MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

STC7111-2018

Radicación n.° 11001-02-04-000-2018-00411-01

(Aprobado en sesión de treinta de mayo de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., treinta y uno de (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Se decide la impugnación interpuesta frente a la sentencia proferida el 4 de abril de 2018, mediante la cual la Sala de Casación Penal de esta Corporación concedió la acción de tutela promovida por José Rodolfo Guevara Cunacué en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado Promiscuo Municipal de Inzá, Cauca, vinculándose a la Fiscalía Seccional de Páez, Belalcázar, el delegado del Ministerio Público, y al Gobernador del Resguardo Indígena de Inzá, Cabildo la Gaitana, extensiva al Despacho Promiscuo del Circuito de Silvia, Cauca.

ANTECEDENTES

1. El gestor demandó la protección constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso, y «*juez natural*», presuntamente vulnerados por las autoridades acusadas.

2. Arguyó, como sustento de su reclamo, en síntesis, que:

2.1. Por hechos ocurridos el 31 de diciembre de 2013 contra la menor [XX], que la progenitora María Gloria Gurrute Ramos, denunció ante la Fiscalía General de la Nación, el 16 de marzo de 2016 el Juzgado Promiscuo Municipal de Inzá, Cauca, ordenó su detención, y el 18 de abril siguiente, se llevaron a cabo las «*audiencias concentradas*» de legalización de captura, formulación de imputación y de medida de aseguramiento, por el presunto delito de acceso carnal violento, encontrándose privado de la libertad en establecimiento carcelario.

2.2. Remitida la actuación al despacho de circuito vinculado, el 1° de agosto posterior se instaló la «*audiencia de formulación de acusación*», en la que el Capitán del «*Resguardo La Gaitana*», autorizado por el Gobernador Principal, «*solicitó el cambio de jurisdicción con el fin de continuar conociendo el caso*» por ser el investigado «*comunero activo de ese resguardo*», petición que se negó con sustento en que corresponde su conocimiento a la «*la jurisdicción ordinaria*», y se remitió la actuación al Consejo Superior de la Judicatura para que dirima el «*conflicto de competencia suscitado entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena*».

2.3. El 2 de noviembre de 2016 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria accionada declaró que «*la competencia para conocer del proceso penal seguido al señor JOSÉ RODOLFO GUEVARA CUNACUE, corresponde a la Jurisdicción Penal Ordinaria*» y devolvió el dossier al juzgado de origen.

2.4. Regresado el expediente, el despacho de circuito «*fij[ó] fecha para audiencia de formulación de acusación*», que en varias oportunidades fue aplazada por petición de la defensa, llevándose a cabo el 4 de octubre del 2017, y se programó la realización de la «*audiencia preparatoria*».

2.5. Adujo que *«[e]n la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal con en el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico que permite que cada comunidad puede juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro del territorio de acuerdo con sus propias normas»*, por lo que considera que *«las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional»*.

3. Pidió, conforme a lo relatado, *«se REVOQUE la decisión del Consejo Superior de la Judicatura y en su lugar se sirva ordenar el envío de [su] proceso a la Jurisdicción Indígena»* (ff. 170-172 cuad. 1).

4. Por auto de 18 de febrero de 2018, la homóloga de Casación Penal admitió la solicitud de resguardo (f. 228-229 ibíd.); y el 4 de abril siguiente otorgó el amparo (ff. 294-317 ib.), que fue impugnado por el Presidente de la Sala Disciplinaria de la Colegiatura querellada (ff. 334-337 ib.) y la Jueza Promiscua del Circuito accionada (ff. 394-397 ib.).

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

1. La magistrada ponente de la Corporación censurada se opuso a la prosperidad de la tutela porque no cumple con el requisito de la inmediatez, porque han transcurrido *«más de 1 año y 4 meses de la ocurrencia de los hechos que se controvierten como generadores de la presunta amenaza y/o vulneración de los derechos fundamentales invocados, sin que el actor hubiese aportado prueba y menos justificado la tardanza en promover el amparo a sus derechos»*, por lo que aduce que *«se rompió la congruencia entre el medio de protección y la finalidad que se buscaba, pues tratándose de una salvaguardia constitucional, el término razonable se orienta a la defensa inmediata, eficaz e integral de los derechos fundamentales alegados, pues de no ser así, se desnaturaliza lo concreto y actual de la tutela, más aun tratándose controvertir una decisión judicial, llamada a garantizar la seguridad jurídica»* (ff. 250-253 cuad. 1).

2. La jueza de circuito vinculada, luego de historiar las actuaciones surtidas en el proceso penal seguido en contra del quejoso, señaló que ese despacho, atendiendo los parámetros establecidos en la jurisprudencia constitucional, negó la remisión del asunto a la jurisdicción indígena porque no encontró acreditados los elementos «*personal*» porque la víctima «*no es indígena sino que pertenece al sector campesino*»; «*objetivo*» porque al no pertenecer a ningún resguardo indígena «*el bien jurídico protegido concierne a la comunidad mayoritaria*»; e «*institucional*» porque de acuerdo a lo manifestado por el representante del cabildo que argumentó la solicitud y rindió testimonio, pudo establecerse que si bien la autoridad indígena «*tienen un reglamento interno que rige los procedimientos de investigación, se consideró que* ***frente al delito que nos ocupa,*** *el Resguardo La Gaitana no cuenta con una institucionalidad que pueda garantizar la verdad, justicia y reparación*», puesto que el citado representante reconoció que «*no han conocido casos por la conducta que aquí se investiga por cuanto son conscientes que no cuentan con los medios para realizar la investigación en delitos tan graves en especial lo relacionado con la práctica de pruebas para demostrar la existencia del acceso, obtener dictámenes médicos o similares, existiendo entonces una incapacidad investigativa respecto a este tipo de delitos, encontrando [...] que en el reglamento interno existen vacíos también respecto a la garantía y derechos de las víctimas en este tipo de conductas en especial cuando la misma no pertenece al resguardo, tal como lo informó el Capitán solicitante en su declaración*».

Acotó, que «*la Constitución Nacional reconoce la defensa de las minorías étnicas, razón por la cual en consonancia con la jurisprudencia constitucional se incorporó en el texto una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de su integridad cultural, social y económica, su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, entre otros, lo que se evidencia en el artículo 246 Superior, del cual se deriva el derecho de los integrantes de las comunidades indígenas a un fuero, el cual tiene límites que se concretan dependiendo de las circunstancias de cada caso*», pero que «*no siempre que se encuentre involucrado un indígena a un caso penal, debe*

de por sí ser conocido por la jurisdicción especial habida cuenta esta detenta el carácter de excepcional frente a la jurisdicción ordinaria que es la general».

Añadió, que «*de acuerdo a las pruebas ordenas por es[a] instancia y la [...] que conoció el conflicto de jurisdicción, no se cumplen todos los elementos [establecidos por la jurisprudencia] para remitir el trámite a la Jurisdicción Indígena*» y que, por ende, «*no se cumplen los requisitos para que proceda la acción de tutela pues no se está frente a una vía de hecho, ya que la decisión de es[e] Despacho y del Consejo Superior de la Judicatura se ajusta[n] a las normas legales y parámetros jurisprudenciales que sobre el tema se han desarrollado*» (ff. 267-271 cuad. 1).

3. El funcionario promiscuo municipal vinculado, informó que en la investigación penal seguida en contra del promotor del amparo por el presunto delito de acceso carnal violento, siendo víctima una menor de edad, a solicitud de la Fiscalía Seccional de Páez, Cauca, el 16 de marzo de 2016 ordenó su detención, y, el 18 de abril siguiente, realizó las audiencias preliminares concentradas de «*legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento [de detención preventiva en establecimiento carcelario]*»; decisiones que aduce, no fueron objeto de recurso; y, el 21 de junio posterior, remitió la carpeta al juzgado de circuito recriminado.

Aseveró, que en tales actuaciones, le respetó los derechos al investigado, quien estuvo asistido por abogado defensor y que «*la presunta vulneración al debido proceso y juez natural tiene como génesis el conflicto de competencia suscitado entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, dirimido por la sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura*», según lo expresa el gestor en el libelo; por tanto, solicitó su desvinculación (ff. 242-244 ibíd.).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La homóloga de Casación Penal concedió el amparo, para lo cual precisó en primer lugar, que «*en lo que respecta al principio de inmediatez, la Corte Constitucional (T-584-11) ha señalado que en aquellos casos en los que se demuestre que la vulneración del derecho es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, pero la situación es continua y actual, el principio de inmediatez en la interposición de la tutela no es exigible de manera estricta, como sucede en este asunto*» y, seguido, sostuvo que «*si bien demostrado quedó que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en la decisión dictada el 02 de noviembre de 2016, se apoyó en jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a los alcances y elementos que configuran el fuero indígena, esto es, que para que un individuo pueda ser juzgado dentro de la jurisdicción indígena, resulta necesario tomar en consideración cuatro (04) factores: (i) personal, (ii) territorial, (iii) institucional u orgánico y (iv) objetivo, también lo es que resolvió asignar a la jurisdicción ordinaria el proceso que cursa contra el señor JOSÉ RODOLFO GUEVARA CUNACUÉ por el presunto delito de acceso carnal violento agravado con menor de 14 años, solo por considerar que no concurría en ese caso el elemento "objetivo", en razón a que se ponía "en riesgo los derechos de los niños, que de acuerdo con la Constitución Política requieren especial protección por el Estado*».

Luego, señaló que, respecto a «*la interpretación del factor "objetivo", que ha venido dándole la Corporación Judicial accionada para remitir los asuntos a la Jurisdicción Penal Ordinaria, cuando el sujeto activo es miembro de una comunidad indígena y la víctima un menor, la Corte Constitucional desde la sentencia T-617 de 2010, reconoció la atribución constitucional de la que son titulares las comunidades indígenas a la hora de conocer los casos que involucren posibles vulneraciones a los derechos de los niños aborígenes*», y que «*en la sentencia T-002 de 2012, se reiteró la posición relativa a que el elemento "objetivo" no es determinante en la definición de la competencia*», y aludió a los postulados establecidos en la sentencia T-921 de 2013, y realzando que «*en materia de derechos sexuales, esta Corporación ha señalado que las decisiones del juez constitucional, relacionadas con la integridad sexual de los menores, especialmente cuando se trata de indígenas, la lucha que libra*

el Estado desde la administración de justicia para salvaguardar la integridad, la salud y la supervivencia del menor no puede librarse en términos que excluyan la diversidad…"».

Con fundamento en la postura establecida en las anteriores providencias, concluyó que «*la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura vulneró el derecho fundamental al debido proceso – en su componente del juez natural, reclamado por el señor JOSÉ RODOLFO GUEVARA CUNACUÉ, porque de la información allegada estando en curso este trámite constitucional, se infiere que la conducta atentatoria contra el bien jurídico de la libertad y formación sexuales de menores de edad, imputada al aquí accionante, es objeto de reproche tanto en la cultura mayoritaria como en la jurisdicción indígena a la que pertenecen la víctima y su presunto agresor*», y «*en lo que concierne al factor institucional u orgánico, entendido este como "la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades" (C.C. T-553/02), en su momento, el Gobernador del Resguardo Indígena de Inzá, Cabildo La Gaitana, Cauca, al que pertenece el aquí accionante, al reclamar el proceso para conocer de este asunto, expuso y demostró con claridad que en su comunidad cuentan con autoridades para administrar justicia, incluso en segunda instancia, así como las sanciones o correctivos a imponer "según la gravedad del caso" y el "establecimiento acondicionado para cumplir condenas"*».

Iteró, que «*en este caso están dados todos los requisitos para que sea la jurisdicción indígena quien adelante la investigación e imponga los correctivos pertinentes frente a la presunta conducta punible en la que haya podido incurrir el señor JOSÉ RODOLFO GUEVARA CUNACUÉ*» y que «*mantener la posición de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en el sentido de señalar como único criterio para asignar el conocimiento del caso a la jurisdicción penal ordinaria, el interés superior de los menores de edad, sería presumir que las comunidades indígenas no tienen la capacidad de asegurar en los términos establecidos en el artículo 44 de la Constitución Política, el interés superior de niños, niñas y adolescentes de sus comunidades, con claro desconocimiento de lo afirmado por la autoridad indígena*».

Por tanto, realzó que «*la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al apartarse de lo señalado en la jurisprudencia constitucional aplicable al caso, sin que pusiera de presente las razones para ello, incurrió en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, al materializarse en su decisión un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional*».

En consecuencia, dejó sin efecto el auto de 2 de noviembre de 2016 proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el cual «*se declaró que la competencia para conocer del proceso penal seguido contra el aquí accionante por el presunto delito de acceso carnal violento agravado, correspondía a la Jurisdicción Penal Ordinaria*»; declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso penal adelantado en el juzgado del circuito censurado, contra el gestor, por el presunto delito de acceso carnal violento agravado y le ordenó remitirlo al Resguardo Indígena de Inzá, Cabildo La Gaitana, Cauca, para los fines legales pertinentes, dejando al ciudadano referenciado a disposición de esa jurisdicción indígena (ff. 294-317 cuad. 1).

LA IMPUGNACIÓN

1. La presentó, de un lado, el Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria aduciendo que el *a quo* constitucional consideró que incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, porque conforme a lo dispuesto en sentencia T-002 de 2012 , «*el elemento "objetivo" no era determinante en la definición de competencia*», puesto que «*de la información allegada se infería que la conducta atentatoria contra el bien jurídico de la libertad y formación sexuales de menores de edad (Acceso Carnal violento agravado) imputada al aquí accionante, es objeto de reproche tanto en la cultura mayoritaria como en la jurisdicción indígena a la que pertenece la víctima y su posible agresor*», pero que tal manifestación «*resulta inexacta*», porque «*el análisis de los elementos que se*

deben tener en cuenta para desatar conflictos de competencias por es[a] Superioridad fueron ampliamente argumentados».

Así, sostuvo que, en cuanto al «*elemento objetivo*», al tratarse de «*un delito contra la integridad y formación sexual de una menor de 14 años, se pone en riesgo los derechos de los niños, que de acuerdo con la Constitución Política requieren especial protección por el Estado*», amén que «*la Convención sobre los derechos del niño*», dispone en el artículo 3° que en las medidas que se adopten concernientes a los niños, se impone la atención del «***interés superior del niño***».

Continuó diciendo que si bien, «*tratándose de comunidades indígenas, es costumbre entre ellas, que la niña a la cual le ha llegado la menarquia (primera menstruación), adquiere el rol de mujer y por ende el paso siguiente es la unión con algún hombre de su colectividad a efectos de formar una familia que se concreta con el nacimiento de los hijos*», donde, «*se unieron bajo sus ritos con otra persona y tuvieron relaciones sexuales consentidas no sólo por la menor, sino también por su familia y la comunidad en general*», en tales casos ha dicho la Corte Constitucional que «***se debe analizar el aspecto cultural de la pareja (niña menor y su compañero), pues las relaciones sexuales no obedecieron a la coacción o aprovechándose de su ignorancia o ingenuidad, si[n]o a la cultura y costumbre como norma en la colectividad, tendiente a mantener la comunidad, la mano de obra y la familia, con la procreación***», diferente consideración ameritan los casos de «***acceso carnal violento, en los que no hay vínculo alguno entre la menor y el victimario, quien es accedida por la fuerza, en la mayoría de los casos con lesiones personales o la transmisión de enfermedades a la niña***», afirmando que en esos procesos «***no se puede atender a la cultura o costumbres, pues no hace parte de la comunidad hechos tan graves que incluso atentan contra el mismo resguardo, la familia y la cultura***», por lo que la competente debe ser la Justicia Ordinaria y que resulta indiferente si «***la comunidad indígena cuenta con mecanismos institucionales o códigos de conducta para sancionar ciertos***

comportamientos, pues desbordan la cosmovisión indígena y afectan el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexuales de la comunidad mayoritaria como ocurrió en el caso objeto de conflicto».

Añadió, que si bien, la providencia que desató el conflicto no hizo mención al «*elemento institucional*», este tampoco se cumplía porque el Gobernador del Resguardo Indígena de Inzá indicó «*"que los casos que se han juzgado en ese Cabildo, han sido robo, homicidio, lesiones personales y problemas intrafamiliares" [...] pero no se pronunció en torno a una conducta de acceso carnal violento en una menor, no aportó argumentos contundentes que permitieran rastrear usos y costumbres para la solución a dicha situación*» y que no se encuentra un «*marco mínimo de institucionalidad en las respuestas dadas por las autoridades oficiadas por es[a] Superioridad*».

De cara a lo expuesto, sostuvo, que «*el defecto sustantivo no existió y la decisión atacada por vía de tutela fue ajustada a derecho, por cuanto al menos al no comprobarse uno de los elementos del fuero especial indígena la competencia es de la justicia ordinaria, situación que hace improcedente calificar como vía de hecho la determinación adoptada, y mucho menos que conlleve a la procedencia de la tutela, contra providencias judiciales*» [destacado del texto], (ff. 339-346 cuad. 1).

2. De otra parte, la jueza del circuito vinculada también impugnó el fallo, aduciendo, que, si bien es cierto «*la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto de jurisdicciones asignando el caso a la justicia ordinaria solo analizando el factor objetivo y no el institucional como lo indican los precedentes jurisprudenciales tales como las sentencias T-921 de 2013 y T-196 de 2015 y de la Corte Suprema de Justicia como en la sentencia SP 15508 de 2015, [...], también lo es que de acuerdo a la declaración rendida por el Capitán del Resguardo de Inzá, Cabildo La Gaitana, [...] quien estaba debidamente autorizado por el Gobernador de la época para solicitar el proceso y tiene amplio conocimiento del manejo de los casos y procedimientos que utilizan en su territorio por haber ocupado diferentes cargos dentro del Cabildo, entre ellos ser cinco (5) veces Gobernador,* ***se establece que los criterios***

de interpretación del requisito *[institucional...]*, ***no se cumplen a cabalidad, en especial [el] que*** *[refiere]* ***a la satisfacción de los derechos de las víctimas***».

Señaló, que no se descarta «*que el Resguardo de Inzá, Cabildo La Gaitana cuenta con autoridades para administrar justicia, incluso en segunda instancia, así como sanciones o correctivos a imponer según la gravedad del caso y el establecimiento adecuado para cumplir condenas (centro de armonización)*», sin embargo, de la declaración antes citada se «*se verifica que ello sucede para delitos distintos al que nos ocupa, toda vez que por el mismo* ***este es el primer caso que solicitan y lo hacen porque la familia del imputado ha insistido en ello*** *y según palabras del declarante* ***les tocó*** *y no porque todos los casos similares los reclamen*», quien, además, reconoció que «*existe una dificultad investigativa en cuanto a la práctica de los exámenes necesarios para demostrar la materialidad de los delitos sexuales como un ACCESO CARNAL VIOLENTO sin que puedan ofrecer garantías al respecto y que si bien el tema podría superarse por el momento no se ha coordinado, pero mayor trascendencia cobra el hecho de que el sistema de justicia que manejan* ***NO garantiza ni satisface los derechos de las víctimas,*** *menos aun cuando como en el evento no pertenecen a su comunidad sino al sector CAMPESINO, así lo afirmó en audiencia el solicitante al manifestar que* ***...no tendríamos esa posibilidad de brindarles unas garantías a ellos...***"», siendo que no se valoró esta prueba.

Acotó, que en la decisión de primer grado «*no se tuvo en cuenta que la víctima pertenece al sector CAMPESINO y no a la comunidad indígena, dándole equivocadamente tal tratamiento que conllevó a analizar el caso desde esa perspectiva haciendo alusión a la jurisprudencia de eventos que involucran vulneraciones a los derechos de los niños aborígenes, concluyendo que bajo tal perspectiva, el resguardo de Inzá - Cabildo La Gaitana, tiene la capacidad de asegurar "****el interés superior de niños, niñas y adolescentes de sus comunidades...****", pasando por alto que el representante del Cabildo que sustentó la solicitud afirmó que por no pertenecer a la comunidad indígena sino al sector campesino, no están en capacidad de brindar garantías a la adolescente víctima a quien al igual que al victimario se le permitiría continuar residiendo en el territorio*».

Realzó, que «*dentro del trámite procesal* ***penal existe evidencia y prueba respecto a la afectación de los derechos de la niña víctima*** *de dejarse el caso en manos de la jurisdicción especial indígena por cuanto el Cabildo ha sido claro en manifestar que no le ofrecerían garantías por no ser comunera, por lo que el trámite del proceso debería continuar en la jurisdicción ordinaria, tal como se decidió en uno de los casos que se analizó en la* ***sentencia T-002 de 2012*** *cuando la Corte Constitucional conoció dos procesos en los que el Consejo Superior de la Judicatura había negado la competencia de la jurisdicción especial indígena para conocer de delitos sexuales cometidos contra niños. En el primer caso, se estableció que no había razón para que se pensara que se encontraba en riesgo la garantía al debido proceso del acusado ni los derechos de la niña víctima porque no existía prueba de ello y en el segundo, si bien señaló que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura careció de motivación porque restringió al factor objetivo la asignación de la competencia, procedió a decidir el conflicto en el caso concreto concluyendo que había que ceder al principio de interés superior del niño asignándolo a la justicia ordinaria, pues se había reconocido por parte del Cabildo que no contaban con las condiciones necesarias para hacer justicia en dicho caso, tal como se ha demostrado en el presente proceso*».

Sostuvo, que entonces, «*en el presente proceso, no se cumplen los factores PERSONAL (en cuanto a la víctima), OBJETIVO e INSTITUCIONAL para que el caso sea asignado a la jurisdicción especial indígena*», por lo que solicitó «*sea REVOCADO el fallo de tutela impugnado y se ordene continuar el trámite en la jurisdicción ordinaria*» [destacado del texto], (ff. 334-337 cuad. 1).

CONSIDERACIONES

1. La reiterada jurisprudencia ha sostenido, en línea de principio, que este amparo no es el medio idóneo para censurar decisiones de índole judicial; sólo puede acudirse a esa herramienta, en los casos en los que el funcionario adopte alguna determinación «*con ostensible desviación del sendero normado, sin ecuanimidad y apoyado en el capricho o en la subjetividad, a tal punto que estructure "vía de hecho"…*», y bajo los postulados de

que el afectado concurra dentro de un término razonable a formular la queja, y de que «*no disponga de medios ordinarios y efectivos para lograrlo*» (CSJ STC, 3 de Mar. 2011, Rad. 00329-00).

El concepto de «*vía de hecho*» fue fruto de una evolución pretoriana por parte de la Corte Constitucional, en razón de la necesidad de que todo el ordenamiento jurídico debe respetar los derechos fundamentales como base de la noción de «*Estado Social de Derecho*» y lo contemplado en el artículo 4 de la Carta Política. Así hoy, bajo la aceptación de la probabilidad que sentencias desconozcan prerrogativas esenciales, se admiten por excepción la posibilidad de proteger esa afectación siempre y cuando se cumplan los siguientes presupuestos: 1. Generales: «*a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez; d) Cuando se trate de una irregularidad procesal; e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y f) Que no se trate de sentencia de tutela*» y, 2. Especiales: «*a) Defecto orgánico; b) Defecto procedimental absoluto; c) Defecto fáctico; d) Defecto material o sustantivo; e) Error inducido; f) Decisión sin motivación; g) Desconocimiento del precedente y h) Violación directa de la constitución*» (C-590 / 2005, reiterada, entre otras, SU-913 / 2009 y T-125 / 2012).

2. Observada la inconformidad planteada, surge que el gestor, al estimar que se obró con desprecio de la legalidad por supuestamente incurrirse en causal específica de procedibilidad por defecto sustantivo y desconocimiento del precedente, enfila su inconformismo, en últimas, contra la providencia de 2 de noviembre de 2016 mediante la cual la Sala Disciplinaria de la Colegiatura acusada resolvió el conflicto positivo

de competencia , suscitado entre la «*Justicia Penal Ordinaria*», representada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Silvia (Cauca), y la «*Justicia Indígena*», en cabeza de la comunidad indígena del Resguardo Inzá, Cabildo La Gaitana, para conocer el proceso penal adelantado en contra del accionante por el delito de acceso carnal violento agravado, y determinó que la competencia «*corresponde a la Jurisdicción Penal ordinaria*»

3. Del examen de las pruebas allegadas, se observa lo siguiente en relación con la queja constitucional:

3.1. Certificación expedida por el «*gobernador del Resguardo Indígena de Inzá, Cabildo La Gaitana, municipio de Inzá, Cauca*», que da cuenta que el gestor José Rodolfo Guevara, «*es comunero activo de es[e] resguardo, conserva su identidad cultural, social y económica. Además, se encuentra debidamente registrado en [sus] bases de datos y listados censales que reposan en [sus] oficinas en cada una de las entidades instituciones competentes*» (f. 39 cuad. 1).

3.2. Solicitud de 28 de febrero de 2017, elevada por el representante de la citada comunidad indígena, a través de la cual reclamó al juzgado de circuito vinculado la competencia para conocer, del proceso que cursa en contra del gestor por el presunto delito de acceso carnal violento, aduciendo que la misma «*se sustenta en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia*», y, porque «*el resguardo indígena La Gaitana posee un espacio para la resocialización de [sus] comuneros juzgados por la justicia propia y ordinaria en LA FINCA LA FLORENCIA UBICADO EN LA VEREDA LA CABAÑA MUNICIPIO DE INZÁ CAUCA "CENTRO DE ARMONIZACIÓN". Con un acta de acuerdo entre el Resguardo y el [INPEC]*» (ff. 286 cuad. 1.).

3.3 Grabación del inicio de la audiencia de formulación de acusación efectuada el 1° de agosto de 2016 en la que la jueza de

conocimiento escuchó en declaración a José Manuel Calatsu Fernández, capitán mayor autorizado por el Gobernador del «*Cabildo Indígena La Gaitana*» para solicitar para el conocimiento de la jurisdicción indígena el proceso seguido en contra de José Rodolfo Guevara Cunacué.

Al indagársele al deponente si la niña víctima «*pertenece o no a su resguardo*» dijo que «*por conocimiento y nuestra trayectoria es una familia que no pertenecen a nuestro resguardo pertenece a la vereda Sinaí*» (min. 26:49), y agregó «*tengo entendido que no pertenece a otro resguardo, pertenece creo que al sector campesino*» (min. 29:30); al averiguársele si «*en sus reglamentos [se] contempla como infracción o delito, [...] el acceso carnal violento*», manifestó «*si digamos el acceso carnal violento para nosotros como padres de familia que tenemos nuestros hijos es un delito y tiene su castigo*» (min. 30:25); que «*va desde fuete, cepo y trabajo en cualquiera de las fincas que tiene el resguardo, por un tiempo pues que la Asamblea dirá*» (min. 30:41); al preguntársele si «*se contempla dentro de su reglamento castigos como... o sanciones que ustedes llaman, o remedios, la privación de la libertad en un delito como este tan grave*», adujo que «*dentro de los territorios pues lo que tenemos es que la persona el individuo no esté bajo las cuatro paredes privado de su libertad sino que esté al interior de la familia con algunas recomendaciones, podrá moverse entonces de su sitio de origen a su sitio de trabajo, y de igual manera viceversa, quienes son garantes de esto? Pues la misma comunidad, no deberá entonces andar digamos calle abajo calle arriba, deberá comportarse lo máximo allá al interior de la comunidad*» (min. 31:12); al interrogársele frente a «*qué garantías se le ofrecen a la víctima [dentro del reglamento interno que manejan]*», contestó «*bueno nosotros una vez en todos los procesos, una vez acepte cargos, nosotros lo que hacemos es llamar a la víctima, me refiero a los casos, pues de homicidio, nadie acepta, porque eso también se ha hecho, quedan huérfanos y se ha dicho bueno, usted que cometió el delito deberá responder por esos huérfanos, la familia, la parte afectada no acepta bajo ningún punto, es situación de que nosotros ahí no podemos hacer absolutamente nada, la misma familia, la misma parte afectada lo rechaza y en todo caso nada nadie, nadie estaría digamos es que a cambio de esto entonces démosle plata, no ha sido aceptado por la*

familia, por la parte afectada» (min. 50:32); y, al preguntársele, de forma puntual, si «*hay algún tipo de protección para la víctima no sólo eso sería en cuanto a reparación, y protección para la víctima*» respondió, «*bueno pues como nosotros manejamos digamos aquí de comunero a comunero en esta parte* ***y es del sector campesino****, nosotros ahí no podríamos decir de que los vamos a desproteger ni a proteger,* ***ellos seguirían en su sitio, de su habitación, pero no tendríamos como esa posibilidad de brindarles una unas garantías a ellos***», (min. 51:43).

Y, escuchada la citada declaración, la funcionaria judicial denegó la solicitud y, suscitó el «*conflicto positivo de competencia*», para lo cual remitió el expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de la Colegiatura querellada (Pieza Procesal CD 1, f. 276 A, cuad. 1).

3.4. Copia de la respuesta rendida por el Gobernador del «*Resguardo Indígena de Inzá, Cabildo La Gaitana*», frente al interrogatorio formulado por la Corporación recriminada, en relación con el proceso de juzgamiento, los encargados del mismo, las sanciones a imponer y el establecimiento en el que se podían cumplir las mismas, en la que señaló, que: «*El sistema jurídico tiene una estructura donde la máxima autoridad es la asamblea de la comunidad, legisla y según la gravedad del caso y en sección diferente puede sancionar (nasa wala) al igual que puede sancionar el cabildo como autoridad delegataria de la comunidad. En cuanto a la organización se cuenta con el comité de justicia quien actúa en primera instancia y en segunda instancia actúa el gobernador, demás cabildantes, exgobernadores y comunidad*»; que «*los encargados de investigar es el comité de justicia y de juzgar es la máxima autoridad que es la asamblea de la comunidad en conjunto con el cuerpo de cabildo, mediante las técnicas convencionales de valoración de la sana crítica, y a la luz de los principios y procedimientos de armonía, solidaridad, equilibrio, restablecimiento, restauración integral de la comunidad. Al igual que mediante cateo con los mayores y médicos tradicionales y seres que [los] guían y acompañan, terminando con pagamentos, ofrendas a los espíritus que afectan con los malos actos*»; que «*han juzgado los casos de homicidio, robo, lesiones personales, problemas intrafamiliares*»; que «*[las] sanciones de la comunidad más comunes: no se*

llaman sanciones ni penas sino remedios que son: calabozo, cepo, fuete y trabajo en el tull, guardados en espacio prestado, destierro del resguardo, remedio definitivo»; que «*en el momento se cuenta con un establecimiento acondicionado para cumplir condenas el cual tiene el nombre de Centro de Armonización*»; que «*teniendo en cuenta que el comunero JOSÉ RODOLFO CUNACUÉ RAMOS hace parte de [su] resguardo indígena, solicita[n] que el expediente sea remitido al resguardo indígena de Inzá Cabildo La Gaitana para aplicar [su] jurisdicción especial como indígenas, por ende, [les] sea entregado al 100% a responsabilidad del resguardo*» (ff. 287-288 cuad. 1).

3.5. Copia de la Providencia emitida el 2 de noviembre de 2016, mediante la cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria acusada resolvió el «*conflicto positivo de competencia*», suscitado entre «*la justicia penal ordinaria*», representada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Silvia, Cauca, y la «*jurisdicción especial*», en cabeza de la Comunidad Indígena del Resguardo de Inzá, Cabildo La Gaitana, para conocer del proceso penal adelantado en contra del aquí accionante, por el delito de acceso carnal violento agravado, que declaró, que «*la competencia [...] corresponde a la Jurisdicción Penal Ordinaria*» (ff. 40 vto. a 56 ibíd.).

4. Analizada la disposición cuestionada, de 2 de noviembre de 2016 mediante la cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de la Corporación querellada desató el «*conflicto positivo de competencia*», en el asunto *sub judice,* advierte la Sala que no se observa proceder constitutivo del defecto sustantivo y de desconocimiento del precedente, que el gestor le endilga y que amerite la intervención del «*juez constitucional*», por cuanto los argumentos allí plasmados, tienen sustento en las particularidades fácticas del caso y un criterio hermenéutico razonable de las normas y principios que regulan este punto, descartando un actuar caprichoso o antojadizo, según pasa a precisarse.

4.1. En primer término, ha de señalarse que el artículo 246 de la Carta Política dispone que «*(l)as 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*».

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 196 de 2015, reiteró que «*[l]a existencia de una jurisdicción especial indígena ha dado paso a que pueda hablarse de la existencia de un fuero indígena que, además del derecho de la comunidad a ejercer jurisdicción, también representa un derecho de la persona a ser juzgada conforme a sus usos y costumbres. En cuanto a la activación de la jurisdicción especial ocurre con base en un conjunto de criterios decantados por la jurisprudencia constitucional. Así, se ha hablado de la necesidad de tomar en consideración cuatro tipos de factores: (i) el personal; (ii) el geográfico; (iii) el objetivo; y (iv) el institucional*».

Y en relación con los tipos de factores, en sentencia T-617 de 2010, sintetizó para su aplicación, las siguientes Subreglas:

> ***I.*** *El* ***elemento personal*** *hace referencia a la pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena.*
> *Subreglas relevantes:*
> *(S-i) Cuando un indígena incurra en una conducta calificada como delito por la ley penal (o socialmente nociva dentro de una cultura indígena), en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto.*
> *(S-ii) Cuando una persona indígena incurre en una conducta tipificada por la ley penal por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece, y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez de conocimiento deberá establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa:*
> *(S-ii. 1) Si el juez responde afirmativamente esta pregunta, deberá absolver a la persona;*

(S-ii.2) En caso de que el operador judicial concluya que no se presentó error invencible, pero que la persona sí actuó condicionada por su identidad étnica, deberá remitir la actuación a las autoridades del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la inimputabilidad por diversidad cultural.

(S-ii.3) Si el juez de conocimiento concluye que no se presentó error invencible, y que el actor no se vio condicionado por parámetros culturales diversos en su actuar, entonces es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de "aculturación", lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria

Criterios de interpretación relevantes:

(C-i) La diversidad cultural y valorativa es un criterio que debe ser atendido por el juez, al abordar casos en los que se encuentren involucradas personas indígenas.

(C-ii) Cuando una persona indígena comete un hecho punible por fuera del ámbito territorial de su comunidad, las circunstancias del caso concreto son útiles para determinar la conciencia o identidad étnica del individuo.

II. El ***elemento territorial*** *hace referencia a que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo.*

Subreglas relevantes:

(S-iii) De acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política, la autonomía jurisdiccional se ejerce dentro del ámbito territorial de las comunidades indígenas. Por lo tanto, la ocurrencia de los hechos antijurídicos o socialmente nocivos dentro del territorio de la comunidad indígena, es un requisito necesario para la procedencia del fuero.

Criterios de interpretación relevantes:

(C-iii) El territorio de las comunidades indígenas es un concepto que trasciende el ámbito geográfico de una comunidad indígena. La constitución ha considerado que el territorio de la comunidad indígena es el ámbito donde se desenvuelve su cultura.

(C-iv) Por esa razón, excepcionalmente, el elemento territorial puede tener un efecto expansivo, lo que significa que cuando un hecho ocurre por fuera de los linderos geográficos del territorio colectivo, pero culturalmente puede ser remitido al espacio vital de la comunidad, es aconsejable que su juzgamiento se desarrolle por las autoridades indígenas.

*III. El **elemento objetivo** hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria*

Subreglas relevantes:

(S-xi) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la jurisdicción especial indígena

(S-xii) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria.

(S-xiii) Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica.

(S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la subregla (S-xv), la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juez, en cambio, debe efectuar un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima

Criterios de interpretación relevantes:

(C-vi) Para adoptar la decisión en un conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional el juez debe tener en cuenta la naturaleza del bien jurídico afectado.

*VI. El **elemento institucional** (a veces denominado orgánico) se refiere a la existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social.*

Subreglas relevantes:

(S-v) El juez encargado de dirimir el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional debe tomar en consideración la existencia de una institucionalidad social y política, que permita asegurar los derechos de las víctimas en el proceso. (S-v. 1) el primer factor para determinar la

existencia de esa institucionalidad es la manifestación positiva de la comunidad, en el sentido de tener voluntad para adelantar el proceso.

Sin embargo, (S-vi) la verificación de la compatibilidad entre el contenido del derecho propio de una comunidad indígena y los derechos de las víctimas, por regla general, solo puede ser objeto de un control judicial posterior. (S-vi.1) excepcionalmente, en casos de extrema gravedad o en los que la víctima se encuentra en situación vulnerable, debido a su condición de especial protección constitucional, o en estado de indefensión, el juez encargado de dirimir el conflicto podría realizar una verificación más amplia de la vigencia del elemento territorial, valiéndose de pruebas técnicas, o de la propia experiencia del resguardo. Sin embargo, el contenido material del derecho propio es ajeno a esa verificación.

(S-vii) El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad.

Sin embargo, (S-viii) cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad.

(S-ix) El debido proceso tiene, en el marco de la jurisdicción especial indígena, el alcance de predecibilidad o previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades tradicionales, y la nocividad social de ciertas conductas. Sin embargo, (S-ix.) no puede exigirse a la comunidad indígena que acredite la existencia de normas escritas, o de compendios de precedentes para ejercer la autonomía jurisdiccional, debido a que el derecho propio se encuentra en proceso de formación o re construcción. Lo que se exige es un concepto genérico de nocividad social.

(S-x) Resulta contrario a la diversidad étnica y cultural, y a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, la exigencia de acreditar un reconocimiento jurídico externo de su existencia.

<u>Criterios de interpretación relevantes.</u>

(C-iv) Los derechos de las víctimas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, comprenden la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación. El contenido de esos derechos, empero, varía en el contexto de cada cultura.

(C-v) El principio de legalidad se concibe, en el marco de la jurisdicción especial indígena, como predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales.

4.2. La Sala Jurisdiccional disciplinaria accionada al desatar el conflicto positivo de competencia, señaló, que, «*[e]n el presente caso, al señor JOSÉ RODOLFO GUEVARA CUNACUÉ se le imputó el hecho de haber presuntamente accedido sexualmente a una menor de 14 años de edad; por esto, se le imputó por parte del Fiscal de conocimiento el delito de acceso carnal con menor de 14 años, contemplado en los artículos 205 y 211 del Código Penal.*

Seguidamente, sostuvo, que «*[s]obre el particular, es importante precisar, que tratándose de comunidades indígenas, es costumbre entre ellas, a la niña a la cual le ha llegado la menarquia (primera menstruación) adquiere el rol de mujer y por ende el paso siguiente es la unión con algún hombre de su colectividad a efectos de formar una familia que se concreta con el nacimiento de los hijos*», y que, por tanto, «*es factible encontrar niñas de 13 o 14 años en estado de embarazo, pues se unieron bajo los ritos con otra persona y tuvieron relaciones sexuales consentidas, no solo por la menor, sino por la familia y la comunidad en general*».

Luego, realzó que «*[e]n aquellos casos ha dicho la Corte Constitucional que se debe analizar el aspecto cultural de la pareja (niña menor y su compañero), pues las relaciones sexuales no obedecieron a la coacción o aprovechándose de su ignorancia o ingenuidad, sino a la cultura y costumbre como norma en la colectividad, tendiente a mantener la comunidad, la mano de obra y la familia, con la procreación. En estos casos, la Fiscalía General de la Nación ha venido imputando el delito de abuso sexual con menor de 14 años, sin embargo, por el elemento cultural y el respeto de la costumbre indígena, la Corte Constitucional ha indicado que debe ser de conocimiento y competencia de la Justicia Ordinaria, quienes deberán analizar si efectivamente existía un matrimonio o una unión aprobada por el resguardo y las familias*».

A la par, adujo, que «*[d]iferente consideración ameritan los casos de acceso carnal violento, en los que no hay vínculo alguno entre la menor y el victimario, quien es accedida por la fuerza, en la mayoría de los casos con lesiones personales o la transmisión de enfermedades a la niña. En estos procesos, no se puede atender a la cultura o costumbres, pues no hace parte de la comunidad hechos tan graves que incluso atentan contra el mismo resguardo, la familia y la cultura*» y, por tanto, concluyó,

que «*[n]o hay duda que el competente debe ser la Justicia Ordinaria.* ***De ahí que resulte indiferente si la comunidad indígena cuenta con mecanismos institucionales o códigos de conducta*** *para sancionar ciertos comportamientos, pues desbordan la cosmovisión indígena y afectan el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de la comunidad mayoritaria como ocurre en el caso objeto de conflicto*».

Añadió, que «*la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, ha sido reconocida por una serie de instrumentos internacionales, como acuerdos, convenios y tratados en materia de derechos humanos expedidos en gran medida por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT),* ***sin embargo en ese reconocimiento les instauró unos límites***" (destacado del texto).

Al abrigo de dichos argumentos y otros de similar perfil adoptó la providencia objeto de inconformidad.

5. Analizado el caso, aplicando las subreglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, encontramos que:

5.1. El «*elemento personal*», que hace referencia a la pertenencia del investigado a una comunidad indígena, se encuentra acreditado, toda vez que el «*gobernador del Resguardo Indígena de Inzá, Cabildo La Gaitana, municipio de Inzá, Cauca*», certificó que el encartado, José Rodolfo Guevara Cunacué, es «*comunero activo de es[e] resguardo, conserva su identidad cultural, social y económica*», encontrándose debidamente registrado en las bases de datos y listados censales de esa comunidad (f. 39 cuad. 1).

5.2. El «*elemento territorial*», que se configura cuando los hechos investigados ocurrieron en el ámbito territorial de un resguardo indígena, avizora la Sala que en la noticia criminal (f. 5-9 cuad. 1), se

detalla que los hechos que constituyen la investigación penal por el delito de «*acceso carnal violento agravado*» que se le atribuyen al querellante, se presentaron en la «*CASA DE HABITACIÓN*» ubicada en la vereda Alto de la Cruz, del municipio de Inzá, Cauca, la cual está comprendida dentro del territorio del citado resguardo, según lo certificó el «*Gobernador del Cabildo Indígena de la Gaitana, José Reinel Ortega Chavaco*» (ff. 287-288 ibíd.), situación que no fue materia de controversia, por lo que, ante tal panorama, se encuentra acreditado dicho elemento.

5.3. Relativo al «*elemento objetivo*», que hace referencia a la «*la naturaleza del bien jurídico tutelado*», encuentra la Sala que en el caso de marras la víctima de la conducta penal que se investiga, corresponde a i) una **menor de catorce (14) años** de edad; ii) una persona de **sexo femenino**; y iii), **no hace parte del resguardo** al que pertenece el investigado, ni a la comunidad indígena, situación esta última, que corroboró el Capitán Mayor del «*Cabildo La Gaitana*» en su declaración rendida el 1° de agosto de 2016 ante el Juzgado de Circuito de conocimiento.

5.3.1. Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la «*integridad sexual de los niños*», es un «*bien jurídico*» compartido por el sistema jurídico mayoritario y la jurisdicción especial, en la medida en que ésta también tiene el deber de «*velar por el cumplimiento de los mandatos constitucionales*», acotando que «*[...] el bienestar infantil y la igualdad de género son dos objetivos primordiales de la Carta que no pueden entenderse como un bien jurídico propio de la cultura mayoritaria sino de todos los pueblos que conforman el Estado pluricultural. Tanto el entorno social dominante como aquel en donde se conservan las tradiciones culturales de los indígenas se preocupan por proteger a sus niños y a las mujeres. La diferencia entre uno y otro espacio está más centrada en torno a la forma en la que estos valores se llevan a la práctica. La anterior sería, por lo tanto, una diferencia que tiene más que ver con los medios a través de los cuales se persigue*

la materialización de estos intereses, que con los fines perseguidos (CC. Sent. T- 196-2015); no puede perderse de vista para la definición del caso que en el *sub judice*, la víctima, a más de no integrar la comunidad indígena, se trata de una niña que, por su doble condición de *i)* ser mujer y *ii)* ser menor de edad, es un sujeto de especial protección por parte del estado, razón por la que en la determinación de la autoridad que ha de continuar la investigación y sanción *sub judice*, ha de mirarse con especial celo que las decisiones adoptadas le garanticen a la ofendida el restablecimiento de sus prerrogativas, sin perjuicio de que para la materialización, eventualmente puedan entrar en conflicto sus derechos con los de otras personas y/o grupo social, caso en el que los de estos últimos han de ceder para darse prevalencia a los de la agraviada, atendiendo las normas y principios establecidos tanto por los organismos internacionales, (v. gr. la «*Declaración de los Derechos del Niño*»; la «*Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*»; la «*Convención Americana sobre Derechos Humanos*»; el «*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*»; la «*Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*» y «*Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. "Convención de Belém do Pará"*»; entre otros), como por la legislación interna (Carta Política art. 44 y 93, y Ley 1098 de 2006).

Se destaca que el Estado colombiano tiene la tarea de empoderarse (conforme así lo impone el marco normativo nacional e internacional que disciplina la materia, y que, en relación con el asunto que nos ocupa, ha sido ratificado por Colombia) en las buenas prácticas ordenadas hacía la protección y promoción de los «*Derechos Humanos*», en especial de los sujetos más vulnerables, no sólo en la faz de acción concreta, sino en el desarrollo y planificación de políticas públicas que los reconozcan, promuevan y resguarden; no otra lectura tiene la circunstancia de que los Estados Parte ratificantes, por lo propio,

quedan comprometidos a respetar y dar garantías para que aquellos sean enaltecidos.

De ahí que, también, al aparato estatal, en su integridad, le incumbe velar y propender para que prevalezca, como todos los demás de su misma estirpe, el derecho fundamental a la igualdad en las diversas actuaciones que desarrolla, amén que tal se evidencie en todos los ámbitos en que los connacionales se desenvuelven. Tal postura de igualdad, para que sea materializada en sus reales y precisas connotaciones, se debe vislumbrar desde la perspectiva del enfoque de género, *grosso modo*, en aras de «*disminuir la violencia frente a grupos desprotegidos y débiles como ocurre con la mujer, [lo cual] implica aplicar el "derecho a la igualdad" y romper los patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre-mujer que por sí, en principio, son roles de desigualdad*» (CSJ STC2287-2018, 21 feb. 2018, rad. 2017-00544-01).

De ese modo, en la actualidad los cometidos que emprende el Estado no pueden desligarse de la «*perspectiva de género*» que menester es atender, por lo que al abordar aquellos corresponde sopesar si en su decurso pudieren llegar a vislumbrarse situaciones de discriminación o alejamiento que precisen obrar de particular forma a efectos de desarraigar ese inaceptable trato anómalo que perennemente se debe conjurar; en ese orden de ideas, cumple tener conciencia de que ante situaciones diferenciales dadas por la especial posición de debilidad manifiesta de, verbigracia, una mujer agredida, el estándar de gestión «*normal*» no debe ser la pauta a seguir, ameritando por tanto en muchos casos que se obre «*no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano*» (Cfr. STC2287-2018).

En relación con el tema de la «*perspectiva de género*» esta sala en la sentencia STC4812-2017 de 5 de abril de 2017 citó un precedente de la Corte Constitucional relativo al «co*mpromiso nacional e internacional de erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer*» en el que sostuvo que «*"nacional e internacionalmente, se han adoptado una serie de mandatos para la protección de la mujer y prevención de cualquier forma de violencia en su contra. Entre estos mandatos se encuentra la debida diligencia, que los obliga a adoptar medidas integrales en materia jurídica y legal, además de la implementación de políticas de prevención que permitan actuar con eficacia ante las posibles denuncias por violencia contra la mujer. Asimismo, se ha reconocido que los Estados deben responder, no solo por los actos propios de violencia contra la mujer, sino por los actos privados, cuando se demuestre la falta de adopción de medidas con la debida diligencia para prevenirlos o impedirlos"*» (C. Const. T-027/17).

5.3.2. Ahora bien, relativo a las normas y principios establecidos tanto por los organismos internacionales, como por la legislación interna, se destacan las siguientes, que apuntan a determinar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la obligación del Estado a garantizarles sus prerrogativas superiores, dando aplicación al principio de la prevalencia de estos frente a los de los demás, así:

I) La «*Declaración de los Derechos del Niño*», aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, establece en el principio 2° que «*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atendrá será el interés superior del niño*» y, en el 9°, que «*El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación*».

II) Por su parte, la «*Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia mediante la Ley 2 de 22 de enero de 1991, dispuso en su artículo 3° 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, frente a este tópico, el «*Comité de los Derechos del Niño*» destacó en la «*Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*», que «*El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño*»; y realzó, que «*el interés superior del niño es un concepto triple*», pues, se constituye en: a) «*Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales*»; b) «*Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo*»; y c) «*Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y*

determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos»

Así mismo, en el artículo 19, la convención señaló 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*» y pregonó, que «*Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial*».

Al respecto, el «*Comité de los Derechos del Niño*», destacó, en la «*Observación General No. 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*», entre otras cosas, que «*En todos los procesos de toma de decisiones debe respetarse sistemáticamente el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, y su habilitación y participación deben ser elementos básicos de las estrategias y programas de atención y protección del niño*» y «*Debe respetarse el derecho del niño a que, en todas las cuestiones que le conciernan o afecten, se atienda a su interés superior como consideración primordial, especialmente cuando sea víctima de actos de violencia, así como en todas las medidas de prevención*». Además, puntualizó que «*...se entiende por violencia "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual" según se define en el artículo 19, párrafo 1, de la Convención*».

De otra parte, en el precepto 39, estableció que «*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*» y que «*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño*».

III) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, dispone en el artículo 25 sobre la Protección Judicial, que «*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*».

IV) El «*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*» adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, contempla en su artículo 24 que «*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*».

V) La «*Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*» aprobada en 1979 por la Asamblea General de la ONU, aprobada por Colombia mediante la Ley 51 de 2 de Julio de 1981 tiene como finalidad eliminar toda forma de «*discriminación contra la mujer*» (art. 2°) y define dicha expresión como «*toda distinción, exclusión o restricción basada*

en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera» (art. 1°); además, impone a los Estados que ratifican el Convenio la obligación de consagrar en su legislación interna la «*la igualdad con el hombre ante la ley*», derogar todas las disposiciones normativas que resulten discriminatorias en tal sentido; «*garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación*», entre otros, (art. 2 a 16).

VI. La «*Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. "Convención de Belém do Pará"*», adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, ratificada por nuestro país mediante la Ley 248 de 1995, señala que «*Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*» (art. 1°); que «*Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica*»: a) «*que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual*»; b) «*que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar*»; y c) «*que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra*» (art. 2°); y que toda mujer tiene derecho «*a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado*»; «*al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos*», los cuales comprenden las prerrogativas, entre otras, «*a que se respete su integridad*

física, psíquica y moral», «*a que se respete la dignidad inherente a su persona*»; «*a una vida libre de violencia*», que incluye «*el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación*», y «*el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación*» (art. 3, 4 y 6). Además, establece como deber de los estados, «*b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer*»; «*d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad*»; «*f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos*»; y «*g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces*» (art. 7).

Tales compendios de normas y principios establecidos por los organismos internacionales, al unísono, concurren a la inaplazable protección de los Derechos Humanos, siendo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es un órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos con sede en Washington EE. UU., junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (creada el 22 de mayo de 1979 en San José de Costa Rica), se erigen indisimuladamente en un sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos enderezado a que las anotadas convenciones, entre otras cosas, puedan interactuar para que su convergencia tienda a erradicar efectiva y eficazmente la violencia contra los niños y, en especial, contra la mujer, en sus múltiples manifestaciones, máxime que nuestro Estado las ha ratificado.

Pero además, ha desarrollado dichas normas y principios en l legislación interna, tal como se vislumbra en el siguiente acápite:

VII) La Carta Constitución Política, establece en su artículo 44 que «*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*»; y, en el canon 93 señala que «*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 [...]*», con lo cual se reafirma el compromiso estatal de garantizar la efectividad de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes.

VIII) La Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, contempla, relativo al tema, entre otros, que «*Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en*

ellas» (art. 6); que «*Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos*» (art. 7); que «*Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*» (art. 8); que «*En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente*» (art. 9); que «*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*» (art. 18); y, que «*Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: [...] 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad [...]*» y «*19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos*» (art. 20).

5.3.3. Luego entonces, conforme a la normatividad y principios que acaban de citarse y que propenden por el reconocimiento, respeto, garantía y restablecimiento de los niños y, que en especial que, particularmente cuando las víctimas son niños y mujeres, le imponen al estado la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres y las niñas, y reparar a las víctimas.

Ha de resaltarse que, particularmente, la recomendación General 13 del Comité de los Derechos del Niño señala que «*La investigación de los casos de violencia notificados por el niño, un representante del niño o un tercero, debe estar a cargo de profesionales cualificados que hayan recibido una formación amplia y específica para ello y debe obedecer a un enfoque basado en los derechos del niño y en sus necesidades. Se han de adoptar procedimientos de investigación rigurosos pero adaptados a los niños para identificar correctamente los casos de violencia y aportar pruebas a procesos administrativos, civiles, penales o de protección de menores. Se ha de extremar la prudencia para no perjudicar al niño causándole ulteriores daños con el proceso de investigación. Con ese fin, todas las partes tienen la obligación de recabar las opiniones del niño y tenerlas debidamente en cuenta*».

Asimismo, resalta que «*El tratamiento es uno de los muchos servicios necesarios para "promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social" del niño víctima de violencia, y debe llevarse a cabo "en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño" (art. 39). En este sentido, es importante: a) recabar la opinión del niño y tenerla debidamente en cuenta; b) velar por la seguridad del niño; c) contemplar la posibilidad de que sea necesario colocar inmediatamente al niño en un entorno seguro, y d) tener en cuenta los efectos previsibles de las posibles intervenciones en el bienestar, la salud y el desarrollo del niño a largo plazo. Una vez diagnosticado el maltrato, es posible que el niño necesite servicios y atención médica, psiquiátrica y jurídica, y posteriormente un seguimiento a más largo plazo [...]*».

5.3.4. De cara a lo expuesto, atendiendo el carácter prevalente de los derechos de los niños y niñas, establecido tanto en la normatividad y principios internacionales, como en el derecho propio, para el análisis del elemento objetivo, concluye la Sala que, en este específico caso, donde la víctima corresponde a una mujer, que es menor de edad, y que no pertenece a la comunidad indígena, y atendiendo las subreglas establecidas por la Corte Constitucional, esto es la (*S-xii*), que «*la titular del bien jurídico tutelado pertenece a la cultura mayoritaria*», por tanto, le corresponde al Estado a través de sus instituciones, prevenir, investigar y sancionar la situación de agresión sexual de la que ha sido objeto, por lo que la actuación en contra del agresor habrá de continuar ante la jurisdicción ordinaria..

5.4. Ahora bien, no desconoce la Sala que surge un conflicto entre el fuero del investigado, aquí accionante, para ser juzgado en el marco de su cultura, y los derechos de la víctima que no hace parte de la comunidad indígena; empero, haciendo una ponderación entre las prerrogativas del agresor y las de la ofendida que, como ya se clarificó, son prevalentes frente a los de cualquier persona o grupo social, por supuesto, debe primar el derecho de la niña atendiendo la normatividad expuesta, pues el «*a través de sus agentes, tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes*» (art. 11 L. 1098 de 2006).

5.5. De otro parte, si en gracia de discusión se pensara que, en todo caso, el bien jurídico tutelado pertenece tanto a la comunidad indígena, como al grupo mayoritario, tampoco hay lugar a concluir que pudiera enviarse el caso a la jurisdicción especial porque tal disposición se constituiría en una nociva forma más de discriminación por razones

de género y conllevaría al desconocimiento total de las prerrogativas de la víctima.

En este específico punto hace notar la Sala que, en el presente caso no se está desconociendo la autonomía de las comunidades indígenas para investigar y sancionar a través de sus normas de control social a los comuneros que las infrinjan, pues, en respuesta brindada por el gobernador del «*Cabildo Indígena La Gaitana*», al que pertenece el investigado, informó que esa comunidad cuenta con un «*sistema jurídico [que] tiene una estructura donde la máxima autoridad es la asamblea de la comunidad, legisla y según la gravedad del caso y en sección diferente puede sancionar (nasa wala) al igual que puede sancionar el cabildo como autoridad delegataria de la comunidad*»; con «*el comité de justicia quien actúa en primera instancia y en segunda instancia actúa el gobernador, demás cabildantes, exgobernadores y comunidad*»; que «*los encargados de investigar es el comité de justicia y de juzgar es la máxima autoridad que es la asamblea de la comunidad en conjunto con el cuerpo de cabildo, mediante las técnicas convencionales de valoración de la sana crítica, y a la luz de los principios y procedimientos de armonía, solidaridad, equilibrio, restablecimiento, restauración integral de la comunidad. Al igual que mediante cateo con los mayores y médicos tradicionales y seres que [los] guían y acompañan, terminando con pagamentos, ofrendas a los espíritus que afectan con los malos actos*»; que tienen definidos unos «*remedios*» (sanciones) y que «*en el momento se cuenta con un establecimiento acondicionado para cumplir condenas el cual tiene el nombre de Centro de Armonización*», de lo cual puede concluirse que existe una autoridad al interior de la comunidad de ese Cabildo, que cuenta con unos procedimientos tradicionales y una estructura comunitaria para investigar y sancionar las conductas punibles de sus comuneros.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, en la específica materia de delitos sexuales, no han tenido el conocimiento de ningún caso a la fecha, según lo corroboró el Gobernador del cabildo (ff. 287-

288), así como el capitán mayor (audio pieza procesal CD 1.); pero además, el sistema de juzgamiento que han establecido no contempla mecanismo alguno que vele por la protección de la víctima, en esos específicos casos, por lo que, de optar por asignar el conocimiento del trámite a dicha jurisdicción especial, itérase, conllevaría ir en contravía de los principios y derechos reconocidos tanto en la legislación internacional acogida por Colombia, como en la legislación interna que propende por la prevención, investigación, tratamiento y reparación integral a los niños y niñas víctimas de violencia sexual.

Tal afirmación se sustenta en el hecho de que el señor José Manuel Calatsú Fernández, capitán mayor autorizado por el Gobernador del Cabildo y quien compareció a la audiencia de acusación adelantada el 1° de agosto de 2016 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Silvia, a solicitar el envío de la actuación seguida en contra del encartado, José Rodolfo Guevara Cunacué, a la jurisdicción especial, y en la que rindió testimonio, al preguntársele, de forma puntual, si «*hay algún tipo de protección para la víctima no sólo eso sería en cuanto a reparación, y protección para la víctima*» manifestó expresamente que, «*bueno pues como nosotros manejamos digamos aquí de comunero a comunero en esta parte y es del sector campesino, nosotros ahí no podríamos decir de que los vamos a desproteger ni a proteger, ellos seguirían en su sitio, de su habitación, **pero no tendríamos como esa posibilidad de brindarles una unas garantías a ellos***» [se destaca], (min. 51:43.).

Se relieva, entonces, que tal autoridad indígena cuenta con las instituciones necesarias para investigar la ocurrencia de un hecho delictivo y de imponer un castigo a los responsables, pero, en tratándose de delitos sexuales, no cuentan al interior de la comunidad con mecanismos que propendan por garantizarle los derechos

fundamentales a la víctima, en especial, de brindarle el acompañamiento psicológico necesario para superar el trauma que este tipo de conductas le genera; de prevenir la revictimización que se presenta al tener que convivir con el agresor sin que se presente una garantía de no reincidencia; a llevar una vida libre de violencia; a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y a que tenga acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño a través de medios justos y eficaces.

6. En ese orden de ideas, no había lugar a disponer que la actuación penal fuera adelantada por la justicia especial, como lo determinó el juez constitucional *a quo*, por lo cual, se revocará la decisión de primer grado y, en su lugar se denegará el amparo.

7. De otro parte, conforme al parágrafo del artículo 11 de la Ley 1098 de 2006, el ICBF, «*como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (Ley 75/68 y Ley 7/79) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas*».

Por lo anterior, se dispondrá que el ICBF coordine con las instituciones competentes a fin de que le brinden la atención médica y terapéutica especializada a la menor [XX] que requiera con ocasión del ultraje del que fue víctima y efectúe seguimiento a la situación de la niña y a las condiciones que rodean su diario vivir y que rinda informe de tal al despacho de conocimiento

8. De conformidad con lo discurrido, se infirmará el fallo impugnado y, en su lugar, se negará el amparo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia de fecha y procedencia preanotadas y, en su lugar, **NIEGA** la tutela invocada.

No obstante se dispone que por secretaría se oficie al ICBF para que en su condición de ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, coordine con las instituciones competentes a fin de que le brinden la atención médica y terapéutica especializada a la menor [XX] que requiera con ocasión del ultraje del que fue víctima y efectúe seguimiento a la situación de la niña y a las condiciones que rodean su diario vivir y que rinda informe de tal al despacho de conocimiento.

Comuníquese telegráficamente lo resuelto en esta providencia a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA