

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO - Adecuada interpretación del artículo 246 de la Constitución Política / VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Inexistencia / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES - Prevalencia de los derechos fundamentales de los niños / CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIAS ENTRE LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y LA ESPECIAL INDÍGENA - Suscitado para conocer de la acción penal por un delito cometido por un indígena a otro miembro de su comunidad menor de edad / CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIAS ENTRE LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y LA ESPECIAL INDÍGENA - Resuelto a favor de la jurisdicción ordinaria ante la falta de medidas de protección para la víctima menor de edad y de garantías constitucionales que materialicen sus derechos fundamentales

[P]ara esta Sala no se produjo una indebida interpretación del artículo 246 de la Constitución Política, relacionada con los criterios constitucionales para solucionar tensiones suscitadas entre jurisdicciones, relacionadas con la diversidad étnica y la prevalencia del interés superior del menor, sino que, por el contrario, fue con ocasión del análisis que efectuó la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de cada uno de los elementos personal, territorial, objetivo e institucional, que concluyó que era procedente limitar el principio de diversidad étnica y cultural que le asiste al Resguardo Indígena Cañamomo Lomapriera para procesar y sancionar al [actor] por el delito de “[...] ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS EN AGRAVADO EN CONCURSO HETEROGENO CON SUMINISTRO A MENOR [...]”, en cuanto no se cumplió el elemento institucional al interior de la comunidad indígena, puesto que, se insiste que, si bien, dentro de los usos y costumbres establecidas al interior de la comunidad indígena están previstas ciertas sanciones contra quienes afectan la armonía comunitaria, no se cuenta con medidas de protección y/o aislamiento para la menor que garanticen la protección de sus derechos fundamentales a la verdad, justicia, reparación integral y no repetición.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 44 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 246

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02531-00(AC)

Actor: JUAN DAVID REYES REYES

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Temas: Tutela contra providencia judicial por defecto sustantivo y violación directa de la Constitución Política.

Derechos Fundamentales Invocados: i) Debido proceso, ii) igualdad y iii) diversidad étnica y cultural

Derechos Fundamentales Amparados: Ninguno

La Sala decide la acción de tutela presentada por el señor Juan David Reyes Reyes contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura porque, a su juicio, al proferir la providencia de 18 de abril de 2018, que resolvió el conflicto positivo de competencia entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena identificado con el número único de radicación 110010102000201700207-00, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural.

La presente providencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollarán a continuación.

I. ANTECEDENTES

La solicitud

1. El actor, obrando por intermedio de apoderado especial, presentó solicitud de tutela porque, a su juicio, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al proferir la providencia de 18 de abril de 2018, que resolvió el conflicto positivo de competencia entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena identificado con el número único de radicación 110010102000201700207-00, vulneró sus derechos fundamentales invocados *supra*.

Presupuestos fácticos

2. Los presupuestos fácticos en los cuales se fundamenta la solicitud de tutela son los siguientes:

3. Indicó que pertenece junto con la menor K.Y.R.G.¹ y su progenitora, a la comunidad de Sipirra, Resguardo Cañamomo Lomaprieta, jurisdicción del municipio de Riosucio, Caldas, etnia Embera Chami de Caldas.

4. Señaló que la menor y su progenitora, formularon denuncia en su contra, por presuntos actos sexuales cometidos contra la menor, quien al momento de los hechos tenía 11 años de edad.

5. Manifestó que la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, Caldas, solicitó audiencia preliminar por los delitos de “[...] *ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS [...], SUMINISTRO O FORMULACIÓN ILEGAL DE ESTUPEFACIENTES [...]*”.

6. Adujo que la solicitud de audiencia preliminar correspondió al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio, Caldas, en función de control de garantías, el cual, mediante providencia de 10 de noviembre de 2016, libró orden de captura en su contra por la conducta punible antes descrita.

7. Indicó que la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, Caldas, el 29 de diciembre de 2016² formuló escrito de acusación en su contra por los delitos de “[...] *Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años Artículo 209, En Concurso Heterogéneo con Suministro a Menor Artículo 381 del Estatuto Punitivo [...]*”.

8. Señaló que con fundamento en los artículos 246 y 330 de la Constitución Política y de la Ley 89 de 25 de noviembre de 1890³, el Gobernador del Resguardo Cañamomo Lomaprieta, jurisdicción de los municipios de Riosucio y Supía, Caldas, solicitó su libertad, con el fin de procesarlo y juzgarlo por su comunidad, porque, a su juicio, la víctima y el agresor son indígenas censados dentro del resguardo y porque los hechos ocurrieron al interior del Resguardo Indígena.

9. Adujo que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio, Caldas, en función de Control de Garantías, celebró la audiencia preliminar para definir la jurisdicción que debía continuar el conocimiento de la investigación penal, a la cual

¹ Para proteger la intimidad de la víctima, la Sala elimina de esta sentencia el nombre de la menor involucrada en el referido proceso penal, así como el de sus familiares.

² Cfr. fl. 117 a 133 *ibidem*.

³ “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”.

asistió con la apoderada del Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta, quien acreditó la existencia y representación del resguardo y la certificación que los acreditaba como indígenas censados de dicha comunidad, documentos con fundamento en los que reiteró el cambio de jurisdicción.

10. Manifestó que, en la referida audiencia, la Fiscal Segunda Seccional de Riosucio, Caldas y la Defensora de Familia se opusieron a la solicitud de cambio de jurisdicción, argumentando que los derechos de la menor víctima no se estaban valorando en debida forma, en la medida que se trataba de un concurso de conductas punibles que afectaron su integridad sexual. Textualmente, señaló:

“[...] víctima que en el momento se encuentra en un hogar diferente al de su núcleo familiar, porque está siendo sometida a tratamiento para la recuperación de las sustancias alucinógenas que consumió y que le fueron suministradas por el indiciado por espacio de un año; la presencia del señor REYES REYES representa un peligro para la menor, porque ya ha sufrido desarraigo total del núcleo familiar con la madre, porque no tiene padre u esto la priva del derecho de regresar al hogar. Frente al suministro de estupefacientes, también aparece como víctima la salud pública de la que hace parte toda la sociedad, y donde los menores están expuestos, el resguardo no expuso como combatirá el delito que hace referencia a los estupefacientes, como lo es el suministro en este caso [...]”.

11. El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio, Caldas, resolvió suscitar conflicto positivo de competencia entre las jurisdicciones penal y especial indígena del Resguardo Cañamomo Lomapieta, por considerar que las víctimas del indiciado eran la menor K.Y.R.G. y la “salud pública”, “[...] *afectación que trasciende el ámbito territorial del Resguardo Indígena [...]*”, por lo cual, ordenó la remisión del expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que dirimiera el conflicto de competencia.

Providencia de 18 de abril de 2018 proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dentro del conflicto positivo de competencia entre jurisdicciones identificado con número único de radicación 110010102000201700207-00

12. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia de 18 de abril de 2018, decidió:

“[...] PRIMERO: DIRIMIR el conflicto de competencia entre jurisdicciones, en el sentido de adscribir el conocimiento del proceso penal seguido al señor Juan David Reyes Reyes, a la Jurisdicción ordinaria representada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Riosucio – Caldas, ante quien viene actuando y acusando en este momento la

Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio – Caldas. En Consecuencia remítasele de inmediato las diligencias para lo de su competencia, acorde con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído [...].”

13. Como fundamento de la decisión, consideró que el fuero constitucional otorgado a los grupos indígenas asentados en el territorio nacional no es absoluto y, por tanto, exige el cumplimiento de unos requisitos *sine qua non*, esto es: i) la posibilidad de que existan autoridades propias que administren justicia en los pueblos indígenas, ii) la sujeción de la jurisdicción y las normas que los regulan a la Constitución Política y a la ley, iii) la pertenencia de las partes a una comunidad indígena que debe ser juzgado en su propio seno, y iv) el derecho de esa comunidad de juzgar los hechos cometidos al interior de su territorio, exigencias que, de no cumplirse conlleva a que la solución del asunto deba ser asumida por los jueces de la República a través de la vía ordinaria.

14. Consideró que, si bien, confluían los elementos personal, objetivo y territorial, que constituyen la competencia de la jurisdicción especial indígena, no podía perderse de vista que no se cumplía con el elemento institucional en la medida que, si bien, la representante del resguardo indígena señaló las tareas comunitarias a las que eran sometidos los comuneros acusados de cometer cualquier tipo de infracciones o delitos no indicó la medidas de protección a la víctima menor de 18 años ni la manera de garantizarle el restablecimiento de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación integral y a la no repetición. En esa medida, radicó el conocimiento del proceso a la jurisdicción ordinaria.

La solicitud de tutela

Pretensiones

15. El actor solicitó en su escrito de tutela:

“[...] 1. Proteger los derechos fundamentales al debido proceso, a la preservación de la identidad cultural y étnica de la parcialidad Embera-Chami, a la autonomía, al fuero indígena, a la aplicación de la propia jurisdicción por parte de la parcialidad de Cañamomo Lomapieta, y demás derechos que la Honorable Corte Constitucional, encuentre vulnerados.

2. Como consecuencia dejar sin efecto la providencia de abril 18 de 2018, con ponencia del magistrado FIDALGO JAVIER ESTUPIÑÁN CARVAJAL dentro del radicado 110010102000201700207, que asignó la competencia a la justicia ordinaria y en su lugar radicar la competencia para el conocimiento del caso a la jurisdicción especial indígena, en cabeza de las autoridades tradicionales

jurisdiccionales del resguardo indígena de Cañamomo Lomaprieta.

3. Que se deje sin efecto los trámites adelantados por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas y el Tribunal Superior de Manizales; en el evento de que en el concurso de esta acción se produzca sentencia de primera y segunda instancias, que la misma se revoque por evidente defecto orgánico.

4. Que el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, remita el expediente a la sede del resguardo de Cañamomo Lomaprieta. [...]”.

16. Indicó que la autoridad judicial demandada incurre en defecto material o sustantivo por interpretación errónea del artículo 246 de la Constitución, lo que trae como consecuencia una violación directa de la Constitución Política, relacionado con el elemento institucional, para que la jurisdicción especial indígena conozca de los asuntos sobre actos sexuales abusivos contra indígenas menores de 18 años por parte de otro indígena, por cuanto, a su juicio, se “[...] desconoce ese bagaje de experiencia y capacidad que tiene el resguardo para aplicar justicia [...]”.

