena Santa María Palmar y la comunidad indígena Palmar Bocas de Babí, elegidos popularmente por sus comunidades. Y de acuerdo con el artículo 11 de la ley 270 de 1996, numeral 1, literal e), las autoridades de los territorios indígenas integran la jurisdicción especial indígena, y son órganos que hacen parte de la rama judicial del poder público del Estado Colombiano".*

2. Actuación procesal en primera instancia.

2.2. Admisión de la demanda.

Inicialmente el proceso fue repartido al Juzgado Cuarto Administrativo, que el **16 de octubre de 2008** declaró la falta de competencia para conocer de la presente acción de reparación directa, y en consecuencia, remitió el expediente al Tribunal Administrativo del Tolima[4].

El Tribunal Administrativo de Tolima el **11 de noviembre de 2008** admitió la demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y ordenó tramitarla conforme a ley[5].

Esta providencia fue notificada el **25 de noviembre de 2008** a la Dirección Nacional de Administración Judicial[6].

2.3. Contestación de la demanda.

El **18 de diciembre de 2008** la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial presentó escrito de contestación[7], mediante el cual se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda por cuanto consideró que en "*las*

[4] Fls. 53 a 54 del C. No. 1.
[5] Fls. 62-63 del C. No. 1.
[6] Fl. 66 del C. No. 1.
[7] Fls. 69 - 72 del C. No. 1.

actuaciones de los despachos judiciales involucrados actuaron(sic) conforme a la constitución y a la ley, por esta razón mi representada no está llamada a responder por los perjuicios inexistentes".

En cuanto a los hechos, afirmó que no le constaban, por lo que manifestó que se atendría a lo que resultara probado en el proceso contencioso administrativo.
Por último, propuso las excepciones de: i) inexistencia de perjuicios; ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; iii) indebida acción, pues la demandada no le causó perjuicio alguno a la parte actora y, iv) la innominada o genérica.

2.4. Periodo probatorio.

Vencido el término de fijación en lista, mediante auto de **27 de enero de 2009**[8], el Tribunal Administrativo de Tolima decretó las pruebas solicitadas por las partes.

2.5. Alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo de Tolima, por medio de auto proferido el **18 de agosto de 2009**, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto, respectivamente[9].

La parte demandada presentó alegatos de conclusión el **25 de agosto de 2009**[10] en los que manifestó que se ratificaba en todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y las excepciones propuestas en la misma.

El Ministerio Público guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia

El **25 de septiembre de 2009**, el Tribunal Administrativo de Tolima profirió sentencia de primera instancia mediante la cual negó todas las pretensiones de la demanda[11] aduciendo que *"como quiera, que no se aportaron al proceso copias auténticas de las actuaciones surtidas por las autoridades indígenas, no resulta posible realizar ningún procedimiento en relación con las mismas, por que (sic) no es posible sin conocerlas señalar si se encuentran conforme a la Ley o hayan sido contrarias a las mismas. (…) Por el contrario, en el texto del primer*

[8] Fls. 73 del C. No. 1.
[9] Fl. 75 del C. No 1.
[10] Fl. 76 del C. No 1.
[11] Fls. 77 a 84 del C. Ppal.

pronunciamiento de tutela se hace referencia a que el apoderado de tales autoridades manifiesta que el accionante se sometió a la jurisdicción indígena, y que tales autoridades actuaron conforme a sus normas y procedimientos, que relievan les son propios (sic), y justamente en la labor de coordinación con las autoridades de policía, obtuvieron el cumplimiento de una de sus decisiones, que por demás era apelable ante el Tribunal Indígena. (…) No resulta posible entonces realizar ningún juicio de valor en relación con actuaciones que no están presentes en el plenario, en tanto no fueron aportados al mismo, y resultan insuficientes los elementos de juicio tenidos en cuenta por los jueces de tutela, como para proferir un fallo de responsabilidad derivado del error judicial de las actuaciones surtidas ante las autoridades indígenas. (…) No obstante lo dicho, si aún en gracia de discusión, pudieran dos sentencias de tutela ajenas a las actuaciones de las autoridades indígenas resultar un indicio para endilgar responsabilidad, ha de señalarse que de tenerse en cuenta todo lo consignado en estas, respecto a lo informado por las autoridades indígenas en cuanto a que el afectado con la medida decretada no había hecho del recurso ante el tribunal Indígena, ello implicaría que contra la decisión de la cual se pretende derivar el error judicial, no se han cumplido los dos postulados, esto es que la misma no fue apelada ante el tribunal Indígena, y segundo, que dicha decisión no se encuentra en firme, de tal forma que no se podría tampoco derivarse error de la citada decisión.(…)".

4. Recurso de apelación parte demandante

El **02 de octubre de 2009**, presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia[12], mediante el cual solicitó que se revoque dicha sentencia, y en su lugar se profiera providencia favorable, accediendo a la pretensiones de la demanda.

Manifestó que se encuentra demostrado el daño con las pruebas aportadas al proceso, se demuestra que el señor José Crisanto Tique, *"fue perjudicado injustamente, de manera directa, al ser privado de la libertad por orden de agentes del Estado encargados de administrar justicia";* situación que se ocasionó con la decisión del **03 de septiembre de 2006**.

Señaló que al juez le corresponde adecuar el régimen de responsabilidad patrimonial, pues *"en el caso que nos ocupa no existe ninguna discusión con respecto a la existencia del daño atribuible al ente demandado, en virtud a que*

[12] Fls. 87 a 90 del C. Ppal.

aparece probado por la parte actora, sin embargo el juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda aduciendo que no existe responsabilidad por error judicial. (…) si el título de imputación por error judicial, expuesto por el actor en la presente demanda, no era el correcto de acuerdo con el criterio del señor Juez, le correspondía a éste, teniendo en cuenta que el daño ésta probado, adecuarlo al que legalmente corresponde. Pero, por el solo hecho supuestamente de haber señalado el actor, un título diferente de imputación de responsabilidad, la primera instancia no debió haber negado las pretensiones de la demanda".

Por medio del auto de **19 de octubre de 2009**, el Tribunal Administrativo del Tolima concedió el recurso interpuesto por la parte demandante ante esta Corporación, en efecto suspensivo[13].

5. Trámite de la segunda instancia

Por medio del auto de **11 de diciembre de 2009**, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el referido recurso[14].

A su vez, mediante auto del **05 de febrero de 2010** corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y el concepto, respectivamente[15].

En escrito del **05 de marzo de 2010**[16], la parte demandante presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, en los que solicitó que se revoque el fallo de primera instancia; y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto se tiene probado en el expediente que el señor Tique no pertenecía a ninguna comunidad indígena, por lo que no era procedente que dicha autoridad judicial adelantara proceso alguno en su contra, y tampoco procedía que se dictara una decisión mediante la cual se le privara injustamente de su libertad; transgrediendo así sus derechos constitucionales, como el debido proceso y la libertad. Por otra parte, señaló que si bien el juez de primera instancia advirtió que el título de imputación no era el correcto, él contaba con la facultad de aplicar el principio de *iura novit curia.*

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

---

[13] Fl. 92 del C. Ppal.
[14] Fls. 97-98 del C. Ppal.
[15] Fl. 100 del C. Ppal.
[16] Fls. 101 - 104 del C. Ppal.

El proceso entró al despacho para que se elaborara el respectivo fallo el 15 de marzo de 2010[17].

CONSIDERACIONES

1. Presupuestos previos

1.1.-Legitimación en la causa

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la "*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*"[18], de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Por su parte, esta Corporación[19] ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

1.1.1.-Legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial

En el caso de autos la parte actora solicitó se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Rama Judicial con ocasión del error judicial en que incurrieron las autoridades del resguardo indígena Santa Marta Palmar y la Comunidad Indígena Palmar Bocas de Babi al expedir la Resolución Nº 001 del 16 de agosto de 2006 y por la privación de la libertad a la que se vio sometido el señor José Crisanto Tique.

Al respecto, la Sala observa que quien profirió la providencia supuestamente contentiva del error, esto es, la Resolución Nº 001 del 16 de agosto de 2006, fue proferida por miembros que ejercían la autoridad jurisdiccional indígena, asimismo,

---

[17] Fl. 105 del C. Ppal.
[18] Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.
[19] Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054.

que la privación injusta de la libertada a la que se vio sometida el señor Tique fue con ocasión de la orden de detención Nº 003 del 30 de agosto de 2006 la cual dictaron los gobernadores del Resguardo Santa Marta Palmar y del Cabildo Palmar, quienes ejercen funciones como autoridades jurisdiccionales, al respecto la doctrina ha señalado que:

"*Las comunidades indígenas del Tolima ejercen la función jurisdiccional desde el nivel comunitario (Londoño y Romero 2005) a través de las asambleas de la comunidad en primera instancia, dirigidas y coordinadas por el cabildo y el Tribunal Superior Indígena del Tolima en segunda instancia. Las comunidades y el Tribunal buscan solucionar los conflictos a través del arreglo amigable o la conciliación entre las partes, pero en caso de no ser posible se recurre a la toma de decisiones"*[20]*.*

De lo anterior, es claro que las autoridades indígenas ejercen función jurisdiccional, facultad que se encuentra instituida en el artículo 246 de la Constitución Política, en el que se estableció que: "*Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional"*. El Estado delegó en la jurisdicción especial indígena la potestad de administrar justicia con base en sus costumbres, *"lo que constituye una obligación por parte de las autoridades indígenas de adoptar decisiones que deben ser cumplidas y acatadas por los individuos de su comunidad*"[21].

Asimismo, en el artículo 12 de la Ley 270 de 1996 se estableció que[22]:

---

[20] Romero, Nelson; Cóndor Chuquiruna Eddie, García Serrano Fernando. Normas, Procedimientos y Sanciones de la Justicia Indígena en Colombia y Ecuador; Ed. Comisión Andina de Juristas., cit., p. 21.

[21] "*La potestad jurisdiccional de las autoridades tradicionales indígenas define el poder sobre cosa juzgada de modo que sus actuaciones internamente son definitivas*" Sánchez Botero, Esther, *Derecho Propios, ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2007.

[22] *"**Texto original de la Ley 270 de 1996: ARTÍCULO** 12. La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria.*
Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos expresamente por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.
El Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal y los Fiscales Delegados ante las distintas jerarquías judiciales del orden penal, ejercen las funciones jurisdiccionales que determine la ley.
Los jueces de paz conocen en equidad de los conflictos individuales y comunitarios en los casos y según los procedimientos establecidos por la ley.
Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales

> *"La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria.*
>
> *Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción".* [Subraya fuera del texto]

Sin embargo, no se puede obviar que la función jurisdiccional que ejercen las autoridades indígenas está sujeta a las disposiciones Constitucionales, las cuales deben ser respetadas por esas autoridades y no pueden desconocer los principios establecidos en la Constitución Política, al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

> *La autonomía de los pueblos indígenas y el reconocimiento de su jurisdicción especial no tienen el efecto de blindar las actuaciones de las actuaciones de las autoridades indígenas frente al control del juez constitucional, pues la Constitución Política, que es la que reconoce el derecho a la jurisdicción propia, traza claros límites que deben ser respetados en cada caso individual. Según lo ha explicado claramente esta Corte, la atribución constitucional confiada a las autoridades de los pueblos indígenas, consistente en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio debe interpretarse de conformidad con la Constitución y la ley*[19] [23]*. Ello resulta no solo del mandato constitucional expreso en este sentido, sino también del hecho de que las decisiones de las autoridades indígenas tienen la naturaleza de decisiones judiciales, y en tal medida están sujetas al ordenamiento jurídico trazado por la Carta Política y la ley*[24].

Es claro para la Sala que las autoridades de las comunidades indígenas ejercen función jurisdiccional, facultad que le fue otorgada constitucionalmente; empero, ¿se pregunta sí es la Rama Judicial la responsable por las decisiones que se dictan dentro de la Jurisdicción Indígena? Para responder este interrogante se trae a colación lo establecido en el artículo 74 de la Ley 270 de 1996, que reza:

> *"Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente Ley Estatutaria.*

---

no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas.
Los tribunales y jueces militares conocen, con arreglo a las prescripciones de la ley y del Código Penal Militar, de los delitos sometidos a su competencia".

[19] [23] Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[24] Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

> *En consecuencia, en los preceptos que anteceden los términos "funcionario o empleado judicial" comprende a todos las personas señaladas en el inciso anterior".*

De este artículo se concluye que la Rama Judicial es responsable por los daños causados por sus funcionarios y empleados judiciales, si bien las autoridades indígenas no son empleados ni funcionarios de esta Rama, la Corte Constitucional[25], al analizar la constitucionalidad del artículo 74 de la Ley 270 de 1996, señaló que:

> *"Esta norma se limita a advertir que la responsabilidad por causas relacionadas con la administración de justicia se aplica a todos aquellos que en forma permanente o transitoria hagan parte de ella. Valga anotar que, en este último caso, se incluyen igualmente a las autoridades indígenas y a los jueces de paz, pues en el momento de dirimir con autoridad jurídica los conflictos de su competencia, ellos son realmente agentes del Estado que, como se vio, también están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley y, por tanto, también son susceptibles de cometer alguna de las conductas descritas en los artículos anteriores del presente proyecto de ley. Con todo, debe puntualizarse que, habida cuenta las explicaciones dadas respecto de los artículos anteriores, el último inciso de la norma bajo examen no cobija a los magistrados que pertenecen a las altas cortes u órganos límite en los términos establecidos en esta providencia".[subrayado fuera del texto]*

En consecuencia, en el caso bajo estudio la Sala considera que es la Nación – Rama Judicial la llamada a responder en caso de encontrarse demostrado el error judicial que ocasionó la privación de la libertad a la que se vio sometido el señor José Crisanto Tique y si la misma devino en injusta, por cuanto es en ella, en quien recae la responsabilidad por las actuaciones realizadas por las autoridades indígenas, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional.

2. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación toda vez que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado[26].

---

[25] Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.
[26] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.: 2008-00009. En este sentido véase también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2010, Exp.: 39085, C.P.: Ruth Stella

3.- Derechos de las comunidades indígenas.

3.1.- A lo largo del ordenamiento jurídico constitucional son varias las disposiciones dirigidas a proteger y garantizar los derechos (como colectivo) de las comunidades indígenas. Así, el artículo 7° superior refiere que "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana"; el inciso segundo del artículo 13 instituye un auténtico deber positivo a cargo del Estado dirigido a promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y [adoptar] medidas en favor de grupos discriminados o marginados", mientras que el parágrafo del artículo 330, sobre territorios indígenas, enseña que

> "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas **se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades**." (Resaltado propio).

3.2.- Y la Carta, también, en el artículo 246 sentó las bases, sobre la noción genérica de jurisdicción especial, de un sistema judiciario autónomo cuya regulación sustantiva y adjetiva, integración institucional y jurisdicción tienen por exclusivos protagonistas y destinatarios a los pueblos indígenas, así: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. (…)". Lo que se reitera en el artículo 12 de la Ley 270 de 1996 donde enlista la jurisdicción indígena como parte del ejercicio de la función jurisdiccional en Colombia.

3.3.- Sin embargo, el marco de protección de los grupos indígenas se extiende y amplía desde una perspectiva convencional.

3.4.- Así, es preciso señalar que conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (adoptada el 7 de junio de 1989) se comprenden[27] como comunidades indígenas aquellas que desciendan *"de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la*

Correa; Auto de 21 de octubre de 2009, Exp.: 36913, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; y Auto de 28 de marzo de 2012, Exp.: 42864, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[27] Es preciso advertir que ni el Convenio de la OIT ni la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas proveen una definición o concepto de lo que se entiende por pueblos indígenas o tribales. Se trata de criterios descriptivos respecto de los pueblos sobre los que recae la protección jurídica de dichos instrumentos. Sobre la definición de pueblos indígenas la doctrina señala: "En nuestros días, el término "indígenas" se refiere generalmente a los descendientes vivos de aquellas personas que habitaban las tierras antes de las invasiones, y que ahora se encuentran dominados por otros. Los pueblos, naciones o comunidades indígenas son grupos culturalmente diferenciados que se encuentran sumergidos en sociedades colonizadoras que nacieron de las fuerzas del imperio y de la conquista". ANAYA, James. Los derechos de los pueblos indígenas. En: BERRAONDO, Mikel, (Coord.) Pueblos indígenas y Derechos Humanos. Bilbao. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006, p. 29.

época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas" [artículo 1.1 (b)]. Por otra parte, el mismo Convenio considera por pueblos tribales a aquellos *"cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial"* [artículo 1.1 (a)]; debiendo precisarse en este punto que cabe encuadrar a las comunidades negras dentro del concepto de *"pueblos tribales"*[28], por cuanto satisfacen los elementos objetivos y subjetivos previstos en el Convenio para su aplicación[29-30].

3.5.- Dicho Convenio se ocupa de reconocer y garantizar, para los pueblos indígenas y tribales, el deber de los Estados de adoptar acciones tendientes a proteger los derechos de estos grupos (artículo 2), reconocer la plena titularidad y ejercicio, sin discriminación ni obstáculos, de los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 3°), reconocer el deber de los Estados de consultar a los pueblos "interesados" cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer medios para que estos pueblos puedan participar en la adopción de decisiones en instituciones encargadas de la adopción de políticas y programas que les conciernan y establecer mecanismos para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos (artículo 6), reconocer el derecho que tienen a participar "en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" (artículo 7°), el respeto de los gobiernos por la "importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o

---

[28] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001, T-576 de 2014, entre otras.

[29] "Es así como, en síntesis, la norma internacional [Convenio 169] en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento "objetivo", a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento "subjetivo", esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.
De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado." Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

[30] En el ámbito interamericano en el Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la condición de pueblo tribal al Pueblo Saramaka conformado cuyos ancestros eran esclavos africanos llevados a ese territorio en la época de la colonización. La Corte encontró que ese pueblo contaba con características socio-culturales diferentes a la comunidad nacional destacando su relación con los territorios ancestrales.
"84. (…) la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones."

territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación" (artículo 13.1) y, entre otros, el derecho de que gozan estos pueblos de protección de los recursos naturales existentes en las tierras que habiten, lo que comprende "el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos" (artículo 15.1).

3.6.- Por otra parte, se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de dicho organismo[31], que refiere – para el interés de este proveído – al reconocimiento del pleno ejercicio de derechos por parte de los indígenas, como pueblo y como individuos (artículo 1°); el derecho de participación "en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos (…) así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones" (artículo 18); 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 (…)" (artículo 25) y el derecho a "las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o adquirido (…)" (artículo 26).

3.7.- Recientemente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos promulgó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[32], documento de 39 artículos que contribuye decididamente a la consolidación de un auténtico *corpus iuris* de protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas a nivel regional. Así, en esta Declaración se reconoce la autoidentificación como pueblos indígenas como el criterio fundamental para determinar a los sujetos a quienes se aplica la Declaración, se reconoce y respeta el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas y se les respeta su derecho a la libre determinación (artículos 1-3).

3.8.- En punto a los derechos y libertades de los que son titulares la Declaración reconoce como tales aquellos que han sido recogidos en la Carta de las Naciones Unidas, la de la OEA y el derecho internacional de los derechos humanos; reconoce el derecho de estos pueblos a ser titulares de derechos colectivos; la igualdad de género de las mujeres indígenas, los derechos de pertenecer a pueblos indígenas, el derecho a la personalidad jurídica de los pueblos, el rechazo

---

[31] Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 61/295 adoptada el 13 de septiembre de 2007. En adelante DNUDPI
[32] Identificada como AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) y aprobada el 14 de junio de 2016. En adelante DADPI.

a la asimilación, la protección contra el genocidio y garantías contra el racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia (artículos 5-12); el derecho a la identidad cultural y otros conexos (artículos 12-19); los derechos organizativos y políticos (artículos 20-24[33]), derechos sociales, económicos y de propiedad (artículos 25-30). La última sección (artículos 31-41) refiere a los deberes estatales de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, reafirma que esa Declaración de Derechos cobija a hombres y mujeres indígenas por igual, declara el derecho de los pueblos a contar con recursos judiciales expeditos para hacer valer sus derechos; establece que en caso de existir conflictos o controversias con los pueblos indígenas el Estado adoptará, con su participación plena, "procedimientos justos, equitativos y eficaces" para su resolución; declara que en ejercicio de los derechos reconocidos se respetarán los derechos humanos y libertades fundamentales de todos; reafirma la cláusula según la cual el contenido de la Declaración no puede interpretarse como limitación, restricción o negación de los derechos humanos o como autorización para emprender acciones contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos; reconoce el derecho de los pueblos a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y, finalmente, afirma que los órganos de la OEA promoverán el pleno respeto, protección y aplicación de la Declaración y velarán por su eficacia.

3.9.- Ahora, debe referir la Sala que tanto los pueblos indígenas como los tribales gozan, desde la perspectiva de los instrumentos internacionales así como en el derecho interno, de la misma protección y garantía de sus derechos y libertades. La jurisprudencia constitucional ha afirmado: *"Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus integrantes"*[34], lo que se corresponde con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> "86. (…) la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere

[33] El Estado Colombiano manifestó se apartaba del consenso del artículo 23.2 de la Declaración, precepto del siguiente tenor: "2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado". Sin embargo, este Despacho, como se revisará en páginas de este proveído, entiende que el derecho-deber de consulta encuentra suficiente sustento en otras fuentes del Derecho Internacional como lo son el Convenio 169 de OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; además de estar ligado, directamente, con otros instrumentos sobre Derechos Humanos, particularmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación de su Corte Interamericana de Derechos Humanos.
[34] Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014.

> medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo."[35]

3.10.- Así, resulta que las cuestiones en torno a los derechos de estas comunidades diferenciadas están demarcadas por la garantía efectiva y sustancial de la cláusula de igualdad en cuya virtud se proscribe el trato desigual o discriminatorio por cualquier autoridad estatal respecto de tales pueblos ora colectivamente o por cada uno de sus miembros integrantes. Esto lo refleja, entre otros elementos, el artículo 13 constitucional cuando hace especial referencia a las categorías sospechosas de discriminación tales como raza, lengua o religión, los artículos 1.1 y 24 de la CADH sobre obligación de respetar los derechos e igual protección de la ley[36] y el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación Racial[37].

3.11.- Por esta razón, la cláusula de trato igual, que tiene una característica relacional, implica un ejercicio de razonabilidad y de proporcionalidad en orden a escrutar si existe una distinta situación fáctica, la medida se dirige a proteger o realizar un fin constitucional o convencionalmente legítimo, la afectación impuesta por la decisión resulta ser la menos lesiva de las posibles y exista proporcionalidad entre la protección dispensada y el trato desigual, en un claro ejercicio de justificación argumentativa por cuenta de la autoridad que introduce la medida de trato diferenciado.

3.12.- De otra parte, el inciso segundo del artículo 13 constitucional reconoce el deber estatal de garantizar la igualdad material exigiendo medidas afirmativas respecto de aquellos grupos o personas que por sus condiciones peculiares pueden ser calificados como discriminados, marginados o con condiciones de debilidad manifiesta. En esta faceta el derecho de igualdad respecto de las comunidades diferenciadas dice relación ya con el deber de satisfacer una

---

[35] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam. Fallo de 28 de noviembre de 2007.

[36] "206. El artículo 1.1. de la Convención Americana proscribe la discriminación, en general, e incluye categorías prohibidas de discriminación (supra párr. 196). Tomando en cuenta los criterios desarrollados anteriormente, esta Corte deja establecido que el origen étnico de las personas es una categoría protegida por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la etnia de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su origen étnico. Ello es igualmente aplicable a que, de acuerdo al artículo 24 de dicho tratado, se proscribe una desigualdad basada en el origen étnico proveniente de la ley interna o de su aplicación.". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile. Fallo de 29 de mayo de 2014, párr. 206.

[37] Artículo 1.1 En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

prestación activa, bien sea en el ámbito normativo o fáctico, en orden a proveer esas medidas necesarias para cambiar o reversar situaciones de marginalidad y discriminación histórica padecida por estos sujetos[38], colectiva e individualmente[39] y aproximarse a una igualdad en sentido material.

3.13.- En esta línea de pensamiento, también es merecedor de protección el derecho de las comunidades diferenciadas a practicar y conservar su identidad cultural, como derecho fundamental cuyo trasfondo descansa en la aceptación, en las sociedades contemporáneas, de una multiplicidad de concepciones sobre el mundo, la vida y los valores, lo que da lugar a la construcción de creaciones, instituciones, sistemas de pensamiento y comportamientos colectivos edificadores de una identidad cultural de un grupo o colectivo. Tal cosa implica el reconocimiento de un principio democrático pluralista y multicultural como eje axial de las instituciones del Estado[40-41].

3.14.- Es menester precisar que este derecho demanda, además de la igual consideración y respeto hacia estas manifestaciones identitarias, su valoración o apreciación positiva, esto implica no solo constatar, en tanto dato ontológicamente dado, la existencia de colectivos humanos que por razones históricas, de origen étnico y geográfico han elaborado constructos de identidad común diferenciada, sino percibir esa circunstancia, desde un plano normativo, como valioso y merecedor, *per se*, de promoción y amparo estatal. De ahí que se haya acuñado como criterio rector *"la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de minimización de las restricciones a las indispensables para para salvaguardar intereses de superior jerarquía"*[42].

---

[38] "63. En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 63.

[39] "Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y Otros c. Chile, Fallo de 29 de mayo de 2012, párr. 201.

[40] "213. Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la convención (…) 217. La corte considera que el derecho al a identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. (…)" Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012.

[41] "Desde esta perspectiva, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia más inclusiva y participativa como lo propugna la propia Constitución, dirigida a asegurar la coexistencia y a permitir la reivindicación de los grupos minoritarios que son cultural y socialmente diferentes, correspondiéndole al Estado la importante función de adelantar las gestiones que sean necesarias para garantizar la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia." Corte Constitucional. Sentencia C-208 de 2007.

[42] Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.

3.15.- Así el artículo 7° constitucional pregona que *"El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana"*, el artículo 9° de la DNUDPI *"Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo"* y el artículo 13.1 de la DADPI enseña: *"Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural tangible e intangible, incluyendo el histórico ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras"*, de donde se sigue una adscripción de deberes de respeto o de no injerencia en las expresiones culturales, religiosas, tradicionales de estos grupos[43], en las manifestaciones de derecho propio o natural de esas comunidades[44], de no discriminación a quienes son partícipes de esas prácticas identitarias, el deber activo de reconocer y proteger esas expresiones[45] y el respeto hacia las decisiones de las comunidades de conservar, recuperar o incorporar nuevas expresiones de esta naturaleza[46], sin

---

[43] "En otras palabras, aún siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, **le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido**." (Resaltado propio) Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1997.

[44] "Es decir que, frente a comunidades con alto grado de conservación de sus costumbres, el juez debe ser más cauteloso y enfrenta una necesidad mayor de valerse de conceptos de expertos para aproximarse al derecho propio, mientras que ese acercamiento puede efectuarse de manera menos rigurosa frente a comunidades que hayan adaptado categorías y formas del derecho mayoritario. Sin embargo, precisó la Corte, el grado de conservación cultural no puede llevar al operador judicial a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones (…)". Corte Constitucional. Sentencia C-463 de 2014.

[45] "36. (…) Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural[45]. Por lo tanto, los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos.

37. Los pueblos indígenas tienen derecho a actuar colectivamente para que se respete su 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, la literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas[45].". Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 21 Artículo 15, párr. 1 a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Distribución General: 17 de mayo de 2010. E/C.12/GC/21/Rev.1.

[46] "La decisión de una comunidad indígena, con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria". Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2009.

perder de vista que son titulares de este derecho las colectividades como sus miembros individualmente considerados[47].

3.16.- Sin embargo, la potencialidad de este derecho no se agota en las anotadas manifestaciones, apenas mencionadas, pues vale la pena destacar que el mismo ha sido erigido como pauta interpretativa a ser observada por los operadores jurídicos cuando se aproximen a valorar cualquier asunto referido a las comunidades diferenciadas. Así, *"51. (…) hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos [obligación de respetar los derechos e igualdad ante la Ley], al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural"*[48].

3.17.- Al hilo de estas consideraciones, de la cláusula de igualdad y el derecho de identidad cultural, se sigue indefectiblemente que de ellos emerge la idea de autogobierno de esas comunidades, esto es, la posibilidad de que en el marco de su libre organización interna sean sus propios miembros los protagonistas, de acuerdo a sus usos y costumbres tradicionales, de la creación de la institucionalidad, sistemas de justicia, normatividad y de las políticas de desarrollo económico, cultural, educacional entre otros, incluyendo esto la propia estructuración de su sistema de gobierno representativo; autonomía que se proyecta en las esferas externa e interna, ocurriendo en la primera de estas una interacción entre las comunidades diferenciadas y las instituciones políticas o administrativas de la Nación o los entes territoriales, donde también se encuentra el derecho a contar con representación en el Congreso de la República en los términos de los artículos 171 y 176 constitucional (derecho a participar en asuntos de interés general y en aquellos donde pueden ver afectados sus intereses), mientras que lo segundo refiere a la forma de gobierno, de ejercicio de la función jurisdiccional y del derecho de propiedad de los resguardos y territorios[49]. Las referencias normativas, en el plano internacional, se ubican –preponderantemente

---

[47] "Entonces, **el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad**. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece" (Resaltado propio). Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 2005.

[48] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 51.

[49] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-973 de 2009.

– en los artículos 3, 4 y 5 de la DNUDPI, el artículo 21 de la DADPI, los artículos 6 y 8.2 del Convenio 169 de la OIT, y en el ámbito constitucional en los artículos 7°, 329 y 330.

3.18.- No obstante lo expuesto, se trata de una autonomía que no desdice del carácter políticamente centralizado del Estado colombiano, pues no deviene en absoluta, pero, en todo caso, supone un reconocimiento a un amplio margen de acción de esas comunidades dado que no cualquier precepto de la Constitución o la ley pueden restringirla. Los límites a esta autonomía vienen dados por aquellas conductas *"que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de las garantías fundamentales, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible"*[50], de donde se ha destacado un núcleo duro de derechos humanos, el principio de legalidad y los derechos fundamentales.

3.19.- El territorio, como derecho colectivo de las comunidades que encuentra sustento normativo en los artículos 13, 14, 16 y 17 del Convenio 169 de OIT, 25, 26 y 28 de la DNUDPI, 25 de la DADPI y 67 y 229 de la Constitución Política, se comprende no solo como sustrato físico de asentamiento de las comunidades sino como elemento esencial en la cosmogonía y cultura de las comunidades indígenas y afrodescendientes ha venido a erigirse como otro de los derechos fundamentales protegidos, pues excede a la connotación patrimonial conformando un elemento indispensable para la pervivencia humana de esos pueblos y de toda su cultura y tradiciones anejas toda vez que *"la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento de ecosistema con el que interactúan"*[51], igualmente *"149. (…) Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive, para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"*[52-53].

---

[50] Corte Constitucional. Sentencia T-397 de 2016.

[51] Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. En este mismo sentido debe destacarse que desde el comienzo la Corte Constitucional vinculó ese derecho de propiedad comunal a la noción de derecho fundamental. Así, en la Sentencia T-188 de 1993 ese Tribunal consideró:
"El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espírituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso1, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.
(…)
Lo anterior permite ratificar el **carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos** sobre sus territorios".

[52] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149. En este mismo sentido la Corte sostuvo, posteriormente, que

3.20.- En virtud de esta nota sustantiva es que se ha afirmado el deber estatal de reconocer en el ordenamiento interno el derecho a la titulación de propiedad comunal[54], de proveer instrumentos jurídicos idóneos tendientes a garantizar el acceso (mediante trámites administrativos o judiciales) a la misma [55], la recuperación[56] o reivindicación de aquellas ancestrales que se encuentren en manos de particulares[57] y la delimitación de los territorios en tanto mecanismo de

---

"La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural". Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Yakye Axa c. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 135. Es de aclarar que la Corte ha reconocido la protección de la propiedad comunidad (artículo 21 CADH) también en cuanto hace a los pueblos tribales: "112. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tiene con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. (…)". Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros c. Panamá, Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 112.

[53] "49. (…) Las comunidades indígenas mantienen vínculos históricos y espirituales con sus tierras de origen, territorios geográficos en los que florece la sociedad y la cultura y, por lo tanto, constituyen el espacio social en el que una cultura puede transmitirse de generación en generación. Con demasiada frecuencia las personas no indígenas no comprenden bien la necesidad de este vínculo espiritual que une a las comunidades indígenas y sus tierras de origen y a menudo se ignora en la legislación existente sobre la tierra.". Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. E/CN.4/2002/9+7. Distribución General: 4 de febrero de 2002.

[54] "148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección e derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la convención – que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 148.

"75. Cuando los grandes proyectos de desarrollo invadan territorios indígenas tradicionales o dominios ancestrales, los derechos indígenas de propiedad sobre sus tierras se deberán considerar derechos humanos en todo tiempo, con independencia de que estén o no jurídicamente reconocidos". Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. E/CN.4/2003/90. Distribución General: 21 de enero de 2003, párr. 75.

[55] "137. (…) en este caso Nicaragua no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas y no se ciñó a un plazo razonable paras la tramitación de los recursos de amparo impuestos por los miembros de la Comunidad Awas Tingni.

138. La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención americana, las medidas legislativas, administratrivas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismos efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 137-138.

[56] "149. Al respecto, la constante jurisprudencia de la corte ha establecido que los pueblos indígenas y tribales que involuntariamente han perdido sus tierras tradicionales, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho a solicitar la reivindicación o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 149.

[57] "154. **La Corte reitera que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras ha sido inefectivo y no ha mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek recuperen sus tierras tradicionales. Además, esta falta de un recurso efectivo para la recuperación de tierras indígenas representa un incumplimiento del deber estatal, establecido en el artículo 2 de la Convención, de adecuar su derecho interno para garantizar en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria.**

(…)

157. Al respecto, la Corte considera que a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con

seguridad para los miembros de las comunidades[58]. Particular relevancia en este punto tiene el estándar que dispone que el Estado deba tener especial consideración por el derecho consuetudinario indígena y la posesión como título sobre la propiedad de la tierra[59].

3.21.- En similar sentido la jurisprudencia constitucional ha reconocido estos deberes positivos estatales en cuanto al territorio[60], caracterizando la noción de territorio como dinámico que comprende las áreas tituladas y *"también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra"*[61], derecho que da lugar a que los pueblos indígenas puedan exigir del Estado la constitución de resguardos[62], reprochando la Corte eventos en los cuales las autoridades administrativas no han resulto trámites de titulación colectiva en tiempos razonables[63]. De otra parte, también ha puesto de

---

todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena. Ello es cónsono con las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, del cual Paraguay es Estado parte." (Resaltado propio). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 149-154-157.

[58] 136. Adicionalmente, la Corte ha establecido que la falta de una delimitación y demarcación efectiva por el Estado de los límites del territorio sobre los cuales existe un derecho de propiedad colectiva de un pueblo indígena puede crear, y en este caso efectivamente lo hizo, un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de los pueblos referidos en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes". [Cita omitida]. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá, párr. 135.

[59] "El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro". Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 151.
"128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto.". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 128.

[60] "2.3.1.7. Así las cosas, teniendo en cuenta el significado de la propiedad colectiva, para lograr una protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas, es necesario que el Estado, en primera medida, reconozca a las comunidades indígenas y tribales un territorio colectivo en el que desarrollen su cultura y su proyecto de vida, y en segunda medida, garantice, en el marco de los procesos de delimitación territorial, exploración y explotación de recursos naturales en tierras comunales, la participación de los interesados en la adopción de medidas tendientes a desarrollar y garantizar las formas de vida de los miembros de las comunidades indígenas, a partir del reconocimiento de su concepto dinámico de territorio." Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 2013.

[61] Ibíd. En el mismo sentido: "En conclusión, debido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, sino que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral". Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2014.

[62] Cfr. Sentencia T-188 de 1993. Cfr. Sentencia T-009 de 2013, párr. 2.3.2.5.

[63] Cfr. Sentencia T-009 de 2013.
"2.3.2.5. En este punto la Sala debe resaltar que, como se vio en las providencias anteriormente citadas, la titulación del resguardo, y por ende, el reconocimiento de la propiedad colectiva de las comunidades

presente que en el marco del conflicto armado interno los pueblos indígenas han visto afectado su derecho al territorio al presentarse situaciones de desplazamiento forzado y, con ello, la ruptura de sus pautas culturales[64].

3.22.- Falta advertir que junto al derecho al territorio se ubica el relativo a la explotación de los recursos naturales, punto en el que cabe anotar, como cuestión relevante, el reconocimiento a las comunidades diferenciadas de participar directamente en el aprovechamiento de tales recursos ubicados en sus territorios lo que lleva envuelto su autonomía para decidir o planear sus intereses y preferencias de desarrollo económico. Del mismo modo otra faceta consiste, ligado al derecho de consulta, en el derecho que les asiste a las comunidades a recibir, en participación con el Estado, los beneficios o réditos que se desprendan de la explotación de los recursos naturales en su territorio[65] y el deber del Estado de proteger los territorios de explotaciones ilegales[66].

3.23.- En torno a esta cuestión el Comité de Derechos Humanos ha sostenido: *"la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros*

---

indígenas o tribales, implica una relación dinámica entre ellas y la administración, quien es la encargada de iniciar y tramitar el procedimiento respectivo. **Así, una de las garantías para hacer efectivo el reconocimiento al territorio, es también el respeto al debido proceso administrativo.**
(...)
2.4.3.9.1. La Sala considera que el proceso de constitución del resguardo ante el INCODER ha tomado un tiempo absolutamente irrazonable e injustificable, pues desde hace 14 años se tiene conocimiento del caso y ni siquiera se ha emitido un estudio socioeconómico, aún teniendo los elementos desde el 2007. Además, dado que por el paso del tiempo no se realizó el mencionado estudió, la entidad demandada se vio en la necesidad de realizar de nuevo otra visita a la comunidad 5 años después." Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 2013.

[64] Cfr. Corte Constitucional. Auto A-004 de 2009.

[65] "129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante "plan de desarrollo o inversión")124 que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

[66] "356. Por todo lo anterior, el Tribunal estima que las explotaciones de la propiedad colectiva de las Comunidades de la cuenca del río Cacarica fueron llevadas a cabo de forma ilegítima y consta que las autoridades desprotegieron el derecho a la propiedad colectiva a pesar de conocer, a través de varias visitas in situ, la situación de explotación ilegal que se estaba desarrollando. En este sentido, los recursos administrativos o judiciales internos tampoco fueron efectivos para remediar esas situaciones.
(…)
358. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación al derecho a la propiedad colectiva de los miembros del Consejo de las Comunidades de la Cuenca del Cacarica contenido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma." Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 356-358.

de la minoría en cuestión han tenido oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional"[67]. Los artículos 7 y 15 del Convenio 169 de OIT, 26 y 32 de la DNUDPI, 29 de la DADPI y 330 de la Constitución Política constituyen la base normativa de este derecho.

4.- Justicia Indígena. Aproximación, criterios de competencia y límites.

4.1.- La base jurídica constitucional y convencional de Derechos Humanos anotada traza los cimientos para el reconocimiento, protección y garantía de un pluralismo jurídico indígena, con arreglo al cual se dotan de eficacia jurídica las expresiones ancestrales propias de la diversidad etno-cultural formada por los pueblos aborígenes que se ubican en el territorio nacional; pluralismo jurídico comprendido como los diversos sistemas de legalidad coexistentes bajo una misma unidad política-territorial[68], que son futo de la ruptura estatocéntrica de la producción jurídica, de la representación y valoración positiva de las estructuras sociales etno-diferenciadas existentes y de la aceptación, por cuenta de autoridades tradicionales y miembros en general, de la fuerza vinculante de esos modos de vida social o convenciones sociales diferenciadas, como determinadoras de la conducta humana.

4.2.- Así, junto al sistema jurídico de la sociedad mayoritaria se erigen aquellos establecidos por las comunidades indígenas como derecho propio, sistemas que por presentar interacciones entre sí no se conciben como enteramente independientes, en razón a que encuentran punto común en los valores universales reconocidos en la Carta Política, por vía de los Derechos Fundamentales, y en los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos, hacia los cuales deben ser reconducidas dúctilmente las divergencias surgidas entre esos sistemas jurídicos, en su concepción como en su aplicación casuística.

4.3.- Al amparo de esa idea de pluralismo jurídico se desprenden las nociones de 'derecho propio' entendido como el subsistema jurídico dotado de reglas, procedimientos, costumbres y usos que se originan por una comunidad indígena de manera autónoma a partir de su experiencia ancestral y/o a consecuencia de la

[67] Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 547/1993. Apirana Mahuika y otros Vs. Nueva Zelanda. 27 de octubre de 2000, párr. 9.5.
[68] "(…) pluralismo jurídico entendido como formas diversas de órdenes legales concomitantes respecto de los mismos supuestos y fenómenos a regular". Corte Constitucional. sentencia T-236 de 2012.

interacción con otras sociedades; como la noción de jurisdicción indígena, que dice relación con la potestad reservada a las autoridades indígenas de conocer y dirimir conflictos de relevancia jurídico-indígena en su comunidad o, lo que es lo mismo, de adjudicar el derecho de conformidad a su sistema de legalidad propio.

4.4.- De ahí que si la razón de ser de la justicia indígena sea la protección de su cosmovisión, su estructura cultural y tradicional, es razonable asumir, como principios generales de interpretación[69], i) la *maximización de la autonomía de las comunidades indígenas* o, lo que es lo mismo, la minimización del ámbito de injerencia estatal en las cuestiones particulares de las comunidades, de manera que las intervenciones en esa esfera sean legítimas sólo si se revelan (a) necesarias para salvaguarda de un interés de mayor jerarquía, según el caso, (b) sean las menos gravosas para el ejercicio de la autonomía indígena y (c) siempre que se consideren esos elementos conforme a las particularidades de cada comunidad[70]; ii) la *mayor autonomía para la decisión de conflictos internos*, con arreglo al cual se reconoce una mayor consideración de autonomía cuando la controversia involucra exclusivamente a miembros de la misma comunidad y, por el contrario, será menor ese reconocimiento cuando el conflicto involucre a individuos o autoridades de culturas diferentes, caso en el cual será necesario armonizar principios esenciales de los colectivos humanos implicados y iii) el principio según el cual *a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía*, constatación descriptiva del que se desprende una pauta interpretativa en virtud de la cual a menor aculturización y mayor preservación de los reglamentos o la legislación indígena propia el juez o intérprete debe otorgar mayor respeto por la autonomía de la comunidad y en caso contrario, esto es, en culturas con menor grado de conservación, resulta razonable establecer un diálogo intercultural, sin que implique desconocimiento de la autonomía de las comunidades.

4.5.- No obstante, la autonomía de las comunidades indígenas no es absoluta. Aun cuando se sabe que la justicia indígena no está sometida a la totalidad de los preceptos de la Constitución y la Ley, pues ello anularía por completo su funcionalidad y autonomía[71], la jurisprudencia ha considerado como 'mínimos' o

---

[69] Cfr., en general, Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994, T-514 de 2009, T-002 de 2012, T-653 de 2013.
[70] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-463 de 2014.
[71] "Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a "la Constitución y la ley" **como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas**

límites infranqueables aquello que se considera verdaderamente intolerable desde un consenso intercultural de la mayor amplitud posible *"núcleo duro"*, de una parte, y los derechos fundamentales, entendidos como mínimos de convivencia humana, donde se han reconocido el derecho a la vida, la prohibición de tortura y de esclavitud y el principio de legalidad penal[72].

4.6.- Como se dijo, el artículo 246 de la Constitución es la fuente positiva que prevé que autoridades indígenas ejerzan función adjudicativa jurisdiccional dentro de su territorio, bajo las normas y procedimientos que de manera autónoma, según sus tradiciones, establezcan para tal fin, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República, lo que no solo es reconocimiento de competencia judicial sino también de una atribución normativa 'legislativa' *sui generis* al otorgárseles potestad de dictar normas sustantivas y de procedimiento con arreglo las cuales se adelantarán las causas judiciales de su conocimiento. El Constituyente, además, encargó al legislativo regular lo concerniente a instrumentos legales de coordinación entre las jurisdicciones indígenas y el sistema judicial nacional, sin embargo, a la fecha el legislativo no ha desarrollado este mandato constitucional.

4.7.- Como los preceptos de la Constitución tienen vocación de aplicación directa, el judiciario indígena se ha activado aún ante la anotada omisión legislativa *"pues teniendo en cuenta su carácter constitucional no puede quedar sin efecto por la circunstancia accidental de que no exista una ley que así lo dispusiere"*[73], de suerte que ha sido la jurisprudencia la encargada de identificar los parámetros de aplicación de la jurisdicción indígena o, lo que es lo mismo, el alcance del *fuero indígena*, como los *límites* que constitucionalmente resultan admisibles oponer a esa jurisdicción.

---

constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente" (Resaltado propio). Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.

[72] "Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre." Corte Constitucional. Ibíd. Véase recién Sentencias SU-510 de 1998, T-514 de 2009, T-659 de 2013, C-463 de 2014, T-661 de 2015, T-397 de 2016, T-466 de 2016, entre otras.

[73] Corte Constitucional. Sentencia T-344 de 1998. En el mismo sentido, desde antes, véase Sentencias T-254 de 1994 y C-139 de 1996. En esta última la Corte sostuvo: "No es cierto, entonces, como lo afirman los demandantes, que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo".

4.8.- Por lo primero, el *fuero indígena* se inscribe en el marco de garantías judiciales que operan a favor de quienes se identifican como pertenecientes a un colectivo indígena. Así, conforme a la garantía del juez natural[74], prescrita en los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos y Políticos, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 29 inc. 2º de la Constitución Política, que refiere al derecho que le asiste a los justiciados de ser sometidos ante juez competente preestablecido conforme al ordenamiento jurídico, las comunidades indígenas tienen derecho a ser sometidos a juicio ante sus autoridades tradicionales, conforme a su derecho propio y con acatamiento de las formas, instituciones y procedimientos previstos por las instituciones políticas representativas de esos colectivos. Así, de antiguo la jurisprudencia ha entendido que el fueron indígena es

> "el derecho de que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al "ser" más que al "deber ser", apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas (…)."[75].

4.9.- Sin embargo, la extensión de ese fuero indígena ha sido precisada por la jurisprudencia constitucional, la que ha construido cuatro criterios alrededor de los cuales determina la competencia de la jurisdicción especial indígena, pues la sola calificación de una persona como indígena no es razón suficiente ni concluyente para afirmar tal cuestión. Así, se han elaborados los criterios subjetivo o personal, geográfico, institucional y objetivo[76]:

i) Criterio o elemento personal, en cuya virtud se afirma la jurisdicción especial en controversias que vinculen a un miembro de una comunidad indígena. Más que la averiguación sobre si una persona es indígena, es la pertenencia efectiva de éste a una comunidad indígena el criterio relevante para activar la jurisdicción

---

[74] "El derecho al juez natural es la garantía de ser juzgado por el juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, el cual debe ser funcionalmente independiente, imparcial y estar sometido al imperio de la ley (…) En este sentido, el juez natural es aquél a quien la Constitución o la Ley le han asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su definición (…)". Corte Constitucional Sentencia C-496 de 2015.
[75] Corte Constitucional. T-728 de 2002.
[76] Cfr., en general, las Sentencias T-617 de 2010 y T-002 de 2012 de la Corte Constitucional que recogen las líneas jurisprudenciales vigentes sobre la materia.

especial; en sentido contrario, si el individuo se encuentra suficientemente asimilado con los parámetros culturales de la sociedad externa mayoritaria carece de sentido que se le aplique un sistema de justicia especial propio de una comunidad aborigen a la que, efectivamente, no se encuentra integrado y, por lo demás, en nada se le afectará su cosmovisión e integridad por ser sometido a un juzgamiento ante las autoridades del sistema de justicia nacional, al concurrir las aptitudes suficientes para comprender los parámetros culturales ordinarios[77].

Un desarrollo ulterior de este criterio ha llevado a abordar la siguiente diferenciación: a) si la conducta presuntamente cometida por el indígena sólo se encuentra sancionada por el derecho nacional se debe verificar si el sujeto entendía la licitud de la conducta y b) si derecho nacional y derecho indígena concurren en la sanción de la misma conducta se debe determinar la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece[78].

ii) Criterio o elemento geográfico, que determina la extensión espacial del ejercicio de la jurisdicción especial, en cuya virtud le asiste derecho a la comunidad indígena investigar, sancionar y juzgar las conductas que ocurren en su territorio, concepto que excede lo geográfico y que requiere conjugarse con la visión cultural de la comunidad indígena para obtener un efecto expansivo *"esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales"*[79].

iii) Criterio o elemento institucional u orgánico, que refiere a la existencia de una institucionalidad jurídica indígena determinada por estructuras de derecho propio relativa a autoridades, usos, costumbres y procedimientos arraigados y aceptados en la comunidad indígena que lleven a deducir (i) cierto poder de coerción social de las autoridades tradicionales y (ii) un concepto genérico de nocividad social.

---

[77] Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado: "En conclusión, considera la Sala que no es dable reconocerle a Guainas Finscue el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los "riesgos" que se derivan de su acción, es decir, que como miembro del territorio colombiano goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República.". Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996.
[78] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-617 de 2010, T-975 de 2014, T-397 de 2016.
[79] Corte Constitucional. Sentencia T-397 de 2016.

Este elemento pretende asegurar las tradiciones de la comunidad en general, los derechos de las víctimas y los de quienes son presuntos responsables. Por eso, se ha dicho que a) esa verificación institucional opera como aseguramiento de los derechos de las víctimas en el proceso, de ahí que b) la indagación sobre la compatibilidad entre el contenido del derecho propio indígena y los derechos de las víctimas sea excepcional, activándose en casos de extrema gravedad o situación de indefensión o vulnerabilidad de las víctimas y c) aunque el ejercicio de la jurisdicción por parte de las autoridades indígenas es optativo o dispositivo, d) una vez ha asumido el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar otros similares sin ofrecer razón legítima, pues ello sería atentatorio del principio de igualdad, finalmente e) respecto de la jurisdicción especial indígena el debido proceso se determina por la predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales, lo que se ha determinado a través del concepto de genérico de 'nocividad social'.

iv) Criterio o elemento objetivo, en razón a la naturaleza del bien jurídico, en orden a determinar si en el interés general envuelto en el proceso se está en presencia de uno propio que concierne a la comunidad indígena o su atañe a la sociedad mayoritaria. En ese orden de ideas, si el bien jurídico afectado o su titular pertenece a la comunidad indígena será competente la jurisdicción especial indígena; si ese bien pertenece en exclusiva a la cultura mayoritaria lo será la jurisdicción ordinaria. Si el bien jurídico se encuentra presente en ambas culturas, el criterio objetivo no es resolutivo y no determina solución al respecto y, finalmente, si la conducta comporta una especial nocividad para la cultura mayoritaria, será de competencia de la justicia indígena siempre que se compruebe la vigencia del elemento institucional.

Criterios de activación de la Jurisdicción Especial Indígena (Art. 246 Constitucional)		
Criterio	**Concepto**	**Elementos**
Personal	Pertenencia efectiva del involucrado a una comunidad indígena. Sujetos aculturados incorporados a la sociedad mayoritaria no son beneficiarios de la justicia indígena.	(i) Será competente la JEI si el hecho ocurrió dentro de su territorio. (ii) Si ocurrió fuera del territorio, se debe averiguar si la persona incurrió en un error invencible de prohibición; si ello es así hay lugar a absolver la involucrado; si éste no se presentó ese error pero se advierte que el sujeto actuó condicionado por su identidad étnica, el asunto debe ser conocido por la JEI; si se concluye que no se configuró el error ni tal condicionamiento étnico, el asunto debe ser conocido por la justicia ordinaria.
Territorial	Los hechos objeto de juzgamiento ocurrieron en el ámbito territorial de la comunidad indígena.	El territorio de la comunidad trasciende a lo geográfico. Excepcionalmente puede tener efecto expansivo, en razón a la apreciación cutural del mismo como parte del espacio vital de la comunidad.
Institucional	Existencia de autoridades, usos,	(i) Existencia de una institucionalidad que permita asegurar los derechos de las víctimas, lo que se puede evidenciar con la

	costumbres y procedimientos tradicionales en la comunidad. Averiguación de elementos de protección de la cultura tradicional, los derechos de las víctimas y de un principio de legalidad.	manifestación positiva de la comunidad de juzgar el asunto. (ii) Es excepcional la apreciación de la compatibilidad entre el contenido del derecho propio y los derechos de las víctimas, en protección de los derechos de estas. (iii) Aunque el ejercicio de JEI es voluntario, ésta debe no puede renunciar a juzgar casos similares a anteriores. (iv) El debido proceso se identifica con la predecibilidad o previsibilidad.
Objetivo	Naturaleza del bien jurídico involucrado, para averiguar si pertenece a la sociedad mayoritaria o a la comunidad indígena.	(i) Si el bien jurídico involucrado pertenece a la comunidad indígena el caso debe ser conocido por la JEI. (ii) Si ese bien jurídico pertenece a la sociedad mayoritaria, el caso debe ser conocida por la justicia ordinaria. (iii) Si ese bien pertenece a ambas sociedades, el criterio objetivo no es resolutivo al respecto. (iv) Si la conducta tiene especial nocividad para la cultura mayoritaria, el asunto será de la JEI siempre que se verifique favorablemente la vigencia del criterio institucional en la comunidad.
Nota:	La valoración de esos criterios debe obedecer a un análisis conjunto.	
Principios	Maximización de la autonomía de las comunidades indígenas. Mayor autonomía para la decisión de conflictos internos. A mayor conservación de las identidad cultural, mayor autonomía.	
Límites	Aquello que se considera verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los Derechos Humanos y a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible (derecho a la vida, prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, prohibición de servidumbre y el derecho al debido proceso).	

5. Análisis de la impugnación.

El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandante en su escrito de apelación oportunamente presentado [siguiendo la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060]. Por lo cual la Sala procederá a analizar sí la Rama Judicial es responsable de la falla del servicio derivada de la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el señor José Crisanto Tique con ocasión de las decisiones dictadas por la jurisdicción indígena representada por el Resguardo Indígena Santa Marta Palmar y el Cabildo de Palmar de Bocas de Baví.

Para resolver lo pertinente la Sala en primer lugar reseñará las pruebas que obran en el expediente; a continuación examinarán los presupuestos para configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; luego se analizará la responsabilidad del Estado por daños derivados de la administración de justicia y finalmente se realizará el análisis del caso concreto,

6. Del acervo probatorio.

Dentro del plenario, obran los siguientes medios de prueba relevantes:

1. Copia autentica del Registro Civil de matrimonio Nº 04716641 de los señores José Crisanto Tique y María Floremia Ducuara de Tique[80].

2. Copia autentica de los respectivos Registros Civiles de Nacimiento de Flor María Ducuara Tique[81] y Reina Marince Tique Ducuara[82], en los que constan que son hijas de los señores José Crisanto Tique y María Floremia Ducuara de Tique.

3. Obra copia autentica de la orden de detención Nº 003 del **30 de agosto de 2006** emitida por los Gobernadores del Resguardo Santa Marta y Cabildo de Palmar Bocas de Babí la cual reza:[83]

> *"Los suscritos GOBERNADORES INDIGENA del Resguardo Santa Marta Palmer Filiar CRIT, Cabildo Indígena Palmar Bocas de Baví Filial ACIT, en uso de sus facultades Constitucionales y Legales y en especial los artículos 7 y 246 de la Constitución Nacional, Ley 270 de 1996 Estatutarias de la Administración de Justicia artículos 11 y 12, La Ley 89 de 1890, la Ley 21 de 1991, por medio del cual se ratificó el Convenio Internacional 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y Tribales en países independientes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y en nombre de las Comunidades Indígenas del Tolima Filiales CRIT y ACIT.*
>
> *Los Gobernadores de las dos Organizaciones Indígenas del RESGUARDO SANTA MARTA PALMAR "CRIT", CABILDO INDIGENA PALMAR BOCAS DE BAVI "ACIT" Ordenaron mediante RESOLUCION de fecha diez y seis (sic) (16) del mes de agosto del 2.006 y el cual se encuentra en firme, que el CAMPESINO de nombre JOSE CRISANTO TIQUE, (…); no pertenece a ninguna Organización Indígenas del Municipio de Coyaima, permanezca recluido en éste Centro Penitenciario y Carcelario pagando la condena de TRES (3) MESES, o sea, Noventa (90) días por haber sido culpable de la CONDUCTA de DESOBEDIENCIA E INCUMPLIMIENTO DEL FALLO DEL TRIBUNAL SUPERIOR INDIGENA DEL TOLIMA, atentatorias a nuestros usos, costumbres y tradiciones; por lo tanto le solicitamos mantener privado de la libertad a dicho Campesino por el tiempo establecido de TRES (3) MESES, salvo nueva estipulación en contrario por parte de estas dos organizaciones del RESGUARDO SANTA MARTA PALMAR "FILIAL" CRIT", "CABILDOM (sic) INDIGENA PALMAR BOCAS DE BAVI "FLIAL ACIT".*
> *Agradecemos su valiosa colaboración y le anexamos copia de la Resolución de los suscritos GOBERNADORES DEL RESGUARDO DE SANTA MARTA PALMAR – CABILDO PALMAR BOCAS DE BAVI".*

4. Obra copia del acta sobre los derechos del capturado del **03 de septiembre de 2006** de José Crisanto Tique.[84]

---

[80] Fl. 2 del C. 1
[81] Fl. 3 del C. 1
[82] Fl. 4 del C. 1
[83] Fl. 12 del C. 1.
[84] Fl.35 del C. 1.

5. Copia autentica de la acción de tutela que impetro ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Coyaima, el personero municipal de Coyaima – Tolima en representación del señor José Crisanto Tique; contra el Resguardo Indígena de Santa Marta El Palmar y el Cabildo Indígena Palmar Bocas de Babí, con el fin de que se le amparan "*los derechos fundamentales consagrados en los artículos 243, 13, 26 y 29 de la C.N*" los cuales fueron transgredidos por las accionadas al privar de la libertad sin el lleno de los requisitos legales al señor Tique. [85]

6. Oficio suscrito por el Director de la Cárcel Municipal de Coyaima del **12 de septiembre de 2006** dirigido al Personero Municipal en el que informó que el señor José Crisanto Tique se encontraba privado de la libertad en dicho recinto, y que fue detenido en cumplimiento de la orden de captura Nº 003 emitida por el Resguardo Indígena de Santa Marta el Palmar –CRIT- y el Cabildo Indígena de Bocas de Babí -ACIT DE COYAIMA-, pues el demandante mediante Resolución Nº 001 fue sancionado a 3 meses de prisión[86]

7. Obra copia de la declaración que rindió el **21 de septiembre de 2006** señor José Crisanto Tique ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Coyaima – Tolima dentro de la acción de tutela que el personero Municipal incoó en su nombre contra los gobernadores del Resguardo Indígena de Santa Marta Palmar, Cabildo Indígena de Palmar Bocas de Babí y Tribunal Superior Indígena del Tolima, en la que manifestó lo siguiente[87]:

> *"(…) vivo en la finca llamada la Belleza, terreno de mi esposa, por la mamá de ella, son como nueve hectareas (sic), tierra de tercera, yo siembro con máquina, yuca, maíz, topocho, eso no pertenece a ningún cabildo, porque soy independiente, ellos me han buscado, yo no pertenezco a ningún cabildo, porque soy independiente, ellos, me han buscado, yo no pertenezco a ningún cabildo, yo pertenezco a la Junta de Acción comunal de la vereda Santa-Marta Palmar, como miembro, padre de familia, nunca he pertenecido como indígena, nunca me han censado, siempre me han buscado que me integre a ellos, por eso es que son los problemas, mi esposa tampoco pertenece a ningún cabildo ni mis hijos tampoco. – PREGUNTADO POR EL DESPACHO; Dígale al Despacho si el Tribunal Superior Indígena del Tolima CRIT, tramitó proceso por daño en bien ajeno, profiriendo dallo el día 30 de junio de 2006, en contra de usted, Baldomero Timoté Mape y Amilcar Timote Mape, - que (sic) nos puede decir al respecto. CONTESTO: El día 25 de esa fecha de junio de este año, yo estaba limpiando un lote que tengo mejoras popocho, yuca, plátano , manzano, tortugo, mangos, naranjos, limones, cacao y todo es fue arrancado, (…)y un cerco, a mi hasta el momento no me ha citado*

[85] Fl. 3 del C. 1.
[86] Fl. 11 del C. 1.
[87] Fls.34-39 del C. 1.

para nada, no he sido llamado al CRIT ni al Tribunal, no conocí ningún fallo- no señor no conocia (sic) nada de eso, por que (sic) no he tenido lios (sic) con ellos, .-PREGUNTADO POR EL DESPACHO; Dígale al Despacho que pacto o convenio realizado en la Inspección Judicial que realizó conjuntamente el Resguardo de Santa Marta Palmar, el Cabildo de Palmar Bocas de Babí, el día 13 de junio de 2006. – sobre los lotes de terreno denominados la Mojarra, y Cofreria, en que (sic) consistió ese acuerdo o convenio, celebrado con los miembros de esas comunidades indígenas. – CONTESTO: El día de esa fecha, el convenio fue de esos indígenas y del CRIT, fue pues ese día estaba de representante de toda ese gente el señor Liver Guillermo Tovar, quien era el que lideraba todo ese gremio de indígenas, era deslinderación que tenían que deslindar con el señor Andrés aguja (sic), Ricardo Aguja en el punto de la Mojarra, no era con nosotros, yo no hice ningún acuerdo, yo reclamaba mis lotes, de mi esposa, el derecho de mi esposa, yo no hice nada de nada, ningún convenio con ellos.- yo reclamaba la posesión de hace 40 años, PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Dígale al Despacho en que (sic) momento se enteró o le fue notificado la Resolución Nº 001 del 16 de agosto de 2006, proferida por JOSE VIDALES YARA TIQUE y MARCIANO AGUJA TIQUE, en calidad de Gobernador del Resguardo de Santa Marta de Palmar, Palmar Bocas de Babí.- CONTESTO; Yo, de eso no tuve conocimiento de nada de eso, eso me lo dijeron ahora despues (sic) de ue (sic) me capturaron, ni me llamaron a descargos, no me llamaron a ninguna oficina, yo fui capturado un domingo creo que fue el dos o el tres, a eso de las nueve de la mañana yo estaba vendiendo una marrana, la policía llegó y me preguntó como (sic) llamaba yo, yo le deje julano de tal, y que (sic) esta haciendo, les dije vendiendo una marrana, yo vi a Marciano Aguja adelante, de ahi (sic) me trasladaron al cuartel y me informaron el motivo de la captura. – a mi (sic) no me llamaron nada nada (sic), ni al Crit ni a nada.- PREGUNTADO: Por que (sic) razón los señores Gobernadores del Resguardo y Cabildo antes mencionados lo declararon a usted en compañía de otros, en desobediencia de las órdenes impartidas en los resguardo (sic) Santa Marta Palmar y Cabildo Palmar Bocas de Babí, igualmente a la órden (sic) de Tribunal Superior Indígena del Tolima, en consecuencia, fueron condenados a 90 días de privación de la libertad sin derecho a excarcelación.- Que (sic) puede decir al respecto.- CONTESTO; A ese respecto, esa sanción que me dirijen (sic) es por que (sic) yo estaba limpiando el lote de guayabos, que me le habian (sic) puesto mano, lo tenia (sic) semnrando (sic) limpiando, ese lote lo tengo desde 40 años, las dificultades fue por el rio que nos rumpio (sic), y nos quedó una isla, por eso estamos reclamando ese terreno, aquí tengo copia de la escritura, yo estaba poseyendo el lote los guayabos, de ese lote es que yo me mantengo, y le doy estudio a mis hijos, a mi (sic) nunca me notificaron nada ni me llamaron ni nada, yo nunca he pertenecido a cabildo alguno, soy campesino independiente, por eso me toca pegarme de estas autoridades, PREGUNTADO POR EL DESPACHO; Dígale al Despacho sí usted ha dado consentimiento o ha firmado algún documento mediante el cual usted se acoje (sic) a la jurisdicción especial indígena, para resolver los conflictos de tierras presentados en esa región. – y si el predio o derecho que tiene su señora María Floremira Ducara, se encuentra en territorio indígena. – CONTESTO; No señor, nada de ninguna especie, hemos dado ninguna palabra con ese grupo de indígenas por que (sic) no pertenecemos de ninguna manera a ellos, somos independientes, los lotes que tenemos están libres y los poseemos desde hace 30 y 40 años y por eso tenemos las escrituras no les estamos quitando nada ni les estamos invadiendo.- y presentó fotocopia de la escritura Nº 177 del 7 de octubre de 1998, por el

cual se protocoliza declaraciones tomadas extrajuicios sobre la posesión de dos lotes de terreno, donde habito con mi familia. – Nada, libre, ahora ellos son los que están buscando a avanzarnos (sic), desde el día 25 de junio no ha habido antes, hasta ahora del 25 de junio fue que empezaron esos problemas antes no, por reclamar el derecho, años anteriores no teníamos problemas, el territorio de ellos donde hacen sus reuniones en (sic) es una escuela del cabildo, eso en Santa Marta, y la cabildo Bocas de Babí lo hacen en una tienda comunitaria.- los terrenos de nosotros no están dentro de territorio indígena.- PREGUNTADO POR EL DESPACHO; De estos hechos por perturbación a la posesión, entre otros, ha puesto conocimiento ante alguna autoridad. – CONTESTO; sí señor, estos conocimientos están en la Fiscalía, desde el 25 de junio para aca (sic), y al señor Personero le tenia (sic) también el conocimiento y me dijo que iba a llamar, al señor Personero a mi (sic) mismo me mando a la Crit para que vinieran de los representantes de allá y hasta el son de hoy, no vinieron. PREGUNTADO POR EL DESPACHO; Dígale al Despacho si usted acoje (sic) la decisiones impartidas por el Tribunal Superior Indígena del Tolima Crit y a las decisiones proferidas por los Gobernadores Indígenas de las comunidades Santa Marta Palmar y Palmar Bocas de Babí.- CONTESTO; Pues yo no me siento acogido de ninguna especie, por que (sic) desconozco esa jurisdicción indígena, por que (sic) yo pertenezco a la justicia civil, soy un campesino independiente, y por eso acudí a la Fiscalía a presentar esa irregularidad por que (sic) no me considero indígena y por eso me dan duro allá, el principal que hace todos estos papeles es el señor Liber Guillermo Luna, él es el que vive haciendo papeles por allá, yo lo que pido que me dejen quieto los lotes que estoy reclamando hectaeta (sic) media de cada lote y que se me paguen los daños ocasionados y que me dejen en libertad, por que (sic) no me capturó una autoridad competente, por que (sic) ellos están abusando de la confianza mia (sic), porque yo no pertenezco a esos cabildos, yo me siento tranquilo y satisfecho por los reclamos que hago y no me acomplejo por que (sic) no tengo una escritura (…)"

8. Copia de la sentencia del **27 de septiembre de 2006** emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal mediante la cual tuteló *"el derecho a la diversidad cultural de JOSE CRISANTO TIQUE, (…) el derecho a la defensa que fue violado por parte de los señores JOSE VIDALES YARA TIQUE, Gobernador Indígena del resguardo Santa Marta Palmar y MARCIANO AGUJA TIQUE, Gobernador indígena de Palmar Bocas de Bavi (sic), al proferir la Resolución Nº 001 del 16 de Agosto de 2006, donde fue sancionado el señor JOSE CRISANTO TIQE a noventa (90) días de privación de la libertad",* por otra parte no tuteló "*al Tribunal Superior Indígena del Tolima, CRIT, por no haber intervenido en la toma de decisión de los señores gobernadores enunciados*", en consecuencia, libró boleta de libertad a favor de José Crisanto Tique[88]

[88] Fl. 11 – 14 del C. 1.

9. Obra copia de la orden emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del **28 de septiembre de 2006**, en la que ordenó al Director de la Cárcel Municipal poner en libertad inmediata al señor José Crisanto Tique.[89]

10. Obra copia de la providencia del **10 de noviembre de 2006** emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito mediante la cual decidió la impugnación propuesta por los Gobernadores del Resguardo Indígena de Santa Marta Palmar y del Cabildo Indígena Palmar Bocas de Babí, contra la sentencia del 27 de septiembre de 2006 emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal, en el sentido de confirmar la decisión recurrida por cuanto el señor Tique no pertenecía a esa comunidad indígena y se le vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y al de la libertad[90].

11. Constancia del **13 de agosto de 2008** suscrita por la Secretaria General y del Gobierno de la Alcaldía Municipal de Coyaima, en la que hace constar que el señor José Crisanto Tique no pertenece a ninguna de las comunidades indígenas de ese municipio.[91]

12. Obra la declaración del señor Ferney Tapia Tapiero, quien fungió como director de la Cárcel Municipal de Coyaima para la época en la que el señor Tique fue privado de la libertad por orden de los gobernadores indígenas; esta persona manifestó que su familia le llevaba los alimentos porque para esa fecha no se los suministraban en ese centro carcelario; asimismo, dijo que el vio el gran dolor y aflicción que le causó tanto al señor José Crisanto Tique como a su familia esta privado de su libertad[92].

13. Asimismo, reposa la declaración que rindieron el **16 de junio de 2009** los señores Juan de Jesús Méndez Peña[93], Luis Ángel Botache Santa[94] y Dilia Timote Mape[95] quienes manifestaron ser residentes del municipio de Coyaima que vieron como fue privado injustamente de su libertad el señor José Crisanto Tique.

---

[89] Fl. 22 del C. 1.
[90] Fls. 23-28 del C. 1.
[91] Fl. 31 del C. 1.
[92] Fls.7-9 del C. 2.
[93] Fls. 9-10 del C. 2.
[94] Fl.11 del C. 2.
[95] Fls. 12 y13 del C. 2.

Los anteriores medios probatorios serán valorados por la Sala para resolver los problemas jurídicos planteados en la impugnación presentada por la parte demandante.

7.-Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado [96], este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública[97] tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

7.1 El daño.

El daño comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual[98] y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable" [99], en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

---

[96] "3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de
Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004, sentencia C-037 de 2003.

[97] Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes: 10948-11643. Es, pues "*menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'".*

[98] *"(…) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo".* PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

[99] *"(…) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones*

En cuanto al daño antijurídico, la Corte Constitucional ha señalado que la:

> *"(…) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"*[100].

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un *"Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"*[101]. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable[102], anormal[103] y que se trate de una situación jurídicamente protegida[104].

Es preciso advertir que en la sociedad moderna, el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamado a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva y no sujetada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de una daño cierto, que afecta o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material,

---

públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)". ob., cit., p.186.

[100] Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

[101] Agregándose: "*Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana"*. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente: 9550.

[102] Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

[103] *"(…) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio".* Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

[104] Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente: 1999-02382 AG.

podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece[105].

7.2 Imputación de la responsabilidad al Estado y fundamento del deber jurídico de reparar.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la *"superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen"*[106].

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad [107], según el cual, la

---

[105] "(…) el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (…) Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave" (…) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiere reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (…) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª editorial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

[106] Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

[107] En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio

indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica[108].

En cuanto a lo anterior, la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que *"parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"*[109]. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de *"cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"*[110].

Esto es sin duda, un aporte dado por Larenz según el cual había necesidad *de "excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar"*[111]. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no[112]. Es más, se sostiene doctrinalmente *"que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa.*

---

diiudicatoria)". KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

[108] El *"otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados".* Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

[109] "El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre". GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

[110] MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

[111] LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

[112] JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo… No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"[113].

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad[114] es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación[115] que el juez está llamado a aplicar bajo la consideración de la utilización de la máxima "*Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"*[116].

Esta formulación no debe suponer, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que

---

[113] MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema, ob., cit., p.171.

[114] El principio de proporcionalidad se compone de tres sub- principios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (…) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer sub principio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

[115] La ley de la ponderación pone de manifiesto que ésta se puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

[116] ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: "… la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas- los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos". HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: "… no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado". Para concluir que: "La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta". HABERMAS, Jürgen. "Reply to Symposium Participants", en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal[117], teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a *"una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (…) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales"*[118], y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho[119].

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado[120], sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos[121], que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático

---

[117] La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los interese generales". LEGUINA VILLA, Jesús. "Prólogo", en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

[118] MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

[119] "(…) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.308.

[120] Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

[121] Merkl ya lo señaló: "El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino condijo per quam de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.311.

de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera *"(…) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (…)"*[122].

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

8.- La responsabilidad del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia.

Los elementos de la responsabilidad del Estado que se vienen de comentar, han tenido un desarrollo particular en el ámbito específico de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de los actos emanados de las autoridades judiciales, o por sus omisiones.

8.1 Régimen desde la óptica convencional

Ese desarrollo, desde la perspectiva convencional está consagrado en los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos bajo la égida de la tutela judicial efectiva, y del acceso efectivo a la administración de

[122] "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

justicia, que suponen que no solo deben existir los procedimientos y recursos, sino que los mismos tienen que mostrarse eficaces; de suerte que cualquier acto procesal de una autoridad jurisdiccional que vaya en contra de tal efectividad, o cualquiera omisión por parte de estas mismas autoridades que afecten a las personas intervinientes en un proceso judicial, en su derecho de defensa, generará responsabilidad del Estado frente a este particular.

La garantía de la tutela judicial efectiva vincula a los Tribunales internacionales, tanto en el orden universal, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional; como en el orden regional, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello es así, pese a que se establece en principio una inmunidad diplomática, pero únicamente respecto de los miembros que conforman estos Tribunales; no de la institución misma, que está vinculada a un régimen de responsabilidad derivada de sus procedimientos y decisiones. De suerte que si en ejercicio de esta actividad judicial internacional se incurre en actos u omisiones que vulneren los elementos que conforman el acceso efectivo a la administración de justicia, el organismo tendrá que responder por los daños que de tales actos u omisiones se deriven[123].

8.2 Régimen de Responsabilidad de daños derivados de la actividad judicial en el ordenamiento Colombiano.

En el ámbito interno, a propósito de la responsabilidad del Estado por daños derivados de la actividad de las autoridades jurisdiccionales, se pueden identificar tres etapas claramente diferenciadas: Un primer periodo anterior a la expedición de la Constitución de 1991, en la que no existía esta responsabilidad bajo el argumento que las decisiones jurisdiccionales, al estar revestidas de la autoridad de cosa juzgada, cualquier omisión, error o anomalía en que incurrieran las autoridades judiciales al proferirlas, configuraba un riesgo que debía ser asumido por los coasociados.

Pese a lo anterior, y por influjo del ordenamiento convencional, artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por vía excepcional fue abriéndose paso la responsabilidad por error judicial y por defectuoso funcionamiento; entendiéndose que el primero se verificaba cuando se condenaba

[123] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por el actividad judicial, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer- Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.

a una persona mediante sentencia que comportaba un error; y para configurar el segundo evento se precisó que una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada y otra diversa ciertos actos ejecutados por los jueces en orden a resolver los procesos, que solo requieren de la prudencia administrativa.

Una vez entra en vigencia la constitución de 1991, pueden advertirse dos épocas: una primera en que a la cláusula prevista por el artículo 90 de la Constitución se le dio una aplicación jurisprudencial en materia de daños derivados por la actividad judicial, en la que, en aplicación de las hipótesis previstas en el artículo 414 del entonces vigente código de procedimiento penal, se asoció como un mismo supuesto la privación injusta de la libertad y el error judicial[124]; y un segundo periodo que comienza con la expedición de la ley 270 de 1996, normatividad que especificó como fundamentos de la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional tres hipótesis: la privación injusta de la libertad, el error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

De suerte que, observado en conjunto el ámbito convencional y la legislación colombiana, son cuatro los supuestos que generan la responsabilidad por la actividad judicial, los tres que se acaban de mencionar, a nivel interno; y el deficiente acceso a la administración de justicia, desde la perspectiva convencional.

Por cuanto en el sub judice, y específicamente en el recurso único de apelación que aquí se resuelve, se acusa a la Rama Judicial de haber incurrido en una falla del servicio derivada de la privación de injusta de la libertad, se analizará los postulados teóricos de la responsabilidad del Estado derivada de este tipo de privación.

8.2.1 Privación Injusta de la Libertad

8.2.1.1 El derecho a la libertad individual

Dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Nacional, la garantía de la libertad ocupa un especial e importantísimo lugar, esto es, la posición de derecho fundamental cuya eficacia emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y vincula a todas las manifestaciones del poder público

[124] Una reseña de las decisiones del Consejo de Estado que contiene este sincretismo entre error y privación injusta de la libertad puede ser consultada en SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por la actividad judicial, cit. pág. 22.

y, fundamentalmente, al juez de responsabilidad extracontractual del Estado a quien se le impone el velar por la reparación integral de los perjuicios.

Es por esto que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo la configuración de un daño antijurídico que, en principio, el ciudadano no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado del ejercicio de la libertad.

8.2.1.2. Imputación de responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

En la primera etapa se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial[125].

También se sostuvo que dicho error debía ser producto "*de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso*"[126].

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal porque la captura se produjo sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa.
Dijo entonces el Consejo de Estado:

> *"Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.*
>
> *"La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la*

[125] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 1992, expediente: 10923.
[126] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 200, Expediente: 15989.

> *absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas."*[127]

En una segunda etapa, el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por "error judicial" comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal,[128-129] eventos aquellos en los cuales la víctima debe demostrar lo injusto de su detención toda vez que en los del artículo 414 se presumen:

> *"En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional"*[130]

En la tercera, que es la que prohíja la Sala actualmente, sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.

Y es que en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En consecuencia, se reitera que una vez que el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una

---

[127] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente: 8666.
[128] Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querella de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.
[129] Decreto 2700 de 1991, artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad**.** Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.
Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.
[130] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 1995, expediente: 10056.

persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que constituye un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P, debe ordenar su reparación.

En síntesis, la privación injusta de la libertad no se limita a las hipótesis previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y además no interesa que ella sea intramural, domiciliaria, o consista en restricciones para salir del país o para cambiar de domicilio.

Esta idea vertebral se encuentra expresada como postulado en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 al disponer que *"[q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios,*" sin perder de vista que el artículo 70 de esa misma Ley prevé que *"[e]l daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. (…) En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado."*

8.2.1.3. Unificación jurisprudencial sobre la indemnización del perjuicio moral en los casos de privación injusta de la libertad

En sentencia del 28 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la reparación del perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad se determina en salarios mínimos mensuales vigentes, a partir de cinco niveles que se configuran teniendo en cuenta el parentesco o la cercanía afectiva existente entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados, y el término de duración de la privación de la libertad, así:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2º de consanguinidad	Parientes en el 3º de consanguinidad	Parientes en el 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Para los niveles 1 y 2 se requiere la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros; para los niveles 3 y 4 es indispensable además la prueba de la relación afectiva; y para el nivel 5 sólo se exige la prueba de la relación afectiva.

9.-Análisis del caso concreto

Para realizar el análisis del caso concreto la Sala en primer lugar verificará si se encuentra acreditado el daño antijurídico; si ello es así, posteriormente examinará si dicho daño es imputable a la Rama Judicial, por la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el señor José Crisanto Tique.

9.1 El daño antijurídico en el caso concreto.

En el sub judice, se advierte que la parte actora pretende que se declare responsable a la Nación-Rama Judicial por la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el señor José Crisanto Tique desde el 03 de septiembre de 2006[131] fecha en que los gobernadores del resguardo Santa Marta de Palmar y del cabildo indígena Bocas de Bavi, dictaron la orden de detención Nº 003 por *"haber sido culpable de la CONDUCTA de DESOBEDIENCIA E INCUMPLIMIENTO DEL FALLO DEL TRIBUNAL SUPERIOR INDIGENA DEL TOLIMA"*; hasta el 28 de septiembre de 2006[132], fecha en que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Coyaima – Tolima ordenó al Director de la Cárcel Municipal poner en libertad definitiva e inmediata al señor Tique, toda vez que se le vulneró el derecho al debido proceso (defensa y contradicción).

Encuentra la Sala demostrado que el señor José Crisanto Tique estuvo privado de la libertad con fundamento en un proceso que adelantó en su contra la Jurisdicción Indígena, pese a que nunca le informaron que en su contra se estaba adelantando una causa por parte de dichas autoridades; además, está igualmente probado que éstas no tenían competencia para juzgarlo. En efecto, los elementos de juicio que obran en el expediente, incluida la acción de tutela introducida por el actor con ocasión de la privación de su libertad, dejan ver que en el *sub judice* no concurren los elementos que activan la jurisdicción especial indígena, habida consideración que el señor Tique no es indígena y no pertenece a la comunidad indígena Palmar

[131] Fl. 35 del C. 1 Fecha en que miembros de la Policía Nacional capturaron al señor José Crisanto Tique Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Coyaima ordenó al Director de la Cárcel Municipal dejar en libertad inmediata al señor José Crisanto Tique.
[132] Fl. 22 del C. 1 Fecha en que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Coyaima ordenó al Director de la Cárcel Municipal dejar en libertad inmediata al señor José Crisanto Tique.

Bocas de Babí, de lo que da fe tanto la afirmación del accionante como la declaración de la Organización Indígena del Municipio de Coyaima.

Con otras palabras, como la teleología perseguida por la jurisdicción especial indígena no es otra que la de preservar la cosmovisión y los valores étnicos culturales diferenciados propios de las comunidades indígenas y como en el *sub judice* se probó que José Crisanto Tique se identifica con los valores de la sociedad mayoritaria, se concluye la ausencia del criterio personal que activa la jurisdicción especial y, por ende, la violación a los derechos a la libertad personal y la garantía del juez natural, en los términos declarados por los jueces constitucionales.

Conforme a lo expuesto, la Sala encuentra que está acreditado el **daño** causado al señor José Crisanto Tique, comoquiera que estuvo privado injustamente de la libertad desde que los gobernadores del resguardo Santa Marta de Palmar y del cabildo indígena Bocas de Bavi dictaron la orden de detención Nº 003 del 30 de agosto de 2006 por *"haber sido culpable de la CONDUCTA de DESOBEDIENCIA E INCUMPLIMIENTO DEL FALLO DEL TRIBUNAL SUPERIOR INDIGENA DEL TOLIMA"*; la cual fue materializada el **03 de septiembre de 2006**, fecha en que fue capturado por miembros de la Policía Nacional y fue dejado en libertad el **28 de septiembre de 2006**, en cumplimiento de una orden judicial proferida por un Juez de Tutela.

En el presente proceso, como lo señaló el apoderado de la parte demandante en el recurso de apelación lo que se pretende es la declaratoria de la responsabilidad a la demandada, por la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el señor José Crisanto Tique, **daño** que se encuentra probado, sin embargo corresponde a la Sala señalar bajo qué tipo de criterio de responsabilidad se estudiara el presente caso, toda vez que no se concurren los requisitos establecidos en el artículo 414 del C.P.P.; ni existe absolución por in dubio pro reo*;* empero, lo que se tiene es que bajo la óptica del artículo 90 que establece que el Estado responderá cuando la víctima directa demuestre que en su contra se le impuso una medida que le restringió su derecho fundamental a la libertad[133], es

[133] Constitución Nacional "*Artículo 13 Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

decir, que estuvo privado injustamente de su libertad dentro de un proceso judicial, que en el mismo se le causó un daño con ocasión de su detención, hecho que sí se encuentra debidamente probado.

Ahora bien, resalta la Sala que en el caso sub examine, se encuentra probado que los gobernadores del Resguardo Santa Marta Palmar y del Cabildo Palmar –Bocas de Babí en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, otorgadas por el artículo 246 de la Constitución Política; dispusieron la privación de la libertad del señor José Crisanto Tique por la *"CONDUCTA de DESOBEDIENCIA E INCUMPLIMIENTO DEL FALLO DEL TRIBUNAL SUPERIOR INDIGENA DEL TOLIMA, atentatorias a nuestros usos y costumbres y tradiciones; por lo tanto le solicitamos mantener privado de la libertad a dicho Campesino por el tiempo establecido de TRES (3) MESES*"[134].

Respecto del Resguardo Santa Marta Palmar y del Cabildo Palmar Bocas de Babí, son autoridades tradicionales que conforme al artículo 2 del Decreto 2164 de 1995 son conformadas por miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad, además, ejerce funciones jurisdiccionales dentro de su territorio[135].

Por otra parte, como ya se enunció, el señor José Crisanto Tique recobró su libertad por las órdenes judiciales que se dictaron dentro de la acción de tutela que incoó el personero del Municipio de Coyaima en representación del aquí demandante, contra los gobernadores del Resguardo Santa Marta Palmar y del Cabildo Palmar Bocas de Babí, por encontrarse demostrado que el señor Tique no pertenecía al resguardo indígena que le impuso la condena; a juicio de la Sala, el hecho que su libertad la recobró por una decisión proferida por una autoridad de la jurisdicción constitucional, garante de los derechos Constitucionales, demuestra que para que el demandante hubiese podido ser juzgado por la Jurisdicción Indígena se requería de su consentimiento, el sólo hecho de vivir en la vereda de

---

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

[134] Fl.34 del C.1

[135] Prueba de ello es que, en algunas oportunidades, por impartir justicia bajo sus usos y costumbres, ha tenido conflictos de competencia con autoridades judiciales ordinarias. Al respecto, se puede consultar, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional T-397 de 2016.

Santa Marta de Palmar, no les facultaba para juzgarlo. Al respecto, la Corte Constitucional[136] ha establecido lo siguiente:

> *"Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.*
>
> *Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.[137-[5]]"*

Por lo expuesto y de conformidad con lo resuelto por los Jueces de tutela y lo establecido por la Corte Constitucional, en la providencia que se acaba de transcribir parcialmente, la autoridad indígena desconoció que el sólo hecho de que el señor José Crisanto Tique viviera en la vereda de Santa Marta de Palmar –territorio indígena-, no les otorgaba la competencia para juzgarlo, pues faltaba que concurriera otro elemento, como lo era la aceptación de ser procesado por esa jurisdicción, pues dichas autoridades no pueden desconocer que si bien están investidas para administrar justicia bajo sus principios y costumbres; en ejercicio de dicha labor deben garantizar las disposiciones constitucionales. Así lo ha establecido la Corte Constitucional[138]:

> *"(…)*
> *La autonomía de los pueblos indígenas y el reconocimiento de su jurisdicción especial no tienen el efecto de blindar las actuaciones de las actuaciones de las autoridades indígenas frente al control del juez constitucional, pues la Constitución Política, que es la que reconoce el derecho a la jurisdicción propia, traza claros límites que deben ser respetados en cada caso individual. Según lo ha explicado claramente esta Corte, la atribución constitucional confiada a las autoridades de los pueblos indígenas, consistente en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio*

---

[136] Corte Constitucional, T- 496 de 1996
[137]-[5] Esta idea, al igual que los ejemplos que la ilustran, fue desarrollada por Isabel Cristina Jaramillo, en "El Liberalismo frente a la Diversidad Cultural". (S.P.P.)
[138] Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa

> *debe interpretarse de conformidad con la Constitución y la ley19 [[139]]. Ello resulta no solo del mandato constitucional expreso en este sentido, sino también del hecho de que las decisiones de las autoridades indígenas tienen la naturaleza de decisiones judiciales, y en tal medida están sujetas al ordenamiento jurídico trazado por la Carta Política y la ley.*
> *(…)".*

Así las cosas, la Sala encuentra que el señor José Crisanto Tique, estuvo sujeto a una privación injusta de su libertad ordenada por miembros de la Jurisdicción Indígena; libertad que recobró en consecuencia de unas decisiones de tutela que ampararon sus derechos constitucionales, pues era evidente en primer lugar que el actor no pertenecía a esa comunidad indígena, y está demostrado que tampoco aceptaba dicha justicia, por lo que nos encontramos ante un daño que le es imputable a la Rama Judicial, pues ésta es la entidad que debe responder conforme a lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 270 de 1996.

Por último, en cuanto al periodo durante el cual se extendió la privación de la libertad del demandante, la Sala pudo constatar que esta se configuró desde el **03 de septiembre de 2006** hasta el **28 de septiembre de 2006**, lo que equivale a un término de 0,83 meses. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y declarará la responsabilidad de la Nación – Rama Judicial.

10. Liquidación de perjuicios inmateriales

10.1. Perjuicios morales

Como se dejó dicho en el punto 5 de estas consideraciones, la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó la tasación del perjuicio moral en atención al término de duración de la privación y el nivel de cercanía afectiva existente entre la víctima directa y los perjudicados.

En el expediente se encuentra acreditado que el señor José Crisanto Tique comparece al proceso como víctima directa de la privación injusta de la libertad.

Y a su turno, la señora María Floremia Ducuara Tique en su calidad de esposa, y Flor María Ducuara Tique y Reina Marince Tique Ducuara en su calidad de hijas[140], parentescos que la Sala considera acreditados con los correspondientes registros civiles de nacimiento.

---

[139] Corte Constitucional Sentencia T-254 de 1994 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz
[140] Obra copia del Registro Civil de Matrimonio de José Crisanto Tique y María Floremia Ducuara de Tique.(Fl.2 C.1)

Ahora bien, como ya se dijo, está demostrado que **José Crisanto Tique** estuvo privado injustamente desde el **03 de septiembre de 2006** hasta el 2**8 de septiembre de 2006**, lo que equivale a un término de 0,83 meses. Por lo que la Sala les reconocerá, al demandante y a las víctimas indirectas, lo establecido en la tabla de unificación, pues se encuentran ubicadas en el primer nivel de cercanía afectiva reconocida por la tabla y en el primer rango indemnizatorio, el correspondiente al periodo de privación inferior a 1 mes, cuya cuantificación se limita a 15 SMLMV.

Por ende, la Sala reconocerá por concepto de perjuicio moral las siguientes sumas:

Nivel	Demandante	Calidad	Indemnización
1º	José Crisanto Tique	Víctima Directa	15 SMLMV
1º	María Floremia Ducuara de Tique	Esposa	15 SMLMV
1º	Flor María Tique Ducuara	Hija	15 SMLMV
1º	Reina Marince Tique Ducuara	Hija	15 SMLMV

10.2 Perjuicios en razón del daño a la vida en relación

La Sala observa que la parte demandante solicitó por este concepto el pago de 250 SMLMV a favor de la víctima directa y 200 SMLMV a favor de su esposa e hijas, respectivamente, el cual será negado, en primer lugar, porque el demandante no especificó en qué hace consistir el perjuicio solicitado, pues debe preverse que el daño a la vida de relación ha sido acogido por la jurisprudencia bajo diferentes *nomen iuris*, dependiendo del interés jurídico vulnerado, así, por ejemplo, cuando el perjuicio deviene de una lesión psicofísica su reconocimiento se efectúa bajo la denominación de daño a la salud.

Pero si el daño a la vida de relación deviene de la lesión a otros bienes constitucionales deberá verificarse su concreción bajo los criterios de la categoría de *"alteración grave a los bienes constitucional y convencionalmente amparados".*

Obra copia del Registro Civil de Nacimiento de Flor María Ducuara Tique en el que consta que es hija del señor José Crisanto Tique y Floremia Ducuara de Tique.(Fl.3 C.1)
Obra copia del Registro Civil de Nacimiento de Reina Marince Ducuara Tique en el que consta que es hija del señor José Crisanto Tique y Floremia Ducuara de Tique.(Fl.4 C.1)

En segundo lugar y más importante aún, la Sala observa que no obran en el plenario los medios probatorios que permitan verificar que como consecuencia de la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el actor, éste sufrió una lesión a alguno de sus bienes constitucionales o convencionalmente amparados, distintos del mismo derecho a la libertad.

En consecuencia, como ya se anticipó, la Sala negará este perjuicio solicitado por la parte demandante, puesto que no es claro en qué se hace consistir el mismo, y porque además, los testimonios que se recepcionaron en la etapa probatoria del proceso, dan cuenta solamente de los perjuicios morales que se le ocasionó a ese núcleo familiar, el cual ya se reconoció.

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

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida el **25 de septiembre de 2009** por el Tribunal Administrativo del Tolima y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR responsable a la **NACIÓN- RAMA JUDICIAL** de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la privación injusta de la libertad de que fue víctima José Crisanto Tique.

SEGUNDO: CONDENAR a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** a pagar a título de perjuicios morales, a cada uno de los demandantes las siguientes sumas:

Nivel	Demandante	Calidad	Indemnización
1º	José Crisanto Tique	Víctima Directa	15 SMLMV
1º	María Floremia Ducuara de Tique	Esposa	15 SMLMV
1º	Flor María Tique Ducuara	Hija	15 SMLMV
1º	Reina Marince Tique Ducuara	Hija	15 SMLMV

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente