



---

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

**CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES**

**Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)**

**Referencia:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicación:** 19001233100020100014201 (54933)  
**Demandante:** LUIS MIDARDO CACHAGO SÁNCHEZ Y OTROS  
**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

**Tema:** Privación injusta de la libertad. Ley 600 de 2000. Daño antijurídico por vulneración de la garantía constitucional a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos – *non bis in ídem*. El daño antijurídico es imputable a las entidades demandadas.

### **SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

---

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas contra la sentencia del 1º de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

#### **I. SINTESIS DEL CASO**

El 15 de junio de 1997, en la población de Tacueyó, municipio de Toribio – Cauca, Luis Enrique Pilcúe Cometa fue herido con arma cortopunzante por “Nerardo Cachago Sánchez”, luego de lo cual fue recluido en el centro hospitalario donde falleció el 31 de julio del mismo año a causa de la infección que le produjeron las heridas. Los sujetos implicados pertenecen al Resguardo Indígena de Tacueyó. En fecha indeterminada se presentó denuncia penal por los hechos antes señalados, en atención a lo cual, el 1º de agosto de 1997 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca inició la correspondiente investigación penal, a la cual fue vinculado “Nerardo Cachago Sánchez”, mediante la diligencia de indagatoria. En fecha indeterminada, el Resguardo Indígena solicitó que el inculpado fuera juzgado por la justicia ordinaria.



El 31 de octubre de 2002, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto tuvo noticia de que el Cabildo Indígena de Tacueyó, municipio de Toribio – Cauca, profirió la Resolución No. 22 (sin fecha) por medio de la cual sancionó a “Nerardo Cachago Sánchez” a la pena de destierro. El 22 de mayo de 2003, la Fiscalía Delegada impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del sindicado y profirió resolución de acusación. En etapa de juzgamiento, el proceso penal fue radicado con No. 2004-00022-00 y correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto – Cauca que, el 13 de diciembre de 2004 profirió sentencia condenatoria en contra de “Nerardo Cachago Sánchez” como autor material del delito de homicidio simple, en la persona de Luis Enrique Pilcue Cometa. El 6 de agosto de 2007, Luis Midardo Cachago Sánchez fue recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Caloto. El 29 de agosto de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia amparó en acción de tutela los derechos al debido proceso y a la libertad de “Nerardo Cachago Sánchez”, al considerar que la justicia penal ordinaria vulneró su derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. El 2 de septiembre de 2008 “Nerardo Cachago Sánchez” recobró su libertad. Los demandantes consideran que la privación de la libertad de la que fue objeto Luis Midardo Cachago Sánchez fue injusta, puesto que tuvo lugar en desconocimiento del principio *non bis in idem* y la víctima recobró su libertad en atención a la sentencia de tutela que así lo declaró.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Demanda

El 30 de abril de 2010<sup>1</sup>, Luis Midardo Cachago Sánchez<sup>2</sup>, Romelia Sánchez, Mariela Mesa Valencia, Jader Nerardo Cachago Chilguez y Leydi Fabiola Cachago Chilguez, en nombre propio, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en contra de la Nación – Fiscalía

<sup>1</sup> Fl. 1 a 90, C.1.

<sup>2</sup> Registrado en la mayoría de actuaciones como “Nerardo Cachago Sánchez”, en cuyo efecto se verificó que el número de cédula del demandante “Luis Midardo Cachago Sánchez” corresponde con el número inscrito en las actuaciones penales ordinarias y de la jurisdicción especial indígena como identificación de “Nerardo Cachago Sánchez”.



General de la Nación y Rama Judicial, por los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad de Luis Midardo Cachago Sánchez.

Como pretensiones de su demanda, el extremo activo solicita condenar a la parte demandada a pagar, por perjuicios morales, 100 SMLMV a Luis Midardo Cachago Sánchez y 80 SMLMV a cada uno de los demás demandantes.

En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirma que mediante resolución proferida el 22 de agosto de 1998 por el Resguardo Indígena del municipio de Toribio - Cauca, Luis Midardo Cachago Sánchez fue condenado a la pena de expulsión del territorio indígena por 15 años, por el delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Pilcue Cometa.

Señala que en fecha indeterminada la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto dictó medida de aseguramiento de detención preventiva y resolución de acusación en contra de Luis Midardo Cachago Sánchez por el delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Pilcue Cometa.

Asegura que el 31 de octubre de 2002, el Cabildo Indígena de Tacueyó le informó a la Fiscalía Seccional de Caloto que Luis Midardo Cachago Sánchez había sido investigado y sancionado por la autoridad indígena competente, ya que el infractor pertenecía al resguardo de Tacueyó.

Sostiene que el 13 de diciembre de 2004, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto condenó a Luis Midardo Cachago Sánchez a pena de 160 meses de prisión.

Asevera que el 6 de agosto de 2007, Luis Midardo Cachago Sánchez fue capturado y recluido en la Cárcel de Caloto.

Advierte que el 29 de agosto de 2007, el Cabildo indígena de Tacueyó le informó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto que Luis Midardo Cachago Sánchez había sido juzgado y sancionado por la Jurisdicción Especial Indígena.



Manifiesta que el 4 de octubre de 2007, el Cabildo Indígena de Tacueyó allegó al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Popayán una copia de la resolución de 22 de agosto de 1998, informándole sobre la sanción impuesta en contra de Luis Midardo Cachago Sánchez y solicitándole su libertad.

Sostiene que el 9 de mayo de 2008, el demandante incoó acción de tutela en la que solicitó su libertad inmediata, por violación al derecho a la libertad, argumentando que esta autoridad judicial lo había condenado y juzgado dos veces por el mismo delito.

Afirma que el 27 de mayo de 2008, el Tribunal Superior del Cauca negó la acción de tutela.

Informa que el 29 de agosto de 2008, la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo anterior y amparó los derechos al debido proceso y a la libertad de Luis Midardo Cachago Sánchez, dejando sin efectos la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto y ordenando la libertad inmediata del actor.

Indica que el 2 de septiembre de 2008, Luis Midardo Cachago Sánchez recobró su libertad.

Los demandantes consideran que la privación de la libertad de la que fue objeto Luis Midardo Cachago Sánchez fue injusta, puesto que tuvo lugar en desconocimiento del principio *non bis in idem* y la víctima recobró su libertad en atención a la sentencia de tutela que así lo declaró.

La demanda textualmente señala que: *“la jurisdicción ordinaria de Caloto conocía que el señor Luis Midardo Cachago Sánchez había sido investigado y sancionado por las autoridades indígenas por el mismo hecho por el que se le han adelantado una nueva investigación”*.



## **2. Contestaciones**

El 24 de mayo de 2010<sup>3</sup>, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y ordenó su notificación a las entidades demandadas y al Ministerio Público.

2.1. La Fiscalía General de la Nación<sup>4</sup> adujo que la actuación adelantada por la Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto estuvo ajustada al procedimiento penal legalmente establecido y vigente para la época de los hechos, teniendo en cuenta que la jurisdicción especial indígena no había tenido una regulación especial.

2.2. La Rama Judicial<sup>5</sup> argumentó la falta de legitimación en la causa por activa por cuanto no existió imputación alguna en su contra, en cuyo efecto también adujo la inexistencia de falla en el servicio y de perjuicios en cabeza del demandante.

## **3. Alegatos de conclusión en primera instancia**

El 31 de julio de 2014<sup>6</sup> se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

3.1. La parte demandante<sup>7</sup> y la Rama Judicial<sup>8</sup> reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en la respectiva contestación.

3.2. La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **4. Sentencia de primera instancia**

Mediante sentencia del 11 de septiembre de 2014<sup>9</sup>, el Tribunal Administrativo del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda al constatar que Luis Midardo

<sup>3</sup> Fl. 93 a 94, C.1.

<sup>4</sup> Fl. 147 a 163, C. 1.

<sup>5</sup> Fl. 130144, C. 1.

<sup>6</sup> Fl. 185, C.1.

<sup>7</sup> Fl. 192 a 194, C.1.

<sup>8</sup> Fl. 198 a 201, C.1.

<sup>9</sup> Fl. 203 a 216, C.3.



Cachago Sánchez estuvo privado de su libertad de manera injustificada, desde el 6 de agosto de 2007 hasta el 2 de septiembre de 2008. En consecuencia, consideró que este daño antijurídico debía ser reparado por las entidades demandadas, en atención a que, finalmente, el procesado fue absuelto de los cargos penales.

Al efecto sostuvo que: *“la medida de privación de la libertad dictada en contra del investigado se torna en injusta por el hecho de haberse finalmente absuelto de los delitos que se le imputaban en la investigación penal y por lo tanto hay lugar a declarar la responsabilidad estatal por los perjuicios causados por tal medida”*.

En la parte resolutive el Tribunal condenó a la Nación – Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial a pagar, por perjuicios morales, 90 SMLMV a Luis Midardo Cachago Sánchez y 80 SMLMV a cada uno de los demás demandantes, Romelia Sánchez, Mariela Mesa Valencia, Jader Nerardo Cachago Chilguez y Leydi Fabiola Cachago Chilguez.

## 5. Recurso de apelación

El 1º de octubre de 2014<sup>10</sup> y el 30 de octubre de 2014<sup>11</sup>, la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial (respectivamente) interpusieron sus recursos de apelación, respectivamente, los cuales fueron concedidos el 2 de julio de 2015<sup>12</sup> y admitidos el 18 de agosto de 2015<sup>13</sup>.

5.1. La Fiscalía General de la Nación<sup>14</sup> argumentó en que su actuación cumplió con los deberes que le imponía la Constitución, la ley y los reglamentos. Así, señaló que impuso medida de aseguramiento en contra de Luis Midardo Cachago Sánchez con fundamento en los elementos probatorios allegados a la investigación penal.

5.2. La Rama Judicial<sup>15</sup> manifestó que la providencia de primera instancia no tuvo en cuenta: i) que Luis Midardo Cachago Sánchez fue capturado el 6 de agosto de 2007 y solo hasta el 9 de mayo de 2008 interpuso la acción de tutela para obtener

<sup>10</sup> Fl. 121 a 243, C.3.

<sup>11</sup> Fl. 244 a 247, C.3.

<sup>12</sup> Fl. 281, C.3.

<sup>13</sup> Fl. 287, C. Ppal.

<sup>14</sup> Fl. 121 a 243, C.3.

<sup>15</sup> Fl. 244 a 247, C.3.



su libertad, esto es, 9 meses después de hallarse privado de la libertad; ii) que Luis Midardo Cachago Sánchez argumentó haber sido condenado por el resguardo indígena presentando la Resolución No. 22, sin fecha ni lugar de expedición; iii) que la jurisdicción indígena renunció a su derecho a juzgar a Luis Midardo Cachago Sánchez; iv) que a lo largo del proceso Luis Midardo Cachago Sánchez omitió manifestar que se sometía a la jurisdicción indígena y solicitar el cambio de jurisdicción; y v) que la jurisdicción indígena omitió proponer el conflicto de competencia.

## **6. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

El 13 de octubre de 2015<sup>16</sup> se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

6.1. Los demandantes<sup>17</sup> insistieron en que mediante la Resolución No. 22 de 1998, expedida por el Cabildo Indígena de Tacueyó – Cauca, Luis Midardo Cachago Sánchez fue condenado a la pena de destierro, porque pertenecía a dicha comunidad indígena y el delito investigado tuvo lugar en el territorio de la misma. Añadieron que lo anterior fue ignorado por la justicia penal ordinaria, en detrimento de los derechos del procesado, lo cual configuraba una privación injusta de la libertad.

6.2. La Fiscalía General de la Nación<sup>18</sup> reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

6.3. La Rama Judicial y el Ministerio Público guardaron silencio<sup>19</sup>.

## **III. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto

<sup>16</sup> Fl. 289, C.3.

<sup>17</sup> Fl. 290 a 291, C.3.

<sup>18</sup> Fl. 292 a 298, C.3.

<sup>19</sup> Fl. 310, C.3.



contra la sentencia del 11 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996.

## 2. Acción procedente

La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo, según lo dispone el artículo 86<sup>20</sup> del Código Contencioso Administrativo.

En este caso la acción procedente es la de reparación directa, porque se reclama la reparación de un daño proveniente de unos hechos imputables a la administración de justicia.

## 3. Vigencia de la acción

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica, de evitar la parálisis del tráfico jurídico dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la protección del interés general<sup>21</sup>, estableció unos plazos para poder ejercer oportunamente cada uno de los medios de control judicial. Estos plazos resultan ser razonables, perentorios, preclusivos, improrrogables, irrenunciables y de orden público, por lo que su vencimiento, sin que el interesado hubiese elevado la solicitud

<sup>20</sup> Artículo 86. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública."

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2002: "La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. Como claramente se explicó en la sentencia C-832 de 2001 a que se ha hecho reiterada referencia, esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia".



judicial, implica la extinción del derecho de accionar, así como la consolidación de las situaciones que se encontraban pendientes de solución.

El establecimiento de dichas oportunidades legales pretende, además, la racionalización de la utilización del aparato judicial, lograr mayor eficiencia procesal, controlar la libertad del ejercicio del derecho de acción<sup>22</sup>, ofrecer estabilidad del derecho de manera que las situaciones controversiales que requieran solución por los órganos judiciales adquieran firmeza, estabilidad y con ello seguridad, solidificando y concretando el concepto de derechos adquiridos.

Este fenómeno procesal, de carácter bifronte, en tanto se entiende como límite y garantía a la vez, se constituye en un valioso instrumento que busca la salvaguarda y estabilidad de las relaciones jurídicas, en la medida en que su ocurrencia impide que estas puedan ser discutidas indefinidamente.

La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción *ipso iure*<sup>23</sup> que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 2006. Exp. 6871-05 "...el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador (...). El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos."

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 30 de enero de 2013: "Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera *ipso iure* o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial".



reconocimiento o protección de la justicia<sup>24</sup>, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, señala que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

Asimismo, la Sección Tercera de esta Corporación ha indicado, de manera reiterada, que cuando el daño alegado proviene de la privación injusta de la libertad de una persona, el término de caducidad empieza a contabilizarse a partir del día siguiente de la ejecutoria de la providencia que precluye la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, puesto que a partir de ese momento se hace evidente el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad<sup>25</sup>.

Así, se estima que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, teniendo en cuenta: i) que Luis Midardo Cachago Sánchez, recobró su libertad el 2 de septiembre de 2008 (hecho probado 7.1.21.)<sup>26</sup>; ii) que los demandantes presentaron solicitud de conciliación extrajudicial el 30 de octubre de 2009, la cual se declaró fallida el 22 de enero de 2010<sup>27</sup>; y iii) que la demanda se presentó el 30 de abril de 2010<sup>28</sup>, cuando

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1998: "... [s]i el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho, por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de febrero de 2002, Rad.: 13.622; Sentencia del 19 de julio de 2017, Rad.: 49.898; Sentencia del 23 de octubre de 2017, Rad.: 48.130; Sentencia del 10 de noviembre de 2017, Rad.: 49.206; Sentencia del 23 de noviembre de 2017, Rad.: 54.716.

<sup>26</sup> Al respecto, se desconoce cuándo culminó el proceso penal, pero estas actuaciones necesariamente fueron posteriores a la fecha en que el procesado recobró su libertad y, como pasa a explicarse, la acción se encuentra vigente aun tomando como extremo inicial para contabilizar el fenómeno preclusorio el momento en que Luis Midardo Cachago Sánchez quedó en libertad.

<sup>27</sup> Fl. 81 a 82, C.1.

<sup>28</sup> Fl. 1 a 90, C.1.



aún no habían transcurrido los dos (2) años que otorga la ley procesal para ejercer el derecho de accionar de forma oportuna.

#### 4. Legitimación en la causa

4.1. Luis Midardo Cachago Sánchez (víctima), Romelia Sánchez (madre), Jader Nerardo Cachago Chilguez (hijo) y Leydi Fabiola Cachago Chilguez (hija), están legitimados en la causa por activa, ya que el primero fue el sujeto pasivo del proceso penal que se tramitó con el número de radicado 2004-00022-00 (hechos probados 7.1.11. y 7.1.12.), y los demás hacen parte de su núcleo familiar, según dan cuenta las copias auténticas de sus registros civiles de nacimiento<sup>29</sup>.

4.2. Mariela Mesa Valencia está legitimada en la causa por activa, como compañera permanente de Luis Midardo Cachago Sánchez, ya que el testimonio rendido por Patricio Dagua Mesa<sup>30</sup>, da cuenta de la calidad de compañera permanente alegada en la demanda.

4.3. La Nación está legitimada en la causa por pasiva y se encuentra debidamente representada por la Fiscalía General de la Nación y por la Rama Judicial, de conformidad con los criterios señalados por la jurisprudencia de esta Sección<sup>31</sup>, puesto que la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto adelantó la investigación penal en contra de Luis Midardo Cachago Sánchez, le impuso medida de aseguramiento y profirió resolución de acusación en su contra (hechos probados 7.1.5., 7.1.7., 7.1.10. y 7.1.11.), así como que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto lo condenó a la pena principal de 160 meses de privación de la libertad y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, a pesar de que, según informa la demanda, Cachago Sánchez ya había sido condenado por el mismo delito ante la jurisdicción indígena. (hecho probado 7.1.13.).

<sup>29</sup> Fl. 4 a 6, C. 1.

<sup>30</sup> Fl. 54 a 55, C.2. *"sí distingo al señor Midardo Cachago que la mayor parte de su niñez la vivió en el corregimiento de Tacueyó, vereda la Luz, y tiene varios hermanos y hermanas, la señora Romelia Sánchez quién es su señora madre, al igual que la señora Mariela Mesa Valencia quién es la compañera del señor Midardo Cachago [...] sí, me consta que cuando estuvo detenido el señor Luis Midardo Cachago en la cárcel de Caloto, su señora madre, su compañera permanente y sus hijos quedaron en total abandono pues era él quién veía por todos ellos, en lo económico y en lo moral[...]"*

<sup>31</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 25 de septiembre de 2013, Rad.: 20420.



## 5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se causó un daño antijurídico a los actores, y si el mismo es atribuible a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, por judicializar y sentenciar a una persona que ya había sido condenado por el mismo delito ante la jurisdicción indígena.

## 6. Solución del problema jurídico

Antes de resolver el problema jurídico es menester hacer unas consideraciones generales sobre: la responsabilidad del Estado; el régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad; y la naturaleza y competencia de la jurisdicción especial indígena.

### 6.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991<sup>32</sup> consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho<sup>33</sup>, que contraría el orden legal<sup>34</sup> o que está desprovista de una causa que la justifique<sup>35</sup>, resultando que se produce, sin derecho, al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida<sup>36</sup>, violando de manera directa el principio *alterum non laedere*; en tanto

<sup>32</sup> "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Rad.: 11945

<sup>34</sup> Cfr. De Cupis. Adriano. Teoría General de la Responsabilidad. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A. 1975. Pág. 90.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Rad.: 11499; Sentencia del 27 de enero de 2000, Rad.: 10867.

<sup>36</sup> Cosso. Benedetta. Responsabilità della Pubblica Amministrazione, en obra colectiva Responsabilità Civile, a cargo de Pasquale Fava. Pág. 2407, Giuffrè Editore, 2009, Milán, Italia.



resulta contrario al ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto<sup>37</sup>.

Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio *neminem laedere*.

## **6.2. Régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad**

En desarrollo del artículo 90 constitucional, el legislador instituyó en la Ley 270 de 1996 la responsabilidad del Estado por la actuación o funcionamiento de sus órganos jurisdiccionales o de sus funcionarios, regulación que en su artículo 65 dispuso lo siguiente:

*“Artículo 65. De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”.*

La mencionada normatividad estableció que el Estado resulta patrimonialmente responsable por razón o con ocasión de la actuación judicial en los siguientes eventos: **i)** defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; **ii)** error jurisdiccional y **iii)** privación injusta de la libertad<sup>38</sup>.

En cuanto a esta última, esto es, la responsabilidad por los daños antijurídicos derivados de la privación injusta de la libertad de las personas, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, consagró que:

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, rad.: 36.386.

<sup>38</sup> Cfr. Artículo 65. Ley 270 de 1996.



*“Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.*

Con relación al modelo de responsabilidad aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, la Constitución de 1991 no privilegió ningún título de imputación<sup>39</sup> en particular, por lo que en aplicación del principio *iura novit curia* dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, el régimen aplicable y la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que se habrá de adoptar. Como corolario de lo anterior, los títulos de imputación aplicables por el juez deben guardar sintonía con la realidad probatoria que se presenta en el caso en particular, de manera que la solución que se ofrezca atienda realmente los principios constitucionales que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, así como a los fines y deberes de éste.

Bajo la óptica de la cláusula general de responsabilidad contenida en la Constitución, no existe fundamento para favorecer un régimen de tinte marcadamente objetivo como el previsto en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013 (Rad.23354), con la cual fundamentalmente se buscaba proteger el derecho ambulatorio de las personas y restablecer el desvalor patrimonial sufrido por quien fue objeto de la medida de restricción de la libertad cuando el sindicado recobraba el pleno goce de su derecho al resultar sobreseído o absuelto por alguno de los supuestos desarrollados por la jurisprudencia, para los cuales se reservaba la asignación objetiva de responsabilidad al Estado cuando: **i)** el detenido no cometió el delito, **ii)** el hecho no existió, **iii)** la conducta por la cual fue detenido no es típica o, **iv)** por aplicación del principio *in dubio pro reo*; eventos en cuya ocurrencia la antijuridicidad del daño se consideraba de antemano presente y por tanto el análisis de la responsabilidad se simplificaba y con ello el de los elementos estructurales de la responsabilidad, debiendo probarse únicamente la ocurrencia del daño mismo, es decir, de la privación material de la libertad, dejando de lado verificar si con la medida se contradecía el ordenamiento jurídico o si esta se produjo al margen del derecho, régimen bajo el cual la única manera para el Estado de librarse de una condena era lograr probar alguna causal de justificación y, en particular, la culpa o hecho de la propia víctima, con lo cual se rompe la imputación de la

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018.



responsabilidad y se desestima el deber de responder para la Administración. Es en ese aspecto que se ha encontrado necesario reconducir esta fuente de responsabilidad buscando mayor cercanía y armonía con la teleología del artículo 90 Constitucional y por ello el análisis debe partir, no solo de la verificación de la existencia del daño bajo su condición de elemento estructural, sino también de su antijuridicidad como condición *sine qua non* de la lesión indemnizable, que de suyo implica consultar el apego al ordenamiento jurídico de la orden de detención o privación, así como de la conducta de quien padece el daño en carne propia, para luego acreditar, si ello llega a hacerse necesario, los demás elementos de la responsabilidad y el título de atribución que se pretende utilizar, sin que de antemano, en tal juicio, deba privilegiarse alguno de ellos en particular, que lo escogerá el juez en cada caso dependiendo de las particularidades del proceso en concreto.

En otras palabras, en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no, e igualmente si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo, así como si la medida era necesaria, razonable y proporcional<sup>40</sup>, de donde, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento<sup>41</sup>. Así, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, debe realizarse el

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Sobre el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, la sentencia C-037 de 1996, indica: "Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6º, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención".



análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute.

En el anterior sentido, el primer examen debe hacerse sobre la medida cautelar misma, pues su apego a la normatividad implica la juridicidad de la afectación, que tiene un efecto definitorio de la solución jurídica que se otorgue a la demanda en la medida en que en el régimen colombiano de responsabilidad del Estado, este responde únicamente por los daños antijurídicos que cause en desarrollo del principio *alterum non laedere*, pero no de aquellos que hallan amparo en el ordenamiento. Deberá establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.

Esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con el daño especial, en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado, como cuando logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojó. Otra circunstancia sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que fue absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se



desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio<sup>42</sup>.

### 6.3. Naturaleza y competencia de la jurisdicción especial indígena

El Título VIII de la Constitución Política establece la Administración de Justicia como una función pública en cabeza del Estado<sup>43</sup> ejercida mediante la jurisdicción ordinaria, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Jurisdicción Constitucional, las jurisdicciones especiales, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura.

Este postulado constitucional halla desarrollo en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que en su artículo 12, modificado por el artículo 5° de la Ley 1285 de 2009 prevé el ejercicio de la función jurisdiccional por la rama judicial a través de *“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”*.

Así, el ordenamiento jurídico instituye la jurisdicción especial indígena como parte funcional de la Rama Judicial con la facultad de administrar justicia. Al efecto el artículo 246 de la Constitución Nacional concreta en las autoridades de los pueblos indígenas la facultad de 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, bajo el siguiente tenor:

*“Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”*

<sup>42</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

<sup>43</sup> Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.



En este sentido se tiene que las autoridades de las comunidades indígenas<sup>44</sup> están constitucionalmente avaladas para administrar justicia, dado el reconocimiento de su autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, es decir, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, la diversidad étnica y cultural y el respeto al pluralismo y la dignidad humana, por lo que desde el punto de vista funcional la jurisdicción indígena hace parte de la Rama Judicial.

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto por la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>45</sup>, que reconoce el pleno ejercicio de derechos por parte de los indígenas, como pueblo y como individuos (artículo 1°); el derecho de "*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); y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>46</sup>, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación (artículos 1-3).

Entonces, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la jurisdicción especial indígena como la potestad reservada a las autoridades indígenas de conocer y dirimir los conflictos suscitados en el territorio y entre los miembros de la comunidad, con observancia autónoma de su sistema de legalidad propio o Derecho propio fundamentado en las reglas, procedimientos, costumbres y usos originados en la misma comunidad.

Bajo esta óptica, en aras de garantizar la autonomía y derecho propio de las comunidades indígenas, así como para establecer los parámetros que limitan su

<sup>44</sup> El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (adoptada el 7 de junio de 1989) comprenden 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 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 distinguen 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)].

<sup>45</sup> Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 61/295 adoptada el 13 de septiembre de 2007. En adelante DNUDPI

<sup>46</sup> Identificada como AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) y aprobada el 14 de junio de 2016. En adelante DADPI.



ejercicio, la jurisprudencia constitucional ha institucionalizado los criterios generales de interpretación de conflictos, a saber:

***“Criterios generales de interpretación, en conflictos constitucionales que involucran la autonomía jurisdiccional indígena.***

11.1. Principio de **“maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”** (o bien, de **“minimización de las restricciones a su autonomía”**): de acuerdo con este criterio, las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas solo son admisibles cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. (iii) La evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad.

11.2. Principio de **“mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”**: la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes (o autoridades de dos culturas diferentes), pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, como lo ha explicado la Corte (Sentencia T-496 de 1996).

11.3. Principio **“a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”**. [...] “La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”.

[...] el principio no puede concebirse como una prescripción dirigida a los jueces para dar mayor protección a la autonomía de ciertos grupos indígenas (los de mayor conservación o aislamiento), sino como una descripción sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos originarios, que tiene como consecuencia la mayor o menor necesidad de “traducción de los sistemas jurídicos tradicionales en categorías occidentales o viceversa”.

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:



*“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, en la dirección de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria” (...) “En ningún caso (...) está permitido al intérprete desconocer la autonomía de las comunidades; lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas al derecho mayoritario –o viceversa- es de mayor entidad en el segundo caso”.*

*De igual forma, la mayor o (sic) necesidad de “traducción” de las normas de un derecho a otro no implica en ningún caso que pueda pretermitirse el diálogo intercultural, ni que el juez de tutela deba omitir la incorporación de elementos probatorios que lo lleven a conocer de la mejor manera posible las características e implicaciones culturales del caso. Como criterio de interpretación, exclusivamente constituye una guía para que el juez tome en consideración la naturaleza de las pruebas que requiere, al momento de aproximarse a sistemas jurídicos en un contexto en que el pluralismo comprende sistemas jurídicos de más de 100 pueblos originarios distintos (con todas las variantes que se pueden dar entre comunidades de un mismo pueblo).<sup>47</sup>*

Asimismo, conviene señalar el límite dispuesto por “el núcleo duro” de los derechos fundamentales constitucionales a la autonomía de las comunidades indígenas, pues, aun cuando se sabe que la justicia indígena no está sometida a la totalidad de los preceptos de la Constitución y la Ley, la jurisprudencia ha considerado como mínimos o límites infranqueables, aquello que se considera verdaderamente intolerable desde un consenso intercultural y los 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.

Ahora bien, en lo que respecta al *fuero indígena*, concebido como el derecho de que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por el juez natural indígena, el juez de la comunidad u autoridad tradicional, conforme a su derecho propio y con acatamiento de sus usos y costumbres, la jurisprudencia ha construido cuatro criterios alrededor de los cuales se determina la competencia de la jurisdicción especial indígena, pues la sola calificación de una persona como indígena no es razón suficiente ni concluyente para establecerla.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 463 de 9 de julio de 2014.



Así, se han elaborado los criterios de activación de la jurisdicción especial indígena, recogidos por la jurisprudencia de esta Corporación en la siguiente tabla<sup>48</sup>:

<b>Criterios de activación de la Jurisdicción Especial Indígena (Art. 246 Constitucional)</b>		
<b>Criterio</b>	<b>Concepto</b>	<b>Elementos</b>
<b>Personal</b>	<p>Pertenencia efectiva del involucrado a una comunidad indígena.</p> <p>Sujetos aculturados incorporados a la sociedad mayoritaria no son beneficiarios de la justicia indígena.</p>	<p>(i) Será competente la JEI si el hecho ocurrió dentro de su territorio.</p> <p>(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.</p>
<b>Territorial</b>	<p>Los hechos objeto de juzgamiento ocurrieron en el ámbito territorial de la comunidad indígena.</p>	<p>El territorio de la comunidad trasciende a lo geográfico. Excepcionalmente puede tener efecto expansivo, en razón a la apreciación cultural del mismo como parte del espacio vital de la comunidad.</p>
<b>Institucional</b>	<p>Existencia de autoridades, usos, costumbres y procedimientos tradicionales en la comunidad.</p> <p>Averiguación de elementos de protección de la cultura tradicional, los derechos de las víctimas y de un principio de legalidad.</p>	<p>(i) Existencia de una institucionalidad que permita asegurar los derechos de las víctimas, lo que se puede evidenciar con la manifestación positiva de la comunidad de juzgar el asunto.</p> <p>(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.</p> <p>(iii) Aunque el ejercicio de JEI es voluntario, ésta debe no puede renunciar a juzgar casos similares a anteriores.</p> <p>(iv) El debido proceso se identifica con la predecibilidad o previsibilidad.</p>
<b>Objetivo</b>	<p>Naturaleza del bien jurídico involucrado, para averiguar si pertenece a la sociedad mayoritaria o a la comunidad indígena.</p>	<p>(i) Si el bien jurídico involucrado pertenece a la comunidad indígena el caso debe ser conocido por la JEI.</p> <p>(ii) Si ese bien jurídico pertenece a la sociedad mayoritaria, el caso debe ser conocida por la justicia ordinaria.</p> <p>(iii) Si ese bien pertenece a ambas sociedades, el criterio objetivo no es resolutorio al respecto.</p> <p>(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.</p>
<b>Nota:</b>	<p>La valoración de esos criterios debe obedecer a un análisis conjunto.</p>	
<b>Principios</b>	<p>Maximización de la autonomía de las comunidades indígenas.</p> <p>Mayor autonomía para la decisión de conflictos internos.</p> <p>A mayor conservación de las identidad cultural, mayor autonomía.</p>	
<b>Límites</b>	<p>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).</p>	

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 27 de noviembre de 2017, Rad. 37815.



## 7. El caso concreto

En los recursos de apelación presentados por las entidades demandadas contra la sentencia del 11 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda, la Fiscalía General de la Nación<sup>49</sup> refirió en que su actuación cumplió con los deberes que le imponía la Constitución, la ley y los reglamentos. Así, señaló que impuso medida de aseguramiento en contra de Luis Midardo Cachago Sánchez con fundamento en los elementos probatorios allegados a la investigación penal, en la que el investigado tuvo la oportunidad de controvertir la decisión y las pruebas obrantes en su contra, con las garantías del debido proceso y del derecho de defensa. A su turno, la Rama Judicial<sup>50</sup> manifestó que la providencia de primera instancia no tuvo en cuenta: i) que Luis Midardo Cachago Sánchez fue capturado el 6 de agosto de 2007 y solo hasta el 9 de mayo de 2008 interpuso la acción de tutela para obtener su libertad, esto es, 9 meses después de hallarse privado de la libertad; ii) que Luis Midardo Cachago Sánchez argumentó haber sido condenado por el resguardo indígena presentando la Resolución No. 22, sin fecha ni lugar de expedición; iii) que la jurisdicción indígena renunció a su derecho a juzgar a Luis Midardo Cachago Sánchez; iv) que a lo largo del proceso, Luis Midardo Cachago Sánchez omitió manifestar que se sometía a la jurisdicción indígena y solicitar el cambio de jurisdicción; y v) que la jurisdicción indígena omitió proponer el conflicto de competencia.

En ese sentido, y comoquiera que solo la parte demandada presentó el recurso de apelación contra la sentencia del 11 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el asunto se resolverá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil<sup>51</sup>. Por ello, a continuación se analizará si se causó un daño antijurídico a los actores, y si el mismo es atribuible a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, por capturar y condenar a

<sup>49</sup> Fl. 121 a 243, C.3.

<sup>50</sup> Fl. 244 a 247, C.3.

<sup>51</sup> "Artículo 357. Competencia del Superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones [...] Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante."



una persona que había sido juzgada previamente por la jurisdicción especial indígena, por el mismo delito, o si, por el contrario, se configuró una causal eximente de responsabilidad.

Bajo esta óptica, la Sala establecerá cuáles son los hechos probados, para posteriormente analizar si los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado se encuentran acreditados.

### 7.1. Hechos probados

7.1.1. Consta que el 15 de junio de 1997, *“en la población de Tacueyó, municipio Toribio – Cauca, aproximadamente a las 11:30 de la noche, en la discoteca “Tropical”, al presentarse un altercado entre los señores “Nerardo Cachago Sánchez” y Luis Enrique Pilcue Cometa, hoy occiso, producto de varias diferencias que existían entre ellos, a causa de que la mujer de la víctima Mariela Mesa hacía vida marital con Cachago, resultando gravemente lesionado el segundo de los mencionados en el pecho y en la pierna con una navaja, por lo cual fue trasladado al hospital departamental de Cali”*. De lo anterior da cuenta la copia auténtica de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca<sup>52</sup>.

7.1.2. Se acreditó que “Nerardo Cachago Sánchez” y Luis Enrique Pilcue Cometa pertenecen al Resguardo Indígena, municipio de Toribio – Cauca, según consta en la certificación emitida el 8 de mayo de 2008 por el Cabildo Indígena de Tacueyó, municipio de Toribio<sup>53</sup> y la sentencia proferida el 29 de agosto de 2008 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>54</sup>.

7.1.3. Se demostró que el 31 de julio de 1997, Luis Enrique Pilcue Cometa falleció como consecuencia de la infección que le produjeron las lesiones con arma blanca recibidas de “Nerardo Cachago Sánchez”. De lo anterior da cuenta la copia auténtica de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Fl. 31 a 41, C.1.

<sup>53</sup> Fl. 7, C.1.

<sup>54</sup> Fl. 63 a 76, C.1.

<sup>55</sup> Fl. 31 a 41, C.1.



7.1.4. Se probó que el 1º de agosto de 1997, Guido Armando Pilcúe Cometa, hermano de Luis Enrique Pilcúe Cometa, presentó denuncia penal ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Toribio – Cauca, por los hechos en los que la víctima resultó lesionada y finalmente falleció. De lo anterior da cuenta la copia auténtica de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca<sup>56</sup>.

7.1.5. Se demostró que el 1º de agosto de 1997, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca, dio inicio a la investigación penal dirigida a esclarecer los hechos referentes al homicidio de Luis Enrique Pilcúe Cometa. De lo anterior da cuenta la resolución proferida el 22 de mayo de 2003 por la mencionada delegada<sup>57</sup>.

7.1.6. Se estableció que, en fecha indeterminada, “Nerardo Cachago Sánchez” rindió diligencia de indagación en la que informó que los hechos tuvieron lugar porque su compañera permanente - Mariela Mesa, había estado casada con Luis Enrique Pilcúe Cometa, quien se encontraba en el bar Tropicana y portaba un arma de fuego. El indagado finalizó su injurada solicitando que fuera el Cabildo del Resguardo Indígena el que se encargará de juzgarlo. De lo anterior da cuenta la copia auténtica de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca<sup>58</sup>.

7.1.7. Se tiene que, en fecha indeterminada, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca resolvió abstenerse de imponer medida de aseguramiento en contra de “Nerardo Cachago Sánchez” por el delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Pilcúe Cometa, en razón a que de la injuria rendida por el sindicado se vislumbró la posibilidad de que éste actuara al amparo de una causal de justificación. De lo anterior da cuenta la copia auténtica de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Fl. 31 a 41, C.1.

<sup>57</sup> Fl. 23 a 30, C.1.

<sup>58</sup> Fl. 31 a 41, C.1.

<sup>59</sup> Fl. 31 a 41, C.1.



7.1.8. Está demostrado que, en fecha indeterminada, el Cabildo Indígena de Tacueyó, municipio de Toribio – Cauca, profirió la Resolución No. 22 *“por la cual se expulsa a los comuneros Nerardo Cachago y Mariela Mesa del Resguardo Indígena, por espacio de 15 años, debido a que se les considera directos responsables de los enfrentamientos entre dos familias”*, suscitados al interior del resguardo y en cuyos hechos se da cuenta de la muerte de Luis Enrique Pilcue Cometa. De lo anterior da cuenta la mencionada resolución<sup>60</sup> suscrita por Mariela Mesa Valencia, “Nerardo Cachago”, Jaime Diaz Noscue – Gobernador Principal, Silvio Valencia Lemun – Gobernador Suplente y José Reyes Morano, Capitán Principal, cuyo contenido es del siguiente tenor:

*“Que en la cabecera del resguardo se presentó un problema entre los comuneros Luis Enrique Pilcue y Mariela Mesa, por incomprensión familiar.*

*Que en el año 1997 dichos problemas se agravaron cuando la comunera Mariela Mesa se adjuntó a vivir con el comunero Nerardo Cachago llevándose a vivir a la misma casa donde convivía con Luis Enrique Pilcue.*

*Que esta situación ha generado una serie de enfrentamientos de los comuneros Luis Enrique Pilcue y Nerardo Cachago.*

*Que en la fecha de junio 15 de 1997 fue herido por Nerardo Cachago el comunero Luis Enrique Pilcue que fue trasladado al hospital departamental de Cali, habiendo fallecido el 31 de julio del mismo año.*

*Que en la fecha de junio 16 de 1997 el comunero Bernardo Pilcue se trasladó a la vivienda de su hermano a hacer un reclamo al agresor habiendo hecho unos disparos en donde fue herido el comunero Nerardo Cachago. Que luego de este hecho en otra ocasión también salió herida la comunera Alba Nery Cachago.*

*Que luego de lo sucedido han existido una serie de enfrentamientos familiares de lo cual la comunera Mariela Mesa se ausentó del resguardo y habiendo quedado también el comunero Nerardo Cachago detenido en la cárcel.*

*Que por insistencia de la comunera Mariela Mesa y la señora Romelia Sánchez el Cabildo ha citado a las dos familias para la fecha del 15 de octubre donde se escucharon las partes en conflicto y la posición del Cabildo de Tacueyó.*

*Que en virtud de lo anterior el Cabildo en uso del derecho propio y aplicación de la justicia propia contemplada por la ley 89 de 1890 y el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y la sentencia 523 de la Corte Constitucional*

**RESUELVE**

**ARTICULO PRIMERO:** *Expulsar a los comuneros Nerardo Cachago y Mariela Mesa por espacio de 15 años. Debido a que se les considera directos responsables de los hechos ocurridos en el resguardo entre las dos familias.*

*[...]*

<sup>60</sup> Fl. 8 a 10, C.1.



*ARTÍCULO CUARTO. El incumplimiento a la presente sanción de expulsión por parte de los implicados ocasionará sanciones por parte del Cabildo consistente en: látigo u otras sanciones que en el proceso se hayan constituido.*

*ARTÍCULO QUINTO: Notificar a la Fiscalía correspondiente sobre la presente determinación tomada por el Cabildo Indígena.”*

7.1.9. Está acreditado que el 31 de octubre de 2002, el Cabildo Indígena de Tacueyó, municipio de Toribio – Cauca, remitió al Fiscal Seccional el oficio No. 132 en el que le manifestó: *“a petición de los interesados, las señoras Adriana Jimena Pilcue Mesa [...] y Roxy Elena Pilcue Mesa [...] Dejamos a su disposición la Resolución No. 22 del año (ilegible) Donde el Cabildo Indígena del Resguardo de Tacueyó, fija y resuelve una disposiciones (sic) según la Ley 89 de 1890 y los artículos 246, 329 y 330 de la Constitución Nacional”*. De lo anterior da cuenta el mencionado oficio<sup>61</sup>, en el que se observa una firma de recibido ilegible y la fecha “S-11-2002”.

7.1.10. Quedó acreditado que el 22 de mayo de 2003, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto, impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de “Nerardo Cachago Sánchez” como autor y responsable del homicidio consumado en la persona de Luis Enrique Pilcue Cometa, en hechos ocurridos el 15 de junio de 1997 en Tacueyó - Cauca. De lo anterior da cuenta la copia auténtica de la mencionada providencia.

7.1.11. Quedó establecido que el 22 de mayo de 2003, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca, profirió resolución de acusación en contra de “Nerardo Cachago Sánchez”, como presunto autor penalmente responsable del delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Pilcue Cometa. De lo anterior da cuenta la copia auténtica de la mencionada providencia<sup>62</sup>.

7.1.12. Se acreditó que en fecha indeterminada, el proceso penal adelantado en contra de “Nerardo Cachago” fue radicado con el No. 2004-00022-00 del Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto Cauca, que celebró la audiencia preparatoria, en la que *“la fiscal delegada solicita la condena del procesado por el delito de homicidio”* y *“Por su parte la defensora del acusado inicia su intervención solicitando la*

<sup>61</sup> Fl. 15 C.1.

<sup>62</sup> Fl. 23 a 30, C.1.



*absolución de su prohijado, dice que él ha actuado bajo una eximente de responsabilidad, cual es la consagrada en el artículo 32 numeral 10 del Código Penal, denominada defensa putativa, agrega además que no ha debido investigarse por el delito de homicidio sino por lesiones personales, dado que la muerte se produjo por causas ajenas a la conducta de su representado, que ello fue debido a la anomalía en la atención médica, hace un recuento de la atención brindada al hoy occiso, anotando que las lesiones no eran graves por cuanto solo fue intervenido quirúrgicamente a los 7 días, señala que la causa de la muerte no fueron las lesiones sino la infección. Vuelve a reiterar que su defendido ha actuado amparado por una causal subjetiva de ausencia de responsabilidad, cuál es la defensa putativa, se refiere también a los motivos por los cuales se enfrentaron el acusado y la víctima. Termina su intervención expresando que el sindicado debió ser procesado por el delito de lesiones personales, pero que su conducta se encuentra justificada en una causal de ausencia de responsabilidad, que por ende debe ser absuelto al momento de proferir la sentencia.”. De lo anterior da cuenta la copia auténtica de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca<sup>63</sup>.*

7.1.13. Se probó que el 13 de diciembre de 2004, dentro del proceso radicado con el número 2004-00022-00, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca resolvió condenar a “Nerardo Cachago Sánchez” como autor material del delito de homicidio simple, en la persona de Luis Enrique Pilcue Cometa. En consecuencia, el juez de conocimiento impuso la pena principal de 160 meses de privación de la libertad y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. De lo anterior da cuenta la copia auténtica de la respectiva providencia<sup>64</sup>.

7.1.14. Se demostró que el 6 de agosto de 2007, Luis Midardo Cachago Sánchez fue recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Caloto – Cauca, “condenado a la pena principal de 13 años y 04 meses de prisión por el delito de homicidio simple, según sentencia emitida en 1 instancia por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto de fecha 13 de diciembre de 2004”. Todo lo anterior consta

<sup>63</sup> Fl. 31 a 41, C.1.

<sup>64</sup> Fl. 31 a 41, C.1.



en la certificación emitida el 4 de septiembre de 2008 por el Director de dicho establecimiento penitenciario y carcelario<sup>65</sup>.

7.1.15. Está establecido que el 29 de agosto de 2007, el Cabildo Indígena de Tacueyó, municipio de Toribio – Cauca se dirigió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto solicitándole *“copia del expediente por el cual fue procesado el indígena Luis Merardo (sic) Cachago Sánchez con el fin de interponer recurso en el juicio adelantado en contra de este comunero. Que en el año 1998 fue juzgado por la jurisdicción especial indígena y hasta la fecha ha cumplido con la sanción impuesta por el Cabildo de Tacueyó”*. De lo anterior da cuenta el oficio CT SG 08-191<sup>66</sup>, con firma de recibido ilegible, en fecha *“ilegible-30-07”*.

7.1.16. Quedó demostrado que el 11 de septiembre de 2007, el Cabildo Indígena de Tacueyó, municipio de Toribio - Cauca, radicó ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, una solicitud de anulación del proceso 2004-00022-00 adelantado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto en contra de “Nedardo Cachago Sánchez”, por tratarse de un doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos, toda vez que este había sido objeto de juzgamiento por el resguardo indígena y sancionado con expulsión por espacio de 15 años que el procesado había cumplido. De lo anterior da cuenta el oficio con sello de radicado<sup>67</sup>, en el que se anuncia como anexo la Resolución No. 22 de 1997.

7.1.17. Quedó probado que el 4 de octubre de 2007, el Cabildo Indígena de Tacueyó, municipio de Toribio – Cauca, radicó en el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Popayán oficio que reiteró la solicitud de copias del expediente correspondiente a “Nerardo Cachago Sánchez”. De lo anterior da cuenta el oficio CTSG10211, con sello radicado<sup>68</sup>.

7.1.18. Está probado que el 9 de mayo de 2008, “Nerardo Cachago Sánchez” radicó una acción de tutela en contra del Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto – Cauca, por violación al derecho a la libertad, argumentando que esta autoridad judicial lo había condenado y juzgado dos veces por el mismo delito *“teniendo en*

<sup>65</sup> Fl. 77, C.1.

<sup>66</sup> Fl. 16, C.1.

<sup>67</sup> FL. 18 a 22, C.1.

<sup>68</sup> Fl. 17, C.1.



*cuenta y conocimiento que había sido condenado por el Cabildo Indígena de Tacueyó – Cauca, mediante resolución número 022 proferida en agosto de 1998*". De lo anterior da cuenta el original del memorial con sello de radicado en la dirección seccional de la administración judicial<sup>69</sup>.

7.1.19. Se acreditó que el 27 de mayo de 2008 el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán resolvió denegar la acción de tutela presentada por "Medardo Cachago Sánchez", en consideración a que *"la vulneración al non bis in idem surgió de la jurisdicción indígena que habiendo renunciado a su derecho a juzgar a Medardo (sic) Cachago y a sabiendas de la existencia de la investigación penal por parte de la Fiscalía, no optó por solicitar el cambio de jurisdicción, sino que paralelo a la investigación de la justicia ordinaria y sin que mediara procedimiento de juzgamiento indígena, expidió resolución en la que sanciona con destierro al comunero, para posteriormente, cuando se vio realmente privado de la libertad, sin solicitarle al juez de ejecución de penas la anulación del procedimiento por existir decisión indígena y proceder a aclarar las inconsistencias al interior de la Resolución No. 22 por la que se impuso la sanción, inconsistencias referentes a la fecha y lugar de expedición de la misma, en el alcance jurídico y determinar si el destierro era la sanción por el homicidio o solamente por los disturbios al interior del Cabildo."* De lo anterior da cuenta la copia simple de la citada providencia<sup>70</sup>.

7.1.20. Está demostrado que el 29 de agosto de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en segunda instancia sobre la tutela interpuesta por "Nerardo Cachago Sánchez" y resolvió revocar el fallo impugnado y en su lugar conceder el amparo de los derechos al debido proceso y a la libertad del accionante, en cuyo efecto ordenó su libertad inmediata y dispuso dejar sin efectos la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto – Cauca. De lo anterior da cuenta la copia simple de la señalada sentencia<sup>71</sup>, en cuyas consideraciones se observa:

*"La Fiscalía atendiendo la denuncia formulada por el hermano del hoy occiso, ordenó apertura de instrucción. Encontrándose en curso la misma, el gobernador del Cabildo Indígena de Tacueyó manifestó en dos oportunidades su deseo que fuese la justicia ordinaria la que continuará con el proceso.*

<sup>69</sup> Fl. 42 a 46, C.1.

<sup>70</sup> Fl. 47 a 62, C.1.

<sup>71</sup> Fl. 63 a 76, C.1.



Se dictó auto el cierre y antes de que se calificara el mérito del sumario el gobernador del Cabildo con oficio 132 de 31 de octubre de 2002 remitió al instructor la Resolución No. 22 del año 1998, el último dígito de la fecha no es clara, y manifestó que en ella el Cabildo Indígena del Resguardo de Tacueyó fija y resuelve una disposición según la ley 89 de 1890 y los artículos 246, 329 y 330 de la Constitución Nacional.

Frente a este memorial la Fiscalía no hizo manifestación alguna. El juez del conocimiento tampoco se pronunció. Con posterioridad se dictó resolución de acusación, se surtió la audiencia y se profirió sentencia condenatoria.

Para poder determinar si existió violación del principio de non bis in ídem o, si se vulnera algún derecho constitucional fundamental es preciso determinar, en primer lugar, si la referida Resolución No. 22 en realidad contiene una sanción y si ella corresponde a la conducta punible por la cual el actor fue condenado por la jurisdicción ordinaria. [...]

De la transcripción puede colegirse válidamente que la sanción de expulsión se adoptó, tanto por los problemas existentes entre las dos familias, como por las heridas que el accionante le propinó a Luis Enrique Pilcue, quien como allí se reconoce falleció el 31 de julio de 1997. Así lo confirmaron, además, dos de las directivas del Cabildo Indígena que suscribieron la resolución y el Twe Whala.

De manera pues que, con independencia de si el Cabildo calificó esa conducta como homicidio o lesiones, lo cierto es que el hecho ocurrido el 15 de junio de 1997 sí fue objeto de sanción por la autoridad indígena. El mismo que fuera investigado y juzgado por la jurisdicción ordinaria.

Una primera impresión arroja que se juzgó dos veces al peticionario por el mismo hecho.

3.3. Sin embargo, impone determinar si ese pronunciamiento seguido por el Cabildo en realidad constituyó un juicio a la luz de los usos y costumbres de esta comunidad.

Con el fin de establecer la fecha exacta de esa resolución y su autenticidad, fueron aportados con la demanda de tutela las declaraciones juramentadas rendidas, ante el Juzgado Promiscuo de Toribio, por Silvio Valencia Lemus y Jaime Díaz Noscue. ellos testificaron que para el año 1998 ejercieron los cargos de gobernador suplente y gobernador, y que dentro de sus funciones estaban las de aplicar justicia de usos y costumbres. Admiten haber suscrito la Resolución No. 22 de expulsión contra los comuneros a quienes se les atribuyó haber sido los causantes de la muerte de Luis Enrique Pilcue, la cual firman, aunque carece de fecha. La resolución fue suscrita por los miembros que para esa época desempeñaban el cargo tradicional en representación de la comunidad.

Así mismo, manifestaron que aplicaron justicia de usos y costumbres de acuerdo a la jurisdicción indígena.

Los miembros del Cabildo, por su parte, expresaron que es tradicional en la costumbre indígena consultar al médico tradicional The Whala para que emita y avale las decisiones tomadas por el Cabildo mayor.

En una certificación del 14 de octubre de 1997 The Whala expresó que al comunero Nerardo Cachago se le realizó trabajo mediante la medicina tradicional, "ritual en el sistema cultural ancestral como indígenas Nasas según sus usos y costumbres", en el que existe un grupo de personas escogidas por el Cabildo y a quienes se acude



para solicitar la decisión, llamados Twe Whala [...] quienes realizan los siguiente rituales:

{...}

Por el homicidio perpetrado a Luis Enrique Pilcue el Twe Whala respondió: "deben expulsarlo del resguardo por un tiempo de 15 años como sanción al homicidio, De igual forma a la señora Mariela Mesa ya que el símbolo de la muerte (canto del gallo en el momento del ritual) y el llamado Bichak Pullo, marcaron que si se quedan, en estas familias terminarían por matarse unos a otros".

El investigador jurídico del Cabildo expresó que para el año 1998 las sanciones judiciales de la comunidad las imponía la directiva y estaban representadas en castigos como látigo, cepo y destierro, entendiéndose éste como un concepto de la autoridad indígena sobre el derecho basado en una profunda ética de relación gente – naturaleza y en su conocimiento de las fuerzas espirituales o sagradas, y tiene por finalidad la permanencia y recuperación del equilibrio y la armonía. En dicha ocasión afirmó que se actuó según el concepto del The Whala.

Así mismo, dijo que en esa oportunidad se convocó a las partes en presencia de la directiva del Cabildo para realizar los descargos de manera oral.

De lo anterior se desprende que se siguió el procedimiento según los usos y costumbres de la comunidad indígena en el que se le permitió al actor ejercer su derecho de defensa.

Esa decisión, adoptada por las directivas del Cabildo, permite afirmar que se juzgó la conducta del peticionario por transgredir los parámetros de lo socialmente admitido por la comunidad, según sus usos y costumbres. Se convocó a las partes, se pidió concepto al Twe Whala y el sancionado firmó la determinación como señal de su conocimiento y aceptación.

Aunque se impuso la sanción de destierro, la misma no choca con preceptos constitucionales ni legales. La Corte Constitucional, en sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994 a propósito de estudiar una tutela propuesta por un indígena castigado por la comunidad indígena, sostuvo que esa sanción no está proscrita cuando es adoptada por las comunidades indígenas en cuanto no implica pena de destierro del territorio nacional.

El derecho fundamental al debido proceso, al cual se encuentran sujetas las autoridades de los pueblos indígenas, fue respetado y el procedimiento no resulta contrario a la Carta Política.

3.4. Ahora, importa determinar si Nerardo Cachago Sánchez tenía o no fuero y por lo tanto tenía derecho a ser juzgado por la jurisdicción indígena.

Para ese propósito conviene recordar que ese suceso tuvo ocurrencia según la sentencia condenatoria en el "Bar Tropical", llamado por el Cabildo Indígena de Tacueyó "Gril Tropical". Dicho establecimiento, según informaron las directivas actuales del Cabildo, se encuentra ubicado en Tacueyó y pertenece al resguardo. Así lo corroboró el inspector de policía del corregimiento de Tacueyó al señalar que está localizado al frente de la plaza principal de Tacueyó y que el área poblada de Tacueyó no tiene área de población que corresponda al municipio y se le denomina como cabecera del Resguardo Indígena y como tal entre la autoridad indígena e inspección de policía se debe laborar de conformidad con el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia.

El altercado se presentó entre el actor y Luis Enrique Pilcue, ambos se encuentran registrados en el censo del resguardo indígena, tal como lo manifestaron y



*demonstraron las autoridades del Cabildo. El peticionario, según constancia de la gobernadora principal conserva su identidad étnica, cultural y acata las normas del cabildo y su reglamento interno.*

*En ese orden, confluyen los elementos territorial o geográfico y personal, por lo que, en principio, la competencia para realizar la investigación y la eventual sanción radicaba en cabeza de las autoridades indígenas. Además, era deseo del peticionario ser juzgado por la jurisdicción especial, tal como surge de la comunicación enviada por el Cabildo Indígena a la Fiscalía.*

*3.5. Empero, la autoridad indígena manifestó su deseo de no querer investigarlo, y en uno de sus escritos expuso:*

*“Frente a la solicitud del comunero Medardo (sic) Cachago de que el asunto sea investigado por el Cabildo, no tenemos muchas vueltas que dar, pues lo único cierto es que dichos problemas, habían por (sic) muchos llamados de atención por el Cabildo y además de haberse amancebado con la esposa del occiso Luis Enrique Pilcue, también tuvo la sangre fría para agredirlo físicamente de lo cual le produjo la muerte.*

*Por tal razón el Cabildo se ratifica en que dicho proceso por homicidio lo continúe la Fiscalía, [...]”*

*A pesar de esa intención, con posterioridad remitió el oficio 132 del 31 de octubre de 2002 a través del cual el gobernador puso a disposición la Resolución No. 22 a la que ha hecho referencia.*

*En dicha comunicación no manifestó su deseo de que se diera por terminada la investigación, tampoco reclamó nuevamente la competencia para investigar y juzgar y menos propuso conflicto de competencia.*

*Lo anterior permitiría afirmar que al haber expresado su deseo de diferir el juzgamiento de un comunero a la justicia ordinaria y no expresar oportunamente su deseo de recobrar la competencia, la Fiscalía y, por ende, el juzgado actuaron conforme al ordenamiento y no tenían motivo para finalizar la actuación.*

*Sin embargo, se olvidó indagar la razón por la cual se profirió la sanción de destierro y cuál era su alcance, con lo cual desconocieron que como autoridades judiciales tienen el deber de velar por la garantía del debido proceso. Una de esas garantías es la del juez natural.*

*Si bien es evidente la actuación irregular por parte de la autoridad indígena, en cuanto a pesar de que inicialmente renunció a la facultad de juzgar, con posterioridad emitió sanción en contra del accionante, tal error no puede trasladarse a este último. La autoridad judicial tenía el deber de indagar sobre la sanción consignada en la Resolución No. 22, cuya copia fue remitida antes de calificar el mérito del sumario. Si lo hubiera hecho habría concluido en finalizar el proceso penal iniciado.*

*Esa omisión permitió que el actor fuera investigado y juzgado dos veces por el mismo hecho y, además, que iniciará el cumplimiento de la sanción de destierro impuesta por la jurisdicción indígena, que para la fecha ya la ha cumplido en más de la mitad, lleva 10 años.*

*Por consiguiente, se revocará el fallo impugnado y se ampararán los derechos al debido proceso y a la libertad del accionante. Con el fin de restablecer sus derechos se dejará sin efecto la sentencia proferida por la jurisdicción ordinaria.*



*Debido a que el actor se encuentra actualmente privado de su libertad como consecuencia de la referida condena, se ordenará su libertad inmediata, siempre que no sea requerido por otra autoridad judicial. Por secretaría se remitirá copia de esa sentencia al juzgado tercero de ejecución de penas y medidas de seguridad de Popayán para que adopte las medidas a que haya lugar en forma inmediata.”*

7.1.21. Se probó que el 2 de septiembre de 2008, Luis Midardo Cachago Sánchez fue puesto en libertad, en cumplimiento del fallo de tutela emitido por la Corte Suprema de Justicia que dejó sin efectos la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto. Todo lo anterior consta en la certificación emitida el 4 de septiembre de 2008 por el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Caloto<sup>72</sup>.

## **7.2. Análisis de los elementos de la responsabilidad del Estado**

En aras de resolver los cargos invocados en los recursos de apelación, la Sala analizará de forma ordenada cada uno de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que la configuración de dicho instituto jurídico depende de la sumatoria de los componentes que lo conforman. Por lo anterior, se hace necesario abordar dichos elementos de la siguiente manera: **i) el daño antijurídico y ii) su imputación frente al Estado.**

Lo anterior, más allá de consistir en una metodología sugerida por la Sala, atiende a una lógica en la que, naturalmente, ante la ausencia del daño como elemento esencial del instituto indemnizatorio, el análisis del subsiguiente carece de toda utilidad, ya que aún ante su existencia, no será posible declarar responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>73-74</sup>.

<sup>72</sup> Fl. 77, C.1.

<sup>73</sup> Sobre este aspecto Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 13 de agosto de 2008, Rad. 16516; 6 de junio de 2012, Rad. 24633; 5 de marzo de 2020, Rad. 50264.

<sup>74</sup> Frente a la existencia del daño como elemento de la responsabilidad, la Corte Suprema de Justicia considera lo siguiente: “cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968.

Por su parte, el profesor Fernando Hinestrosa expresa sobre este particular lo siguiente: “La responsabilidad, entendida latamente como la obligación de resarcir daños y perjuicios, parte de un



### 7.2.1. El daño antijurídico

En el caso *sub examine* se tiene que el **daño** objeto de estudio es la privación de la libertad de Luis Midardo Cachago Sánchez, derivada de las actuaciones proferidas por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca y el Juzgado Promiscuo del Circuito de la misma municipalidad, la cual es calificada como injusta por la parte demandante.

Al respecto, está acreditado: i) que el 6 de agosto de 2007, Luis Midardo Cachago Sánchez fue recluido en el establecimiento Penitenciario y Carcelario de Caloto – Cauca (hecho probado 7.1.14.); ii) que la captura tuvo lugar en cumplimiento de la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2004, dentro del proceso radicado con el número 2004-00022-00, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca que resolvió condenar a 160 meses de prisión a “Nerardo Cachago Sánchez”, como autor material del delito de homicidio simple, en la persona de Luis Enrique Pilcua Cometa (hecho probado 7.1.13.); iii) que Luis Midardo Cachago Sánchez recobró su libertad el 2 de septiembre de 2008 (hecho probado 7.1.21.); y iv) que Luis Midardo Cachago Sánchez recobró su libertad como consecuencia del amparo de tutela proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que encontró vulnerado el principio fundamental del *non bis in idem* (hecho probado 7.1.20.).

De conformidad con lo anterior, se concluye que Luis Midardo Cachago Sánchez fue privado de la libertad entre el 6 de agosto de 2007 y el 2 de septiembre de 2008 (hechos probados 7.1.14. y 7.1.21.), y recobró su libertad porque el juez del amparo constitucional encontró que el procesado había sido objeto de doble investigación y doble sanción penal por el mismo hecho (hecho probado 7.1.20.), lo cual es vulneratorio del artículo 29 de la Constitución Política que protege la garantía

---

*dato imprescindible: el daño. La presencia de un quebranto, independientemente del esmero en su definición y de la exigencia de actualidad o consolidación de él, o de su certidumbre o su advenimiento más o menos probable. En ausencia de daño no hay obligación, y el aserto, por demás obvio, pone de presente el carácter estrictamente resarcitorio de la responsabilidad en el derecho de tradición romanista.”* Hineyrosa, Fernando., “Devenir del derecho de daños”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 5-26. Pág. 6.



fundamental del debido proceso que, a su vez, impide el doble juzgamiento por el mismo hecho.

En este sentido, el artículo 29 de la Constitución Nacional establece: *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales [...] Toda persona [...] tiene derecho [...] a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”*. De modo que, la vulneración de tal postulado y el daño que ello genere resulta antijurídico.

### **7.2.2. La imputación**

En el presente caso es necesario determinar si el daño antijurídico es atribuible fáctica y jurídicamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, por judicializar y sentenciar a una persona que había sido juzgada por la jurisdicción especial indígena por el mismo delito.

De los elementos materiales probatorios está acreditado: i) que el 15 de junio de 1997, en la población de Tacueyó, municipio Toribio – Cauca Luis Enrique Pilcue Cometa, fue herido con arma cortopunzante por “Nerardo Cachago Sánchez”, luego de lo cual fue recluido en el centro hospitalario donde recibió la correspondiente atención médica, pero el 31 de julio del mismo año falleció a causa de la infección que le produjeron las heridas (hecho probado 7.1.1. y 7.1.3.); ii) que Luis Enrique Pilcue Cometa y “Nerardo Cachago Sánchez” pertenecen al Resguardo Indígena, municipio de Toribio – Cauca (hecho probado 7.1.2.); iii) que el hermano de Luis Enrique Pilcue Cometa presentó la correspondiente denuncia penal ante la jurisdicción ordinaria (hecho probado 7.1.4.); iv) que el 1º de agosto de 1997, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca dio inicio a la investigación penal dirigida a esclarecer los hechos referentes al homicidio de Luis Enrique Pilcue Cometa (hecho probado 7.1.5.); v) que “Nerardo Cachago Sánchez” fue vinculado a la investigación penal mediante la diligencia de indagatoria en la que confesó la agresión inferida en contra de Luis Enrique Pilcue Cometa, aunque dijo haber actuado en legítima defensa putativa y solicitó ser investigado por el Cabildo del Resguardo Indígena (hecho probado 7.1.6.); vi) que dada la injurada, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca se abstuvo de imponer medida de aseguramiento (hecho probado 7.1.7.); vii) que el 31 de octubre de 2002 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del



Circuito de Caloto – Cauca tuvo noticia de que el Cabildo Indígena de Tacueyó, municipio de Toribio – Cauca profirió la Resolución No. 22 por medio de la cual sancionó a “Nerardo Cachago Sánchez” (hechos probados 7.1.8. y 7.1.9.); viii) que, dados los medios de prueba practicados a lo largo de la instrucción penal, el 22 de mayo de 2003 decretó la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del sindicado y profirió resolución de acusación (hechos probados 7.1.10. y 7.1.11.); ix) que en etapa de juzgamiento el proceso penal radicado con el No. 2004-00022-00 del Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca que en audiencia preparatoria escuchó a las partes procesales y el 13 de diciembre de 2004 profirió sentencia condenatoria en contra de “Nerardo Cachago Sánchez” como autor material del delito de homicidio simple, en la persona de Luis Enrique Pilcua Cometa. (hechos probados 7.1.12. y 7.1.13.); x) que el 6 de agosto de 2007, Midardo Cachago Sánchez fue recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Caloto – Cauca (hecho probado 7.1.14.); xi) que con posterioridad a la captura, el Cabildo Indígena de Tacueyó, municipio de Toribio – Cauca, solicitó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto y el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán una copia del expediente y la anulación del proceso 2004-00022-00 por tratarse de un doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos (hechos probados 7.1.15., 7.1.16., y 7.1.17.); xii) que el 9 de mayo de 2008 “Nerardo Cachago Sánchez” radicó una acción de tutela en contra del Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto – Cauca, por violación al derecho a la libertad y argumentando que esta autoridad judicial lo había condenado y juzgado dos veces por el mismo delito (hecho probado 7.1.18.); xiii) que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán denegó en primera instancia el amparo constitucional elevado por el demandante y, en segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo concedió, porque encontró vulnerado el principio fundamental del non bis in ídem (hecho probado 7.1.20.); y xiv) que Luis Midardo Cachago Sánchez recobró su libertad el 2 de septiembre de 2008 (hecho probado 7.1.21.).

Ahora bien, la situación fáctica *sub judice* gira en torno al ejercicio de la acción penal en cabeza del Estado, la cual aparece como consecuencia del monopolio del poder punitivo dirigido a contener y reprimir la actividad criminal mediante la investigación y sanción de las conductas punibles.



Así, el *ius puniendi* aparece como la posibilidad del Estado para investigar y castigar los comportamientos penalmente tipificados, mediante el establecimiento de la respectiva sanción, lo que le permite limitar legítimamente bienes jurídicos fundamentales como el de la libertad. Sin embargo, el ejercicio de la acción penal deviene como la *ultima ratio* y debe atender a estrictos criterios de necesidad y proporcionalidad, en razón, precisamente, de la afectación de los intereses superiores que devienen potencialmente afectados.

Entonces, la facultad punitiva del Estado encuentra límites en el ordenamiento Constitucional y legal, que guían y controlan el ejercicio del *ius puniendi*, deben observarse en todos los casos y atañen tanto a sus instituciones sustantivas y procedimentales, como a las de cumplimiento de la sanción.

Empero, lo que constituye un límite de cara al poder punitivo del Estado, representa la garantía que el ordenamiento Superior reconoce a los destinatarios de la acción penal, y de cuya observancia depende la legitimidad de la reprobación punitiva estatal.

De tal forma, dentro del conjunto de límites al *ius puniendi* y garantías de los procesados se encuentran los principios de legalidad o de taxatividad, de culpabilidad, de necesidad, de proporcionalidad, el de contradicción, de igualdad de armas, de presunción de inocencia, de publicidad, de independencia e imparcialidad del juez, el respeto a la dignidad humana y, por supuesto, el de debido proceso que, a su vez, se nutre de todos los anteriores y de otros tales como el de juez natural, favorabilidad, defensa, no autoincriminación, doble instancia, *no reformatio in peius* y el *non bis in ídem*, esto es, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Frente al último de los principios nombrados, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso y determina, entre otros aspectos, que todo sindicado tiene derecho “[...] a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

La prohibición del doble enjuiciamiento o el principio del *non bis in ídem* busca evitar que las personas estén sujetas a investigaciones permanentes por un mismo hecho



que tenga identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona. Sin embargo, ello no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones de diversa naturaleza, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades (penal, disciplinaria, fiscal, etc.)<sup>75</sup>.

Pues bien, en el caso de autos la parte actora aduce que "*Luis Midardo Cachago Sánchez había sido investigado y sancionado por las autoridades indígenas por el mismo hecho por el que [la justicia ordinaria] le ha adelantado una nueva investigación*", declarándolo penalmente responsable por el homicidio de Luis Enrique Pilcue Cometa y condenándolo a una pena privativa de la libertad de 160 meses.

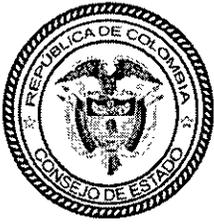
Al respecto se tiene que, en atención a la denuncia presentada por Guido Armando Pilcue Cometa, hermano de Luis Enrique Pilcue Cometa, el 1º de agosto de 1997 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca abrió la investigación penal dirigida a esclarecer los hechos ocurridos el 15 de junio de 1997, referentes al homicidio de Luis Enrique Pilcue Cometa (hechos probados 7.1.4. y 7.1.5.).

Sobre este particular, debe preverse que el artículo 250 de la Constitución Política instituye en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la obligación de "*adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, [...]*". Lo anterior, bajo la prohibición expresa de renunciar a la persecución penal "*salvo en los casos que establezca la ley*".

En este sentido la norma citada dispone: "*No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley*".

Así las cosas, en el caso de autos y dada la denuncia presentada, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca estaba obligada

<sup>75</sup> Cfr. Corte Constitucional sentencia C – 088 de 2002



a iniciar la investigación penal, como en efecto lo hizo, a la cual fue debidamente vinculado "Nerardo Cachago Sánchez" mediante diligencia de indagatoria en la que señaló haber actuado en ejercicio de la legítima defensa putativa y solicitó ser juzgado por el Cabildo del Resguardo Indígena de Tacueyó (hecho probado 7.1.6).

Adicional a lo anterior, debe advertirse que los hechos ocurridos el 15 de junio de 1997, en los que Luis Enrique Pilcúe Cometa fue herido con arma cortopunzante por parte de "Nerardo Cachago Sánchez", tuvieron lugar en la jurisdicción del Resguardo Indígena de Tacueyó, ubicada en el municipio Toribio – Cauca (hecho probado 7.1.1.), así como que los sujetos implicados pertenecían al resguardo indígena señalado (hecho probado 7.1.2.).

De modo que la justicia especial indígena era la competente para investigar y juzgar a Luis Midardo Cachago Sánchez, dado el factor territorial y la calidad de los sujetos implicados, especialmente del sujeto pasivo de la acción penal, quien expresamente señaló su deseo de someterse a la justicia impartida por el Cabildo del Resguardo Indígena, como bien lo advirtió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (hecho probado 7.1.20.), que sobre el particular manifestó:

*"Para ese propósito conviene recordar que ese suceso tuvo ocurrencia según la sentencia condenatoria en el "Bar Tropical", llamado por el Cabildo Indígena de Tacueyó "Gril Tropical". Dicho establecimiento, según informaron las directivas actuales del Cabildo, se encuentra ubicado en Tacueyó y pertenece al resguardo. Así lo corroboró el inspector de policía del corregimiento de Tacueyó al señalar que está localizado al frente de la plaza principal de Tacueyó y que el área poblada de Tacueyó no tiene área de población que corresponda al municipio y se le denomina como cabecera del Resguardo Indígena y como tal entre la autoridad indígena e inspección de policía se debe laborar de conformidad con el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia.*

*El altercado se presentó entre el actor y Luis Enrique Pilcúe, ambos se encuentran registrados en el censo del resguardo indígena, tal como lo manifestaron y demostraron las autoridades del Cabildo. El peticionario, según constancia de la gobernadora principal conserva su identidad étnica, cultural y acata las normas del cabildo y su reglamento interno.*

*En ese orden, confluyen los elementos territorial o geográfico y personal, por lo que, en principio, la competencia para realizar la investigación y la eventual sanción radicaba en cabeza de las autoridades indígenas. Además, era deseo del peticionario ser juzgado por la jurisdicción especial."*

A la sazón, el artículo 246 de la Constitución Política prevé: "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 [...]*”.

Siendo esto así, aunque las autoridades penales están instituidas para ejercer la acción punitiva ante el conocimiento de la conducta punible, ello debe entenderse sin perjuicio de la competencia facultativa reconocida por el artículo 246 de la Constitución Política a las autoridades indígenas en desarrollo de su jurisdicción especial.

No obstante, se advierte que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también halló probado que el Cabildo del Resguardo Indígena, expresamente manifestó diferir su jurisdicción y competencia para que Luis Midardo Cachago Sánchez fuera penalmente investigado y juzgado por la justicia ordinaria (hecho probado 7.1.20.). En este sentido la Corte informó:

*“Frente a la solicitud del comunero Medardo (sic) Cachago de que el asunto sea investigado por el Cabildo, no tenemos muchas vueltas que dar, pues lo único cierto es que dichos problemas, habían por muchos llamados de atención por el Cabildo y además de haberse amancebado con la esposa del occiso Luis Enrique Pilcue, también tuvo la sangre fría para agredirlo físicamente de lo cual le produjo la muerte.*

*Por tal razón el Cabildo se ratifica en que dicho proceso por homicidio lo continúe la Fiscalía,[...].*

Entonces, fue así como la justicia ordinaria quedó legitimada para proseguir la actuación iniciada en contra de Luis Midardo Cachago Sánchez. Sin embargo, el 31 de octubre de 2002, esto es, antes de que se ordenara medida de aseguramiento y se profiriera resolución de acusación en contra de Cachago Sánchez, el Cabildo del Resguardo Indígena dejó a disposición de la Fiscalía la Resolución No. 22 (sin fecha) en la que manifiesta haber ejercido las disposiciones de la Ley 89 de 1890, cuyo artículo 2º prevé que *“las comunidades de indígenas [...] tampoco se regirán por las leyes generales de la República [...]”,* y las contenidas en los artículos 246, 329 y 330 de la Constitución Nacional, de los cuales se resalta el artículo 246 antes citado y el 330, según el cual *“los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: [...] 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio [...]”.*

En este sentido se profirió la mencionada Resolución No. 22 en la cual se relacionan



una serie de hechos que dan lugar a la sanción e impone el destierro en contra de "Nerardo Cachago y Mariela Mesa". Al respecto se lee:

*"Que en la cabecera del resguardo se presentó un problema entre los comuneros Luis Enrique Pilcue y Mariela Mesa, por incomprensión familiar.*

*Que en el año 1997 dichos problemas se agravaron cuando la comunera Mariela Mesa se adjuntó a vivir con el comunero Nerardo Cachago llevándose a vivir a la misma casa donde convivía con Luis Enrique Pilcue.*

*Que esta situación ha generado una serie de enfrentamientos de los comuneros Luis Enrique Pilcue y Nerardo Cachago.*

*Que en la fecha de junio 15 de 1997 fue herido por Nerardo Cachago el comunero Luis Enrique Pilcue que fue trasladado al hospital departamental de Cali, habiendo fallecido el 31 de julio del mismo año.*

*Que en la fecha de junio 16 de 1997 el comunero Bernardo Pilcue se trasladó a la vivienda de su hermano a hacer un reclamo al agresor habiendo hecho unos disparos en donde fue herido el comunero Nerardo Cachago. Que luego de este hecho en otra ocasión también salió herida la comunera Alba Nery Cachago.*

*Que luego de lo sucedido ha existido una serie de enfrentamientos familiares de lo cual la comunera Mariela Mesa se ausentó del resguardo y habiendo quedado también el comunero Nerardo Cachago detenido en la cárcel.*

*Que por insistencia de la comunera Mariela Mesa y la señora Romelia Sánchez el Cabildo ha citado a las dos familias para la fecha del 15 de octubre donde se escucharon las partes en conflicto y la posición del Cabildo de Tacueyó.*

*Que en virtud de lo anterior el Cabildo en uso del derecho propio y aplicación de la justicia propia contemplada por la ley 89 de 1890 y el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y la sentencia 523 de la Corte Constitucional*

#### RESUELVE

*ARTICULO PRIMERO: Expulsar a los comuneros Nerardo Cachago y Mariela Mesa por espacio de 15 años. Debido a que se les considera directos responsables de los hechos ocurridos en el resguardo entre las dos familias.*

*[...]*

*ARTÍCULO CUARTO. El incumplimiento a la presente sanción de expulsión por parte de los implicados ocasionará sanciones por parte del Cabildo consistente en: látigo u otras sanciones que en el proceso se hayan constituido.*

*ARTÍCULO QUINTO: Notificar a la Fiscalía correspondiente sobre la presente determinación tomada por el Cabildo Indígena."*

Ahora bien, frente a las circunstancias en torno a la investigación y juzgamiento de Luis Midardo Cachago Sánchez, la sentencia de tutela expuso:

*"A pesar de esa intención [la de diferir la competencia], con posterioridad [el Cabildo Indígena] remitió el oficio 132 del 31 de octubre de 2002 a través del cual el gobernador puso a disposición la Resolución No. 22 a la que ha hecho referencia.*



*En dicha comunicación no manifestó su deseo de que se diera por terminada la investigación, tampoco reclamó nuevamente la competencia para investigar y juzgar y menos propuso conflicto de competencia.*

*Lo anterior permitiría afirmar que al haber expresado su deseo de diferir el juzgamiento de un comunero a la justicia ordinaria y no expresar oportunamente su deseo de recobrar la competencia, la Fiscalía y, por ende, el juzgado actuaron conforme al ordenamiento y no tenían motivo para finalizar la actuación.*

*Sin embargo, se olvidó indagar la razón por la cual se profirió la sanción de destierro y cuál era su alcance, con lo cual desconocieron que como autoridades judiciales tienen el deber de velar por la garantía del debido proceso. Una de esas garantías es la del juez natural.*

*Si bien es evidente la actuación irregular por parte de la autoridad indígena, en cuanto a pesar de que inicialmente renunció a la facultad de juzgar, con posterioridad emitió sanción en contra del accionante, tal error no puede trasladarse a este último. La autoridad judicial tenía el deber de indagar sobre la sanción consignada en la Resolución No. 22, cuya copia fue remitida antes de calificar el mérito del sumario. Si lo hubiera hecho habría concluido en finalizar el proceso penal iniciado.*

Visto lo anterior, es dable concluir que la sanción impuesta por el resguardo indígena tuvo lugar frente a la responsabilidad en "los hechos ocurridos en el resguardo entre las dos familias", dentro de los cuales se encuentra contemplado el homicidio de Luis Enrique Pilcue Cometa, tal y como lo dilucidó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al revisar el contenido de la Resolución No. 22, junto con otros medios de prueba. De hecho, se observa que ella dispone lo siguiente:

*"De la transcripción [de la Resolución No. 22] puede colegirse válidamente que la sanción de expulsión se adoptó, tanto por los problemas existentes entre las dos familias, como por las heridas que el accionante le propinó a Luis Enrique Pilcue, quien como allí se reconoce falleció el 31 de julio de 1997. Así lo confirmaron, además, dos de las directivas del Cabildo Indígena que suscribieron la resolución y el Twe Whala.*

*De manera pues que, con independencia de si el Cabildo calificó esa conducta como homicidio o lesiones, lo cierto es que el hecho ocurrido el 15 de junio de 1997 sí fue objeto de sanción por la autoridad indígena. El mismo que fuera investigado y juzgado por la jurisdicción ordinaria.*

*Una primera impresión arroja que se juzgó dos veces al peticionario por el mismo hecho.*

*3.3. Sin embargo, impone determinar si ese pronunciamiento seguido por el Cabildo en realidad constituyó un juicio a la luz de los usos y costumbres de esta comunidad.*

*Con el fin de establecer la fecha exacta de esa resolución y su autenticidad, fueron aportados con la demanda de tutela las declaraciones juramentadas rendidas, ante el Juzgado Promiscuo de Toribio, por Silvio Valencia Lemus y Jaime Díaz Noscue.*



ellos testificaron que para el año 1998 ejercieron los cargos de gobernador suplente y gobernador, y que dentro de sus funciones estaban las de aplicar justicia de usos y costumbres. Admiten haber suscrito la Resolución No. 22 de expulsión contra los comuneros a quienes se les atribuyó haber sido los causantes de la muerte de Luis Enrique Pilcue, la cual firman, aunque carece de fecha. La resolución fue suscrita por los miembros que para esa época desempeñaban el cargo tradicional en representación de la comunidad.

Así mismo, manifestaron que aplicaron justicia de usos y costumbres de acuerdo a la jurisdicción indígena.

Los miembros del Cabildo, por su parte, expresaron que es tradicional en la costumbre indígena consultar el médico tradicional The Whala para que emita y avale las decisiones tomadas por el Cabildo mayor.

En una certificación del 14 de octubre de 1997 The Whala expresó que el comunero Nerardo Cachago se le realizó trabajo mediante la medicina tradicional, "ritual en el sistema cultural ancestral como indígenas Nasas según sus usos y costumbres", en el que existe un grupo de personas escogidas por el Cabildo y a quienes se acude para solicitar la decisión, llamados Twe Whala [...] quienes realizan los siguiente rituales:

{...}

Por el homicidio perpetrado a Luis Enrique Pilcue el Twe Whala respondió: "deben expulsarlo del resguardo por un tiempo de 15 años como sanción al homicidio, De igual forma a la señora Mariela Mesa ya que el símbolo de la muerte (canto del gallo en el momento del ritual) y el llamado Bichak Pullo, marcaron que si se quedan, en estas familias terminarían por matarse unos a otros".

El investigador jurídico del Cabildo expresó que para el año 1998 las sanciones judiciales de la comunidad las imponía la directiva y estaban representadas en castigos como látigo, cepo y destierro, entendiéndose éste como un concepto de la autoridad indígena sobre el derecho basado en una profunda ética de relación gente – naturaleza y en su conocimiento de las fuerzas espirituales o sagradas, y tiene por finalidad la permanencia y recuperación del equilibrio y la armonía. En dicha ocasión afirmó que se actuó según el concepto del The Whala.

Así mismo, dijo que en esa oportunidad se convocó a las partes en presencia de la directiva del Cabildo para realizar los descargos de manera oral.

De lo anterior se desprende que se siguió el procedimiento según los usos y costumbres de la comunidad indígena en el que se le permitió al actor ejercer su derecho de defensa.

Esa decisión, adoptada por las directivas del Cabildo, permite afirmar que se juzgó la conducta del peticionario por transgredir los parámetros de lo socialmente admitido por la comunidad, según sus usos y costumbres. se convocó a las partes, se pidió concepto al Twe Whala y el sancionado firmó la determinación como señal de su conocimiento y aceptación.

Aunque se impuso la sanción de destierro, la misma no choca con preceptos constitucionales ni legales. La Corte Constitucional, en sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994 a propósito de estudiar una tutela propuesta por un indígena castigado por la comunidad indígena, sostuvo que esa sanción no está proscrita cuando es adoptada por las comunidades indígenas en cuanto no implica pena de destierro del territorio nacional.



*El derecho fundamental al debido proceso, al cual se encuentran sujetas las autoridades de los pueblos indígenas, fue respetado y el procedimiento no resulta contrario a la Carta Política.*

En síntesis, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluyó que la jurisdicción especial indígena adelantó en contra de "Nerardo Cachago Sánchez" una verdadera actuación judicial, que satisfizo todas las garantías procesales y que juzgó la conducta del procesado no solo por los problemas existentes entre las dos familias, sino también por las heridas que el accionante le propinó a Luis Enrique Pilcue Cometa el 15 de junio de 1997 y que dieron lugar a su fallecimiento el 31 de julio siguiente.

Lo anterior, además, quedó corroborado con los medios de prueba allegados por Luis Midardo Cachago Sánchez en sede de tutela, tales como: i) las declaraciones juramentadas rendidas el 5 de diciembre de 2007 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Toribio – Cauca por Jaime Díaz Noscue y Silvio Valencia Lemus, Gobernadores principal y suplente del Resguardo Indígena de Tacueyó para el año 1998, quienes en su calidad de directivos del Cabildo Indígena suscribieron la imposición de la sanción; ii) la certificación emitida el 14 de octubre de 1997 por el "The Whala" y; iii) las manifestaciones del investigador jurídico del Cabildo.

De modo que, queda establecido que la Resolución No. 22 del Cabildo Indígena tuvo por objeto sancionar el homicidio de Luis Enrique Pilcue Cometa y que el 31 de octubre de 2002, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto fue informada de la actuación adelantada por el Cabildo Indígena en ejercicio del poder jurisdiccional que la Constitución y la Ley le reconocen.

Ahora bien, con relación a la pena de destierro impuesta por el Cabildo Indígena de Tacueyó conviene resaltar lo que también advirtió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al revisar el contenido de la Resolución No. 22, en el sentido de señalar que dicha pena *"no choca con preceptos constitucionales ni legales. la Corte Constitucional, en sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994 a propósito de estudiar una tutela propuesta por un indígena castigado por la comunidad indígena, sostuvo que esa sanción no está proscrita cuando es adoptada por las comunidades indígenas en cuanto no implica pena de destierro del territorio nacional"*.



Así, desde el punto de vista político y jurídico el destierro en sentido estricto *“sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones”*<sup>76</sup>.

En otras palabras, al fijar el alcance del concepto de destierro, la Corte Constitucional indicó que esta sanción *“se refiere únicamente a la expulsión del país del cual se es nacional, mas no a la restricción de residencia en determinado lugar del mismo”*<sup>77</sup>

De modo que, en principio, la pena de expulsión del resguardo que imponen las autoridades indígenas dentro de su autonomía jurisdiccional, en estricto sentido, no constituye destierro, en tanto no significa la expulsión del territorio nacional y, en tal sentido, no trasgrede los límites previstos para el ejercicio de la autonomía indígena, es legítima y no quebranta la prohibición del artículo 34 de la Carta Política, según el cual *“se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”*, se itera, fundamentalmente, porque no se trata de la expulsión del indígena del territorio nacional, sino únicamente del lugar que habita la comunidad<sup>78</sup>.

En este sentido, la legalidad de la expulsión del territorio del resguardo indígena, impuesta a título de sanción penal de destierro, exige que la medida se adopte de manera que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos<sup>79</sup>, esto es, que su imposición garantice el ejercicio de derechos tales como el de defensa y debido proceso, que no implique una expulsión del territorio nacional, que no se imponga de manera perpetua, que recaiga únicamente sobre el reo y no alcance a su núcleo familiar y que *“en tratándose de comunidades con tradiciones y usos muy arraigados, el indígena*

<sup>76</sup> Sentencia C-110 de 9 de febrero de 2000, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>77</sup> Corte Constitucional, sentencia C-046 de 24 de enero de 2001. Con cita de las sentencias T-523 de 1997 y C-110 de 2000.

<sup>78</sup> Corte Constitucional, sentencia C -614 de 3 de septiembre de 2014.

<sup>79</sup> Nral. 1 del artículo 9 de la Ley 21 de 1991, *“Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.”*



*afectado [no] se viera abocado a una vida en un mundo que le resulta por completo extraño*<sup>80</sup>.

Así las cosas, atendiendo a la legitimidad de la sanción impuesta por el Cabildo del Resguardo Indígena de Tacueyó, de conformidad con el numeral 2º del artículo 9 de la Ley 21 de 1991<sup>81</sup>, la justicia ordinaria debió establecer el alcance de la decisión contenida en Resolución No. 22, en pro de la garantía de los derechos constitucionales y fundamentales del procesado, quien en acción de tutela demostró haber sido enjuiciado y sancionado por la jurisdicción especial indígena, corolario de lo cual, el enjuiciamiento y sanción ejercidos por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca y el Juzgado Promiscuo del Circuito de esta municipalidad, devinieron en vulneratorios de la garantía constitucional de *non bis in idem*.

Así, se advierte que la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto y el Juzgado Promiscuo del mismo Circuito, sin evaluar lo dispuesto por la Resolución No. 22 y la existencia de la sanción penal impuesta contra Luis Midardo Cachago Sánchez y comunicada por el Cabildo Indígena de Tacueyó, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca decretó el cierre de la investigación penal y el 22 de mayo de 2003 ordenó imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de “Nerardo Cachago Sánchez”, así como calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, sindicándolo como presunto autor penalmente responsable del delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Pilcue Cometa (hechos probados 7.1.10. y 7.1.11.).

Lo propio ocurrió en la etapa de juzgamiento del proceso penal No. 2004-00022-00, pues el 13 de diciembre de 2004, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto – Cauca, profirió sentencia penal de primera instancia en la que resolvió condenar a la pena principal de 160 meses de prisión a “Nerardo Cachago Sánchez” como autor material del delito de homicidio simple en la persona de Luis Enrique Pilcue Cometa (hecho probado 7.1.13.), igualmente, sin advertir lo dispuesto por la Resolución No.

<sup>80</sup> Corte Constitucional, sentencia C -300 de 21 de mayo de 2015.

<sup>81</sup> “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”



22 y la existencia de la sanción penal impuesta contra el procesado y comunicada por el Cabildo Indígena de Tacueyó.

En el mismo orden de ideas, se advierte que el 11 de septiembre de 2007 el Cabildo Indígena de Tacueyó radicó ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, una solicitud de anulación del proceso 2004-00022-00 adelantado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto en contra de "Nedardo Cachago Sánchez", por tratarse de un doble enjuiciamiento penal, a la cual anexó la Resolución No. 22 (hecho probado 7.1.16.), sin embargo no obra respuesta por parte de la autoridad judicial y, por el contrario, se mantuvo la privación de la libertad de Luis Midardo Cachago Sánchez.

En este orden de ideas, se evidencia la vulneración a Luis Midardo Cachago Sánchez de su garantía constitucional a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, en cuyo efecto se estableció la configuración del daño antijurídico antes valorado.

Sin embargo, dada la doble condición del principio *non bis in idem* en cuanto garantía del sujeto activo de la acción penal y límite a la actuación punitiva del Estado, se tiene que la vulneración a este principio, además de configurar el daño antijurídico alegado, denota la trasgresión por parte de las autoridades penales del límite constitucional y la ilegitimidad de la investigación y de las decisiones proferidas por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca y por el Juzgado Promiscuo del Circuito de la misma municipalidad que, finalmente, se concretaron en la privación injusta de la libertad de Luis Midardo Cachago Sánchez por cuya reparación se demanda.

Así, la Sala encuentra que en el caso de autos la vulneración al principio de *non bis in idem* del demandante deviene atribuible a la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca y al Juzgado Promiscuo del Circuito de esta municipalidad, autoridades que adelantaron el procedimiento penal pretermitiendo lo dispuesto por la justicia especial indígena mediante Resolución No. 22. Es así que las demandadas omitieron: i) evaluar el contenido de la Resolución No. 22 del Cabildo Indígena de Tacueyó; ii) establecer, previo a su actuación, si la pena de destierro impuesta contra Luis Midardo Cachago Sánchez sancionaba el homicidio



de Luis Enrique Pilcue Cometa o si esta obedecía únicamente a los problemas entre las familias del resguardo; y iii) advertir la vulneración del derecho del sindicado “a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

En este sentido, se comparte lo señalado en la decisión de amparo constitucional que al respecto afirmó:

*“Se dictó auto el cierre y antes de que se calificará el mérito del sumario el gobernador del Cabildo con oficio 132 de 31 de octubre de 2002 remitió al instructor la Resolución No. 22 del año 1998, el último dígito de la fecha no es clara, y manifestó que en ella el Cabildo Indígena del Resguardo de Tacueyó fija y resuelve una disposición según la ley 89 de 1890 y los artículos 246, 329 y 330 de la Constitución Nacional.*

*Frente a este memorial la Fiscalía no hizo manifestación alguna. El juez del conocimiento tampoco se pronunció. Con posterioridad se dictó resolución de acusación, se surtió la audiencia y se profirió sentencia condenatoria.*

*[...]*

*Sin embargo, se olvidó indagar la razón por la cual se profirió la sanción de destierro y cuál era su alcance, con lo cual desconocieron que como autoridades judiciales tienen el deber de velar por la garantía del debido proceso. Una de esas garantías es la del juez natural.”*

*Si bien es evidente la actuación irregular por parte de la autoridad indígena, en cuanto a pesar de que inicialmente renunció a la facultad de juzgar, con posterioridad emitió sanción en contra del accionante, tal error no puede trasladarse a este último. La autoridad judicial tenía el deber de indagar sobre la sanción consignada en la Resolución No. 22, cuya copia fue remitida antes de calificar el mérito del sumario. Si lo hubiera hecho habría concluido en finalizar el proceso penal iniciado.*

*Esa omisión permitió que el actor fuera investigado y juzgado dos veces por el mismo hecho y, además, que iniciara el cumplimiento de la sanción de destierro impuesta por la jurisdicción indígena, que para la fecha ya la ha cumplido en más de la mitad, lleva 10 años.”*

Ahora, aunque Luis Midardo Cachago Sánchez y su defensa técnica, pese a su interés en ser investigado por el Cabildo indígena, guardaron silencio en el proceso penal frente a la judicialización de la justicia especial, lo cierto es que la actuación irregular de las autoridades judiciales, ya sean la ordinaria o la especial indígena, no puede trasladarse al procesado penal, de modo que, al margen de la actuación procesal del sindicado, las entidades demandadas vulneraron la garantía del sujeto activo de la acción penal y trasgredieron el límite constitucional de la actuación punitiva del Estado, consecuencia de lo cual les resulta – fáctica y jurídicamente – imputable el daño antijurídico padecido por Luis Midardo Cachago Sánchez.



En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 11 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda, al constatar que el daño antijurídico por la privación injusta de la libertad de Luis Midardo Cachago Sánchez es imputable a las entidades demandadas y, en tal virtud, procede a la indemnización de los perjuicios peticionados en la demanda.

## 8. Liquidación de perjuicios

A continuación se realizará la liquidación de perjuicios a favor de los demandantes, teniendo en cuenta únicamente la tipología de aquellos que fueron alegados en la demanda y concedidos por la sentencia del 1º de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, esto es, los perjuicios morales. Ello se realizará de esta manera, pues no es dable analizar la liquidación de perjuicios distintos a aquellos, porque una eventual condena no podría ir en contra de la garantía de la *non refotmatio in pejus*, teniendo en cuenta que en el presente caso las entidades accionadas obran como apelantes únicas y no puede desmejorarse en ningún caso, su situación.

8.1. En la demanda se solicitó condenar a las entidades demandadas a pagar, por **perjuicios morales**, 100 SMLMV a Luis Midardo Cachago Sánchez y 80 SMLMV a cada uno de los demás demandantes. A su turno, se advierte que mediante la sentencia del 1º de septiembre de 2014, el Tribunal Administrativo del Cauca condenó a la Nación – Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial a pagar, por perjuicios morales, 90 SMLMV a Luis Midardo Cachago Sánchez y 80 SMLMV a cada uno de los demás demandantes, Romelia Sánchez, Mariela Mesa Valencia, Jader Nerardo Cachago Chilguez y Leydi Fabiola Cachago Chilguez.

Ahora bien, en sentencia del 29 de noviembre de 2021<sup>82</sup>, la Sección Tercera de esta Corporación unificó el criterio con relación al reconocimiento de perjuicios morales en caso de privación injusta de la libertad. En ella indicó que había lugar a reconocer perjuicios a quienes habían sufrido aflicción derivada de la privación injusta de la libertad, teniendo en cuenta los siguientes criterios: i) para la víctima

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de noviembre de 2021, Rad. 46681.



directa, la prueba de la privación de la libertad constituye presunción de la causación del perjuicio moral; ii) frente a los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido y cónyuge, compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral ocasionado por la privación de la libertad de la víctima; y iii) en relación con las demás víctimas indirectas, el perjuicio moral no está acreditado por su vínculo familiar con la víctima, *per se*, sino que el juez debe determinar si el demandante cumplió la carga de la prueba para acreditar un perjuicio moral indemnizable, ocasionado por la privación de la libertad de la víctima y su vínculo afectivo con estos.

Asimismo, se señaló que había lugar a reconocer perjuicios a quienes habían sufrido aflicción derivada de la privación injusta de la libertad, teniendo en cuenta los topes de indemnización establecidos para la víctima directa. En ese sentido, i) para los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, debe reconocerse el cincuenta por ciento (50%) de lo que le corresponda a la víctima directa, y ii) a los demás demandantes que acrediten la causación de los perjuicios morales, el treinta por ciento (30%) de lo que le corresponda a la víctima directa, según la siguiente tabla:

Duración de la privación	Víctima directa en SMLMV
Entre un día y un mes	Suma fija de 5 SMLMV
Hasta 2 meses	Hasta 10 SMLMV
Hasta 3 meses	Hasta 15 SMLMV
Hasta 4 meses	Hasta 20 SMLMV
Hasta 5 meses	Hasta 25 SMLMV
Hasta 6 meses	Hasta 30 SMLMV
Hasta 7 meses	Hasta 35 SMLMV
Hasta 8 meses	Hasta 40 SMLMV
Hasta 9 meses	Hasta 45 SMLMV
Hasta 10 meses	Hasta 50 SMLMV
Hasta 11 meses	Hasta 55 SMLMV
Hasta 12 meses	Hasta 60 SMLMV
Hasta 13 meses	Hasta 65 SMLMV
Hasta 14 meses	Hasta 70 SMLMV
Hasta 15 meses	Hasta 75 SMLMV
Hasta 16 meses	Hasta 80 SMLMV
Hasta 17 meses	Hasta 85 SMLMV
Hasta 18 meses	Hasta 90 SMLMV
Hasta 19 meses	Hasta 95 SMLMV
20 meses o más	Hasta 100 SMLMV



Sumado a ello, dicha sentencia señaló que por cada día adicional de privación injusta de la libertad al último mes transcurrido, la liquidación se realizaría tomando una fracción equivalente a 0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual se obtiene de dividir cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes por 30 días. Igualmente, estableció que en casos de detención domiciliaria, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un 50%.

Adicionalmente, en esta sentencia se señaló que en relación con las demandas presentadas desde el 28 de agosto de 2013 hasta el 29 de noviembre de 2021, en las cuales el juez advierte que se presentaron fundándose en la jurisprudencia existente y no se solicitaron pruebas para acreditar los perjuicios morales de los parientes en segundo grado de consanguinidad, podrá el fallador hacer uso de las facultades probatorias que le otorga la ley para garantizar su derecho al debido proceso. Finalmente, indicó que en relación con la determinación de los topes máximos por perjuicios morales y la forma de calcularlos, la sentencia tendría aplicación inmediata.

Ahora bien, como en el caso *sub examine* la demanda se presentó el 30 de abril de 2010, es dable aplicar los topes máximos establecidos para el reconocimiento de los perjuicios morales, y la forma de calcularlos, establecidos en la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021<sup>83</sup>.

Asimismo, y en punto a diferenciar el monto de los perjuicios a reconocer por privación injusta de la libertad en establecimiento carcelario o en detención domiciliaria, la Subsección ha reconocido la mitad del valor correspondiente a los perjuicios morales, cuando la privación injusta se realizó en detención domiciliaria. De hecho, en sentencia del 26 de septiembre de 2016 manifestó lo siguiente:

*“al tratarse de una detención domiciliaria y como no obran pruebas de un sufrimiento moral distinto al derivado de esa restricción de la libertad, la Sala **reducirá a la mitad el monto que se reconoce por estos perjuicios en los casos de detención por un tiempo igual en centro carcelario (...)**”<sup>84</sup> (se resalta)*

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de noviembre de 2021, Rad. 46681.

<sup>84</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 2016, Rad. 43250.  
Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2016, Rad. 46244.



Además, en la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021<sup>85</sup>, la Sección Tercera de esta Corporación unificó el criterio y estableció que:

*"[...] también como regla general, la intensidad del perjuicio es sustancialmente inferior cuando se trata de detención domiciliaria, caso en el cual la persona no se ve privada del entorno material de su hogar ni de la compañía de su familia. Esta circunstancia incide en la determinación de la intensidad de los perjuicios morales que sufren la víctima directa y sus familiares. Por lo tanto, en casos de detención domiciliaria, la reparación deberá disminuirse en un cincuenta por ciento (50%) [...]"*

En este orden de ideas, se encuentra acreditado que Luis Midardo Cachago Sánchez fue la víctima directa de la privación injusta de la libertad, ya que fue el sujeto pasivo del proceso penal radicado con el número 2004-00022-00 como autor material del delito de homicidio simple, en la persona de Luis Enrique Pilcue Cometa (hecho probado 7.1.13.).

Así las cosas, la Sala reconocerá y liquidará el perjuicio moral padecido por Luis Midardo Cachago Sánchez durante el tiempo en el que permaneció privado de la libertad de forma injusta, esto es, desde el 6 de agosto de 2007 (hecho probado 7.1.14.) hasta el 2 de septiembre de 2008 (hecho probado 7.1.21), es decir, un total de 1 año, 3 semanas y 6 días, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = (12 \text{ meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (27 \text{ días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = 60 \text{ SMLMV} + 4,48 \text{ SMLMV}$$

$$PM = 64,48 \text{ SMLMV}$$

De conformidad con lo anterior, se concluye que en la parte resolutive la Sala reconocerá por perjuicios morales 64,48 SMLMV a Luis Midardo Cachago Sánchez, atendiendo a que la privación de la libertad se ejecutó en centro carcelario.

Ahora bien, quedó acreditada la calidad de víctimas indirectas de Mariela Mesa Valencia, Romelia Sánchez, Jader Nerardo Cachago Chilguez y Leydi Fabiola Cachago Chilguez, en su calidad de compañera permanente, madre e hijos de la víctima directa a quienes, de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales, les corresponde por concepto de perjuicios morales, el 50% del valor reconocido a la

<sup>85</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de noviembre de 2021, Rad. 46681.



víctima directa, es decir, la suma de 32,24 SMLMV para cada uno de estos demandantes.

En consecuencia, la Sala modificará la sentencia de 11 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en el sentido de condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial a pagar, por perjuicios morales la suma de 64,48 SMLMV a Luis Midardo Cachago Sánchez y 32,24 SMLMV a Mariela Mesa Valencia, Romelia Sánchez, Jader Nerardo Cachago Chilguez y Leydi Fabiola Cachago Chilguez.

#### **9. Condena en costas**

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que ésta proceda y las mismas no se hallan probadas.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia de 11 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La cual quedará así:

***“PRIMERO: DECLARAR** patrimonialmente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto Luis Midardo Cachago Sánchez.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial a pagar por perjuicios morales la suma de 64,48 SMLMV para Luis Midardo Cachago Sánchez y 32,24 SMLMV para cada uno de los demás demandantes, Mariela Mesa Valencia, Romelia Sánchez, Jader Nerardo Cachago Chilguez y Leydi Fabiola Cachago Chilguez.*

***TERCERO: SIN COSTAS.***

***CUARTO:** Dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.*



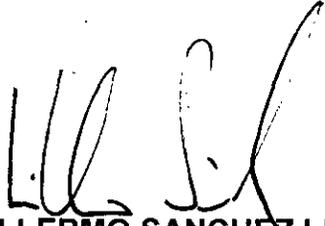
Radicado: 19001233100020100014201 (54933)  
Demandante: Luis Midardo Cachago Sánchez y otros

**SEGUNDO:** En firme esta providencia ENVÍESE el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Presidente de la Sala

  
**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Magistrado

  
**GUILLERMO SANCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Salvamento de Voto

EX7