17. Agregó que la autoridad judicial demandada vulneró su derecho a la igualdad, en cuanto la providencia de 25 de enero de 2018, proferida en el proceso identificado con el número único de radicación 110010102000201700207-00, no limitó el ejercicio de la jurisdicción especial indígena pese a que también concurría el delito de suministro de estupefacientes.

Actuación

18. El Despacho sustanciador, por auto de 3 de agosto de 2018⁴, admitió la acción de tutela y dispuso notificar a los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, concediéndoles el término de tres (3) días para que rindieran informe sobre el particular.

19. De igual manera, dispuso vincular al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Función de Garantías de Riosucio, Caldas, al Resguardo Indígena de Cañamomo Lomaprieta de Riosucio, Caldas, y a la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, Caldas, concediéndoles el mismo término de tres (3) días para rendir informes.

Intervenciones de la parte accionada y de las partes vinculadas

⁴ Cfr. folio 41 a 42 del expediente de tutela.

Consejo Superior de la Judicatura

20. El doctor Fidalgo Javier Estupiñán Carvajal, Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, consideró que dicha Corporación es la competente para conocer, a prevención, la acción de tutela contra sus propias decisiones y, en esa medida, solicitó la remisión del expediente.

Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Función de Garantías de Riosucio, Caldas

21. El Juez Segundo Promiscuo Municipal con Función de Garantías de Riosucio, Caldas, informó que no tiene copia ni registro histórico del proceso adelantado contra el señor Juan David Reyes Reyes, empero, indicó que el actor está siendo procesado por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas⁵, despacho que, mediante Oficio núm. 2655 de 9 de agosto de 2017⁶, remitió en calidad de préstamo el expediente penal identificado con el número único de radicación 17-614-60-00042-2016-00487-00, adelantado por el punible “[...] *de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con suministro a menor* [...]”.

Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio Caldas

22. La Fiscal Segunda Seccional de Riosucio, Caldas, luego de referirse a los antecedentes de la acción penal seguida contra el actor y del conflicto de jurisdicciones, señaló que, si bien, tanto el actor como la menor afectada son sujetos de derechos, los de la menor víctima prevalecen por ser un sujeto de especial protección.

23. En esa medida indicó que, la jurisdicción ordinaria es la competente para conocer del proceso penal, en la medida que al interior del Resguardo Indígena Camamomo Lomaprieta no existen mecanismos que garanticen que a la menor de 18 años se le respeten ni materialicen los derechos a la verdad, justicia, reparación integral y no repetición, máxime si se tiene en cuenta que no hay

⁵ Cfr. fl. 49 *ibidem*.

⁶ Cfr. fl. 63 *ibidem*.

ninguna medida dirigida a evitar que el señor Juan David Reyes Reyes siga ejerciendo su actividad delictiva.

23.1 Agregó que los argumentos que fundamentan la acción de tutela de la referencia no están llamados a prosperar por cuanto, en el curso del proceso penal adelantado contra el actor no se vulneró ninguna de las garantías fundamentales, puesto que, en cada audiencia se le respetaron las ritualidades y la materialización del derecho sustantivo establecido en la Ley 906 de 31 de agosto de 2004⁷, y no basta con señalar que la decisión cuestionada constituye una violación del debido proceso.

23.2. Concluyó que, en caso de dejarse sin efectos la decisión cuestionada y disponerse la remisión del asunto a la jurisdicción especial indígena, debe ordenársele al Gobernador Indígena o al Concejo Indígena juzgar al actor “[...] *adoptando las medidas necesarias que permita la materialización de estos derechos y no se tornen nugatorios los intereses de la víctima y su núcleo familiar [...]*”⁸.

Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta

24. La Gobernadora del Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta respondió la solicitud de tutela en los siguientes términos:

“[...] Es menester informar que las autoridades indígenas luego de hacer un análisis en relación con los Delitos (sic) que atentan contra la libertad, la integridad y formación sexual, que se presentan dentro de nuestras comunidades, las autoridades tradicionales de nuestro Cabildo consideramos que ésta es una trasgresión que está ocasionando graves desequilibrios espirituales, y consecuencias negativa para nuestras niñas, debido al alto número de casos que se presentan, que ha tramitado nuestra comisión de justicia, y frente a la falta de recursos económicos, para atender la población sancionada por estos hechos, como autoridades ancestrales venimos presentando dificultades para las aplicaciones de la pena por los siguientes motivos:

No se ha culminado la construcción del centro de resocialización para el cumplimiento de las sanciones de los comuneros que incurren en estas conductas, por tanto, actualmente no se cuenta con la capacidad locativa, ni se tiene recursos económicos suficientes para el sostenimiento de los comuneros que se recluyan allí.

Si bien el derecho a la administración de justicia para las comunidades indígenas tiene un carácter fundamental que se refiere a los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de

⁷ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

⁸ Cfr. fl. 66 a 74 del expediente de tutela.

ésta (criterio personal) deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades, esto en cumplimiento del artículo 246 de la Constitución Política de Colombia (sic), la cual consagra que, ese se ha convertido en un derecho vulnerado desde el mismo Estado al no brindar las condiciones necesarias, al menos desde el plano presupuestal, para garantizar el adecuado derecho de nuestros comuneros a ser sancionados de acuerdo a nuestros usos y costumbres.

Por lo tanto, denunciamos que las decisiones de no tramitar estos casos se debe a situaciones ajenas a nuestra voluntad, decisiones que afectan nuestro derecho y el derecho de nuestros comuneros a la diversidad étnica y cultural, a autorregularnos y aplicar justicia de acuerdo a nuestros usos y costumbres, pero esto se deben a omisiones y falta de apoyo presupuestal por parte del Gobierno Nacional.

Estas situaciones han sido conocidas y discutidas a través de fallos judiciales donde se ha exhortado a las autoridades administrativas y judiciales para que se de (sic) el apoyo presupuestal que implica administrar justicia, como es el caso de la providencia Nro. SP14851-2015 emitida por la Corte Suprema de Justicia en sede de Casación, donde manifiesta lo siguiente: “[...] se exhortará a las referidas autoridades judiciales y administrativas, así como el nuevo Consejo de Gobierno Judicial, en tanto nuevo administrador de la rama judicial, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, proyecte, desarrollen e implementen los mecanismos idóneos para que tanto las autoridades del Resguardo Cañamomo Lomapieta, como de todas aquellas comunidades indígenas empoderadas de un sistema de derecho propio –usos y costumbres-, cuenten con las herramientas de orden físico y presupuestal para el enjuiciamiento de sus connaturales”. [...]”⁹.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia de la Sala

25. Esta Sección es competente para conocer de este proceso, de conformidad con los artículos 1.º y 32 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1.º del Decreto núm. 1983 de 30 de noviembre de 2017¹⁰, por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.

26. En efecto, esta Sección¹¹ ha señalado que la competencia para conocer de las acciones de tutela se encuentra regulada en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991¹², los cuales señalan:

“[...] Artículo 86 Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten

⁹ Cfr. fl. 76 *ibidem*.

¹⁰ “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2018, C.P. María Elizabeth García González, número único de radicación 05001 23 33 000 2018 01138 01

¹² “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”

vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.
[...].”*

27. A su vez, el artículo 37 del Decreto 2591, señala:

“[...] Artículo 37. Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.

De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces de circuito del lugar [...]”.

28. El Decreto 1382 de 12 de julio de 2000¹³ regula las reglas administrativas para el reparto de las acciones de tutela, normativa que no prevé la posibilidad de que el juez constitucional se declare incompetente para conocer de la acción.

29. Las anteriores disposiciones fueron compiladas en el Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015¹⁴, disposición modificada por el Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017¹⁵, en cuanto a las reglas de reparto de la acción de tutela indicó en su artículo 1, numeral 8.º que *“[...] Las acciones de tutela dirigidas contra el Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia y a prevención, a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el*

¹³ “Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”.

¹⁴ “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho”.

¹⁵ “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”.

reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto [...]”. Asimismo, indicó el referido Decreto que *“[...] las anteriores reglas de reparto no podrán se invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia [...]”.*

30. Sobre el particular, la Corte Constitucional en providencia A-124 de 2009¹⁶, precisó:

“[...] En efecto, por las razones antes anotadas, las reglas del decreto reglamentario 1382 de 2000 son simplemente de reparto y no de competencia pues las únicas normas que determinan esta última en materia de tutela son el artículo 86 de la Constitución, que señala que ésta se puede interponer ante cualquier juez, y el artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, que establece la competencia territorial y la de las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación. Siendo ello así, no resulta coherente señalar que su desconocimiento genera falta de competencia y, en consecuencia, nulidad por violación al debido proceso a causa de la vulneración del principio del juez natural. Tampoco es consecuente afirmar que los jueces no están facultados para declararse incompetentes con base en la reglas del decreto 1382 de 2000 y después concluir que el desconocimiento de las mismas genera nulidad por incompetencia.

Además, la declaratoria de nulidad por omisión de una reglas de simple reparto va en contra de los principios de garantía efectiva de los derechos fundamentales (artículo 2 de la Constitución), de primacía de los derechos inalienables de las personas (artículo 5 ídem) y de informalidad, sumariedad y celeridad que deben informar el trámite de la acción de tutela (artículo 86 ídem y artículo 3 del Decreto 2591 de 1991) pues un proceso que debe ser resuelto en diez días por la importancia de los intereses en juego, termina por ser solucionado mucho tiempo después. Esta situación contradice abiertamente la finalidad de la acción de tutela y puede llegar a generar graves violaciones a los derechos fundamentales debido a la urgencia de las cuestiones que a menudo se debaten en esta clase de procesos, por ejemplo, la necesidad imperiosa de un procedimiento médico o un medicamento so pena de perder la vida o de sufrir una grave e irreversible afectación a la integridad personal o a la salud. Para demostrar el punto basta reiterar los ejemplos ya expuestos en el fundamento número 6 del presente auto [...]”.

31. Igualmente, en un pronunciamiento más reciente, la citada Corporación, mediante el Auto 007 de 18 de enero de 2017, sostuvo:

“[...]”

En diferentes oportunidades se ha precisado que los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, son las disposiciones que expresamente aluden a los factores que precisan la competencia en materia de tutela.

9. Al respecto, es necesario recordar que el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 claramente establece que “son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”.

¹⁶ Corte Constitucional, providencia A 124 de 25 de marzo de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto

10. Además, se ha aclarado que el Decreto 1382 de 2000 establece solamente las “reglas para el reparto de la acción de tutela” y no define la competencia de los despachos judiciales en la medida en que por su inferioridad jerárquica respecto a las citadas disposiciones, no puede modificarlas.

11. De igual forma, ha expresado que cuando se presenta una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto, el juez de tutela no está autorizado para declararse incompetente, y mucho menos, tiene la posibilidad de anular lo actuado por falta de competencia. En esos casos, el juez tiene la obligación de tramitar la acción o decidir la impugnación según el caso.

12. En este contexto, la Corte Constitucional ha precisado que “la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, como acaece en este caso, en varios meses, lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2° C.P.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (art. 229 ibídem) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 ibídem) [...]”.

32. De lo anterior se infiere que, conforme al Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017, las acciones de tutela dirigidas contra el Consejo Superior de la Judicatura serán repartidas, en primera instancia, a prevención ante el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, lo cual ocurrió en el caso *sub examine* y, en esa medida, esta Sala se pronunciará de la solicitud de tutela de la referencia.

Generalidades de la acción de tutela

33. La acción de tutela ha sido instituida como instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente indicados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

Problemas jurídicos

34. En el caso *sub examine*, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala consisten en: i) determinar si, en efecto, es procedente la acción de tutela

acreditándose el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, y de ser así, ii) establecer si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al proferir la providencia de 18 de abril de 2018, que resolvió el conflicto positivo de competencia suscitado entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena para conocer del proceso penal seguido por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso con suministro de estupefacientes a menor, proceso, identificado con el número único de radicación 110010102000201700207-00, incurrió en **defecto sustantivo** por interpretación errónea del artículo 246 de la Constitución Política y en **violación directa de la Constitución**.

35. A fin de resolver tales interrogantes, para esta Sala resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y su evolución jurisprudencial; y ii) los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

36. Posteriormente y en caso de acreditarse el cumplimiento de los requisitos generales, procederá a solucionar el caso concreto, para lo cual hará referencia a los siguientes aspectos: iii) el defecto sustantivo por inobservancia de las normas pertinentes, y, finalmente, iv) la Sala procederá al estudio de los hechos probados; del caso concreto y las conclusiones de la Sala.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

37. Con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bello, en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena¹⁷, en sentencia de 31 de julio de 2012, consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales – *sin importar la instancia y el órgano que las profiera* - que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la ley y la propia doctrina judicial.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de julio de 2012, C.P. María Elizabeth García González, Número único de radicación 11001.03.15-000-2009-01328-00.

Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales

38. Esta Sección¹⁸ adoptó como parámetros a seguir los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

39. Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como requisitos generales de procedibilidad de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales: i) la relevancia constitucional del asunto; ii) el uso de todos los medios de defensa judiciales salvo la existencia de un perjuicio irremediable; iii) el cumplimiento del principio de inmediatez; iv) la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; v) la identificación clara de los hechos causantes de la vulneración y su alegación en el proceso, y vi) que no se trate de tutela contra tutela.

40. Además de estas exigencias, la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos requisitos especiales de procedibilidad, que la propia Corte Constitucional los ha considerado como las causales concretas que “[...] de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial [...]”¹⁹.

41. Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: i) orgánico; ii) procedimental absoluto; iii) fáctico; iv) material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente; y viii) violación directa de la Constitución.

42. De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial: en primer orden, debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo término, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2012. C.P. María Elizabeth García González, Número único de radicación 11001-03-15-0002009-01328-02.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-619 de 3 de septiembre de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

de esta manera “[...] *dejar sin efecto o modular la decisión* [...]”²⁰ que encaje en dichos parámetros.

43. Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

44. El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014²¹.

Análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

45. De acuerdo con los parámetros planteados en el acápite anterior, la Sala entrará a examinar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, según la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, acogida por la Sala Plena de esta Corporación.

46. En el caso bajo examen, la Sala advierte que la acción de tutela cumple con los requisitos generales que exige la sentencia C-590 del 2005, para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, dado que:

47. Es evidente que la cuestión que se discute reviste relevancia constitucional, comoquiera que se controvierte la presunta vulneración de los derechos fundamentales del señor Juan David Reyes Reyes al debido proceso, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural.

48. La Sala debe hacer énfasis, en que en el presente caso se cumple con el **requisito de la relevancia constitucional** dentro del marco de la acción de tutela contra providencias judiciales, i) toda vez que se trata de la posible afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural, y además, ii) la parte actora cumplió con la carga argumentativa

20 Corte Constitucional, sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

21 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de agosto de 2014, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, número único de radicación 11001 03 15 000 2012 02201 01.

mínima en dar las razones jurídicas por las cuales la autoridad judicial accionada incurrió en un posible **defecto sustantivo** por interpretación errónea del artículo 246 de la Constitución Política y en **violación directa de la Carta Política**.

49. Para la Sala exigirle al actor una carga argumentativa mínima se justifica, toda vez que si bien es cierto la acción de tutela goza de la característica principal de la informalidad que se fundamenta en el mandato constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales²², en el escenario del amparo contra providencias judiciales, cuando esta prospera se afecta el principio de la cosa juzgada, por lo que el juez constitucional solo puede remover dicha cosa juzgada de una sentencia o auto, cuando se evidencia a través de la argumentación jurídica del actor, que realmente el operador judicial profirió una providencia arbitraria e irrazonable, que implicó la vulneración de derechos fundamentales.

50. Cumplió con el principio de inmediatez²³; en la medida que se interpuso dentro de un plazo razonable²⁴ después de notificada la providencia de 18 de abril de 2018, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

51. No existen medios ordinarios y/o extraordinarios de defensa judicial eficaces y eficientes con los cuales el accionante pueda lograr la protección de los derechos invocados.

52. En la acción de tutela no se alega un defecto procedimental, por lo que no es necesario determinar la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad.

²² “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.”

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de agosto de 2014, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Número único de radicación 11001-03-15-000-2012-02201-01. En dicho pronunciamiento, en lo pertinente, se sostuvo: “[...] Anótese que el término o plazo de inmediatez no es único. Eso explica que las diversas secciones del Consejo de Estado hayan fijado pautas diferentes sobre este aspecto.

Por eso, la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente. Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad. La regla general del plazo de seis meses se acoge, además, teniendo en cuenta: i) que el plazo ha sido considerado como razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y; ii) se trata de una decisión judicial adoptada en un proceso jurisdiccional [...]”.

²⁴ La Sala encuentra acreditado dentro del expediente, que la providencia acusada data del 18 de abril de 2018, y la presente acción de tutela fue presentada el 27 de julio de 2018.

53. El actor identificó los hechos y los derechos cuya vulneración alega; y

54. No se trata de una acción de tutela contra sentencia de tutela.

Análisis del cumplimiento de los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

55. La Sala debe determinar si, en efecto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al proferir la providencia de de 18 de abril de 2018, que resolvió el conflicto positivo de competencia entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena identificado con el número único de radicación 110010102000201700207-00, incurrió en defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 246 de la Constitución Política y en violación directa de la Constitución Política relacionado con los elementos para que la jurisdicción especial indígena conozca de los asuntos sobre actos sexuales abusivos contra indígenas menores de 18 años por parte de otro indígena.

56. Para determinar lo anterior, la Sala hará los siguientes análisis: i) **el defecto sustantivo** por interpretación errónea de normas jurídicas; ii) violación directa de la Constitución Política, iii) reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena; iv) interés superior del menor de 18 años pertenecientes a comunidades indígenas v) competencia para juzgar casos que involucren la integridad sexual de menores de 18 años pertenecientes a comunidades indígenas, finalmente, vi) analizará el caso en concreto.

Defecto sustantivo por interpretación errónea de una norma

57. La Corte Constitucional ha identificado los eventos en que se configura el defecto sustantivo:

“[...] En sentido amplio se está en presencia del vicio cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica.”²⁵

En estricto sentido, lo configuran los siguientes supuestos:

²⁵ Corte Constitucional, ver sentencias: SU-159 de 6 de marzo de 2002, T-295 de 31 de marzo de 2005 y T-743 de 24 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-043 de 27 de enero de 2005, T-657 de 10 de agosto de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 de 31 de agosto de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-033 de 1º de febrero de 2010, y T-792 de 1º de octubre de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

a. El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente²⁶ o porque ha sido derogada²⁷, es inexistente²⁸, inexecutable²⁹ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador³⁰.

b. No se hace una interpretación razonable de la norma³¹.

c. Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes³².

d. La disposición aplicada es regresiva³³ o contraria a la Constitución³⁴.

e. El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición³⁵.

f. La Decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma³⁶.

g. Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente [...]”.

58. En ese orden de ideas, uno de los eventos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales es cuando el juez incurre en un defecto sustantivo por haber interpretado erróneamente una norma que sirvió como fundamento para el sentido de la decisión judicial.

59. Respecto del defecto sustantivo, la Corte Constitucional³⁷ ha precisado que se presenta cuando “[...] la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica [...]”³⁸. (Destacado por la Sala).

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-189 de 3 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-205 de 4 de marzo de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-800 de 22 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-522 de 18 de mayo de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-159 de 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹ Corte Constitucional, sentencias T-051 de 30 de enero de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y, T-1101 de 28 de octubre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³² Corte Constitucional, sentencias T-462 de 5 de junio de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnett; T-842 de 9 de agosto de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-814 de 19 de octubre de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-018 de 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-086 de 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-231 de 13 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-807 de 26 de agosto de 2004, M.P. Clara Inés Vargas.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-195 del 12 de marzo de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁸ Corte Constitucional, sentencias SU-159 del 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Espinosa; T-043 del 27 de enero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-295 del 31 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-657 del 10 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-686 del 31 de agosto de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-743 del 24 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-033 del 1º de febrero de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y, T-792 del 1º de octubre 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Violación directa de la Constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

60. En lo que respecta al defecto de **violación directa de la Constitución**, se tiene que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, este se predica cuando la afectación se deriva de una interpretación legal inconstitucional o por la omisión en aplicar la excepción de inconstitucionalidad, por parte de la autoridad judicial. Sobre el particular, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“[...] La exigencia de razonabilidad y de proporcionalidad en el proceso interpretativo y en los resultados de la interpretación, precisamente llama la atención acerca del papel que le corresponde a la Carta en la aplicación de la ley y, por eso, reiteradamente la jurisprudencia ha hecho énfasis en que las decisiones judiciales vulneran directamente la Constitución cuando el juez realiza una interpretación de la normatividad evidentemente contraria a la Constitución y también cuando se abstenga de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un caso en el cual, de no hacerlo, la decisión quebrantaría preceptos constitucionales [...]”³⁹.

Reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Indígena

61. Esta Sección⁴⁰ ha señalado que en coherencia con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural⁴¹, el artículo 246 de la Constitución Política establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

“[...] 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. [...]”

62. Asimismo, el artículo 9.º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, integrado al bloque de constitucionalidad por el artículo 93 de la Carta Política, dispone que: *“[...] En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros [...]”*.

63. En este orden de ideas, las referidas disposiciones han consagrado la jurisdicción indígena, cuyos elementos esenciales fueron expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T- 558 de 2013, de la siguiente forma:

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1143 de 28 de noviembre de 2003, M.P. Eduardo Montealegre.

⁴⁰ Consejo de Estado Sala, de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 8 de junio de 2018, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, número único de radicación 11001 03 15 000 2018 01095 00

⁴¹ **ARTICULO 7o.** El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

63.1 Elemento humano: existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.

63.2 Elemento orgánico: existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.

63.2.1. Ahora bien, en lo que tiene que ver con el elemento orgánico o institucional, relacionado con el sistema de derecho interno de la comunidad indígena, conformado por usos y costumbres tradicionales, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la limitación de la jurisdicción especial indígena, no solo involucra el análisis de incumplimiento de los elementos personal, territorial y objetivo sino también la inobservancia de la facultad de las autoridades indígenas para administrar justicia al interior de sus comunidades. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-196 de 17 de abril de 2015⁴², consideró:

“[...] El interés superior de los niños, tiene un carácter relacional, en cuanto debe ser apreciado en el caso concreto y de acuerdo a las circunstancias particulares de las personas. Así las cosas, la aludida dicotomía cae en el error de crear una tensión entre el principio del interés superior del niño y el respeto por la diversidad étnica y cultural en abstracto, sin siquiera preguntarse si resulta posible armonizar ambos principios en la práctica.

Solo resta por decir que, a juicio de la Sala, no existen razones para pensar que, en el caso concreto, el cabildo indígena no se encuentra movido precisamente por garantizar la protección de la niña Mariana y hacer que la misma cuente con un espacio idóneo para materializar sus derechos, ello en tanto las autoridades de la comunidad obraron en este sentido al sancionar al responsable de la conducta reprochada por su derecho propio. Así las cosas, el entendimiento de acuerdo con el cual la garantía de los derechos de los niños y la proscripción de la violencia de género son bienes jurídicos pertenecientes a la cultura mayoritaria y no a las comunidades indígenas colapsa bajo su propio peso.

En cuanto a la segunda idea, referida a la existencia de un umbral de nocividad luego del cual la facultad de las autoridades indígenas para administrar justicia deja de tener valor, es preciso señalar que esta tiene como origen fundante una situación similar a la anterior, referida a una concepción de las relaciones entre la sociedad mayoritaria y los pueblos indígenas que parte de afirmar la superioridad de la primera en torno a los segundos.

En cuanto al umbral de nocividad, la Corte en su jurisprudencia ha indicado con claridad que “(e)sta regla se muestra incompatible con la jurisprudencia constitucional, tal como ha sido sistematizada en esta providencia, pues la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena de asuntos de especial nocividad social o de trascendencia universal, comporta una restricción injustificada de la autonomía de las comunidades indígenas, basada en un universalismo cultural que se opone al “relativismo ético moderado” adoptado por la Constitución Política de 1991 (sobre el concepto, ver sentencia T-254 de 1994),

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-196 de 17 de abril de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

de acuerdo con el cual la forma de vida de cada cultura es igualmente respetable y, en el caso de las comunidades indígenas, sus normas de control social son válidas, siempre que no excedan los límites impuestos por los derechos fundamentales...⁴³

En esta misma línea argumentativa, defender el concepto de umbral de nocividad como una situación que excluye el juzgamiento de conductas constitutivas de delito por parte de la justicia indígena tendría como fundamento un exceso de confianza en la administración de justicia ordinaria. Este exceso de confianza tiene que ver con asumir que las instituciones jurídicas de la sociedad mayoritaria se encuentran mejor preparadas para asumir el conocimiento de estos casos, al tener casi una certeza de que no habrá impunidad. Para la Sala este argumento no resulta sustentable toda vez que la justicia ordinaria también es falible y puede resultar poco equipada para atender situaciones de delitos que involucran afectaciones graves a garantías como la integridad sexual de los niños o de las mujeres. No se cuenta con razones que permitan suponer que la justicia ordinaria es superior a la indígena, más efectiva o eficiente.

En cuanto al caso concreto, si bien no existen suficientes elementos que permitan afirmar que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura tuvo como fundamento la aplicación del criterio del umbral de nocividad, llama la atención de la Sala que la providencia no da cuenta de un análisis del elemento orgánico, estando el mismo referido a la existencia de autoridades propias de la comunidad, así como de usos, costumbres, normas, y procedimientos que resultan aplicables por estas autoridades, con miras a verificar la existencia de un poder de coerción en cabeza de la mismas y un entendimiento propio de nocividad social, pues la decisión no discurre en torno a si la comunidad indígena contaba con una institucionalidad propia capaz para tramitar el asunto.

En cuanto a esto, conviene recordar que las sentencias T-617 de 2010, T-002 de 2012 y T-921 de 2013 ya habían advertido que en casos en los que han de juzgarse conductas de gran nocividad social, lo que debe analizarse para saber si el juicio puede llevarse a cabo frente a la jurisdicción especial es: (i) que de acuerdo con el principio de razonabilidad el procedimiento no concluirá con impunidad; y que (ii) el derecho propio establezca medidas de protección para la víctima.⁴⁴ Al contrastar esta consideración con el proceder del Consejo Superior al definir el conflicto positivo de jurisdicciones, se tiene que el mismo no se ajusta a ella, toda vez que la Alta Corte no verificó si el Cabildo Indígena Colombia cumplía con el elemento orgánico y por tanto podía decidir de fondo la acusación contra el comunero Juan [...]”.

63.3 Elemento normativo: la comunidad se debe regir por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-617 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ “Por lo tanto, los derechos de las víctimas pueden imponer restricciones justificadas a la jurisdicción especial indígena. Sin embargo, esa situación es la precisamente la que ha llevado al desarrollo del elemento institucional. Por lo tanto, es preciso reiterar que, cuando una conducta supera determinado umbral de gravedad social, lo relevante para determinar si el asunto puede ser conocido por la jurisdicción especial indígena es (i) que pueda establecerse de manera razonable que el ejercicio de la autonomía jurisdiccional no se traducirá en impunidad y (ii), que se verifique si el derecho propio prevé medidas de protección para la víctima.” Corte Constitucional, sentencia T-617 de 5 de agosto de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

63.4 Ámbito geográfico: existencia de un territorio, el cual, según la propia Constitución Política, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.

63.5 Congruencia: el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley. Por ejemplo, no puede desconocer el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”.

64. Por su parte, una de las dimensiones de la jurisdicción indígena es el fuero indígena, respecto del cual la jurisprudencia constitucional ha resaltado lo siguiente:

“[...] De todo lo anterior surge el fuero indígena que ha sido definido como un derecho de los miembros de las comunidades indígenas que se adquiere por el hecho de pertenecer a las mismas y que consiste en la posibilidad de ser juzgados por sus autoridades indígenas, con arreglo a sus normas y procedimientos, y cuyo objeto es el juzgamiento acorde con los usos y costumbres de dichas comunidades.

*Un primer acercamiento al tema lo encontramos en la Sentencia T-496 de 1996, donde la Corte estableció dos características fundamentales para el reconocimiento del fuero indígena, esto es: **(i) que se trate de un miembro de una comunidad indígena, juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad -elemento personal-; y (ii) que las conductas ocurridas hayan sido dentro de su territorio -elemento territorial-**.*

Acorde con lo anterior, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena, de no cumplirse con estos presupuestos, le corresponde el juzgamiento a la jurisdicción penal ordinaria. Estas reglas protegen el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso, conforme al cual “nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...]”⁴⁵.

65. Además de estos dos elementos, la Corte Constitucional ha añadido que “[...] además de esos factores personal y territorial, en la definición del fuero indígena concurre también el elemento objetivo, referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva [...]”⁴⁶. Respecto de este elemento, la Corte Constitucional ha fijado los siguientes parámetros para su aplicación:

“[...] El elemento objetivo hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria. Más allá de las dificultades que puedan surgir en cada caso para evaluar el elemento

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 685 de 2015.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-552 de 2003.

objetivo, es evidente que existen tres opciones básicas al respecto: (i) el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria.

El elemento objetivo indica soluciones claras en los supuestos (i) y (ii): en el primero, el caso corresponde a la jurisdicción especial indígena; y en el segundo, a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii), el elemento objetivo no resulta determinante para definir la competencia. La decisión del juez deberá pasar por la verificación de todos los elementos del caso concreto y por los demás factores que definen la competencia de las autoridades de los pueblos aborígenes [...]»⁴⁷.

Interés superior del menor de 18 años

66. La Corte Constitucional⁴⁸ ha señalado que el artículo 44 de la Constitución Política estableció la preeminencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de las prerrogativas constitucionales de los demás, ello en atención a sus condiciones de indefensión y vulnerabilidad, las cuales suponen la necesidad de cuidado especial. En ese orden, estos derechos exigen de especial protección dadas las disposiciones previstas tanto en el ámbito internacional como en un Estado Social de Derecho⁴⁹.

67. La citada sentencia señaló que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su numeral 1.º9 del artículo 3 estableció que “[...] en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, determinó que “[...] los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas[...]”.

68. Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 19, estableció que los niños cuentan con una protección específica⁵⁰. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispuso, en su artículo 24-1, que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-617 de 2010

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia T-819 de 8 de marzo de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁴⁹ T-260 de 2012, C-239 de 2014, T-398 de 2017, entre otras.

⁵⁰ El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

condición de menor requiere y estas deben ser brindadas, tanto por su familia, como por la sociedad y el Estado⁵¹.

69. La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha resaltado la importancia de los derechos fundamentales de los niños en diferentes oportunidades.⁵² A través de la sentencia C-507 de 2004 señaló que los derechos fundamentales de los niños se tratan de derechos de protección⁵³ y, en tal virtud, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad.

70. En síntesis, la protección de los menores de edad no es *“tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor”*⁵⁴.

Competencia para juzgar casos que involucren la integridad sexual de menores de 18 años pertenecientes a comunidades indígenas

71. La Corte Constitucional en diversos pronunciamientos⁵⁵ se ha referido al principio del interés superior de niños pertenecientes a comunidades indígenas, advirtiendo que *“[...] la labor del juez constitucional no debe restringirse a evaluar bajo la perspectiva de la cultura mayoritaria la situación del niño, sino que debe*

⁵¹ “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”

⁵² T-067 y T-068 de 1994, T-907 de 2004, T-307 de 2006, T-868 de 2009 T-218 de 2013, T-405A de 2013, T-200 de 2014, T-162 de 2015, T-362 de 2016.

⁵³ “Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de *protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cobija a todas las personas (...)*”// en sentencia T-717 de 2011:“(.) la Corte recordó que los derechos de protección en contraposición a los de libertad, le imponen al Estado obligaciones de hacer, respecto de la garantía de los mismos. Conforme a esto, se deben adoptar medidas tanto fácticas como normativas para lograr la efectiva salvaguarda de estos derechos”.

⁵⁴ Sentencia C-507 de 2004.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T -196 de 17 de abril de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa

tener en cuenta que aquel es un “(...) guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991, pues constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia [...]”

72. Ahora bien, en la citada sentencia señaló que el juez constitucional también tuvo oportunidad de aclarar que en situaciones en las que se está frente a un caso que reviste especial gravedad para el derecho mayoritario, no puede por este solo hecho descartar la posibilidad de que el conflicto se resuelva ante la jurisdicción especial, toda vez que ello derivaría en una imposición de valores de la cultura mayoritaria, en desconocimiento de los principios de pluralismo y diversidad cultural. En estos casos, más que la gravedad de la conducta, es importante que se haga justicia en el caso concreto, por lo que debe evaluarse con mayor rigor el factor institucional, pues de este depende la vigencia de los derechos de la víctima.

73. En ese sentido señaló que para determinar la competencia se debe analizar el elemento institucional, lo cual incluye: i) la existencia de autoridades dispuestas a aplicar el derecho propio de la comunidad; ii) que no existan razones para pensar que pudieran afectarse los derechos del procesado o de la menor de 18 años, pues en el caso de presentarse o comprobarse una afectación de derechos, la competencia recae en la jurisdicción ordinaria.

Análisis del caso en concreto

74. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio, para posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

Acervo y análisis probatorios

75. Para resolver el caso *sub judice*, la Sala seguirá rigurosamente los parámetros establecidos por la Corte Constitucional respecto a los defectos sustantivo y de violación directa de la Constitución Política, con el fin de determinar si, efectivamente, la entidad accionada incurrió en los yerros mencionado, para lo

cual revisará y valorará el acervo probatorio:

75.1. Expediente penal con número único de radicación 17-614-60-00042-2016-00487-00 adelantado por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas contra el señor Juan David Reyes Reyes por los delitos de “[...] acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con suministro a menor [...]”⁵⁶, con ocasión de la denuncia formulada por la menor K.Y.R.G. y su progenitora por los hechos ocurridos en zona desolada del sector de Sipirra, miraflores del municipio de Riosucio, Caldas, el 28 de julio de 20016.

75.2. Certificaciones expedidas por la Gobernadora del Cabildo Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta de 24 de diciembre de 2016, en las que consta que la menor K.Y.R.G. y el señor Juan David Reyes Reyes, aparecen inscritos en el libro de censos del Resguardo, y pertenecen a la comunidad Sipirra, jurisdicción del municipio de Riosucio, Caldas, etnia Embera Chami⁵⁷.

75.3. Expediente de conflicto de jurisdicciones “[...] en materia penal con detenido [...]” identificado con número único de radicación 110010120002017002017 00 del Consejo Superior de la Judicatura.

75.4. Oficio sin número de 14 de septiembre de 2017, mediante el cual la Gobernadora de Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta⁵⁸ relaciona la composición, autoridades y condiciones del Resguardo Indígena:

“[...] CUÁLES SON LAS REGLAS PARA RESOLVER CONFLICTOS POR ACCESO CARNAL VIOLENTE CON MENOR DE 14 AÑOS ENTRE INTEGRANTES DEL CABILDO INDÍGENA

Desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia, el Cabildo del Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta centró sus esfuerzos en el fortalecimiento de la justicia, como una forma de lucha por la defensa del territorio ancestral, la autonomía y el gobierno propio. En este sentido se conformó el Área de Justicia Propia, encargada de orientar actividades relacionadas con el ordenamiento, saneamiento y la ampliación del territorio, el tratamiento de conflictos entre comuneros, la consolidación de la autoridad tradicional y la defensa de los derechos colectivos y fundamentales de nuestra comunidad.

A su vez el área de justicia propia está integrada por cuatro programas dentro de los que se encuentra la Comisión Jurídica la cual se encarga de la realización de

⁵⁶ Cfr. cuadernos 1 y 3 y anexos 1 y 2 del proceso penal identificado con número único de radicación 17-614-60-00042-2016-000487-00.

⁵⁷ Cfr. fl. 8 a 9 del anexo 1 *ibidem*.

⁵⁸ Se precisa que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante auto de 8 de agosto de 2017, ordenó la práctica de pruebas con el fin de establecer la claridad respecto del cumplimiento de los elementos que permitieran reconocer el fuero indígena.

actividades relacionadas con la atención y tratamiento de conflictos entre comuneros, coordinación con la jurisdicción ordinaria, capacitaciones a cabildante y grupos de apoyo, intercambio permanente con las comisiones de justicia de los otros resguardos indígenas e instituciones externas.

Esta instancia organizativa está encargada de intermediar problemas jurídicos que involucren a comuneros o foráneos asentados en nuestras comunidades todo bajo el abrigo de la ley mayor y de disposiciones legales que aseguren, controlen y regulen el uso y la permanencia en nuestro territorio.

2. CUÁLES SERÍAN LAS SANCIONES PARA QUIÉN INCURRE EN ESTE TIPO DE DELITOS

Cuando el comunero es considerado responsable de un hecho que afecta la armonía comunitaria, la Autoridad Tradicional se encuentra facultada para imponer una sanción acorde a la afectación producida. Dentro de las sanciones definidas por la comunidad del Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta se tienen:

Amonestación Privativa: Esta sanción consiste en el llamado de atención de carácter privado que se le hace a comuneros infractores por parte de la respectiva autoridad que esté a cargo del caso.

Trabajo Comunitario: Consiste en la realización de actividades en bienes comunitarios como centros educativos, carreras, caminos, escenarios deportivos, nacimientos de agua, entre otros.

Multa: Constituye la sanción de carácter económico que se le impone al comunero o comuneros en conflicto. La autoridad tradicional puede determinar la división de la multa en cuotas que se pagarán en dinero en efectivo o especie según el caso. Si no es posible el pago o se presenta incumplimiento de éstas, la multa se convertirá en trabajo comunitario proporcional hasta al momento total de la multa.

Privación de la Libertad: Consiste en la detención en un lugar definido por la autoridad tradicional. Puede darse de manera preventiva o como sanción definitiva. En este último caso la persona sancionada deberá realizar además trabajo comunitario.

Las sanciones se imponen atendiendo a la gravedad de la conducta que es puesta en conocimiento de la autoridad tradicional.

3. QUIÉN EJERCE LA FUNCIÓN DE ACUSACIÓN Y JUZGAMIENTO EN EL RESGUARDO INDÍGENA

La Comisión Jurídica se encuentra encargada de juzgar los asuntos relacionados con todo tipo de infracciones al orden social y comunitario establecido en el Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta.

Dicha comisión está conformada por tres miembros del Consejo de Gobierno (exgobernadores del Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta) de significativa experiencia e íntegro desempeño comunitario, quienes tiene a su cargo la resolución de conflictos surgidos entre comuneros, así como la imposición de las sanciones que consideren necesarias.

Igualmente cuenta con el apoyo de 3 personas que ejercen como dinamizadores quienes tienen a su cargo la recolección de las pruebas enunciados por los comuneros o aquellas que por orden de la Comisión Jurídica o a criterio propio se consideren necesarias para aclarar los hechos que dan lugar a una queja.

4. CÓMO SE EJERCE Y A TRAVÉS DE QUIÉN LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS INDÍGENAS

Los comuneros indígenas acusados de haber cometido cualquier tipo de infracción y que se encuentren siendo procesados por la autoridad tradicional cuentan con todas las garantías de defensa, a estos les está permitido presentar pruebas a su favor y controvertir aquellas que han sido presentadas en su contra. En caso de considerarlo necesario, la persona puede solicitar la asesoría de un abogado, previa concertación con la autoridad tradicional.

5. INDIQUE EN FORMA CLARA SI LA CONDUCTA POR LA QUE SE INVESTIGA AL COMUNERO JUAN DAVID REYES REYES, IDENTIFICADO CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 1059709932, SE ENCUENTRA CONSAGRADA COMO DELITO AL INTERIOR DEL RESGUARDO

La comunidad considera que conductas como las asumidas por el mencionado son reprochables y por tanto deben ser sancionadas por la autoridad tradicional.

6. CUÁLES SON LAS GARANTÍAS DE LAS VÍCTIMAS Y SU GRUPO FAMILIAR, CUANDO SE PRESENTA UNA CONDUCTA ATENTATORIA DE SU INTEGRIDAD POR PARTE DE OTRO MIEMBRO DE LA COMUNIDAD

Las víctimas y su grupo familiar pueden participar y presentar las pruebas que consideren pertinentes, practicar (sic) dentro del proceso que se siguen en contra del acusado.

Cuando se trata de una víctima menor de 18 años, el proceso de restablecimiento de derechos es adelantado en su totalidad por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

7. CUÁLES SON LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN QUE TIENE ESTABLECIDA LA COMUNIDAD CUANDO UN COMUNERO ES VÍCTIMA DE LA CONDUCTA DE OTRO COMUNERO DEL RESGUARDO, MIEMBRO DE SU MISMO GRUPO FAMILIAR Y COMO ESTÁN GARANTIZADAS ESAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS

No existen al interior de la comunidad medidas especiales de protección a favor de la víctima o su grupo familiar.

