



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 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 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 Pilcue 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 reprensión 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 autoincrimación, 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 Pilcúe 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 Pilcúe Cometa, hermano de Luis Enrique Pilcúe 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 Pilcúe 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 registrarán 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 Pilcúe, 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 Pilcúe 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 limite 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