



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP2910-2019

Radicación n.º 102755

(Aprobación Acta No. 58)

Bogotá D.C., cinco (05) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas, la acción interpuesta por el GOBERNADOR Y REPRESENTANTE LEGAL DEL R. I. P. T. D. I. DE C. (T), contra la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, con base en la decisión que resolvió el conflicto de jurisdicciones suscitado con ocasión del proceso penal radicado bajo el número 110010102000201801926 (en adelante: proceso penal 2018-01926).

Fueron vinculados como terceros con interés legítimo en el asunto las partes, autoridades e intervinientes del referido expediente.

Se dispuso la notificación de esta determinación a la niña H.Y.Y.C., para que si era su deseo ejercer el derecho fundamental que le asiste a ser escuchada directamente en los procedimientos judiciales que le afectan, se pronunciara sobre la acción instaurada.

Igualmente, en el trámite de esta acción constitucional se requirió al ciudadano EUSEBIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ para que, dada su condición de procesado, informara si por estos mismos hechos había presentado acción de igual naturaleza. Dentro del término brindado, este ciudadano efectuó el juramento previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.¹

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El GOBERNADOR Y REPRESENTANTE LEGAL DEL R. I. P. T. D. I. DE C.

¹ Folio 66.

(T), solicita el amparo de los derechos fundamentales colectivos al buen nombre, debido proceso, diversidad cultural, autonomía jurisdiccional e integridad étnica y cultural; los cuales considera han sido vulnerados a partir de la decisión emitida el 23 de agosto de 2018 por la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, mediante la cual resolvió el conflicto de jurisdicciones suscitado con ocasión del proceso penal 2018-01926, asignando la competencia a las autoridades de la Jurisdicción Penal Ordinaria.

El accionante censura que esa providencia judicial desconoció los precedentes jurisdiccionales que esta Corporación y la Corte Constitucional² han proferido, los cuales son de obligatorio cumplimiento.

Critica que la autoridad accionada no valoró en debida forma las declaraciones de la víctima y su progenitora, ni la situación del municipio de C., pues de hacerlo habría encontrado sin lugar a dudas que la territorialidad de los hechos presuntamente ocurridos correspondía a territorio indígena, con lo cual se cumplen los tres presupuestos para resolver los conflictos de competencia en favor de la Jurisdicción Indígena.

Al respecto explicó que:

Se desprende del proveído que todos los actores del presente caso viven tanto al interior del Resguardo como en al [sic] casco urbano

² CC T - 254 de 1994, T-292 de 2006, C-539 de 2011, C-366 de 2011, C-634 de 2011, T-002 de 2012, T-801 de 2012, T-489 de 2013, T-921 de 2013, SU-556 de 2014 y T-661 de 2015.

de C., pues se trasladan con frecuencia casi que constante de una a otra parte, situación que es normal en la actualidad dado que, tanto el casco urbano del Municipio como el territorio del Resguardo forman ambos parte de la vida y de comunidad indígena, ya que trabajan sus tierras de labor (Resguardo ubicado en el campo) y venden sus productos en el mercado municipal y gastan y celebran sus ingresos en el casco urbano de C., lugar donde algunos indígenas tienen viviendas propias, trabajan, registran y bautizan sus hijos, y reciben sus documentos de identidad, de cuya Alcaldía reciben sus participaciones de la Nación, donde votan y pueden ser elegidos como miembros de sus entes oficiales (Consejo, Juntas comunales Etc.); donde celebran fiestas tanto culturales propias como tradicionales del Municipio, Etc. Es decir, donde transcurre una gran parte de la vida social, económica y cultural de las diversas comunidades indígenas que habitan en el entorno territorial del Municipio de C., entre ellas la comunidad del Resguardo T. D. I.. (Sin el resaltado original).

Reprocha que las consideraciones presentadas en la decisión recurrida sobre la prevalencia de los derechos de los niños, no tuvieron en cuenta que los niños de las comunidades indígenas también son beneficiarios del artículo 44 de la Constitución Nacional, por lo que esta disposición ha debido aplicarse en armonía con las que establecen los derechos a la protección a la diversidad étnica y cultural (artículo 7), a la igualdad (artículo 13), a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (artículo 68) y a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246).

El accionante considera que se desconoció el deber del Estado de garantizar los derechos de los niños indígenas a brindarles una formación que respete y desarrolle su identidad cultural -«aprendizaje práctico de esta jurisdicción», la cual incluye que los casos jurisdiccionales que se presenten

sean adelantados según los usos y costumbres de las comunidades a las que pertenecen, los cuales prevalecen sobre las normas dispositivas.

Por estos motivos, solicita dejar sin efectos la decisión proferida por la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y que se disponga que la competencia para tramitar el proceso penal 2018-01926 sea asignada a las autoridades tradicionales del R. I. P. T. D. I. de C. (T), ordenando la remisión del expediente y el detenido, para que las Autoridades indígenas correspondientes adelanten la investigación pertinente y juzguen al ciudadano EUSEBIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ según sus usos y costumbres tradicionales.³

Como prueba aportó copia de la decisión censurada,⁴ de los exámenes psicológico y sexológico practicados a la niña H.Y.Y.C., del escrito de acusación proferido contra EUSEBIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ dentro del proceso penal 2018-01926 y el oficio mediante el cual se dispuso su traslado al resguardo para cumplir la medida de aseguramiento de detención preventiva que le fue impuesta por las autoridades judiciales de la Jurisdicción Ordinaria.⁵

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

1. La ciudadana M. M. C. de Y., madre de la niña H.Y.Y.C.,

³ Folios 1 a 9.

⁴ Folios 10 a 56.

⁵ Folios 85 vto. a 95.

solicitó denegar el amparo invocado porque de lo contrario el proceso penal 2018-01926 quedaría en la impunidad, pues *«...no contamos con el apoyo del resguardo y solo están a favor del señor Sánchez [quien] quiere que este delito sea tomado por la guardia indígena y no la Ley ordinaria de Colombia. Pero como he insistido en el Juzgado en audiencias pasadas que el delito fue cometido dentro y las afueras del casco urbano del Municipio de C.-T y no dentro del R. I. T. D. I.»*.⁶

Aportó como pruebas varias piezas procesales de otros procesos penales que se adelantan contra el ciudadano EUSEBIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ en la Jurisdicción Ordinaria.⁷

2. La Magistrada ponente de la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, solicitó denegar el amparo invocado por cuanto la decisión emitida fue acorde con el ordenamiento jurídico y las pruebas recaudadas. Destacó que en esa providencia fueron explicados con suficiencia los motivos por los cuales lo procedente es asignar la competencia del proceso penal 2018-01926 a la Jurisdicción Ordinaria.⁸

3. La Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior aportó certificación que acredita que el accionante es el Gobernador y representante legal del R. I. P. T. D. I. de C. (T). Solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.⁹

4. Las demás autoridades, partes e intervinientes del

⁶ Folio 99.

⁷ Disco compacto 1.

⁸ Folios 101 a 110.

⁹ Folios 112 a 115.

proceso penal 2018-01926 guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 8 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, esta Sala es competente para resolver la acción de tutela interpuesta por el GOBERNADOR Y REPRESENTANTE LEGAL DEL R. I. P. T. D. I. DE C. (T) contra la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

Sobre el particular, el problema jurídico que convoca a la Sala consiste en establecer si contra la decisión que resolvió el conflicto de jurisdicciones suscitado con ocasión del proceso penal 2018-01926, se configuran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales y, en consecuencia, debe concederse el amparo invocado.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

Como ha sido recurrentemente recordado por esta Sala, la acción constitucional de tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para la parte accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte

Constitucional.

Por este motivo, y como ha sido desarrollado por la Doctrina constitucional, la acción de tutela contra providencias judiciales exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que hayan sido agotados 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, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales de la parte accionante.
- e. Que la parte accionante 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.
- f. Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida *«...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta»*.

En punto de las exigencias específicas, como fue recogido en la sentencia C-590 de 2005, han sido establecidas las que a continuación se relacionan:

- a. *Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.*
- b. *Defecto procedimental absoluto...*
- c. *Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
- d. *Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹⁰ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;*
- e. *Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*
- f. *Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en*

¹⁰ CC T-522 de 2001.

esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

- g. *Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado* ^[11].
- h. *Violación directa de la Constitución.* [Como fue desarrollado en la sentencia SU-198 de 2013, esta se configura (i) cuando el juez resuelve dejando de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto, -«(a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución»-; o (ii) aplica la ley al margen de las disposiciones constitucionales].

Queda entonces claro que en atención a la fuerza normativa de la cosa juzgada y al respeto de la autonomía judicial, la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando se dirige a cuestionar una decisión judicial, tiene carácter excepcional, y su prosperidad está atada a que se cumplan los requisitos de procedibilidad anteriormente enunciados. De manera que quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

Análisis del caso concreto.

- **Verificación del cumplimiento de requisitos**

¹¹ « Cfr. Sentencias T-462 de 2003 ; SU-1184 de 2001 ; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001. »

formales y generales de procedencia.

En atención a los criterios presentados, en primer lugar, la Sala revisará si en el caso concreto se cumplen los requisitos generales de procedencia:

- *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.* Este requisito se cumple por cuanto se solicita el amparo de derechos fundamentales y la protección directa de valores constitucionales, como lo son la prevalencia de los derechos de los niños y la diversidad y pluralismo, garantizados a través de la Constitución Nacional y los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por una parte, la niña H.Y.Y.C. reconocida como víctima dentro del proceso penal 2018-01926, al ser menor de edad es ciudadana titular de derechos fundamentales y prevalentes, como lo dispone el artículo 44 de la Constitución Nacional, el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño y la Opinión consultiva OC-17 de 28 de agosto de 2002 proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, los artículos 1, 7 y 246 de la Carta Política y el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo «*Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*», reconocen la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y la existencia de una jurisdicción especial para los pueblos indígenas.

- *Que hayan sido agotados todos los medios -ordinarios y*

extraordinarios- de defensa judicial, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. En relación con este requisito, la Sala mediante decisión STP3936-2018 emitida el 06 de marzo de 2018 dentro del radicado 97002, indicó que el trato diferencial y la competencia para procesar ciudadanos indígenas, son asuntos que deben definirse en la vía ordinaria, mediante los recursos previstos constitucional y legalmente para ello.

Se trata del incidente previsto en la Constitución Nacional para dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y de la garantía establecida en la jurisdicción ordinaria para que el proceso penal cuente con el acompañamiento de las Autoridades indígenas de la comunidad a la que pertenece el procesado, quienes deberán ser consultadas en asuntos como la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

En ese sentido, se evidencia que el accionante interpuso los recursos con los que contaba porque promovió el conflicto de jurisdicciones y en el marco del proceso penal 2018-01926 tiene a cargo el cumplimiento de la medida de aseguramiento de detención privativa que fue le fue impuesta al ciudadano EUSEBIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ.

- *Que se cumpla el requisito de la inmediatez.* La Sala, atendiendo el criterio del *plazo razonable*,¹² constata que este se cumple porque el amparo fue solicitado antes que operaran los seis meses, contados a partir de la expedición

¹² Cfr. CC T-243 de 2008 y T-328 de 2010.

de la decisión censurada.

- *Identificación razonable de los hechos que generaron la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.* Se evidencia que el motivo de inconformidad de la accionante es que la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA haya resuelto el conflicto de jurisdicciones desconociendo los precedentes jurisdiccionales proferidos por los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Penal y de la Jurisdicción Constitucional, los cuales son de obligatorio cumplimiento.

- *Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela.* Este requisito se cumple porque la decisión censurada fue proferida por la autoridad competente para resolver los conflictos entre jurisdicciones.

Es así como la Sala advierte que la solicitud de amparo cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

- ***Estudio de fondo sobre el cumplimiento las causales especiales de procedencia.***

En segundo lugar, la Sala procede a revisar la decisión emitida por la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, con el fin de establecer si se configura alguno de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1. Es así como se observa que, para resolver el conflicto planteado, la autoridad accionada presentó los cuatro elementos a partir de los cuales revisaría el caso: personal, territorial, institucional y objetivo.

1.1. El *elemento personal* lo halló satisfecho porque a partir de las pruebas recaudadas se constata que el procesado y la víctima son comuneros del R. I. P. T. D. I. de C. (T) y han sido incluidos en los censos que allí se han realizado.

1.2. En relación con el *elemento territorial*, a pesar que reconoció que *«Se trata entonces de una noción la cual no se agota en el aspecto físico-geográfico sino que abarca el aspecto cultural, ello implica que excepcionalmente, pueda tener un efecto expansivo»*, finalmente consideró que este no se cumplía porque *«...la conducta fue cometida en el municipio de C. – T, y el R. I. T. D. I., está ubicado en jurisdicción de la vereda de T. D., Inspección de Policía de L. T., Municipio de C. – Departamento del T (fls. 103 a 111 c.o.), es decir en una de las vederas [sic] del Municipio, aunado a lo cual la madre de la víctima, indicó que si bien el Resguardo queda en C., los hechos “ocurrieron el pueblo y no en el campo”, que es donde queda el Resguardo, circunstancia que desde ya permite colegir que los hechos materia de investigación no se registraron dentro de la zona geográfica de la comunidad aborígen»*.

1.3. Respecto al *elemento orgánico o institucional*, indicó que lo valoraría a partir de los componentes presentados en la sentencia T-552 de 2013, a saber:

- (i) usos y costumbres, autoridades tradicionales, y procedimientos propios para adelantar un juicio en la comunidad indígena concernida;*
- ii) la acreditación de cierto poder de coerción en cabeza de las*

comunidades indígenas para aplicar la justicia propia. Además, este elemento tiene relación con

(iii) la protección del derecho fundamental al debido proceso del investigado, y

(iv) la eficacia de los derechos de las víctimas.

Con el propósito de valorar estos aspectos, la autoridad accionada solicitó al R. I. P. T. D. I. de C. (T) le informara lo siguiente:

- *“Cuáles son las reglas para resolver conflictos por agresiones sexuales entre familiares integrantes del Cabildo Indígena.*
- *Cuáles son las sanciones para el comunero que comete un acto contra la libertad sexual de otro miembro de la comunidad.*
- *Quien ejerce la función de acusación y juzgamiento en el Resguardo*
- *Como se ejerce y a través de quien la defensa de los acusados (indígenas).*
- *Indicar en forma clara si la conducta por la que se investiga al comunero EUSEBIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, se encuentra consagrada como delito y sancionada en el Reglamento Interno del Resguardo.*
- *Cuales son garantías de las víctimas y su grupo familiar, cuando se presenta una conducta atentatoria de la libertad sexual, por parte de otro miembro de la comunidad.*
- *Cuáles son las medidas de protección que tiene establecidas la comunidad cuando un menor es víctima de la conducta de otro comunero del resguardo, miembro de su mismo grupo familiar, y cómo están garantizadas esas medidas de protección a las víctimas*
- *En caso de la 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.*
- *Cuáles serían las sanciones para quien comete una conducta contra la libertad sexual de un miembro de su familia menor de edad y en caso de que se imponga alguna sanción al infractor, quien la ejecuta y en qué lugar se cumple.*
- *Cuáles serían las sanciones para quien comete una conducta*

contra la libertad sexual de un miembro de su familia menor de edad y en caso de que se imponga alguna pena al infractor, cuáles son las medidas coercitivas para que la sanción se cumpla.

• *Remítase el Plan de Vida del R. I. T. D. I. de C. – T, en caso de que sea diferente de los Estatutos de la Comunidad que ya fueron aportados con la solicitud de entrega del señor SÁNCHEZ SÁNCHEZ”. (fls. 5 a 8 c.o.). (Textual).*

En respuesta el ahora accionante respondió:

“- Que un comunero o comunera informe verbal (valor de la palabra) o por escrito la situación o acto en contra de un miembro de la comunidad agredido – agredida.

- Si es menor de edad remitir de parte del convite de conciliación y Justicia la orden inmediata para exámenes médico forenses y psicológicos pertinentes de la víctima con autorización y acompañamiento de sus padres junto con miembros de la guardia Indígena.

- Reparar por parte de la comunidad y el convite de conciliación y justicia la responsabilidad de los padres o quien haga su custodia frente a la crianza del agredido o agredida, vida ecomunitaria y social de los padres o de quien haga de custodia.

- Reparar por parte de la comunidad y el convite de conciliación y justicia la vida ecomunitaria y social del presunto agresor.

- Si la agresión sexual es con mayor de edad, seguir los hilos conforme a la situación (exámenes médico forenses y psicológicos) y brindar protección a la víctima por parte de la Guardia Indígena si es solicitada.

-Tener en cuenta por parte del convite de conciliación y justicia los resultados de los exámenes medico forenses y psicológicos emitidos por el ente legal y profesional y que sean aportados por los padres o quien haga sus veces al convite conciliador y justicia Güimba custodiada.

- Citar a las partes involucradas en ejercicio del comisario con acompañamiento de la Guardia Indígena.

- Si una de las partes no se hace presente en la primera citación, se le realizara la segunda citación obligatoria la asistencia. Ya que la guardia Indígena hara operante sus ejercicio.

- En caso de que el comunero o comunera se evada de la comunidad
- Resguardo se emitirá orden de captura indefinida en tejido de autoridades de otras comunidades Indígenas o de la ley ordinaria dado el caso extremo para que sea entregado o entregada o nuestra jurisdicción.

- Aplicación Inmediata de lo establecido en los estatutos, teniendo en cuenta usos y costumbres, la autonomía, el autogobierno y la autodeterminación en fundamento de la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) y su fuero especial.”

Con base en lo anterior, afirmó que en su legislación Indígena predomina el derecho consuetudinario, y conforme sus usos y costumbres, consideran que la privación de libertad de un procesado o condenado nada soluciona, y tampoco ha disminuido la cantidad de delitos cometidos contra menores de edad, no solo por integrantes de comunidades indígenas, sino también por integrantes de la sociedad Colombiana, agregando que creen en la Justicia restaurativa, y por sobre en la Justicia Indígena. La cual es más antigua que la justicia ordinaria, pues antes de la llegada de los Españoles ya se aplicaban de manera efectiva sus usos y costumbres, y por el contrario la intervención de la Jurisdicción Ordinaria, ha disminuido su autonomía, pese a que ellos están en plena capacidad de dirimir sus conflictos al interior de la comunidad indígena.

Asegurando además que en el “capítulo IX Faltas y delitos, artículo 25”, se consigna de manera puntual que se consideran faltas y delitos de acuerdo a su tradición y costumbres; las siguientes: numeral 1 Desacato manifiesto a las leyes del derecho interno y a las autoridades tradicionales indígenas, numeral 7. El maltrato verbal o físico a la autoridad o a miembros de la comunidad y numeral 8. El abuso de autoridad; y además en el capítulo VIII, artículo 23 numeral 5 se indica que “Toda persona que cometa hurto o estafa, violación u homicidio será castigado de acuerdo a la LEY INDIGENA. LEY 89 de 1890”

Respecto de las sanciones para el comunero que cometa un acto contra la libertad sexual de otro miembro de la comunidad, indicaron que según el artículo 24, quien cometa una de las faltas indicadas en el artículo 23, es sancionado con i) Amonestación en privado, ii) amonestación en presencia de la comunidad en general organizada, iii) destitución temporal o definitiva del cargo que

desempeña, iv) detención transitoria hasta por 24 horas, v) multa que será efectiva de los proyectos que participe, vi) Trabajo en obras de interés público, vii) Arresto hasta por 5 días, viii) expulsión definitiva de la comunidad, ix) entrega a la Ley ordinaria.

Respecto de la función de acusación y juzgamiento en el Resguardo, indicó que “Existe un convite de Conciliación y Justicia, ellos en cabeza del Gobernador y la directiva inician el proceso, hasta llegar a la asamblea en general como máxima autoridad, donde es operante la Guardia Indígena”, agregando que en la comunidad se aplican sus usos y costumbres, sin que exista una fase de acusación y juzgamiento, como la establecida en la ley 906 de 2004, pese a lo cual la comunidad indígena, respeta el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de contradicción y defensa, y las decisiones se toman una vez se agota la etapa probatoria por la Asamblea General, que es la máxima autoridad en la comunidad indígena, y las decisiones se materializan con la coercitividad de la guardia indígena.

Con relación a las garantías de las víctimas y su grupo familiar, cuando se presenta una conducta atentatoria de la libertad sexual, por parte de otro miembro de la comunidad, precisó que en el capítulo V, artículo 13, se establecieron como funciones de la comunidad “7. Fijar la política general de la organización de acuerdo a la tradición, usos y costumbres y 10. Asesorar al Resguardo en los problemas y conflictos externos de carácter particular o público junto con el comité de conciliación”, aunado a lo contemplado en el capítulo VI, artículo 14, donde se indicaron de manera puntual las funciones del Resguardo Indígena como Autoridad de la comunidad, así: “Numeral 1. Resolver y dirigir los asuntos de la comunidad. Numeral 2. Cumplir y ejecutar los acuerdos, resoluciones, tareas y órdenes que nos trace el derecho interno. Numeral 3. Recibir las quejas, denuncias, demandas y solicitudes de los miembros de la comunidad y dar solución mediante el procedimiento establecido para cada caso, 4. Impartir justicia de acuerdo con el derecho interno y que no sea contrario a la constitución y las leyes. Numeral 15. Establecer contactos con las instituciones del gobierno nacional, departamental y municipal para coordinar y concertar actividades que propendan por el beneficio y bienestar de la comunidad en general....”, concluyendo que ellos aplican la justicia restaurativa, garantizando el debido proceso al implicado, e igualmente garantizando el restablecimiento y

resarcimiento de derechos a las víctimas, aplicando los principios, de verdad, justicia, reparación y no repetición.

Y como medidas de protección establecidas por la comunidad cuando un menor es víctima de la conducta de otro comunero del resguardo, miembro de su mismo grupo familiar y garantía de esas medidas de protección a las víctimas, indicó que “En estos casos, y como nuestro resguardo es de considerable extensión, se aparta al infractor y se confina en un lugar determinado y se garantiza la integridad física, psicológica de la víctima, contamos con un grupo de guardia indígena que presta seguridad las 24 horas, para evitar fuga del infractor penal, como la protección a la víctima, - como sucede en la Jurisdicción Ordinaria con la fuerza pública”.

En el caso de la reiterada incursión en una conducta por parte de un miembro de su comunidad, indicó que se considera falta el “Desacato manifiesto a las leyes del derecho interno y a las autoridades tradicionales Indígenas”, por lo que la reincidencia, implica para este caso la expulsión definitiva de la comunidad y entrega a la Jurisdicción Ordinaria, precisando que en casos de reiterada conducta sexual nociva, se aplicará un aumento severo en las medidas correctivas.

Reiterando que quien cometa una conducta contra la libertad sexual de un miembro de su familia menor de edad, tiene como castigo las sanciones ya manifestadas y agregando que “las penas que imponemos cuando no encuentran aplicación en nuestros usos y costumbres, acudimos a las penas impuestas en la Legislación Penal Colombiana - Ley 599 de 2000”; y en caso de que se le imponga alguna sanción al infractor, precisó que cuentan con la guardia Indígena conformada por integrantes de la comunidad que residen en el Resguardo, quienes “son ojos avizores de los movimientos de los procesados o condenados, igual la persona que se encuentre privada de libertad, debe estar en lugar determinado, bajo la custodia de la guardia indígena.”

Finalmente indicó que si bien la normatividad del Resguardo no se rige por reglas escritas, sino por los usos y costumbres, ello no implica impunidad, pues sus leyes existen y son aplicadas por la Autoridad Tradicional del Resguardo, y por ello cuando un comunero o comunera informa a la Autoridad tradicional (Cabildo) verbalmente o por escrito sobre la posible comisión de una agresión sexual, este cita inmediatamente al “CONVITE DE CONCILIACIÓN

Y JUSTICIA”, para iniciar la correspondiente investigación, enviando a la presunta víctima a exámenes médico forenses y psicológicos con acompañamiento y autorización de sus padres, y miembros de la Guardia Indígena, iniciado además una investigación al interior de la familia, para conocer sus costumbres y actividades, para establecer la verdad de los hechos, y simultáneamente estudia e investiga la vida del presunto agresor y sus antecedentes, aseverando que la función de acusación y juzgamiento la ejerce el referido Convite, y luego la asamblea general como máxima autoridad asume la responsabilidad en cabeza de los mayores como abogados naturales, acudiendo en ocasiones a la asesoría y apoyo de los abogados que destina la Defensoría del Pueblo, el programa de representación de indígenas; - o agremiaciones indígenas como la ONIC, - Gobierno Mayor, CRIT, ACIT, FICAT, ARIT, y las decisiones de condena o absolución, se toman según los disponga la Asamblea General, integrada por la mayoría de integrantes de la comunidad indígena, previa verificación del quórum. (Textual).

Con base en esta información, la autoridad accionada consideró que aunque la comunidad indígena que reclama la competencia se rige por sus *usos y costumbres*, no cuenta con «...una tipología penal clara para conductas como las que aquí se investiga, pues solamente hablan del delito de violación, ni mucho menos, el procedimiento del juicio» (Textual).

1.4. Finalmente, en cuanto al *elemento objetivo*, indicó que este no se cumple porque al valorarlo desde la gravedad de la conducta, se advierte que «...no obstante la integridad personal y libertad sexual ser [sic] bienes jurídicos que hacen parte de un consenso intercultural; **al recaer la conducta de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado en una niña de once años, sobrina de la esposa del agresor, quien además labora como docente al interior de la comunidad indígena**, no hay duda que el comportamiento examinado adquiere notoria gravedad dada la cláusula de prevalencia Superior de sus derechos, aspecto este que sugiere,

además de las fórmulas examinadas, la salvaguarda de intereses de superior jerarquía representados en los derechos de los niños, reconocidos por todos los tratados de derechos humanos, a los cuales ha adherido el Estado Colombiano y desarrollado entre otras preceptivas en la citada Ley 1098 de 2006; y ante lo cual la Corte Constitucional ha fijado reglas de interpretación en la sentencia T- 811 de 2004, de cara a la pluralidad de ordenamientos jurídicos» (Textual).

En este punto, la autoridad accionada indicó que se apartaba de la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, pues *«...el interés superior de proteger los derechos fundamentales del menor es 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, de donde la obligación de asistencia y protección se encamina a garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndosele tal responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado -Nación, los cuales participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos; ello sin perjuicio del pluralismo cultural y jurídico» (Textual).*

1.5. Además de los cuatro criterios expuestos, la autoridad accionada indicó que el caso ameritaba la presentación de algunas consideraciones sobre la prevalencia de los derechos de los niños y la perspectiva de género en las decisiones judiciales, pues *«...debe armonizarse esta decisión con la especial protección que requiere la víctima del delito que se investiga en el presente caso, en su calidad de mujer».*

Por ese motivo, citó varias disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia, de la Ley 1236 de 2008 y algunos apartes del fallo de tutela proferido el 23 de noviembre de 2016 dentro del radicado número

68001110200020160408001, en el cual se presentó una definición de «género», los principales instrumentos jurídicos que se han desarrollado a la luz de esa perspectiva y las categorías en relación con las cuales encaja el caso.¹³

2. Con ocasión de la presente acción constitucional, la autoridad accionada se ha mantenido en que la decisión censurada se corresponde con el ordenamiento jurídico; mientras que, para el GOBERNADOR Y REPRESENTANTE LEGAL DEL R. I. P. T. D. I. DE C. (T), critica que se trata de una decisión que no tuvo en cuenta que los derechos de los niños pueden armonizarse con la autonomía jurisdiccional e integridad étnica y cultural, pues el proceso penal 2018-01926 puede constituirse en una oportunidad para que los integrantes del R. I. P. T. D. I. de C. (T), especialmente los niños, hagan parte de un proceso de formación que respete y desarrolle su identidad cultural, pues el caso sería adelantado según los usos y costumbres de su comunidad.

3. Sobre el particular, la Sala encuentra que le asiste razón al accionante, pues encuentra que la autoridad accionada no realizó una adecuada valoración del caso, con lo cual se configuraron los requisitos específicos de procedibilidad de «defecto fáctico», «defecto sustantivo», «violación directa de la Constitución Nacional» y «desconocimiento del precedente».

3.1. Es así como a partir de las pruebas recaudadas, se evidencia que el GOBERNADOR Y REPRESENTANTE LEGAL DEL R. I.

¹³ 1. Derecho a la no discriminación -Igualdad y no discriminación; 2. Derecho a la vida sin violencia -Violencia Sexual; 3. Derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad -Niñas y adolescentes.

P. T. D. I. DE C. (T) acreditó con suficiencia que su comunidad sí cuenta con una institucionalidad capaz de adelantar el proceso penal 2018-01926 de conformidad con sus usos y costumbres; que la conducta por la que EUSEBIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ está siendo enjuiciado sí es sancionable, pues se corresponde con un acto que atenta contra la libertad sexual; y que la comunidad cuenta con medidas de protección en favor de la víctima.

En ese sentido, la autoridad accionada incurrió en un *defecto fáctico* cuando a pesar que reconoció que el R. I. P. T. D. I. de C. (T) no se rige por reglas escritas, sino por sus usos y costumbres, los cuales presentó en extenso, finalmente consideró que los actos sexuales abusivos no son sancionables porque «...no indicaron una tipología penal clara para conductas como las que aquí se investiga, pues solamente hablan del delito de violación, ni mucho menos, el procedimiento del juicio».

La Sala encuentra que hace parte de una perspectiva etnocéntrica el pretender valorar la eficacia del proceso de investigación y juzgamiento con el que cuenta el R. I. P. T. D. I. de C. (T), a la luz de las normas y procedimientos de la sociedad mayoritaria. Se trata de una valoración que resulta contraria a los principios de diversidad y pluralismo garantizados en la Constitución Nacional, los cuales irradian la administración de justicia (artículo 246).

Si la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA hubiese valorado las pruebas que decretó, habría advertido que la conducta reprochada sí es considerada ilícita en la comunidad, que se considera de tal

gravedad que puede incluso llegar a ser sancionada con la expulsión de la comunidad, y que para su investigación y juzgamiento en la comunidad involucrada existe un sistema propio en el que se propende por la participación activa de la víctima y su núcleo familiar, y los demás comuneros.

En línea con lo anterior, la decisión censurada omitió indicar porqué aunque hay pruebas sobre la conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en material de resolución de conflictos, en razón de lo cual ha debido aplicarse la regla según la cual «*A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía*», finalmente resolvió asignar la competencia a la Jurisdicción Ordinaria.

Se trata de un *defecto sustantivo* porque la autoridad accionada ha debido presentar las motivaciones a partir de las cuales considera que los usos y costumbres del R. I. P. T. D. I. de C. (T) desconocen o vulneran los derechos de las niñas víctimas de violencia sexual.

Desde esa óptica, y teniendo en cuenta que la perspectiva de género implica analizar las relaciones sociales como una construcción cultural (identidades, roles, valores, normas de comportamiento), a partir de la diferencia sexual biológica, y como una relación social asimétrica entre hombres y mujeres,¹⁴ si la autoridad accionada tenía dudas sobre los derechos de las niñas víctimas de conductas que atentan contra la libertad sexual, ha debido solicitar la información

¹⁴ MEERTENS, Donny. *Reflexiones éticas, metodológicas y conceptuales sobre la investigación en desplazamiento y género*. En: Bello, Martha Nubia (editora), *Investigación y Desplazamiento Forzado*, Red Nacional de Investigadores sobre Desplazamiento Forzado Interno — REDIF — Bogotá, Colombia. 2006. Pág. 112.

que considerara necesaria al GOBERNADOR Y REPRESENTANTE LEGAL DEL R. I. P. T. D. I. DE C. (T), pues de aquella que fue aportada no es posible inferir que estos no se respetan o garantizan.

Por el contrario, la Sala considera que al indicar que en su comunidad se aplica la *justicia restaurativa*, el accionante demostró que el sistema con el que cuenta el R. I. P. T. D. I. de C. (T) busca no solamente la reparación de las víctimas sino su empoderamiento en la reconstrucción y fortalecimiento del tejido social.

Se insiste sobre que, en caso de dudas sobre el rol de las mujeres menores de edad y víctimas, la autoridad accionada pudo requerir la información que considerara necesaria para la resolución del conflicto, pues en cumplimiento del deber que le asistía de valorar el caso desde un *enfoque diferencial*, no podía dar por sentados aspectos que necesariamente varían en razón de la diferencia cultural y étnica.

3.2. Los yerros presentados a su vez derivaron en el desconocimiento de los preceptos y garantías constitucionales establecidos para los ciudadanos pertenecientes a comunidades indígenas, y la abundante jurisprudencia que la Corte Constitucional y esta Corporación han desarrollado al respecto.¹⁵

Así, los artículos 1, 7 y 246 de la Constitución Nacional, disponen lo siguiente:

¹⁵ Recogida principalmente en las sentencias CC T-921 de 2013 y CSJ SCP SP9243-2017 (Rad. 47119).

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

...

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

...

ARTICULO 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. (Resaltado fuera del texto original).

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena es la manifestación de los valores constitucionales de diversidad y pluralismo, por lo que su ejercicio se constituye en la manifestación de la autonomía reconocida a estas comunidades, la cual encuentra como límites sólo aquellas disposiciones constitucionales y legales que protejan un valor superior a la principio de diversidad étnica y cultural.¹⁶

En ese sentido, en lo que concierne al tratamiento de personas indígenas en el marco de procesos penales adelantados en la jurisdicción ordinaria, a las autoridades les asiste el deber de respetar y garantizar los derechos de los involucrados, atendiendo sus particulares condiciones.

¹⁶ Cfr. CC T-254 de 1994.

Se trata de un deber que se desprende de obligaciones internacionales, y que guarda relación con el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reiterativa en señalar que una manera en que los Estados garantizan el derecho de acceso a la administración de justicia de sus ciudadanos que son indígenas es aplicando un *enfoque diferencial* a sus actuaciones, de manera que en estas sean tenidas en cuenta sus particularidades propias y aquellas derivadas de su pertenencia a una comunidad.

En la sentencia proferida el 31 de agosto de 2010 dentro del caso «*Rosendo Cantú y otra Vs. México*», ese Tribunal internacional reiteró:

184. Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial

vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”. Además, el Tribunal ha señalado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”.

Esta obligación también se desprende del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual prevé la adecuación del ordenamiento jurídico para garantizar los derechos y libertades:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Se trata de una garantía que también está contenida en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo «Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes»:

Artículo 8

- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*
- 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*
- 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá*

impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. 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 recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Se trata de consideraciones que van en línea con lo expresado por esta Corporación en la sentencia SP9243-2017 proferida el 28 de junio de 2017 dentro del radicado 47119, respecto a que «...se debe evaluar cuál es la decisión que mejor defiende la autonomía indígena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas, estos dos últimos, bajo la perspectiva de la diversidad cultural».

Dado que ese valor constitucional no conlleva el desconocimiento del que hace prevalecer los derechos de la niña H.Y.Y.C., pues como se dijo, la *justicia restaurativa* es un enfoque que permite armonizar estos valores porque propende por la participación activa de la víctima y por ende su consolidación como sujeto titular activo de derechos, además que el accionante demostró que el caso se constituye en una oportunidad de promover la apropiación cultural de los niños que integran su comunidad, la Sala constata que contra la decisión proferida por la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA proceden las causales especiales de procedibilidad de «*defecto fáctico*», «*defecto sustantivo*», «*violación directa de la Constitución*» y

«desconocimiento del precedente», siendo procedente el amparo invocado.

4. En consecuencia, la Sala concederá el amparo y ordenará a la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA que resuelva nuevamente el conflicto de jurisdicciones suscitado con ocasión del proceso penal radicado bajo el número 110010102000201801926, a la luz de los criterios que tan juiciosamente reseñó, garantizando la autonomía indígena, el debido proceso y los derechos de la víctima, estos dos últimos desde la perspectiva de la diversidad étnica y cultural, de conformidad con el marco jurídico aplicable.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 3, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales colectivos del R. I. P. T. D. I. de C. (T), por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la decisión emitida el 23 de agosto de 2018 por la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, mediante la cual resolvió el conflicto de jurisdicciones suscitado con ocasión del proceso penal

110010102000201801926.

TERCERO. ORDENAR a la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA que dentro de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda a resolver el conflicto de jurisdicciones suscitado con ocasión del proceso penal radicado bajo el número 110010102000201801926, conforme a las consideraciones presentadas en esta providencia, esto es, adoptando la decisión que mejor defienda la autonomía indígena, el debido proceso del acusado y los derechos de la víctima, estos dos últimos, bajo la perspectiva de la diversidad cultural.

CUARTO. Como medida de protección de la intimidad de la niña involucrada, ORDENAR a la Relatoría que suprima de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre, el de sus familiares, el del Resguardo del cual es comunera, del municipio donde se ubica, y cualquier otro dato e información que permita conocer su identidad.

QUINTO. NOTIFICAR a los sujetos procesales por el medio más expedito el presente fallo, informándoles que puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes, contados a partir de su notificación.

SEXTO. Si no fuere impugnado, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

**Rad. 102755
SALVAMENTO DE VOTO**

Con el respeto debido, me permito salvar el voto a la decisión adoptada en el asunto con radicación 102755 en la cual se dispone tutelar los derechos fundamentales “*colectivos del R. I. «P. T. D. I. de C. (T)»*”.

La decisión que adopta la Sala Mayoritaria califica como equivocada la providencia del Consejo Superior de la Judicatura en la que se pronunció sobre el conflicto de

jurisdicciones suscitado entre el Juzgado Penal del Circuito de El Guamo (T) y el R. I. T. D. I. de C., en concreto, porque contrario a la inferencia de la autoridad accionada, se indica que el Gobernador del Resguardo acreditó que esa comunidad si cuenta con una *«institucionalidad capaz de adelantar el proceso penal»*.

Sin embargo, las consideraciones plasmadas en el fallo del cual ahora discrepo, hacen alusión, exclusivamente, al componente *institucional* que, en efecto, tiene preeminencia, pero **únicamente** cuando se verifiquen “*satisfechos los demás factores*” que habilitan la competencia de la justicia indígena (personal, territorial y objetivo), como dijo la Sala de Casación Penal en sentencia CSJ SP9243 – 2017 y lo reiteró esta Sala de Decisión de Tutelas en reciente fallo CSJ STP10868 – 2018, en el siguiente sentido:

... admitir esa diversidad como fundamento para atribuir jurisdicción a las comunidades étnicas para que, dentro de sus territorios, sean las autoridades tradicionales quienes investiguen y juzguen a los miembros de su comunidad en razón a la pertenencia de la misma, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es reconocer y preservar sus costumbres, valores e instituciones, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico Nacional.

*También en CSJ SP, 12 mar 2014, rad. 42287, y SP, 11 nov. 2015, rad. 46556, se destacó que tratándose de hechos graves que atenten contra bienes jurídicos de interés para la cultura mayoritaria, como para determinada comunidad indígena, **el elemento institucional, satisfechos los demás factores, adquiere preeminencia para definir el conflicto de jurisdicciones**, sin que resulte determinante el hecho de que la justicia indígena contemple un castigo distinto a la pena de prisión*

fijada por el legislador.

Aunque en la providencia cuestionada, es breve la argumentación que frente al referido factor *institucional* u *orgánico* elaboró el Consejo Superior de la Judicatura, de todas maneras había descartado que se verificara el elemento *territorial* por lo cual, no podría cobijarse al procesado con el *fuero indígena*, con base en que:

*... conforme a las pruebas allegadas, la conducta fue cometida en el municipio de C. – T, y el R. I. T.D. I., está ubicado en jurisdicción de la vereda de T. D., Inspección de Policía de los T., Municipio de C. – Departamento del T..., es decir en una de las veredas (sic) del Municipio, aunado a lo cual la madre de la víctima, indicó que si bien el Resguardo queda en C., los hechos “ocurrieron en el pueblo y no en el campo”, que es donde queda el Resguardo, circunstancia que permite colegir que **los hechos materia de investigación no se registraron dentro de la zona geográfica de la comunidad aborígen.***

También echó de menos el cumplimiento del componente *objetivo*, frente al cual advirtió:

*... no obstante la integridad personal y libertad sexual ser bienes jurídicos que hacen parte de un consenso intercultural; al recaer la conducta de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado en una niña de once años, sobrina de la esposa del agresor, quien además labora como docente al interior de la comunidad indígena, **no hay duda que el comportamiento examinado adquiere notoria gravedad dada la cláusula de prevalencia Superior de sus derechos**, aspecto este que sugiere, además de las fórmulas examinadas, la salvaguarda de intereses de superior jerarquía representados en los derechos de los niños, reconocidos por todos los tratados de derechos humanos, a los cuales ha adherido el Estado Colombiano...*

Ahora bien, la decisión que adopta la Sala Mayoritaria calificó como vía de hecho la providencia del Consejo

Superior de la Judicatura, por cuenta del análisis que hizo, **exclusivamente**, en punto del componente *institucional*.

Pero **no se rebaten** los razonamientos que expuso la Corporación demandada en cuanto al incumplimiento del elemento *territorial* por razón de que «*los hechos materia de investigación no se registraron dentro de la zona geográfica de la comunidad aborígen*».

Igual sucedió frente al factor *objetivo*. Tampoco analizó si resultaba o no atinada la postura de la autoridad accionada en ese aspecto, menos aun cuando en su análisis, el Consejo Superior estimó necesario inclinar la balanza del conflicto hacia la jurisdicción ordinaria, porque de los derechos confrontados, indudablemente, es prevalente el del interés superior de la menor víctima del delito sexual.

Nada dijo la Sala Mayoritaria sobre el concienzudo análisis de la Colegiatura accionada al respecto, ni frente a los amplios razonamientos que la llevaron a definir que, en este caso, la garantía de autonomía de los pueblos indígenas debía ceder porque resultaba necesaria la protección de un derecho fundamental de rango superior en cabeza de una menor de edad.

Con la decisión adoptada por la Sala, se desconocen diversas disposiciones supranacionales que exigen a los Estados, al momento de adoptar sus decisiones, considerar **el interés superior del menor**.

A manera de ejemplo, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 e incorporada al ordenamiento colombiano mediante Ley 2 de 1991 expuso, 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»**.

Ese mismo texto normativo dispuso, en su art. 19, 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»*.

También la Sala de Casación Penal ratificó ese mandato, en sentencia CSJ SP6759 – 2014 cuando expuso lo siguiente:

La protección constitucional a los derechos de las víctimas no tiene excepciones en el ámbito nacional, se extiende a todo el territorio, máxime cuando las víctimas de los comportamientos delictivos son mujeres, respecto de quienes, conforme al artículo 43 de la Carta Política, no puede existir ningún tipo de discriminación; peor aún si son niños, cuyos derechos prevalecen en el orden

*interno, según el artículo siguiente superior, de suerte que **so pretexto de privilegiar los derechos de los infractores indígenas no se pueden desproteger los de las víctimas pertenecientes a esas comunidades.***

No hay duda alguna sobre la sentida necesidad de afirmar los derechos autonómicos de los pueblos indígenas, en cuanto prevalentes por tratarse de minorías; pero en la tensión entre aquellos y los derechos de las víctimas, es preciso salvaguardar la verdad, la reparación y en especial la justicia, pues sin ésta se crean inequidades, odios, insatisfacciones y a la postre justicia privada, todo lo cual es ajeno a los propósitos del Estado social y democrático de derecho, esencialmente preventivo y opuesto a la estimulación de factores criminógenos determinantes en la escalada del proceder criminal mediante nuevas acciones en reacción a delitos anteriores (negrillas fuera del original).

Pero dicha prevalencia de las garantías de la menor víctima, reitero, no se atendió en la decisión que emite la Sala Mayoritaria.

A lo precedentemente expuesto, debo agregar que tampoco escuchó la Sala de Decisión el llamado de la progenitora de la víctima del delito, quien en su respuesta a la demanda de tutela afirmó que de radicarse la actuación en la justicia indígena, el proceso «*quedaría en la impunidad, pues “... no contamos con el apoyo del resguardo y solo están a favor del señor Sánchez”*». Tampoco se atendió su reclamo, relacionado con la falta de competencia territorial de esa jurisdicción especial, en punto de que aun cuando los hechos no ocurrieron dentro del resguardo, no se explicó en el fallo de qué manera, la comisión de un delito sexual contra una menor de edad fuera del territorio ancestral podría tener «*un efecto expansivo*» para entenderse perpetrado dentro del

mismo.

De otra parte, he de agregar que este caso debió analizarse bajo una *perspectiva de género*, porque además de que la víctima del delito es una niña menor de edad, **también es mujer** y por ende, en ambas facetas es sujeto de especial protección constitucional por cuenta del Estado.

Dicho enfoque sí se valoró en la decisión que dictó el Consejo Superior de la Judicatura, que con base en las reglas previstas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém do Pará, determinó que la conducta perpetrada contra la menor de edad podía cobijarse dentro de las categorías de género previstas en los arts. 1º¹⁷ y 2º¹⁸ de ese instrumento internacional.

Sin embargo, tampoco existe pronunciamiento sobre ese punto en el fallo del que ahora me aparto.

De igual manera, para definir cuál es la autoridad encargada de continuar conociendo del proceso penal, ha debido la Sala Mayoritaria tener en cuenta que las decisiones que se llegasen a adoptar le garantizaran a la menor, debidamente, sus derechos a la verdad, justicia y reparación. Ello, considerando que en este caso esos axiomas colisionan

¹⁷ 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.

¹⁸ Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica.

con el de la autonomía de los pueblos indígenas y éste último ha debido ceder frente a las garantías fundamentales que le asisten a la menor víctima y que han sido ampliamente reconocidas y protegidas, no solo por la Carta Política, sino por distintos instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad¹⁹.

Por las razones plasmadas en antecedencia, estimo que no se materializó alguna vía de hecho en la providencia emitida por el Consejo Superior de la Judicatura, porque si la calificación del conflicto de jurisdicciones no satisfizo la totalidad de componentes antes descritos (territorial y objetivo) para definirlo a favor de la justicia indígena en el sentido de establecer que el procesado fuese cobijado por el *fuero indígena* y por ende, el asunto continuó siendo conocido por la justicia ordinaria, resultaría desatinado que se le diera prevalencia exclusiva y excluyente al factor *institucional*, en contravía, tanto del interés superior de la menor víctima del delito, como de la postura vigente de la Sala de Casación Penal e inclusive, de esta misma Sala de Decisión de Tutelas (fallo CSJ STP10868 – 2018).

En mi criterio, entonces, como el conflicto de jurisdicciones debió resolverse asignando la actuación a la justicia ordinaria (como en efecto sucedió), la Sala de Decisión ha debido **negar** el amparo invocado por cuenta de que la

¹⁹ Entre ellos, 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”».

determinación proferida por el Consejo Superior de la Judicatura no configura, materialmente, alguna vía de hecho.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada

Fecha *ut supra*.