En caso de encontrarse el agresor al interior de la familia, cuando se trata de niños o adolescentes a través del ICBF se adoptan dentro del correspondiente proceso de restablecimiento de derecho de medidas de protección principalmente de ubicación en su hogar sustituto.

8. EN CASO DE REITERADA INCURSIÓN EN UNA CONDUCTA POR PARTE DE UN MIEMBRO DE SU COMUNIDAD, CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR Y SI TAL COMPORTAMIENTO ESTÁ PREVISTO EN EL REGLAMENTO COMO UNA SITUACIÓN DE AGRAVACIÓN

La reincidencia en una conducta sancionada por la autoridad tradicional puede conllevar a que se solicite el inicio de una investigación por parte de la justicia ordinaria, pues se considera como un comportamiento grave en contra de la justicia propia.

9. CUÁLES SERÍAN LAS SANCIONES PARA QUIÉN COMETE UNA CONDUCTA CONTRA LA INTEGRIDAD DE UN MIEMBRO DE SU FAMILIAR Y EN CASO DE QUE SE IMPONGA ALGUNA SANCIÓN AL INFRACITOR, QUIÉN LA EJECUTA Y EN QUÉ LUGAR SE CUMPLE

10. CUÁLES SERÍAN LAS SANCIONES PARA QUIEN COMETE UNA CONDUCTA COMO ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS A UN MIEMBRO DE LA COMUNIDAD Y EN CASO DE QUE SE IMPONGA ALGUNA AL INFRACITOR

Cuando el comunero es considerado responsable de un hecho que afecta la armonía comunitaria, la autoridad tradicional se encuentra facultada para imponer una sanción acorde a la afectación producida. Dentro de las sanciones definidas por la comunidad del Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta se tienen:

[...]

11. CUÁLES SON LAS MEDIDAS COERCITIVAS PARA QUE LA SANCIÓN SE CUMPLA

Como se indicó las sanciones son aplicables atendiendo a la gravedad de la conducta. Par el caso que nos ocupa la sanción puede consistir en privación de la libertad en el Centro de Resocialización ubicado en la Finca la Mandrágora, comunidad de Sipirra, bajo la custodia de la Guardia Indígena.

Esta sanción conlleva la necesidad de realizar trabajo comunitario.

12. REMÍTASE EL PLAN DE VIDA DEL CABIDL DEL RESGUARDO INDÍGENA CAÑAMOMO LOMAPRIETA de RIOSUCIO CALDAS

Se adjunta plan de vida del Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta.

[...]”.

75.5. CD contentivo del Plan de Vida del Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta, Riosucio y Supía, Caldas, “[...] *fases de autorreconocimiento y avance de formulación [...]*”, de fecha octubre de 2009.

75.6. Providencia de 18 de abril de 2018 proferida por la Sala Jurisdiccional de Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se dirime el conflicto de jurisdicciones suscitado entre la justicia ordinaria y la indígena.

Cargos por defecto sustantivo y violación directa de la Constitución

76. En su escrito de tutela el actor adujo que, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura incurrió en un defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 246⁵⁹ de la Constitución Política y violación directa de la Carta Política, relacionado con la interpretación del elemento orgánico o institucional para asignar a la jurisdicción especial indígena el conocimiento de los delitos sobre actos sexuales abusivos contra indígenas menores de edad por parte de otro indígena, por cuanto, “[...] *desconoce ese*

⁵⁹ [...] 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 [...].”

bagaje de experiencia y capacidad que tiene el resguardo para aplicar justicia [...]”.

77. Sobre el tema, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura analizó en la providencia objeto de tutela, lo siguiente:

“[...] Solución del caso: Para este tipo de casos se tiene establecido una serie de requisitos sine qua non para que proceda el reconocimiento del fuero constitucional otorgado a los grupos indígenas asentados en el territorio nacional, como prerrogativa especial creada por el Constituyente de 1991, en protección de los considerados para esa época, grupos marginados, constitutivos de etnias hoy celosamente salvaguardadas por el nuevo ordenamiento jurídico, fue así como en Asamblea Nacional Constituyente se plasmó en el artículo 246, de la nueva Constitución el nacimiento a la vida jurídica de una jurisdicción especial, teniendo como destino inmediato los pueblos indígenas, a fin de que dentro de su ámbito territorial y conforme a sus naturales normas y procedimientos administren justicia, mientras no sean contrarios a la Constitución.

Aunque la legislación interna escasa sobre el desarrollo de esta norma constitucional, igual se marca una tendencia protectora sobre la autonomía de estas comunidades para resolver conflictos internos, independientemente de su índole o naturaleza.

Tal reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, fue el logro de la pluriparticipación en la concepción del nuevo marco constitucional, quienes en la lucha por hacer valer su raza, tradición y cultura, consiguieron hacer prevalecer su autonomía para ser respetada por el resto del ordenamiento tanto institucional como jurídico.

Sin embargo, como se dijo antes, el reconocimiento del aforo constitucional exige la integración de varios elementos que los identifican, y varias circunstancias que la condicionan para su desarrollo y aplicación, estas últimas se dan en:

- La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias que administren justicia en los pueblos indígenas.*
- La sujeción de dicha jurisdicción y las normas que los regulen a la Constitución y a la ley.*

Y como elementos reconocidos por la misma Constitución Política, deben presentarse necesariamente aquellos de carácter personal y geográfico; el primero, hace relación a la pertenencia de las partes a una comunidad indígena que debe ser juzgado en su propio seno y el segundo, al derecho de esas comunidades de juzgar los hechos cometidos al interior de su territorio.

Quiere decir entonces que de faltar uno de estos dos elementos, permite desconocer el fuero constitucional y se asuma la solución del asunto por vía ordinaria en cabeza de los jueces de la República que sean competentes.

Esa disertación respecto de la independencia de estas comunidades para resolver sobre sus propios asuntos, obedece a que, sí el artículo 7 de la C.P. establece y reconoce como principio fundamenta la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, quiere decir que el Estado también está orientado hacia la protección de la identidad de cada grupo humano y sus manifestaciones culturales y una de sus formas es precisamente el reconocimiento y respeto por su independencia justiciera, entregándoles autonomía en el ejercicio de funciones jurisdiccionales

según su normas y procedimientos, por ende, el protegido en forma directa por estas prerrogativas constitucionales son las personas pertenecientes a dicha comunidad, resguardo, cabildo o como se llame el grupo al que pertenezcan según la división política por ellos concebida.

Sumado a ello y como elemento nuevo, se tiene la cosmovisión propia de su cultura que le permite interactuar por dentro o fuera de su cultura y conforme a ello determina su comportamiento, factor que ha de analizarse en cada caso concreto para complementar los otros factores determinantes de la competencia o excluyentes de éstos.

Son los anteriores conceptos los que permiten en un caso determinado, conceder o no a las autoridades indígenas la potestad de asumir sus propios responsabilidades a desarrollar de acuerdo a su conciencia e identidad cultural, en razón de estar habilitados para gobernarse y auto determinarse por mandato constitucional expreso, pues contando en su interior con mandamientos que los regentan, según su tradiciones, costumbres y usos, debe permitírseles desarrollar esa cultura, cultivada con identidad propia y mantenida por encima de factores endógenos que han intentado perturbarla o desconocerla.

*Y si bien es cierto que para el caso que ocupa la atención de esta Colegiatura, es claro que se confluyen los elementos **personal, objetivo y territorial**, factores indispensables que constituyen la competencia en la jurisdicción indígena, que la víctima como victimario pertenecen al Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta, no obstante esta Sala Superior, no puede desconocer que se trata de una asunto de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y por el punible de suministro de estupefacientes a menor, lo que ha de preferirse la protección, garantías y derechos de la menor víctima, por encima de los derechos que pueden asistirle al victimario señor JUAN DAVID REYES REYES, mayor de edad y presunto autor de los delitos endilgados.*

Al respecto, ha de precisarse que se reclama por parte de la jurisdicción indígena el conocimiento del asunto, por la pertenencia del imputado a esa comunidad, como se demostró según el censo poblacional aportado al expediente y la legitimación del Gobernador del Cabildo Cañamomo Lomapieta, [...], al igual que la justicia ordinaria reclama para sí el caso a través del Juez Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio – Caldas, bajo el argumentos de que existen unos límites materiales de la Jurisdicción Indígena, el reconocimiento nacional e internacional de Derechos en cabeza de las víctimas condicional al punto de impedir la aplicación de una justicia diferencial ante ciertos delitos por ejemplo los derechos a la verdad, a la justicia y la reparación a las víctimas de violencia sexual como mujeres y menores de edad.

Acá lo que está de por medio es destrabar el conflicto positivo de competencia suscitado entre el Resguardo Indígena y la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, conflicto planteado y remitido a esta Superioridad por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio - Caldas, cada uno quien reclamar la competencia para conocer del de la investigación por el presunto punible de Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años y el Suministro de Estupefacientes a Menor, pero en donde de cualquier modo es obligación del Estado proteger a uno por encima del otro, pues por garantía constitucional es al menor a quien debe proteger el derecho penal respecto del victimario, siendo este último mayor de 20 años, y perteneciente al mismo Cabildo Indígena que la víctima, lo cual resulta aconsejable extraer de la justicia ordinaria quien ha desconocido las reglas de convivencia social, pero que puede constituir un peligro permanente para el menor.

Significa, pues, que la tensión entre la diversidad sociocultural y el interés de la justicia de perseguir penalmente una conducta delictiva, se resuelve en favor de ésta, no por reduccionismo jurídico de un problema de orden cultural y antropológico, ni por judicialización de un problema indígena, sino porque por encima del acceso que deba

tener el acusado a un enjuiciamiento por la vía de los procedimientos y los métodos de la justicia interna, están los intereses de los niños, superiores en especial cuando se está frente a conductas de tan señalada lesividad como la que en este caso han sido denunciados. Y no se le olvida a la Colegiatura Superior que alguna importantísima razón, algún poderoso motivo no llevó a la representante legal de la víctima a buscar el concurso judicial de la justicia especial, sino el de la justicia ordinaria, u occidental como se la identifica en el discurso antropológico jurídico.

Se trata, pues, de una aspiración legítima que no debe soslayarse en el momento del ejercicio de logicidad, sopesamiento y ponderación que debe hacerse para definir hasta qué punto es indispensable o no en tratándose de este tipo de casos, la intervención del sistema Estatal o las diversas formas de justicia tradicional o interna; no ha de olvidarse, en consecuencia, que la definición de esta clase de asuntos tiene un límite: la Constitución Nacional.

En armonía con lo anterior, varios instrumentos internacionales que conforme al artículo 93 de la Constitución Política⁶⁰ integran el bloque de constitucionalidad, contienen la obligación del Estado colombiano de brindar especial protección al menor, dentro de ellos pueden mencionarse la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶² y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Tal como lo pone de presente en sus considerandos la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y posteriormente aprobada en Colombia a través de la ley 12 de 1991.

Dicha Convención expresa en su artículo 1º que "(...) Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (...)".

Por su parte la Corte Constitucional manifestó en sentencia C-092 de 2002 que "(...) La Constitución también hace referencia a los menores, al consagrar en el artículo 42 el deber de los padres de sostener y educar a sus hijos mientras sean menores o impedidos; utiliza también el término en el artículo 50, al establecer el derecho que tienen los menores de un año a que se les brinde atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, cuando no estén cubiertos por algún tipo de protección o seguridad social; así mismo, cuando determina una protección especial para el menor trabajador, en el artículo 53⁶³ y

⁶⁰ Art. 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

⁶¹ En lo concerniente a los artículos 23 y 24.

⁶² En particular el artículo 10.

⁶³ La Corte, mediante sentencia C-325 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, declaró la exequibilidad del Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, la cual prevé desde su primer artículo que "todo Estado para el cual entre en vigor el referido instrumento se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al trabajo hasta un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores. Para esos efectos, estipula que todo Estado que ratifique el Convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo en su territorio, la cual no podrá ser inferior a aquella en la que termina la obligación escolar o, en todo caso, los quince años de edad. La edad señalada podrá ser modificada posteriormente, señalando una más elevada."

cuando consagra la facultad de los padres de escoger la educación de sus hijos menores en el artículo 68 superior.

“En este orden de ideas, dado que se trata de un saber jurídico que admite conceptos diversos y teniendo en cuenta la falta de claridad respecto de las edades límites para diferenciar cada una de las expresiones (niño, adolescente, menor, etc.), la Corte, con un gran sentido garantista y proteccionista ha considerado que es niño, todo ser humano menor de 18 años, siguiendo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, que en su artículo 1º establece:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

“Igualmente, el artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, aprobada mediante la Ley 265 de 1996, las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad, en los siguientes términos:

“El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c) ⁶⁴, antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”.

“Con base en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)” ⁶⁵ En consecuencia, la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años⁶⁶ (...)”.

En igual sentido la Corte Constitucional ha afirmado en diversos pronunciamientos que los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

Respecto a la protección especial que merecen los menores de edad en el Estado Colombiano, materializado en el artículo 44 de la Constitución Política⁶⁷, la Corte Constitucional a expresado lo siguiente⁶⁸:

⁶⁴ Este apartado reza: “En el Estado de origen sólo se podrá confiar el niño a los futuros padres adoptivos si: c) las Autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.”

⁶⁵ Sentencia C-019 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón

⁶⁶ Ver también sentencias T-415 y T-727 de 1998 M.P. Alejandro Martínez

⁶⁷ “(...) Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...) los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (...)”. (Subrayado fuera de texto).

⁶⁸ Sentencia T-840 de 2007.

“(…) Los derechos de los niños son fundamentales y prevalentes, características que les fueron otorgadas con la finalidad de garantizar la protección especial de la que son titulares y la especial atención con que se debe salvaguardar el proceso de desarrollo y formación de los mismos (…).”

El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional (…).”

Así las cosas, la prevalencia de los derechos de los niños está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció: Principio 6: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”. De igual manera la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto 94 de 1992, consagró: “Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

*En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977 en su artículo 24 establece: **Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de infante requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado**⁶⁹ (Se resalta fuera de texto).*

Entonces, si es claro que el territorio donde se cometió el delito también es resguardo indígena, no por ese sólo hecho debe adscribirse la competencia por el factor territorial a la jurisdicción especial indígena, tanto más si la Corte Constitucional ha advertido que no siempre que de por medio este, en este tipo de contingencias, un indígena, debe irremisiblemente conocer la Jurisdicción Especial Indígena.⁷⁰

Así las cosas, teniendo en cuenta los hechos que dieron origen al presente conflicto de competencia entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y Especial Indígena, y de acuerdo a las normas que se acaban de citar, adicionalmente debe también atenderse, el artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia, según el cual: “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario”.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona”.

⁶⁹ Ver sentencia de tutela Sala Jurisdiccional Disciplinaria con radicado No. 110011102000200900001 01 de fecha 25 de febrero de 2009

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T- 349 de 1996, sentencia T-254 de 1994.

Precisamente la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de algunas normas del citado Código, definió el maltrato infantil: “como toda conducta que tenga por resultado la afectación en cualquier sentido de la integridad física, psicológica o moral de los(as) menores de dieciocho (18) años por parte de cualquier persona”⁷¹.

Todo lo cual resulta en armonía con el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se consagró que: “los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”, disposición de especial relevancia para este caso, porque los hechos ocurrieron en una casa de habitación familiar.

Sobre el particular, cita la sentencia T-002 de 2012, la cual expuso:

“Teniendo como punto de partida el carácter relacional del interés superior del menor, es claro que la prevalencia de sus derechos no debe entenderse como un mandato abstracto de aplicación mecánica, sino que **debe examinarse en el marco de las circunstancias específicas de cada caso**. Es por eso que esta Corte ha precisado que los jueces de tutela que conocen de casos que involucran a menores de edad **deben orientar sus decisiones hacia la materialización plena del interés superior de cada niño individualmente considerado, atendiendo especialmente (i) los criterios jurídicos relevantes del caso concreto y (ii) ponderando cuidadosamente las circunstancias fácticas que lo rodean.**” (Negrilla fuera de texto)

En tal virtud, considera esta Sala que hay lugar a excepcionar la autonomía de la comunidad indígena, para este puntual caso, por cuanto, están de por medio los derechos de una menor, que siendo fundamentales, prevalecen frente a los de los demás. Por otro lado de disponerse la continuación del proceso ante la Jurisdicción Ordinaria no se afectaría gravemente la autonomía indígena, lo cual resulta acorde con lo considerado por la misma Corte Constitucional en la Sentencia T-002 de 2012: “Las restricciones son admisibles, de manera excepcional, cuando “(i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas”.

Lo anterior porque la autonomía de las comunidades indígenas tiene restricciones fijadas en el artículo 246 Constitucional, donde se reconoce dentro de los límites impuestos por la Constitución y la Ley.

En cuanto al elemento **orgánico o institucional**, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de esta Superioridad, se considera de suma importancia precisar que el sistema de derecho indígena, no constituye un remedo o una burda imitación del derecho mayoritario, por el contrario, se trata de un verdadero sistema jurídico particular e independiente al cual el Juez Constitucional debe acercarse con la misma reverencia que le merece el sistema jurídico en el cual está inmerso.

Adicionalmente, y en desarrollo de lo manifestado por la Corte Constitucional en la última de las sentencias, pluricitadas a lo largo de esta providencia, se recuerda que el elemento orgánico o institucional, está referido a:

- (i) La existencia de autoridades propias de la comunidad.
- (ii) La existencia de usos, costumbres, normas y procedimientos que resultan aplicables por estas autoridades.
- (iii) La existencia de un poder de corrección en cabeza de las mismas.

⁷¹ sentencia C-442 de 2009

Bajo las anteriores premisas, en el sub examine, se acreditó lo siguiente:

*En el escrito aportado por la Gobernadora a los requerimientos efectuado, indicó que, **frente a la existencia de autoridades propias de la comunidad**, esta encargada de orientar actividades relacionadas con el ordenamiento, saneamiento y la ampliación del territorio, el tratamiento de conflictos entre comuneros, la consolidación de la autoridad tradicional y la defensa de los derechos colectivos y fundamentales de la comunidad; que cuando un comunero es considerado responsable de un hecho que afecta la armonía comunitaria, la autoridad tradicional se encuentra facultada para imponer una sanción acorde a la afectación producida, dentro de las sanciones definidas por la comunidad del Resguardo Indígena tales como: amonestación privada; trabajo comunitario, multa, privación de la libertad, igualmente indicó que, dentro del resguardo existe una comisión conformada por 3 miembros del Consejo de Gobierno – exgobernadores del resguardo indígena- de significativa experiencia e íntegro desempeño comunitario, quienes tienen a su cargo la resolución de conflictos.*

De otra parte, indicó que los comuneros indígenas acusados de haber cometido cualquier tipo de infracción y que se encuentren siendo procesados por la autoridad tradicional cuentan con todas las garantías de defensa, a estos les está permitido presentar pruebas a su favor y controvertir aquellas que han sido presentadas en su contra, que en caso de considerarlo necesario, la persona puede solicitar la asesoría de un abogado previa concertación con la autoridad tradicional; que la comunidad considera que conductas como las asumidas en el presente caso son reprochables y por tanto deben ser relacionadas por la autoridad tradicional; que cuando se trata de una víctima menor de 18 años el proceso de restablecimiento de derechos es adelantado en su totalidad por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Concluyendo que, las sanciones son aplicables atendiendo a la gravedad de la conducta, y para el caso que ocupa la atención podía constituir en privación de la libertad en el Centro de Resocialización ubicado en la Finca la Mandrágora comunidad de Sipirra bajo la custodia de la Guardia Indígena.

Ahora bien, los menores de edad, víctimas de delitos sexuales, requieren de protección especialísima, pues el decreto y práctica de pruebas, así como la valoración de las mismas, deben estar siempre orientadas hacia la protección del interés del menor.

Sumado a lo anterior, y de acuerdo a la naturaleza del delito investigado, se trata de un bien jurídico vulnerado el cual es de extrema gravedad como quiera que la víctima está en un estado de vulnerabilidad, por su falta de madurez física y mental, este elemento debe ser analizado con más exigencia, y a groso modo se observa que el resguardo indígena solamente señaló las tareas comunitarias a realizar, pero no indicó medidas de protección a la víctima, como medidas de aislamiento, entre otras, ya que como se dijo en precedencia los niños son altamente propensos a ser abusados.

Es preciso destacar que los derechos sexuales y reproductivos son un tema de preocupación tanto para el Estado Colombiano, al igual que de múltiples organizaciones no gubernamentales, dedicadas a su defensa y promoción, y que en su tarea desarrollan trabajos a partir de los cuales explican:

“... la promoción de los derechos sexuales y reproductivos por parte de los Estados, dentro de un contexto respetuoso de la dignidad y libre de discriminación y/o violencia, garantiza que cada persona en la sociedad tenga acceso a las condiciones necesarias para la realización y expresión de su sexualidad y reproducción como manifestaciones esenciales del desarrollo humano y social.

*Los Estados adquieren deberes específicos frente a los usuarios cuando se trata de brindar, garantizar y monitorizar los servicios de salud sexual y reproductiva. Así, están en la obligación de generar y adoptar las condiciones necesarias para brindar la prestación de servicios integrales de atención en salud de acuerdo con los principios que rigen el derecho internacional de los derechos humanos. Esto supone la existencia de servicios de salud sexual y reproductiva que se orienten a la prevención y promoción del bienestar individual y social, así como a la prestación de servicios diferenciados según las problemáticas y afecciones específicas de las/os usuarias/os como ser individual y social, y que parta de la base de considerar a la persona como un sujeto de derechos y no como un mero receptor de decisiones tomadas por terceras personas...*⁷²

Así las cosas, nos encontramos ante unas conductas cuya relevancia trasciende la esfera de la Comunidad Indígena, se afectaron derechos fundamentales de primacía frente a los de los demás, motivos por los cuales, considera esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria que, en aras de salvaguardar derechos de la menor por encima del reconocimiento de fueros especiales como el indígena para juzgar a sus propios miembros según sus usos y costumbres, en aras de salvaguardar sus derechos superiores de rango constitucional, a la verdad, a la justicia y a la reparación, tampoco puede configurarse a cabalidad la satisfacción del elemento territorial, orgánico o institucional. En consecuencia, se puede afirmar que el conocimiento del presente asunto, será de conocimiento de las Justicia Penal Ordinaria, para que continúe con el caso de autos en las fases procesales, y que las mismas se desarrollen con plena observancia de las garantías del proceso, por las cuales actualmente atraviesa, justicia representada en este caso por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio- Caldas, ante quien viene actuando en este momento la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio [...].”

78. Para esta Sala, está plenamente acreditado que la providencia cuestionada en sede de tutela, verificó el cumplimiento de cada uno de los elementos estructurales -personal, territorial, objetivo e institucional-, emanados del artículo 246 de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para definir la competencia de la jurisdicción indígena para investigar y juzgar delitos cometidos por sus comuneros.

79. En efecto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura analizó que tanto la menor K.Y.R.G. como el señor Juan David Reyes Reyes pertenecen al Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta, comunidad Sipirra, jurisdicción del municipio de Riosucio, Caldas, etnia Embera Chami (elemento personal); que los hechos por los cuales es investigado el actor ocurrieron dentro del territorio del referido Resguardo Indígena, puesto que tuvieron lugar en zona desolada del sector de Sipirra, miraflores del municipio de Riosucio, Caldas, el 28 de julio de 2016 (elemento territorial); y que el bien jurídico afectado es la integridad sexual de la menor indígena víctima, asunto que

⁷² Derechos Humanos: la base para el asesoramiento integral en salud sexual y salud reproductiva. http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=proyectos&dc=64

concierno tanto a la comunidad indígena como a la comunidad “*mayoritaria*” (elemento objetivo).

80. En lo que tiene que ver con el elemento institucional, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, consideró que, si bien, el Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta cuenta con un derecho propio consolidado a partir de normas y costumbres sociales aceptadas por la comunidad e instituciones y autoridades tradicionales facultadas para castigar a los comuneros que afecten la armonía comunitaria a través de sanciones consistentes en amonestaciones privadas, trabajo comunitario, multas o privación de la libertad, según el grave de afectación producida; lo cierto es que dichas medidas no garantizan la protección de los derechos fundamentales de la menor víctima a la verdad, justicia, reparación integral y no repetición.

81. Dicho elemento fue evaluado por la autoridad judicial accionada en conexidad con los demás elementos para definir la competencia de las autoridades indígenas para conocer del proceso adelantado en contra del actor por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

82. En efecto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, resaltó que aun cuando la autoridad indígena manifestó que la infracción cometida por el comunero agresor a la menor víctima se trataba de una conducta reprochable que debía ser procesada por la autoridad tradicional del Resguardo Indígena, y que atendiendo a de la gravedad de la conducta, la sanción aplicable era la privación de la libertad en el Centro de Resocialización ubicado en la Finca la Mandrágora bajo custodia de la Guardia Indígena, la autoridad indígena nada mencionó sobre el restablecimiento de los derechos de la menor indígena abusada, en la medida que no indicaron medidas de protección o de aislamiento para esta.

83. Además, como bien lo indicó Gobernadora del Resguardo en el trámite de la acción de tutela, en la actualidad el referido Centro de Resocialización ubicado en la Finca la Mandrágora no se ha terminado de construir y, por lo tanto, “[...] *no se cuenta con la capacidad locativa, no se tiene recursos económicos suficientes para el sostenimiento de los comuneros que se recluyen allí [...].*”

84. En ese entendido, para la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la medida a imponer al infractor por las autoridades tradicional no era la adecuada para salvaguardar los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación integral y a la no repetición de la menor afectada y, por lo tanto, cumple el fin constitucional y legal de protección de la víctima.

85. De lo anterior, la Sala considera que la autoridad judicial accionada si efectuó un análisis detallado de los elementos personal, territorial, objetivo e institucional, establecidos en el artículo 246 de la Constitución Política para resolver el conflicto suscitado entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena, estudio del que se concluyó que había lugar a señalar la falta del requisito institucional, lo anterior, al ponderar el interés superior de la menor afectada por cuanto el derecho interno de la comunidad no garantizaba el restablecimiento de los derechos fundamentales de la menor afectada.

86. En ese entendido, para esta Sala no cabe duda que la autoridad judicial accionada no inobservó la norma invocada por el accionante, por el contrario, efectuó una interpretación armónica de la normativa constitucional que regula la figura de la jurisdicción especial indígena, análisis que se sustentó en la jurisprudencial⁷³ sobre la materia y la ponderación de los derecho de interés superior del menor frente a la diversidad étnica y cultural de la comunidad indígena involucrada, en la medida que estableció que, aun cuando las reglas de convivencia del Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta establecen normas que regulan la conducta “*reproachable*” que originó el conflicto positivo de competencias que se controvierte, la capacidad de las autoridades ancestrales para hacer efectivas las sanciones correspondientes no garantizan la protección de los derecho fundamentales de la menor afectada, pues como se señaló, no cuentan con medida de protección o de aislamiento de la víctima respecto de su agresor, y el Centro de Resocialización La Mandrágora no se cuenta en funcionamiento.

87. En ese orden de ideas, para esta Sala no se produjo una indebida interpretación del artículo 246 de la Constitución Política, relacionada con los criterios constitucionales para solucionar tensiones suscitadas entre jurisdicciones,

⁷³ Corte Constitucional, sentencias: C-019 de 25 de enero de 1993 M.P. Ciro Angarita Martínez; T-254 de 30 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-349 de 8 de agosto de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-325 de 22 de marzo de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-840 de 11 de octubre de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y C-442 de 8 de julio de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

relacionadas con la diversidad étnica y la prevalencia del interés superior del menor, sino que, por el contrario, fue con ocasión del análisis que efectuó la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de cada uno de los elementos personal, territorial, objetivo e institucional, que concluyó que era procedente limitar el principio de diversidad étnica y cultural que le asiste al Resguardo Indígena Cañamomo Lomapriera para procesar y sancionar al señor Juan David Reyes Reyes por el delito de “[...] ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS EN AGRAVADO EN CONCURSO HETEROGENO CON SUMINISTRO A MENOR [...]”, en cuanto no se cumplió el elemento institucional al interior de la comunidad indígena, puesto que, se insiste que, si bien, dentro de los usos y costumbres establecidas al interior de la comunidad indígena están previstas ciertas sanciones contra quienes afectan la armonía comunitaria, no se cuenta con medidas de protección y/o aislamiento para la menor que garanticen la protección de sus derechos fundamentales a la verdad, justicia, reparación integral y no repetición.

88. Por tanto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, no incurrió en defecto sustantivo por interpretación errada del artículo 246 de la Constitución Política.

89. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la presunta violación del derecho fundamental a la igualdad que alega el actor por cuanto, a su juicio, en la providencia de 25 de enero de 2018⁷⁴, proferida en el proceso identificado con número único de radicación 110010102000201701833-00, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no limitó el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, esta Sala precisa que en dicho pronunciamiento la autoridad judicial accionada dirimió un conflicto de competencia de las jurisdicciones ordinaria y especial indígena para conocer del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en el sentido de asignar la competencia a la jurisdicción penal ordinaria representada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio, Caldas, por incumplimiento del elemento institucional.

90. Lo anterior, desvirtúa la vulneración alegada por el actor, toda vez que el asunto invocado para alegar el trato diferente, no difiere del que sustenta la solicitud de tutela referencia, por el contrario, esta Sala observa que la Sala

⁷⁴ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto de 25 de enero de 2018, M.P. Fidalgo Javier Estupiñán Carvajal, Número único de radicación 1100-01-02-000-2017-01833-00.

Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, conserva la misma línea de argumentación para dirimir el conflicto objeto de tutela, esto es, no cumplirse el elemento institucional.

Conclusión de la Sala

91. En suma, con fundamento en las consideraciones jurídicas establecidas en la parte motiva de esta sentencia, esta Sala negará las pretensiones del amparo, en la medida que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no incurrió en defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 246 de la Constitución Política ni violación directa de la Carta Política teniendo en cuenta que profirió su providencia de manera razonable y ajustada a derecho, en donde no se evidenció por esta Sala una actuación grosera o arbitraria que haya traído como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales del actor.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO. **DENEGAR** el amparo interpuesto por el señor Juan David Reyes Reyes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Si no fuere impugnada la sentencia conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Ley núm. 2591 de 1991, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS