REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, siete (7) de abril dos mil quince (2015)

Acta de Aprobación No. 156
Hora: 11:15 a.m.

1.- VISTOS

Procede la Sala a decidir la acción de tutela instaurada por el señor **JOSÉ ELIÉCER NENGARABE PALACIO** contra la Fiscalía 44 Especializada de Pereira (Rda.) al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a no ser tratado de manera degradante, a no ser discriminado por razón de su origen étnico, a la protección especial por su situación económica y las circunstancias de debilidad por razones idiomáticas, a un debido proceso que ha de contemplar un intérprete de su lengua nativa, y el derecho a la salud.

2.- SOLICITUD

Lo sustancial de los hechos que plantea en el escrito de tutela el apoderado del señor **JOSÉ ELIÉCER NENGARABE PALACIO**, se puede concretar así: (i) es un indígena Embera-Chamí certificado en el Gran Resguardo Unificado Chamí sobre el Río San Juan de Mistrató, y perdió su libertad desde septiembre del año 2014, siendo judicializado en audiencia en la cual no contó con intérprete, por lo que desconoce a la fecha la razón de su detención; (ii) actualmente tiene algún entendimiento de la lengua española por sus ocho meses de reclusión, pero para las diligencias iniciales lo desconocía; (iii) en audiencia realizada en febrero 24 de 2015 el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado analizó la audiencia en la que supuestamente aceptó cargos y anuló esa actuación, a la vez que devolvió el expediente a la Fiscalía y dispuso se restablecieran los términos para presentar acusación; (iv) la Fiscal

ha ignorado desde siempre la jurisdicción especial indígena y además que no entendía la lengua española, como también la imposibilidad de ofrecer rebajas por aceptación de cargos en los delitos donde está prohibido como el caso de la extorsión agravada; (v) los términos para formulación acusación se encuentran vencidos según lo reglado en el artículo 175 del C.P.P., modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, pues la acusación no existió; (vi) se encuentra enfermo en la cárcel de Cartago, pues para la fecha en la que fue detenido había sido mordido por una serpiente venenosa y pese a solicitar reiteradamente a la Fiscalía, al Inpec y al Juzgado de Control de Garantías se le permitiera el ingreso de medicinas naturales prescritas por su señor padre, ello fue casi imposible, hasta que logró posteriormente la atención médica habida cuenta de la intervención de la Defensoría del Pueblo Regional Valle, pero al no contar con los insumos para tratar dicho padecimiento en el hospital de esa ciudad, se le permitió el ingreso de su progenitor al establecimiento carcelario para las curaciones respectivas; (vii) la Fiscalía 44 Especializada desconoció el fuero indígena del accionante como miembro de una etnia protegida por el Estado y que el sistema jurídico del resguardo contempla sanciones para los miembros de la comunidad que tomen las armas y procedan a enrolarse en un bando armado, sin tenerse en cuenta al momento de su aprehensión lo dispuesto en la Sentencia T-921 de 2013; (viii) se ha solicitado en reiteradas ocasiones audiencia para lograr su libertad, la nulidad de lo actuado por violación del debido proceso y que sea la autoridad indígena la encargada de conocer el caso, pero en todas las ocasiones la audiencia ha sido cancelada por la Fiscalía 44, y en la única donde se escucharon los argumentos defensivos, la fiscal se opuso sin la consideración del caso, al afirmar que el Juzgado de Control de Garantías no es el apto para determinar la libertad del actor, la que se prolonga indebidamente; (ix) la Fiscalía canceló la audiencia de individualización de pena y sentencia por aceptación ante el Juzgado Segundo Especializado programada para enero 13 de 2015 y solicitó a su vez una audiencia de aclaración de formulación de la imputación misma que canceló sin previo aviso, por lo que no encuentra camino jurídico para impetrar su libertad al serle denegada la justicia, así como el procedimiento que se debe adelantar para esclarecer su situación al no contar con un intérprete, negársele ser escuchado en la argumentación diseñada por la OIT e impedírsele su derecho a la salud, y (xi) su familia pasa numerosas necesidades por culpa de la justicia, pues es padre de 9 hijos menores de edad y su esposa se encuentra en avanzado estado de gestación, los cuales han dependido de su trabajo por lo que su familia se encuentra enfrentada a la inanición y desnutrición, lo que también vulnera los derechos de los menores.

Con fundamento en lo anterior solicita que mediante este mecanismo judicial se ordene la libertad de su prohijado y se tutelen sus derechos fundamentales a no ser tratado de manera degradante, a no ser discriminado por razón de su origen étnico, a la protección especial por su situación económica y las circunstancias de debilidad por razones idiomáticas, a un debido proceso que ha de contemplar un intérprete de su lengua nativa y el derecho a la salud.

Así mismo expresa el apoderado del accionante, que similar acción de tutela iniciada en diciembre de 2014 fue declarada improcedente en primera instancia, y en decisión de segundo grado se decretó la nulidad y rechazo por esta Sala Penal, por lo que impetró nueva demanda en febrero de 2015 que fue repartida como proceso de habeas corpus, por lo que considera que no se ha dado trámite a ninguna tutela incoada en favor de su prohijado.

3.- CONTESTACIÓN

Dentro del término oportuno el Fiscal 3 Especializado en apoyo de la Fiscalía 44 Especializada, el togado GILBERTO SERNA LÓPEZ y el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado dieron respuesta a la acción de tutela, así:

3.1.- La Fiscalía 44 Especializada manifiesta que no obra en la carpeta que se adelanta contra **JOSE ELIÉCER** por los delitos de desplazamiento forzado en concurso homogéneo y sucesivo con rebelión y extorsión agravada, elemento probatorio que refiera que el imputado hace parte del Gran Resguardo Unificado Chamí, no obstante que en la audiencia preliminar de noviembre 13 de 2014 el defensor descorrió traslado de documentos donde se señala que el imputado hace parte de dicho Resguardo.

Hace recuento de las audiencias preliminares celebradas en el referido caso, en especial la de imputación en la que el procesado de manera libre, consciente y voluntaria se allanó a los cargos imputados, sin observar vulneración al derecho a la defensa ni al debido proceso por parte del Juzgado. Igualmente informa que la referida aceptación de cargos fue declarada nula por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado en razón de haberse ofrecido un descuento punitivo de hasta el 50% de la pena, cuando la Ley 1121/06 en su artículo 26 prohíbe tal concesión para el delito de extorsión, por lo que el despacho ordenó conforme al parágrafo 1 del artículo 317 del C.P.P. restablecer los términos, a consecuencia de lo cual procedió a presentar escrito de acusación en marzo 3 de 2015, sin que se haya presentado vencimiento de los mismos conforme el artículo 175 del C.P.P., pues en el caso concreto el lapso para acusar es de 120 días por

existir concurso de delitos y por ser de competencia de la justicia especializada.

Considera que no advierte vulneración de derechos fundamentales al haberse efectuado el control de legalidad a las actuaciones que afectan la libertad del señor **JOSÉ ELIÉCER** y subsanado las inconsistencias en que pudo incurrir la Fiscalía, y aunque en esa precisa audiencia se contó con la intervención de un intérprete, no se ha establecido que el procesado desconozca el idioma español y no estamos ante un caso que debe actuarse bajo la jurisdicción indígena, máxime que el fuero especial indígena alegado por el defensor en relación con la sentencia T-921 de 2013 deberá probarse en la audiencia de formulación de acusación programada para abril 6 de 2015.

En cuanto a la situación médica del procesado, aduce que en la carpeta obra valoración de médico del Hospital San José de Belén de Umbría donde se advierte que fue mordido por un perro de tiempo atrás y presentar malestar general, el galeno determinó que se encuentra en condiciones adecuadas de salud al momento de la valoración, y ante petición de octubre 14 de 2014 en la que pide la defensa que se ordene el traslado del mismo a un centro médico para la atención médica de urgencia, se le indicó que el competente para ello era el INPEC o en su defecto el Juez de Control de Garantías, que coadyuvaría la Fiscalía.

Si bien no se asistió a la audiencia programada en noviembre 13 de 2014 ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías, fue debida y oportunamente justificada por encontrarse la titular del despacho en el municipio de Génova (Q.) en desarrollo de otras audiencias preliminares, pero ese mismo día asistió en horas de la tarde a audiencia de solicitud de traslado del expediente a la jurisdicción indígena ante lo cual se opuso y la juez se abstuvo de realizar pronunciamiento alguno al considerar que no era de su competencia.

Observa como temeraria la supuesta negación de justicia y falta de un intérprete predicada por el accionante pues carecen de sustento y deberán ser probadas, máxime que el apoderado del accionado cuenta con los mecanismos legales para ejercer su derecho a la defensa y a los que ha recurrido para hacer efectivo su derecho a la defensa en las oportunidades legales pertinentes. Igualmente advierte que se ha subsanado y corregido cualquier anomalía que haya podido presentarse a lo largo del desarrollo del proceso. Frente a la numerosa familia del actor, dicha situación no ha sido probada, la cual deberá alegar en la oportunidad procesal pertinente.

3.2.- El togado GILBERTO SERNA LÓPEZ expresa que asumió en septiembre 13 de 2014 como defensor público del señor **JOSÉ ELIÉCER** capturado por orden emanada de autoridad competente y para ello realizó la respectiva entrevista, tomó sus datos personales y consignó lo requerido en la ficha socio económica de la Defensoría, así mismo procedió a ilustrarlo sobre la mecánica de las audiencias preliminares, las consecuencias jurídicas de allanarse o no a la imputación -como lo hace con todos los usuarios de la Defensoría-, e igualmente sobre los delitos que posiblemente le iba a enrostrar la Fiscalía y la improcedencia de rebajas por delitos como la extorsión agravada. Enfatiza que la entrevista se realizó en castellano y el indiciado entendió perfectamente la información suministrada y orientaciones que como defensor le daba. Tal aseveración la realiza por cuanto el accionante indica que señor **JOSÉ ELIÉCER** solo habla y entiende su lengua nativa, de haber sido así, hubiera sido irresponsable de su parte entrevistar a una persona que no entiende el idioma castellano y dejar transcurrir las audiencias sin intérprete.

Agrega que en las audiencias preliminares ante al Juzgado Segundo Penal con Función de Control de Garantías se declaró legal la captura, la Fiscalía imputó rebelión, desplazamiento forzado y extorsión agravada, para el que no proceden rebajas, pese a lo cual se le ofreció una diminuente de hasta el 50% y por ende los cargos fueron aceptados por el imputado, a pesar de la información y advertencias que previamente le había efectuado. Aduce que para ese entonces se preparaba para solicitar la vinculación de la máxima autoridad indígena de la comunidad a la que pertenece el imputado conforme lo establece la sentencia T-921/13, así como para solicitar el traslado de las diligencias a la jurisdicción especial indígena y nulidades pertinentes ante el Juez de Conocimiento, por ser el escenario indicado para dichos trámites, pero finalmente le fue revocado el poder, por lo que desconoce en la actualidad las acciones surtidas por quien ejerce como apoderado del procesado, sin contar con elementos para apoyar el amparo solicitado.

3.3.- Por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pereira, se informó que esa instancia conoció en noviembre 5 de 2014 el escrito de acusación con aceptación de cargos del señor **NENGARABE PALACIO**, el cual fue retirado posteriormente por la Fiscalía 44 Especializada, siendo presentado nuevamente en diciembre 23 de 2014 y fijada para febrero 24 de 2015 la audiencia de individualización de pena y sentencia en la que se declaró la nulidad de la aceptación de cargos del señor **JOSÉ ELIÉCER** realizada ante el Juzgado Segundo Penal con Función de Control de Garantías pro violación al debido proceso, en cuanto se ofreció una rebaja de hasta el 50% por aceptación de cargos no obstante la prohibición contenida en la Ley 1121/06, art. 26, para otorgar descuentos punitivos para el delito de

extorsión, entre otros, lo que pasó por alto la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías. Por tal razón dispuso devolver las diligencias a la Fiscalía y se ordenó la reanudación de términos para la presentación del escrito acusatorio conforme el artículo parágrafo 1 del artículo 317 del C.P.P. Agrega que en la referida diligencia el procesado estuvo acompañado de su defensor y además contó con la presencia de un intérprete de la lengua Embera Chamí.

Expresa igualmente que si el defensor del procesado propugna por la libertad del mismo al tenor de los artículos 175 y 294 del C.P.P. debe ser conocedor que dicho trámite se surte ante un juez de control de garantía, pues ese despacho por ser de conocimiento no es competente para pronunciarse de fondo en ese sentido.

3.4.- Por parte del Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías se guardó silencio.

4.- PRUEBAS

Se tuvieron en cuenta como tal los documentos aportados por cada una de las partes.

5.- Para resolver, SE CONSIDERA

El Tribunal es competente para fallar el presente asunto de conformidad con la facultad consagrada en la Constitución Política en su artículo 86 y en los Decretos 2591/91 y 306/92.

5.1.- Problema planteado

Corresponde establecer a la Sala si por parte de la Fiscalía 44 Especializada contra el Terrorismo y los Juzgados donde se ha ventilado la actuación en contra del señor **JOSÉ ELIÉCER NEGARABE PALACIO**, se vulneraron los derechos fundamentales que estima conculcados.

5.2.- Solución

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que "el afectado no

disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Se advierte entonces que la acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

De conformidad con las manifestaciones realizadas por el apoderado del señor **JOSÉ ELIÉCER NENGARABE PALACIO**, entiende esta Sala que su solicitud está orientada básicamente a la protección de los derechos fundamentales a: (i) la libertad; (ii) el debido proceso; (iii) el respeto por su condición de indígena; (iv) a la salud, y (v) a los derechos de los menores. Todos estos que en su sentir han sido objeto de vulneración.

(i) Sobre el derecho fundamental a la libertad.

Frente a la pretensión que hace el accionante debe reiterarse que en principio la tutela no procede cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual se debe demostrar la premura de la situación y la importancia del auxilio constitucional; es decir, que no puede utilizarse como forma de evadir los procesos ordinarios o especiales contemplados de manera general por la ley.

Sobre el particular en la sentencia T-313 de 2005, la H. Corte Constitucional indicó:

> "[…] La acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos fundamentales cuyas características y condiciones son definidas por la misma Carta Política. **Dentro de estos requisitos se encuentran la subsidiariedad** y la inmediatez.
>
> El primero está relacionado con la necesidad que en cada caso concreto se acredite que el afectado no cuenta con otro mecanismo de protección de sus derechos o que, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, dicho instrumento pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional y transitoria.[1]
>
> **El fundamento constitucional de la subsidiariedad, bajo esta perspectiva, consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales**. En efecto,

[1] En relación con la subsidiariedad de la acción de tutela pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-297/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-449/98, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-300/04, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

> la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones."

Y es por ello que en relación con la protección del derecho fundamental a la libertad, dicho requisito de subsidiaridad cobra mayor vigencia, pues debe demostrarse que no se cuenta con ningún otro mecanismo idóneo o efectivo para evitar su conculcación, para que la acción de tutela proceda de manera excepcional y transitoria. Al respecto así ha indicado la Corte Constitucional:

> "Así, la causal de improcedencia de la tutela ante la existencia de otra acción constitucional como el hábeas corpus aplica en aquellos eventos en los que el interesado privado de la libertad, creyendo estarlo ilegalmente, por sí o por interpuesta persona acude al amparo al considerar que esa garantía fundamental puede estar siendo vulnerada como consecuencia de una acción u omisión de una autoridad pública. Acorde con la jurisprudencia de esta corporación[2] en esos supuestos el amparo resulta improcedente, aún como mecanismo transitorio, pues el hábeas corpus es un medio idóneo y efectivo, aún más expedito que la tutela, para proteger la libertad, por ser el término de treinta y seis horas (arts. 30 Const. y 3.1. L. 1095 de 2006) más corto para resolver sobre lo pretendido.
>
> Bajo esos supuestos el amparo incoado no supera el presupuesto de subsidiariedad, como quiera que ese principio se encamina a *"evitar que la acción de tutela llegue a desarticular el sistema jurídico, pues no debe olvidarse que el primer llamado a proteger los derechos fundamentales es el juez ordinario"*[3]."[4]

Al enfrentar los anteriores presupuestos generales con el caso que nos ocupa, se hace necesario indicar que acorde con lo expresado por la Fiscalía 44 Especializada contra el Terrorismo, así como lo narrado por el abogado GILBERTO SERNA quien obró como defensor técnico del procesado **JOSÉ ELIÉCER NENGARABE**, en el presente caso la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para que el señor **JOSÉ ELIÉCER** obtenga la libertad que reclama, por las razones que a continuación se expresan:

---

[2] Ver, entre otras, T-839 de octubre 10 de 2002 y T-054 de enero 30 de 2003, ambas con ponencia de Álvaro Tafur Galvis.
[3] T-054 de 2003, previamente referida.
[4] T-527 de 2009.

De conformidad con la información arrimada al dossier, en especial la referida por la Fiscalía 44 Especializada contra el Terrorismo, se advierte que en contra del señor **JOSE ELIÉCER NENGARABE PALACIO** se adelanta investigación penal por los delitos desplazamiento forzado en concurso heterogéneo y sucesivo con el de rebelión y extorsión agravada, lo que motivó que el órgano encargado de la persecución penal elevara solicitud ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Belén de Umbría, donde luego de realizar la fundamentación fáctica y jurídica se expidió orden de captura en desfavor del señor **JOSÉ ELIÉCER**, la cual se hizo efectiva.

Deviene de lo anterior, que en principio la privación de la libertad del señor **JOSÉ ELIÉCER** acaeció en cumplimiento de una orden emanada de un despacho judicial donde se consideró que en razón de las conductas endilgadas se hacía necesaria su restricción personal. La actividad que desarrolló ese primer funcionario encargado de emitir la orden restrictiva era la de verificar que efectivamente la Fiscalía contara con los elementos materiales probatorios para inferir que el allí procesado tenía responsabilidad en las ilicitudes objeto de investigación para proceder a librar la misma, como efectivamente así se hizo, privación ésta que posteriormente fue declarada como legal por el Juez Segundo de control de garantías de esta capital, como encargado de velar por la protección de las garantías constitucionales en esta clase de trámites.

Bajo esos presupuestos, se considera que la detención del señor **NENGARABE PALACIO** fue consecuencia de una decisión emitida por funcionario judicial y de conformidad con lo reglado en el ordenamiento jurídico, frente a la cual se surtió el respectivo control de legalidad, sin que por parte del apoderado en las referidas diligencias se hubiera interpuesto recurso alguno en relación con lo allí decidido, a consecuencia de lo cual de estimar quien ahora funge como su defensor que dicha privación es ilícita podrá optar no solo por acudir a la acción de habeas corpus, como medio inclusive más expedito que la tutela en cuanto el lapso para su definición es solo de 36 horas, sino que además podrá hacer uso de los procedimientos a que alude la normativa procedimental penal, como lo sería el caso de la revocatoria de medida de aseguramiento -artículo 318 del C.P.P.-. Adicionalmente, si en su sentir se presentan los presupuestos a los que aluden los artículos 175 y 294 *ibídem*, deberá acreditar ante el Juez de control de garantías que los términos procesales se encuentran vencidos para que sea removida de la investigación la fiscal que omitió el cumplimiento de la normativa y sea igualmente el funcionario judicial el que otorgue la libertad a su patrocinado, como quiera que no le corresponde al juez de tutela adoptar decisiones que deben ser proferidas dentro del curso ordinario del referido proceso.

Lo dicho es así en cuanto en relación con las funciones que debe cumplir el juez de control de garantías, la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005[5] se expresó de la siguiente manera:

> "Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad."

Como quiera entonces que la acción de tutela no es procedente para solicitar la libertad del procesado, en cuanto existen para el mismo otros mecanismos para lograr tal objetivo, el amparo reclamado se considera improcedente.

(ii) Acerca del derecho fundamental al debido proceso

Ahora bien, luego de que se surtiera el control de legalidad de la medida restrictiva de la libertad del señor **NENGARABE PALACIO**, se llevó a cabo ante el Juez Segundo de control de garantías la audiencia de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. Y fue precisamente ante ese funcionario donde por parte de la Fiscalía se realizaron las argumentaciones respectivas tendientes a endilgar los cargos al procesado, el cual en todo momento estuvo asistido de un defensor adscrito al programa de la defensoría pública, quien lo ilustró previamente sobre el desarrollo de la actuación y sobre las consecuencias jurídicas que le acarrearía el hecho de aceptar o no los cargos en la mencionada audiencia.

Mírese que contrario a lo esgrimido por el accionante, no se advierte que en la diligencia se le hubiere vulnerado al señor **NENGARABE PALACIO** su derecho

[5] MP. Clara Inés Vargas Hernández (SPV. Alfredo Beltrán Sierra).

fundamental al debido proceso, por cuanto como ya se indicó, estuvo acompañado de un defensor que fue claro en indicar que con antelación al trámite pudo dialogar con el detenido en idioma castellano y éste le entendió las explicaciones entregadas; y que incluso, en esa precisa diligencia, pese a las advertencias sobre la aceptación de cargos, de manera libre y voluntaria se allanó a éstos y aunque al procesado se le impuso medida de aseguramiento, el apoderado no interpuso recurso al indicar que en conversación con su prohijado este le manifestó que estaba interesado en empezar a descontar por trabajo o estudio y por esa razón no se opuso a dicha medida.

Da plena credibilidad esta Sala a lo esgrimido por el abogado GILBERTO SERNA -defensor técnico del procesado en las preliminares-, en el sentido que de percatarse que su prohijado desconocía la lengua castellana se hubiera opuesto a la realización de la referida audiencia al no haber presencia de un intérprete de la lengua Embera-Chamí, pero como tuvo la oportunidad de hablar con éste y verificar que no tenía problema de entendimiento, se surtieron a cabalidad las audiencias. Es más, el primer llamado a verificar que efectivamente se garantizara en todo momento tal derecho fundamental lo sería el juez de control de garantías, como juez constitucional que es, pero en relación con la presunta barrera dialéctica que esgrima el accionante y que le impedía supuestamente al señor NENGARABE PALACIO entender lo que allí sucedía, nada de ello se dijo al respecto, pues se itera, entiende el idioma español como así lo ratificó quien ejerció su defensa en esas primeras audiencias. Bajo esa premisa se adelantaron las diligencias ante el mencionado juzgado, donde se impartió legalidad al procedimiento de captura, se formuló la respectiva imputación, y se impuso la condigna medida de aseguramiento.

No observa por tanto esta Sala de decisión afectación alguna al derecho fundamental al debido proceso porque entre otras cosas se avizora que ante los cuestionamientos que con ocasión de la aceptación de cargos le formuló el juez -audio Nro. 2 Récord 12:13 en adelante-, el señor **NENGARABE PALACIO** dice que sí capta y responde afirmativamente a lo preguntado por el funcionario judicial.

Muy a pesar que se presentó una falencia en la audiencia al habérsele ofrecido al imputado una diminuente que no procedía por expresa prohibición legal conforme lo reglado en el artículo 26 de la Ley 1121/06 (se trataba de un delito de extorsión agravada), tal irregularidad fue finalmente advertida por el juez de conocimiento quien en decisión de febrero 24 de 2015 declaró la nulidad de la aceptación de cargos y dispuso la reanudación del término para que la Fiscalía procediera a presentar el escrito acusatorio, como en efecto así se efectuó, pues como lo ha dicho la jurisprudencia: "la misión que corresponde desempeñar al juez,

bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, para buscar la aplicación de una justicia material,[6] y sobre todo, para ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado.*"*[7]

Si bien el apoderado discrepa de la orden del juez de conocimiento en cuanto a reanudar los términos para que se presentara el escrito acusatorio conforme el parágrafo 1 del artículo 317, no es por medio de la presente acción que puede atacar decisiones frente a las cuales pudo interponer los recursos de ley y no lo hizo, situación que en virtud del principio de preclusividad de los actos procesales impide cuestionar el tema en sede de tutela.

En relación con la cancelación de las audiencias por parte de la Fiscalía a que alude el actor, tal situación no tiene la connotación suficiente como para considerar vulnerado el debido proceso o el derecho a la defensa que le asiste, en cuanto si bien en el dossier se advierte que la fiscal no asistió a una de las referidas diligencias solicitadas por el abogado, ello obedeció a una fuerza mayor, dado que para ese día adelantaba otras diligencias preliminares en Génova (Qdío.), acerca de lo cual informó al despacho de control de garantías. Lo dicho por cuanto si el togado así lo estima, puede requerir al juzgado para que reprograme las audiencias que no se han desarrollado por la ausencia de la Fiscalía e inclusive de observar que tales falencias de la representante del órgano persecutor son reiterativas, podrá solicitar que se adelanten las averiguaciones disciplinarias a que haya lugar.

En ese orden de ideas, considera la Sala que tampoco se presenta afectación alguna al debido proceso y por ende se negará el amparo constitucional.

(iii) Sobre el respeto por su condición de indígena

En relación con el presunto desconocimiento que por parte de la Fiscalía se ha tenido frente a la condición de indígena del procesado, perteneciente supuestamente al Gran Resguardo Unificado Chamí, en cuanto en su sentir se debe dar aplicación a la Sentencia T-921/13 para que sea esta jurisdicción especial indígena la que se encargue de adelantar la investigación en contra del señor **NENGARABE PALACIO**, se advierte que si bien el profesional del derecho pidió al Juzgado Séptimo de control de garantías de esta capital que se ordenará la remisión ante las autoridades indígenas del proceso -por competencia-, no puede predicar que por el hecho de que la Fiscalía se hubiera opuesto a tal pedimento, ello sea considerado como vulneratorio de sus derechos

[6] Subrayado fuera del texto.
[7] Sentencia T-293 de 2013

fundamentales, ya que en ejercicio de su rol legal y constitucional la Fiscalía tiene la posibilidad de cuestionar los pedimentos que le son contrarios a sus intereses procesales, sin que tal postura pueda catalogarse per se como una medida que desconoce la calidad de indígena del procesado o la existencia de la jurisdicción especial.

De todas formas, la decisión de la juez de control de garantías, por medio de la cual se abstuvo de decidir de fondo, tiene fundamento única y exclusivamente en el hecho de avizorar que no es la competente para decidir al respecto. Y en esa dirección se observa que en la Sentencia T-921/13 se sostuvo:

> "En relación con el elemento personal se distinguieron las consecuencias de las hipótesis de que el delito se cometa al interior o fuera del ámbito territorial de la comunidad indígena, reconociendo los efectos del error de prohibición culturalmente condicionado y de la diversidad sociocultural:
>
> > *"(S-i) Cuando un indígena incurra en una conducta calificada como delito por la ley penal (o socialmente nociva dentro de una cultura indígena), en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto.*
> > *(S-ii) Cuando una persona indígena incurre en una conducta tipificada por la ley penal por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece, y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez de conocimiento deberá establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa:*
> > *(S-ii.1) Si el juez responde afirmativamente esta pregunta, deberá absolver a la persona;*
> > *(S-ii.2) En caso de que el operador judicial concluya que no se presentó error invencible, pero que la persona sí actuó condicionada por su identidad étnica, deberá remitir la actuación a las autoridades del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la inimputabilidad por diversidad cultural.*
> > *(S-ii.3) Si el juez de conocimiento concluye que no se presentó error invencible, y que el actor no se vio condicionado por parámetros culturales diversos en su actuar, entonces es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de "aculturación", lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria"8.*
>
> Por su parte, frente al elemento objetivo, se formularon las siguientes subreglas relacionadas con la naturaleza del bien jurídico afectado por el delito:
>
> > *"(S-xi) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la jurisdicción especial indígena*

[8] Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

> *(S-xii) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria.*
> *(S-xiii) Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica.*
> *(S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la subregla (S-xv), la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juez, en cambio, debe efectuar un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima" [9].*"

Significa lo anterior, que es claro que la decisión relacionada con la remisión o no del expediente a la jurisdicción especial indígena le compete al juez de conocimiento, y por ende como quiera que en el caso objeto de estudio está pendiente de la realización de la audiencia de formulación de acusación, será en ese escenario donde el apoderado del señor **NENGARABE PALACIO** debe solicitarlo a efectos de que el juez de conocimiento disponga lo que en derecho corresponda, sin que sea viable que por medio de la acción de tutela se invada la órbita del juez natural encargado de dilucidar dicho aspecto.

Por este preciso aspecto tampoco hay por tanto lugar a declarar violación o menoscabo a derecho fundamental alguno.

(iv) Respecto al derecho fundamental a la salud.

Sobre el punto y según lo esgrimido por el accionante, la afectación en la salud del señor **NENGARABE PALACIO** acaeció con antelación a su privación de la libertad, porque al parecer fue víctima de una mordedura de una serpiente venenosa, aunque de la información entregada a la Fiscalía por el galeno del Municipio de Belén de Umbría que atendió al procesado después de su captura, se da cuenta es de una mordedura de un perro. Pero independientemente de que hubiera sido lo uno o lo otro, es lo cierto que por parte del centro de reclusión en donde se encuentra detenido se le han brindado todos los cuidados médicos requeridos -por la intervención de la Defensoría del Pueblo-, e incluso se permitió que el padre del detenido de quien se asegura es médico tradicional, le realizara la respectiva atención en el interior del mismo centro carcelario.

---

[9] Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

No existe en el dossier probanza alguna que conlleve a predicar que al mismo se le afecta ese derecho fundamental, como quiera que los hechos expuestos datan de septiembre de 2014, es decir, 6 meses atrás y aunque el abogado en su oportunidad solicitó a la Fiscalía se ordenara el traslado del interno a un hospital para recibir atención médica, informándose desde octubre de 2014 que no era la competente para dar tal orden por radicar en el INPEC o en el juez de control de garantías, con posterioridad a tal petición no se avizora que hubiere elevado ninguna otra diferente, ni muchos menos se allegó elemento probatorio alguna así fuera sumario a efectos de demostrar que a su cliente no se le ha brindado la atención médica requerida, por lo cual tampoco está llamado a prosperar el amparo deprecado.

(v) Los derechos fundamentales de los menores

Finalmente y en relación a la presunta vulneración o puesta en riesgo de los derechos fundamentales de los menores hijos del señor **NENGARABE PALACIO,** quienes como consecuencia de la privación de la libertad del mismo se encuentran en una grave situación de indefensión, al punto de verse enfrentados a la inanición y a la desnutrición, según lo expresa el accionante, no existe en el encuadernamiento medio probatorio alguno que acredite tal situación y que permita verificar si efectivamente la salud y vida de los menores se encuentran en riesgo con ocasión de la situación judicial que afronta su señor padre.

Mucho menos podría el juez constitucional pasar de lado la función que le compete al juez ordinario, para disponer en su reemplazo y con base en esas presuntas afectaciones la libertad del procesado **NENGARABE PALACIO** con miras a suplir las falencias que al parecer tiene su familia.

Lo que pretende el accionante debe por tanto plantearlo ante la instancia judicial respectiva, tal cual se encuentra establecido en las reglas que orientan el debido proceso.

No obstante lo anterior, se procederá por este Tribunal a requerir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a efectos de que realice la intervención respectiva en el presente caso y determinarse si en verdad los menores hijos del señor **NENGARABE PALACIO** se encuentran en situación de peligro, con miras a que dentro del marco de su competencia se procure el restablecimiento de potenciales derechos afectados.

En conclusión de lo anterior la Sala negará por improcedente la acción de tutela impetrada a favor del señor **JOSÉ ELIÉCER NENGARABE PALACIO** al no

encontrarse probados los elementos necesarios para considerar viable la misma como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

5.- DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República, por mandato de la Constitución y de la Ley,

FALLA

PRIMERO: SE NIEGA POR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por el señor **JOSÉ ELIÉCER NENGARABE PALACIO.**

SEGUNDO: Se oficiará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que dentro del marco de su competencia realice la intervención respectiva al núcleo familiar del señor **JOSÉ ELIÉCER NENGARABE PALACIO,** y de determinarse que sus hijos menores se encuentran en situación de peligro, se proceda al restablecimiento de sus derechos.

TERCERO: Si el fallo no fuere impugnado, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