

Sentencia T-921/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-
Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ELEMENTOS DE LA JURISDICCION INDIGENA-Territorial,
personal, institucional y objetivo

LIMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION INDIGENA-
Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de las siguientes limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena: (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos; (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa; (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, y (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana.

PRINCIPIOS QUE PUEDEN SER APLICADOS PARA LA SOLUCION DE CASOS RELACIONADOS CON CONFLICTOS O TENSIONES ENTRE LA NORMATIVIDAD ORDINARIA O NACIONAL Y LA NORMATIVIDAD DE CADA UNA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS

Puede reconocerse la existencia de cuatro (4) principios (i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

FUERO INDIGENA-Concepto

El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo

de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante.

LIMITACIONES A LA JURISDICCION INDIGENA Y CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DEL FUERO INDIGENA

DERECHO PENAL ANTE INDIGENAS EN UN ESTADO PLURALISTA-Modelos de aplicación

FUERO PENAL INDIGENA-Eventos en los cuales se aplica/FUERO PENAL INDIGENA-Reglas que deberán ser aplicadas por los jueces en aquellos eventos en los cuales no se aplica el fuero indígena

Debe destacarse que la pena tiene una función de resocialización, es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplique la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria. En consecuencia, se debe verificar que el indígena sea tratado de acuerdo a sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Concepto/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

La Corte Constitucional ha definido el alcance del interés superior del menor en diversos pronunciamientos (i) en la Sentencia T - 514 de 1998 explicó que este principio comporta un reconocimiento de una “caracterización específica” para el niño, basada en la naturaleza prevalente de sus derechos, que impone la obligación de especial protección a la familia, la sociedad y el Estado; (ii) en la Sentencia T - 979 de 2001, agregó la Corte que “el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño (...) propende por el cumplimiento de fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad (...)”. Para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y

sicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR- Consagración constitucional e internacional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

En cuanto atañe a los parámetros jurídicos generales, la Corte ha tenido en cuenta los siguientes: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado y, (vi) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Por su parte, respecto a los parámetros jurídicos específicos aplicables al caso, se deben destacar (i) la garantía de estabilidad socio-económica para el menor; y, (ii) el respeto al derecho a la seguridad social que frente a los niños y niñas se convierte en fundamental.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales

INTERES SUPERIOR DEL MENOR VICTIMA DE DELITOS SEXUALES-Deberes especiales de garantía de la administración de justicia penal frente a los menores de edad en caso de abusos sexuales

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA-Protección constitucional e internacional

La Constitución protege de manera especial el interés superior del menor indígena, el cual no solamente es vinculante para los jueces ordinarios, sino también para las propias comunidades indígenas y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica, exigiendo la garantía de: (i) su desarrollo integral; (ii) las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos; (iii) su protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los padres; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para

su desarrollo; y; (vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

PRIVACION DE LA LIBERTAD DE INDIGENAS EN COLOMBIA-Protección de la identidad cultura y dignidad humana de los indígenas

En todo proceso penal debe tenerse en cuenta la condición de indígena en el momento de determinar el lugar y las condiciones especiales de privación de su libertad, independientemente de que no se aplique el fuero penal indígena, pues si ésta no se tiene en cuenta, se afecta su derecho a la identidad cultural y su dignidad humana.

JURISDICCION INDIGENA Y PENAS QUE SE IMPONEN-Posibilidad de que sean cumplidas en cárceles ordinarias, garantizando identidad cultural y costumbres de los indígenas

La diversidad cultural de los indígenas privados de la libertad debe protegerse independientemente de que se aplique en el caso concreto el fuero indígena, lo cual deberá ser tenido en cuenta desde la propia imposición de la medida de aseguramiento y deberá extenderse también a la condena. En este sentido, la figura constitucional del fuero indígena autoriza para que en unos casos una persona sea juzgada por la justicia ordinaria y en otros, por la indígena, pero en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión, debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por violación directa de la Constitución, por cuanto en proceso penal por acceso carnal abusivo en contra de menor de edad perteneciente a la comunidad Embera-Chami, la competente es la jurisdicción indígena

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA-Garantía por autoridades indígenas

Las autoridades indígenas deben velar por el interés superior del menor indígena, bajo las especiales consideraciones de su diversidad y en particular deberán cumplir con una serie de deberes como: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las

condiciones presentes del niño involucrado y, (vi) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.

PRIVACION DE LA LIBERTAD DE INDIGENAS EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Indígenas pueden ser reclusos excepcionalmente en establecimientos ordinarios, sin afectar la identidad cultural

PRIVACION DE LA LIBERTAD DE INDIGENAS EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Vulneración de derecho a la identidad cultural de indígena en proceso penal por acceso carnal abusivo

En el presente caso se ha podido verificar la existencia de una serie de situaciones que vulneraron los derechos fundamentales del accionante en relación con su privación de la libertad: (i) no se permitió que el señor “Cesar” pudiera consultar oportunamente con el Gobernador de su Resguardo sobre su detención, lo cual a la postre implicaría que durante la audiencia de imposición de medida de aseguramiento no pudiera contar con una asesoría especializada que señalara la posibilidad de que se configurara el fuero penal indígena; (ii) se le impuso detención preventiva en una decisión en la que se señala expresamente que no es un peligro para la sociedad; (iii) no se tuvo en cuenta su condición de indígena en la determinación de la decisión de la imposición de medida de aseguramiento; (iv) no se ordenó al INPEC que se le recluyera en un patio especial, ni que tuviera en cuenta el respeto de su identidad cultural.

JURISDICCION INDIGENA Y JURISDICCION ORDINARIA-Reglas para la solución de tensiones

Los criterios reconocidos por la Corte Constitucional para dirimir conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena son los siguientes: (i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

PRIVACION DE LA LIBERTAD DE INDIGENAS EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO Y DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA-Reglas para garantizar identidad cultural de indígena procesado por la jurisdicción ordinaria

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE MIEMBRO DE COMUNIDAD INDIGENA PRIVADO DE LA LIBERTAD-Podrá

solicitar, previa autorización de autoridad de comunidad indígena, cumplir pena al interior de su territorio, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de la pena

Referencia: T- 3.948.488

Acción de Tutela instaurada por el señor “*Cesar*” en contra del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria, la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, (Caldas) y el Juzgado Segundo penal del Circuito de Riosucio (Caldas).

Derechos fundamentales invocados: la dignidad humana, el buen nombre, el debido proceso, el juez natural, la diversidad cultural, la autonomía jurisdiccional y la integridad étnica y cultural.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub –quien la preside –, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos el Veinticinco (25) de enero de dos mil trece (2013) por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá – en el cual se declaró improcedente la acción de tutela – y el nueve (9) de mayo del mismo año por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el cual se revocó el fallo de primera instancia, para en su lugar negar el amparo solicitado por el señor “*Cesar*” en contra del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria, la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, (Caldas) y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riosucio (Caldas).

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia. En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, pruebas y las decisiones judiciales del expediente.

I. ANTECEDENTES

1. ACLARACIÓN PREVIA

Teniendo en cuenta que en el presente caso se estudiará la situación de una presunta conducta punible contra menor de dieciocho años, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, debe ordenarse la supresión de esta providencia y de toda futura publicación de la misma de su nombre y el accionante, al igual que los datos e informaciones que permitan identificarlos. En consecuencia, se ha preferido cambiar los nombres de la menor de edad y del accionante por los siguientes ficticios: **(i)** menor de edad: “*Catalina*”; **(ii)** accionante: “*Cesar*”.

2. SOLICITUDES Y HECHOS

El 14 de enero de 2013, mediante apoderado, el señor “*Cesar*” interpuso acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria, la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, (Caldas) y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), considerando que vulneraron sus derechos a la dignidad humana, al buen nombre, al debido proceso, al juez natural, a la diversidad cultural, a la autonomía jurisdiccional y a la integridad étnica y cultural, por los siguientes hechos:

- 2.1. Manifiesta la apoderada que el señor “*Cesar*” es ciudadano colombiano e indígena de la etnia Emberá - Chamí, integrante y residente del Cabildo Resguardo Indígena San Lorenzo jurisdicción del municipio de Riosucio – Caldas, y que cursó hasta primer semestre de comunicación social en Manizales – Caldas.
- 2.2. Indica que existió una relación sentimental de noviazgo entre el señor “*Cesar*” y la señorita “*Catalina*”, adolescente y también indígena de la etnia Emberá - Chamí, integrante y residente del Cabildo Resguardo Indígena San Lorenzo jurisdicción del municipio de Riosucio – Caldas, estudiante de séptimo grado de secundaria.
- 2.3. Afirma que tal relación contaba con la aprobación y consentimiento de los padres de ambos, así como la aceptación del mencionado Resguardo. Señala al respecto que al inicio de la relación solo hubo una

pequeña oposición por parte de la madre de “Catalina” debido a la diferencia de edad que existe entre su hija y “Cesar”, sin embargo, ni “Catalina”, ni “Cesar” encontraron en esta situación impedimento para continuar su relación sentimental.

- 2.4. Aduce que como consecuencia de la relación sentimental sostenida por “Catalina” y “Cesar”, la señorita “Catalina” quedó en estado de embarazo a la edad de trece (13) años, por lo que inició los controles prenatales en el centro de salud del resguardo de San Lorenzo, el cual depende orgánicamente del Hospital San Juan de Dios de Riosucio. Manifiesta que debido a la edad de la señorita “Catalina” fue remitida a trabajo social para valoración psicológica, quien por unos exámenes se vio obligada a desplazarse hasta el Hospital San Juan de Dios de Riosucio para acudir a una consulta especializada.
- 2.5. Indica que después de la valoración de la trabajadora social, el Hospital San Juan de Dios puso en conocimiento los hechos al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, Sección de Análisis Criminal. Mediante auto Au-212-12, la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio-Caldas inició la investigación pertinente por el delito de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años.
- 2.6. Señala que posteriormente, la señorita “Catalina” fue entrevistada por parte de investigadores de la Fiscalía a quienes les indicó que sostiene una relación de pareja durante más de un año con “Cesar”, que está embarazada de él, que sus padres saben dicha situación y que nunca fue forzada a sostener relaciones sexuales ya que siempre se contó con su consentimiento.
- 2.7. Manifiesta que el 4 de junio de 2012 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio-Caldas, mediante oficio 444 expidió orden de captura contra “Cesar”, por lo que el mismo día el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía capturó a “Cesar” al interior del resguardo Indígena de San Lorenzo.
- 2.8. Indica que al momento de la captura, “Cesar” se encontraba en la emisora local del resguardo (Ingrumá estéreo) donde colaboraba, lugar en el cual los funcionarios de policía judicial le indicaron a “Cesar” que los acompañara a Riosucio a una diligencia. En ese momento, les solicitó que le permitieran consultar al Gobernador del resguardo, pero los funcionarios insistieron en que no se preocupara que no se iba a demorar y que si se iban rápido regresaría pronto al resguardo. Una vez en el vehículo le informaron sobre su situación como capturado y de los derechos que tiene.
- 2.9. Señala que el cinco (5) de junio de 2012 se realizaron las audiencias preliminares ante el Juez Primero con función de garantías del

Municipio de Riosucio y se adelantaron las audiencias de legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

- 2.10.** Afirma que desde la solicitud de la captura se desconoció la jurisdicción que tienen las autoridades indígenas, especialmente aquellas del resguardo Indígena de San Lorenzo (Riosucio Caldas) ya que no se consultó previamente con estas autoridades sobre la procedencia o pertinencia de la captura.
- 2.11.** Indica que cuando se llevó a cabo la audiencia de control de garantías “Cesar” no tuvo la suficiente defensa técnica que le permitiera exigir y garantizar la protección de sus derechos que como miembro de una comunidad indígena le reconoce la Constitución y la ley. Aduce que la defensa no defendió el derecho que como indígena y comunero del Resguardo de San Lorenzo ostenta “Cesar” y que la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio no comunicó al juez de control de garantías la condición particular de ese ciudadano. Afirma que de haberse hecho un examen más minucioso sobre las circunstancias que rodearon los hechos del proceso, se habría determinado que la competencia le correspondía a la justicia especial indígena.
- 2.12.** Manifiesta que en la audiencia de formulación de imputación tampoco se tuvo en cuenta la calidad de indígena del señor “Cesar” y que por lo tanto se imputó y vinculó formalmente al proceso penal.
- 2.13.** Asegura que en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento también se vulneraron los derechos del accionante ya que tampoco se reconoció su calidad de indígena, pero que además se le vulneraron sus derechos a la dignidad humana y al buen nombre, imponiéndosele una medida de aseguramiento sin consideración a su especial condición y además sin suficiente fundamento.
- 2.14.** En este sentido, se anexó al expediente el CD que contiene la audiencia de imposición de medida de aseguramiento en contra del accionante, en la cual la Juez Penal del Circuito de Riosucio impuso la medida de detención preventiva pese a que reconoció que no existía mérito para imponerla, pues teniendo en cuenta las circunstancias culturales del caso, el señor “Cesar” no representa un peligro para la sociedad:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 del CPP esta instancia no encontraría mérito, no encontraría mérito (sic), para imponer la medida de aseguramiento solicitada por el señor fiscal. Pues si lo digo así puesto que debe decir el despacho que para este caso que es singular excepcional para la suscrita tomar esta decisión debe decir que si bien es cierto no representa considera esta instancia que el joven “Cesar” no

representa peligro (sic) para la seguridad de la comunidad a pesar de que la conducta es grave y es en extremo grave pues se trata de un acceso carnal abusivo con menor de 14 años pero por todas las circunstancias que rodean este caso este juzgado advierte que el aquí imputado no representa peligro para la comunidad infantil, sobre todo la comunidad infantil los menores de 14 años ni representa mucho menos peligro para la víctima como lo es la menor “Catalina” pues como lo dijo el señor Fiscal al momento de ella quedar embarazada si bien es cierto quedó embarazada a los 13 años, tal como lo dictaminó pues el médico en el hospital san Juan de Dios de este municipio y la niña ya sostenía una relación sentimental con el aquí imputado “Cesar”. No solamente sostenía la relación sentimental pues sostenían un noviazgo sino que a la postre pues ella resulto embarazada pero no resultó embarazada por motivos de una violación como lo dijo el señor fiscal sino que precisamente esto ocurrió por estar sosteniendo un noviazgo pues bueno ocurrió y se dio el embarazo que ya está a punto de terminar de llegar a feliz término la menor”.

- 2.15.** Igualmente, en la decisión de imposición de la medida de aseguramiento en contra del señor “Cesar” no se tuvo en cuenta en ningún momento su condición de indígena ni para la determinación del lugar del cumplimiento de la detención ni para el establecimiento de condiciones especiales para su ejecución que tuvieran en cuenta su condición de indígena.
- 2.16.** Debido a las anteriores irregularidades el señor Leonardo Gañán Gañán, Gobernador del Resguardo Indígena de San Lorenzo tuvo conocimiento del caso y solicitó a través de un escrito presentado al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Riosucio con funciones de control de garantías el cambio de jurisdicción, esto es, pasar de la jurisdicción ordinaria a la indígena.
- 2.17.** El 9 de julio de 2012, tal solicitud fue resuelta por el Juez de control de garantías, quien no encontró méritos para decretar el cambio de jurisdicción y decidió que el conflicto se enviara a su superior para que dirimiera el asunto.
- 2.18.** Teniendo en cuenta que se planteó un conflicto de competencias el caso fue remitido al Consejo Superior de la Judicatura, el cual decidió mediante providencia del 31 de julio de 2012 adscribir el conocimiento del caso a la jurisdicción ordinaria por los siguientes motivos: (a) la prevalencia del interés del menor sobre el reconocimiento de fueros especiales, (b) teniendo en cuenta el grado de culturización y el nivel académico del imputado no es posible aseverar su arraigo y obediencia ciega a los usos y costumbres que rigen las comunidades indígenas sin

que por ello se haya dejado de pertenecer a las mismas; (c) la víctima es menor de 13 años y el victimario tiene 26 años y grado universitario y que las relaciones sexuales no serían consentidas.

- 2.19.** Por lo anterior, el accionante señala que la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura vulnera lo señalado en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, en los artículos 10, 63, 70, 71, 171, 176, 246, 286, 287 y 33 de la Constitución Política y en la sentencia T-002 de 2012 de la Corte Constitucional al no reconocer la procedencia de la jurisdicción indígena en un caso en el cual se encuentra demostrado que los sujetos activo y pasivo son indígenas, que se presentó en el resguardo indígena y que no tuvo efectos fuera de la comunidad indígena.

3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Respuesta del Consejo Superior de la Judicatura

El Consejo Superior de la Judicatura respondió a la acción de tutela solicitando que se declare improcedente o en su defecto se niegue el amparo de los derechos invocados como conculcados por las siguientes razones:

- 3.1.1.** Afirmó que el conflicto de jurisdicciones presentado entre el resguardo indígena de San Lorenzo y el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Control de Garantías de Riosucio fue decidido en Sala 65 del 1° de agosto de 2012 sin que se hubiera vulnerado ningún derecho fundamental, pues se resolvió en forma oportuna y se remitió al juzgado de conocimiento, según constancia secretarial el 3 de septiembre del mismo año.
- 3.1.2.** Señaló que no se configura el requisito de inmediatez toda vez que han transcurrido 5 meses y 18 días desde la presunta vulneración, lo cual demuestra que no se configura este requisito, pues la naturaleza de un derecho fundamental implica la necesaria urgencia de acudir al juez para su protección.
- 3.1.3.** Expresó que el delito por el cual se inició el conflicto, es el acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, situación fáctica que no requiere de mayores elucubraciones para determinar en forma prioritaria y conforme a la Constitución la protección del menor, quien al parecer fue víctima de un ciudadano indígena con grado universitario de formación educativa como comunicador social.
- 3.1.4.** Agregó que lo anterior hace que las manifestaciones de los familiares solicitando la investigación para la justicia indígena se tornen en intrascendentes, pues la denuncia puesta y verificada en el Hospital San

Juan de Dios da cuenta de lo irregular de la conducta investigada en tanto la víctima es menor de 14 años como para dar credibilidad a la relación sexual consentida.

- 3.1.5.** Concluyó que no puede desconocer el juez de tutela la condición de minoría de edad de la víctima y la protección especial que otorga la Constitución a este tipo de población, sabido además que esa cultura indígena también se debe a la Constitución que rige a la mayoritaria.

3.2. Respuesta del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas)

El Juzgado Penal del Circuito de Riosucio Caldas manifestó que no se vulneraron los derechos fundamentales del señor “*Cesar*” en el proceso llevado a cabo en su contra, por las siguientes razones:

- 3.2.1.** Manifiesta que el 27 de julio de 2012 recibió el escrito de acusación contra el señor “*Cesar*” por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y en concurso en el cual se narran los hechos que configuran presuntamente el tipo penal endilgado al señor “*Cesar*”.
- 3.2.2.** Expresa que no se aprecia en dicho escrito el lugar de ocurrencia de los hechos delictivos ni mucho menos que tanto el procesado como la presunta víctima pertenezcan a un resguardo indígena.
- 3.2.3.** Agrega que como consecuencia de la presentación del escrito de acusación se fijó fecha para la realización de la audiencia de formulación de acusación para el 12 de septiembre de 2012 realizándose efectivamente ese día, sin que las partes expresaran la existencia de causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y/o observaciones que realizar al escrito de acusación.
- 3.2.4.** Señaló que el 14 de enero de 2013, se recibió escrito suscrito por el señor Leonardo Gañán – Gobernador Indígena Embera – Chamí – del Resguardo de San Lorenzo, mediante el cual solicita el cambio de jurisdicción del proceso seguido en contra del señor “*Cesar*”.
- 3.2.5.** Afirma que mediante oficio 25 de la misma fecha se resolvió la solicitud presentada por el gobernador del resguardo, informándole que la misma debía ser presentada ante el juez de control de garantías pues la oportunidad procesal para elevarla ante dicho juzgado había fenecido.

3.3. Respuesta de la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio (Caldas)

La Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio (Caldas) dio respuesta a la acción de tutela manifestando que en ningún momento ha vulnerado los derechos del accionante por las siguientes razones:

- 3.3.1. Manifestó que en la captura y en el proceso penal se le ha dado un buen trato al señor “*Cesar*” sin vulnerarle los derechos que le asisten como ser humano.
- 3.3.2. Señaló que el fuero indígena no opera *ipso iure* con desplazamiento de la jurisdicción ordinaria pues resulta imperioso que se exteriorice el interés del procesado o de la autoridad indígena para que se active la jurisdicción especial, lo cual solamente ocurrió el 6 de junio de 2012.
- 3.3.3. Afirmó que para el momento de la solicitud de la captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento no se tenía conocimiento de que la víctima, el acusado y el lugar donde ocurrieron los hechos correspondían a la comunidad indígena y al Resguardo de San Lorenzo.
- 3.3.4. Expresó que no se tenía información por parte del Resguardo indígena de que el delito endilgado al acusado estaba consagrado como punible dentro de las regulaciones de la comunidad indígena, por lo cual se hacía imprescindible la investigación de la jurisdicción ordinaria en aras de garantizar la legalidad de los procedimientos.
- 3.3.5. Consideró que el señor “*Cesar*” contó con una defensa técnica asignada por el sistema de defensoría pública a quien se le garantizó el derecho de contradicción.
- 3.3.6. Adujo que no basta con acreditar que una persona pertenece a una determinada etnia, pues además, es necesario acreditar que se encontraba integrada en la comunidad y vivía según sus usos y costumbres, lo cual se desconocía por parte de la Fiscalía en este hecho, según la información recaudada.

4. PRUEBAS DOCUMENTALES OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

- 4.1. Constancia emitida por el Gobernador del Resguardo Indígena de San Lorenzo de la etnia Embera - Chamí de que la menor “*Catalina*” es miembro de dicho resguardo indígena.
- 4.2. Constancia emitida por el Gobernador del Resguardo Indígena de San Lorenzo de la etnia Embera - Chamí de que el señor “*Cesar*” es miembro de dicho resguardo indígena.

- 4.3. Constancia del Ministerio del Interior sobre el registro del resguardo indígena de San Lorenzo, constituido por el INCORA según resolución 010 de 2000.
- 4.4. Estatutos del Resguardo Indígena de San Lorenzo.
- 4.5. Documento del Gobernador del Resguardo Indígena de San Lorenzo de la etnia Embera - Chamí sobre la competencia de la jurisdicción indígena para conocer del proceso.
- 4.6. Informe psicológico prejudicial No. 01178100 de la menor “*Catalina*” del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a partir del cual esta Sala identifica las siguientes apreciaciones:
- 4.6.1. En primer lugar, el testimonio rendido por la madre de la menor indígena, expone la normalidad que representa para estas comunidades la formación de relaciones sentimentales entre pares que ostentan una diferencia de edad considerable, especialmente frente a adolescentes menores de edad para la legislación colombiana. Estos términos son expresados por la madre de la menor de la siguiente forma: “(...) *comenta que su hija inició relación afectiva con “Cesar” y lo hizo con su autorización (...)*”.
- 4.6.2. Asimismo, la madre no oculta la preocupación que deviene para ella la situación del acusado “*Cesar*”, toda vez que éste ha colaborado con las necesidades de su hija en este lapsus de gestación, lo cual ha sido de gran ayuda puesto que su esposo y padre de la menor, es el único que provee para el sostenimiento del hogar, de manera que afirma: “(...) *cuestiona que si lo meten a la cárcel (...) no sabe quién va a responder económicamente por su hija y por el debe, en razón que el padre de su hija apoya sólo con lo necesario para la manutención del grupo familiar (...) dice que este (...) le colabora con los pasajes y le lleva algunos alimentos para que esté bien nutrida*”.
- 4.6.3. La segunda apreciación observada por esta Sala, centra su punto nuclear en las declaraciones rendidas por la menor indígena en el informe materia de estudio, del cual se puede discernir que la menor consintió en todas y cada una de las decisiones que tomó junto al acusado, con el cual sostuvo una relación de amistad prolongada antes de formalizar la relación sentimental mediante un noviazgo, frente a lo que declara:
- “(...) *cuenta que se conoció con él en la cancha de fútbol y se lo presentó el profesor de banda entonces ella iba a observarlo cada 8 días, eso fue hace 8 meses, dice que él le gustó y para hacerse novios le propuso que fueran novios y él dijo que había que pensarlo y se demoró como un mes, luego aceptó, ella dice que sabía de la edad de él*” (negrilla y subrayado fuera de texto).

4.6.4. Además, como quedó consignado anteriormente, es necesario recordar que la madre de la menor tuvo conocimiento y consintió en la relación sentimental que ellos sostenían, lo que a su vez encuentra refuerzo con la declaración rendida por la menor al asegurar:

“Respecto de la madre dice que ella sabía que tenía relaciones sexuales con el novio y por eso la regañó y dejó de hablarle como 15 días hasta que se lo presentó, la mamá se dio cuenta se enteró porque ella le dijo, entonces la mamá la orientó en método de planificación (...)” .

4.6.5. También se encuentra manifiesta la voluntad de la menor, no sólo en consentir la relación sentimental sino igualmente la sexual, lo cual quedó consignado mediante la siguiente declaración: *“(...) dice que ella se cuidaba con pastas de planificar las cuales no recuerda el nombre, las tomó desde que empezó a tener relaciones sexuales (...)”.*

4.6.6. Historia clínica de la menor *“Catalina”*.

4.6.7. Registro civil de nacimiento de la menor *“Catalina”* a través del cual se puede concluir que esta menor quedó embarazada teniendo trece (13) años de edad.

4.6.8. Resolución del conflicto de competencias del Consejo Superior de la Judicatura del 31 de julio de 2012.

4.6.9. CD de audio de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento impuesta en contra del señor *“Cesar”*, en la cual la juez de control de garantías manifestó que éste no constituía un peligro para la comunidad pero que debía adoptar dicha determinación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal.

En esta decisión de imposición de la medida de aseguramiento en contra del señor *“Cesar”* no se tuvo en cuenta en ningún momento su condición de indígena ni para la determinación del lugar del cumplimiento de la detención ni para el establecimiento de condiciones especiales para su ejecución que tuvieran en cuenta su condición de indígena.

5. DECISIONES JUDICIALES

5.1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El veinticinco (25) de enero de 2013, el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela presentada por el ciudadano *“Cesar”* contra la Sala Disciplinaria del

Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía Segunda Seccional y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), por las siguientes razones:

- 5.1.1.** Señaló que la Corte Constitucional ha fijado unos lineamientos para la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales dentro de los cuales se exige el requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela haya sido instaurada de manera oportuna.
- 5.1.2.** Manifiesta que el amparo solicitado no fue formulado dentro de un término razonablemente oportuno, pues la determinación accionada fue proferida el 1° de agosto de 2011 y la parte actora solamente propuso la acción constitucional el 14 de enero de 2012, es decir, un poco más de 5 meses después de la existencia del acto, desdibujando con ello el principio de inmediatez.
- 5.1.3.** Expresa que la apoderada del accionante ni siquiera explicó las razones por las cuales esperó tanto tiempo para formular la acción de tutela, sin manifestar por qué era posible desatender el paso tan amplio del tiempo para conocerla.
- 5.1.4.** Manifiesta que esta situación desvirtúa la agilidad, celeridad y prontitud de que está imbuída la acción en la guarda de los derechos constitucionales de quien la ejerce y que riñe absolutamente con la posibilidad de desatar de fondo el mismo, dado que el principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción.

5.2. IMPUGNACIÓN

La apoderada del Señor “*Cesar*” presentó impugnación respecto de la decisión de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

- 5.2.1.** Afirmó que si bien la normativa legal colombiana al interior de un proceso penal le garantiza la defensa al ciudadano y su asistencia jurídica – técnica por un abogado, en ocasiones no es la más acertada, tal como se afirma en la propia acción de tutela, pues no se señaló la especialidad del caso, ni del conflicto de jurisdicciones.
- 5.2.2.** Señaló que si bien en la acción de tutela no se indicó el motivo de la dilación en su presentación, se asumió que según lo señalado por la Corte Constitucional, existió un término razonable para su presentación.
- 5.2.3.** Agregó que la demora en la presentación de la acción de tutela no significa que los derechos del accionante dada la especialidad del caso, no estén siendo vulnerados o violados.

- 5.2.4.** Manifestó que el motivo para no haber presentado previamente la acción de tutela fue que asumió la defensa técnica del señor “*Cesar*” solamente hasta el día 30 de octubre de 2012, situación que le impidió presentarla antes.
- 5.2.5.** Señala una serie de casos en los cuales se consideró que se había cumplido con el requisito de inmediatez como los procesos T-3120650, T-3120644, T-3120654, pese a que la acción de tutela se había presentado más de 5 meses después de la presunta vulneración de los derechos. Indica que la acción de tutela cumplía con todos los requisitos formales y materiales para su procedibilidad.
- 5.2.6.** Afirmó que la primera instancia debió haberse pronunciado de fondo pues las peticiones eran claras y expresas pero simplemente negó de plano y reiteró la vulneración de los derechos fundamentales del tutelante.
- 5.2.7.** Agregó que las circunstancias del caso son muy similares a los hechos que se presentaron en el proceso analizado en la sentencia T-002 de 2012, por lo cual reitera que es absolutamente claro que debía aplicarse la jurisdicción indígena.

5.3. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

El nueve (9) de mayo de dos mil trece (2013), el Consejo Superior de la Judicatura aceptó los impedimentos presentados por los magistrados Angelino Lizcano Rivera, José Ovidio Claros Polanco, Julia Emma Garzón de Gómez y María Mercedes López Mora, y revocó el fallo de primera instancia, para en su lugar negar el amparo solicitado por las siguientes razones:

- 5.3.1.** En primer lugar, se señala que en este caso sí se acreditaron los requisitos de procedibilidad al constatarse que: **(i)** se cumple con el carácter subsidiario de la acción de tutela; **(ii)** no se trata de una irregularidad procedimental sino de la presunta configuración de los defectos sustantivo y fáctico; **(iii)** el actor identificó claramente los hechos, los derechos presuntamente vulnerados y sus pretensiones; **(iv)** no se trata de una acción de tutela contra acción de tutela y; finalmente **(v)** es inoponible el requisito de inmediatez dada la razonabilidad de 5 meses y 13 días desde el fallo que resolvió el conflicto de jurisdicciones y la presentación de la acción de tutela.
- 5.3.2.** En segundo lugar se afirma que para resolver el conflicto de jurisdicciones, la Sala hizo prevalecer la especial protección de los derechos de los menores teniendo en cuenta el estado de debilidad de la víctima del acceso carnal abusivo, así como también, los tratados y convenios internacionales que contienen la obligación del Estado de

brindar una especial protección al menor. En este sentido, se señaló que no se dejaron de aplicar las normas constitucionales citadas relacionadas con el marco pluriétnico y cultural de las comunidades indígenas.

- 5.3.3.** Señala que tampoco se encuentra que la superioridad de la prevalencia del interés superior del menor regulado en el artículo 44 de la Constitución como uno de los argumentos que tuvo la Sala para definir el conflicto haya desconocido el Convenio 169 de 1989 de la OIT o lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-002 de 2012, máxime cuando el tutelante no hace ningún esfuerzo por mostrar expresamente las razones por las cuales resultan omitidos.
- 5.3.4.** Agrega que tampoco existía certeza sobre el lugar de la ocurrencia de los hechos, así como también de predicar el arraigo y obediencia ciega del señor “*Cesar*” a los usos y costumbres del Resguardo Indígena San Lorenzo.
- 5.3.5.** Manifiesta que es intrascendente que se haya sostenido que la menor tenía menos de 13 años cuando estaba probado que tenía menos de 14 años, como efectivamente lo señala el accionante, o si ostentaba la carrera profesional de comunicador social o solamente había cursado algunos semestres, porque lo que es relevante para el juez del conflicto fue que no podía inferirse su obediencia a los usos y costumbres de la comunidad indígena.
- 5.3.6.** Afirma que menos aun puede sostenerse que la menor o sus familiares fueron forzados a firmar documentos en los que manifestaron la aprobación de la relación sentimental entre el imputado y la menor o que resulte estigmatizado por el hecho de haber adelantado estudios universitarios.

6. ACTUACIONES REALIZADAS EN SEDE DE REVISIÓN

- 6.1.** El dos (2) de septiembre de 2013 se profirió auto a través del cual se decretaron las siguientes pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la vinculación de las personas que pudieran tener un interés en este proceso:

“PRIMERO: COMISIONAR al Juzgado Primero Penal Municipal de Riosucio (Caldas), para que a través suyo, se PONGA EN CONOCIMIENTO al señor Leonardo Gañán Gañán, Gobernador del Resguardo Indígena de San Lorenzo ubicado en el municipio de Riosucio (Caldas), de la acción de tutela y los fallos de instancia de este proceso. Lo anterior con el fin de que en el término de cinco (5) días hábiles a partir del

recibo de la comunicación, exprese lo que estime conveniente y responda las preguntas señaladas en el numeral 2.1.2.

SEGUNDO: INVITAR a la Organización Nacional Indígena (ONIC) y al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - **Dejusticia** para que, si lo consideran pertinente, emitan su opinión sobre la demanda de la referencia en un término de cinco (5) días después del conocimiento de esta providencia, para lo cual se les enviará copia de la acción de tutela por intermedio de la Secretaría General. En el mismo término se le solicita que si lo consideran pertinente respondan las preguntas señaladas en el numeral 2.1.2.

TERCERO: INVITAR a la Universidad Libre de Pereira, a la Universidad de los Andes, a la Universidad Nacional, a la Universidad Sergio Arboleda, a la Universidad del Sinú, a la Universidad Javeriana y a la Universidad del Rosario, para que en un término de cinco (5) días después del conocimiento de esta providencia, a través de sus observatorios o grupos de investigación, si lo consideran pertinente, emitan su opinión sobre la demanda de la referencia y respondan las preguntas contempladas en el numeral 2.1.2, para lo cual se les enviará copia de la acción de tutela por intermedio de la Secretaría General.

CUARTO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se **OFICIE** al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Etnias, para que en un término de cinco (5) días, si lo consideran pertinente, emitan su opinión sobre la demanda de la referencia y respondan las preguntas contempladas en el numeral 2.1.2 después del conocimiento de esta providencia, para lo cual se les enviará copia de la acción de tutela por intermedio de la Secretaría General.

SEXTO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se **OFICIE** a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que en un término de cinco (5) días después del conocimiento de esta providencia, si lo considera pertinente, emitan su opinión sobre la demanda de la referencia y resuelvan las preguntas contempladas en el numeral 2.1.2, para lo cual se les enviará copia de la acción de tutela por intermedio de la Secretaría General”.

- 6.2.** El veintiséis (26) de septiembre de 2012, este despacho reiteró las pruebas ordenadas que no fueron recaudadas en el proceso y ordenó la práctica de otras fundamentales para el análisis de los hechos:

“PRIMERO: REITERAR al Juzgado Primero Penal Municipal de Riosucio (Caldas), para que a través suyo, se **PONGA EN CONOCIMIENTO** al señor Leonardo Gañán Gañán, Gobernador del Resguardo Indígena de San Lorenzo ubicado en el municipio de Riosucio (Caldas), de la acción de tutela y los fallos de instancia de este proceso. Lo anterior con el fin de que en el término de cinco (5) días hábiles a partir del recibo de la comunicación, exprese lo que estime conveniente y responda las preguntas señaladas.

SEGUNDO: INVITAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, si lo considera pertinente, emita su opinión sobre la demanda de la referencia en un término de cinco (5) días después del conocimiento de esta providencia, para lo cual se le enviará copia de la acción de tutela por intermedio de la Secretaría General.

TERCERO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se **OFICIE** al Centro Zonal de Occidente de la Regional Caldas del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, ubicado en la ciudad de Riosucio, que a través suyo se **PONGA EN CONOCIMIENTO** de la menor (...) y de sus Padres Alberto Morales Zamora y María Elicenia Lengua Betancur, la acción de tutela y las decisiones de instancia con el objeto de que expresen su opinión sobre las mismas, para lo cual se le enviará copia de estos documentos por intermedio de la Secretaría General.

CUARTO. ORDENAR a la Fiscalía 2ª Seccional de Riosucio, Caldas, que informe el estado actual del proceso llevado en contra del señor “Cesar”.

6.3. El nueve (09) de octubre del presente año este despacho dispuso reiterar nuevamente las pruebas ordenadas y suspender los términos para fallar.

6.4. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La doctora Paula Ramírez Barbosa, Procuradora Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales indica que el caso bajo estudio se debe tramitar bajo la jurisdicción ordinaria con fundamento en las siguientes consideraciones:

6.4.1. Manifiesta que en el asunto en cuestión existen dos problemas jurídicos, uno es determinar quién es el competente para conocer el proceso en el cual se tienen como sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta a los miembros de la misma comunidad indígena ¿la jurisdicción ordinaria o la indígena?, y el segundo, establecer ¿si el sujeto pasivo de la conducta

punible es un menor de 14 años, debe ser investigado por la justicia ordinaria o dicho comportamiento es avalado por las costumbres indígenas?.

- 6.4.2.** Indica que para el Ministerio Público los derechos de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia y resalta la importancia de los derechos de los niños en el ámbito internacional haciendo referencia a la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 6.4.3.** Señala que la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce a los mismos como sujetos de Derecho y, adicionalmente, convierte a los adultos en sujetos de responsabilidades. Así mismo, resalta el hecho de que este instrumento sea una convención y no una declaración ya que implica que los Estados participantes adquieren la obligación de garantizar su cumplimiento.
- 6.4.4.** Afirma que a nivel nacional se han implementado un sin número de normas para proteger a los menores de edad, destacando especialmente los artículos 44 y 250 de la Constitución Política en donde se establece la garantía y protección prevalente para los derechos de los niños, niñas y adolescentes por ser sujetos de especial protección por sus condiciones desiguales frente a los demás individuos que interactúan en sociedad. Así mismo, frente al artículo 250 constitucional indica que le atribuyó una competencia de carácter general en cabeza de la Fiscalía General de la Nación para realizar las investigaciones que sean necesarias cuando existan conductas que infrinjan la ley penal y especialmente cuando el sujeto pasivo o la víctima sea un niño, una niña o un adolescente.
- 6.4.5.** Manifiesta que de acuerdo a estos artículos se emitieron otras normas que los reglamentaron como la Ley 1098 de 2006, haciendo especial referencia al artículo 9 que establece que en toda decisión judicial que se adopte en relación a los niños deberán prevalecer los derechos de los menores y recuerda que entre los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes está el ser protegido de todo abuso sexual.
- 6.4.6.** Afirma que el espíritu del legislador es brindar protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, postura que ha sido adoptada por la comunidad internacional en los convenios suscritos por Colombia y que se han implementado en nuestro territorio por lo que se debe entender que siempre deberá salvaguardarse un interés de superior jerarquía (el interés superior del niño).
- 6.4.7.** Aduce que frente al tema de comunidades indígenas la Constitución Política de Colombia en su artículo 7, reconoce la diversidad de culturas

existentes dentro del territorio nacional entre las que se encuentran los indígenas. Así mismo manifiesta que la propia Carta Política les otorga a las comunidades indígenas autorización para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo a sus normas, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República conforme al artículo 246 constitucional.

- 6.4.8.** Indica que la Ley 1098 de 2006, en su artículo 3 numeral 2 regula los preceptos constitucionales sobre la autonomía indígena y sobre el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales limitando este ejercicio por la comunidad cuando no guarden armonía con la Constitución o cuando va en contra de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- 6.4.9.** Señala que en principio se deberían aplicar las normas constitucionales sobre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de nuestro país en relación a que las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales desde que no estén en contra de la Constitución y las leyes. Sin embargo, aclara, que debe apartarse de esa posición ya que en el caso bajo análisis el sujeto activo no tendría reproche dentro de las autoridades indígenas argumentando que la relación sentimental que tuvo con la menor de edad era consentida por la víctima y por su familia.
- 6.4.10.** Afirma que para el Ministerio Público la premisa máxima es la protección de los niños, niñas y adolescentes, con lo que está comprometido el Estado conforme a las normas constitucionales y al artículo 44 del Código del Menor y de la Infancia.
- 6.4.11.** Indica que la Corte Constitucional mediante Sentencia T-002 de 2012 hizo un análisis sistemático de la tensión respecto a la determinación de la competencia para investigar y juzgar conductas delictivas cometidas por miembros de una comunidad indígena contra niños, niñas y adolescentes. Señala sobre este fallo que se dieron varios aspectos para poder solucionar el caso que se discute actualmente, primero porque se reconoce el interés superior del menor, que no debe ser entendido como un mandato abstracto, sino defendiendo el interés superior de cada niño y en el proceso que se estudia la comunidad indígena no censura lo ocurrido a la menor por los argumentos ya señalados anteriormente.
- 6.4.12.** Manifiesta que a pesar de reconocer la existencia de sistemas normativos al interior de las comunidades indígenas y el estatus que se le da al niño dentro de las mismas con base en la cultura y organización social, existen preceptos de carácter internacional (constitucionales y legales) sobre la defensa y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se aglutinan en el interés superior de los niños sobre cualquier otro interés contemplado.

- 6.4.13.** Indica que frente al segundo problema jurídico planteado, la Delegada dispuso mediante despacho comisorio y autorización de desplazamiento de 6 de septiembre de 2013, designar a la Procuraduría 107 Judicial II Penal de Manizales para practicar visita especial al expediente seguido en contra del señor “Cesar” por el presunto delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y relaciona 6 elementos materiales probatorios encontrados¹.
- 6.4.14.** Afirma que frente a los elementos materiales probatorios relacionados se puede establecer que existen circunstancias particulares del caso que exigen que sea analizado desde un punto de vista diferente de aquellos casos que se tramitan dentro de las comunidades indígenas ya que según su concepto no solo porque el procesado y la víctima hagan parte de una comunidad indígena se le otorga jurisdicción a la autoridad indígena para conocer el proceso. En este sentido, considera que el caso debe ser tramitado bajo la jurisdicción ordinaria, tal como el Juez natural que dirimió el conflicto propuesto lo hizo en otra oportunidad para garantizar los derechos reconocidos constitucionalmente a los niños, niñas y adolescentes.
- 6.4.15.** Manifiesta que una vez consultadas las tradiciones indígenas y la interpretación del rol de la mujer dentro de la comunidad, la edad en la que contraen matrimonio varía de los 12 a los 15 años, debido a que desde su nacimiento son comprometidas en matrimonio. Sin embargo, señala que es diferente frente al tema de la costumbre en relación con las relaciones sexuales antes de la celebración del matrimonio.

¹ Certificación del Gobernador Embera - Chamí, en el que se evidencia que tanto el investigado como la adolescente están censados dentro del Resguardo Indígena de San Lorenzo, el primero adscrito a la comunidad de San Jerónimo y la menor a la comunidad de La Pradera, localizadas en el municipio de Riosucio (Caldas).

Informe psicológico de 27 de marzo de 2012 practicado a la adolescente “Catalina” en el que se concluye que la joven tuvo relaciones sexuales con el señor “Cesar” sin ningún tipo de presión, fruto de la cual se encontraba para ese entonces en la semana 20 de embarazo.

Memorial del 06 de junio de 2012 del Gobernador Indígena dirigido al Juzgado Municipal de Riosucio en el que solicita sea entregado el joven “Cesar” a la organización cabildo indígena San Lorenzo argumentando que los hechos son competencia de la Jurisdicción Indígena por ser dos comuneros a los que la comunidad les había dado el reconocimiento a la relación que sostiene y teniendo en cuenta que no existe queja de sus padres.

Entrevistas a los señores (...) padres de la menor quienes indicaron haber conocido de la relación de su hija con el investigado.

Revisión de los audios de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento contra el señor “Cesar” en donde se encontró que en las dos primeras actuaciones la fiscalía omitió informar al juez de control de garantías la condición de indígena del investigado, y que fue solo hasta la audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento en que se puso en conocimiento de tal situación.

El proceso actualmente está a instancia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de “Cesar” contra la decisión proferida por el Juez 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Riosucio (Caldas) al aceptar como prueba sobrevenida, solicitada por la Fiscalía, dentro de la audiencia de Juicio Oral, la inclusión del Registro Civil de Nacimiento de la menor (...), hija de la víctima y el procesado.

- 6.4.16.** Indica que el sujeto activo también es de origen de la comunidad indígena pero que debido a su grado de culturización y nivel académico no se puede predicar su obediencia ciega a las costumbres que orientan y rigen a la comunidad indígena por lo que manifiesta que debido a su propio perfil le permitía comprender y autodeterminarse frente a la conducta que se le imputa.
- 6.4.17.** Señala que la decisión de amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante como vulnerados dependen de la existencia de una norma que permita las relaciones sexuales y el embarazo de una menor de 14 años dentro de la comunidad indígena pero que a la fecha no se hace referencia a ella ni tampoco está contemplada dentro de las costumbres que practica la comunidad Embera - Chamí.
- 6.4.18.** Expresa que está demostrado que el delito que dio origen a la acción de tutela en este caso es el acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, situación fáctica demostrada ante la jurisdicción que lo investiga y juzga por lo que se puede determinar de manera prioritaria la protección de la menor víctima, sin excluir las figuras que se pueden analizar desde el ámbito de la dogmática penal, especialmente las siguientes: (i) frente al error de tipo vencible (objetivo) sobre el sujeto pasivo, respecto a la sociedad, y la formación sexual como bien jurídico; (ii) en cuanto al error de tipo vencible (subjetivo) sobre la intencionalidad y el dolo directo requerido para esos hechos; (iii) el análisis de la antijuridicidad formal, respecto del alcance de la sentencia de constitucionalidad C-507 de 2004 que declaró exequible la norma del Código Civil en términos de valoración de la antijuridicidad conglobante; (iv) el examen de la antijuridicidad material, respecto del bien jurídico de indemnidad y formación sexual, como atentados a los derechos del menor y en vinculación a las normas de la comunidad Embera - Chamí. Presunción de las características psicológicas y personales de la víctima.
- 6.4.19.** Sostiene que de acuerdo a la dinámica dogmática aplicable al caso concreto se debe observar que la edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales debido a que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal considerados como tales, sino los que se llevan a cabo con menores de catorce años.

6.5. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR

La representante del Ministerio del Interior considera que no se debe condenar al señor “*Cesar*” de acuerdo a los siguientes argumentos:

- 6.5.1.** Manifiesta la importancia de la sentencia T-617 de 2010 mediante la cual la Corte consideró que si bien la Constitución y la Ley son límites a la jurisdicción penal indígena, la autonomía no puede ser restringida a

partir de cualquier disposición legal o constitucional ya que se dejarían los principios de diversidad y pluralismo jurídico en un plano retórico.

- 6.5.2.** Indica que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto a la autonomía de los pueblos es que no basta con la existencia de un derecho constitucional *per se*, sino que el mismo se funde en un principio de valor superior que la diversidad étnica y cultural para imponerse sobre ésta. Igualmente aclara, que el derecho debe ser de tal entidad que resulte oprobioso su cumplimiento por vulnerar los Derechos Humanos.
- 6.5.3.** Afirma que en el caso bajo estudio se trata de una comunidad del Pueblo Embera - Chamí que considera suficiente que una mujer se haya desarrollado para que tenga relaciones sexuales. Por tal motivo indica que se deben sopesar de manera diferencial independientemente de la edad si se está o no en presencia de un acceso carnal abusivo.
- 6.5.4.** Señala que de acuerdo a las piezas procesales aportadas, no hay lugar a la aplicación del tipo penal que se aduce por cuanto las relaciones entre el señor “Cesar” y la menor no fueron producto de un acto violento y escondido donde se repudiaría la conducta y se solicitaría la condena. Indican por el contrario que en todo se obró conforme a las costumbres y usos de la comunidad por lo cual no se está ante hechos que se sometan a la aplicación de una norma como el Código del Menor que no fue consultado de acuerdo a la Ley 21 de 1999, artículo 6°.

6.6. INTERVENCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA

El representante de la Organización Nacional Indígena de Colombia señala lo siguiente:

- 6.6.1.** Manifiesta que de acuerdo al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el artículo 246 de la Constitución Política y sobre la jurisdicción especial indígena como derecho fundamental se ha interpretado que de la existencia de jurisdicciones especiales, como la indígena, se deriva el derecho de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas a un fuero que les confiere el derecho a ser juzgados por las autoridades propias, conforme a su cosmovisión, normas, procedimientos, costumbres, dentro de su ámbito territorial y para garantizar el respeto por la especial cosmovisión de la persona.
- 6.6.2.** Señala frente al fuero mencionado anteriormente, que tiene dos elementos: **(i)** de carácter personal y **(ii)** de carácter geográfico. Afirma que frente a los dos componentes del fuero, la Corte Constitucional de Colombia se ha referido ampliamente en sentencias como la T-139 de 1996, T-254 de 1994, T-349 de 1996, T-496 de 1996 y T-009 de 2007.

- 6.6.3.** Aduce que en las sentencias C-139 de 1996 y SU – 510 de 1998 se determinaron los cuatro elementos centrales que configuran la jurisdicción especial indígena:
- 6.6.3.1.** La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas.
 - 6.6.3.2.** La competencia de tales pueblos para establecer normas y procedimientos propios.
 - 6.6.3.3.** La sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución.
 - 6.6.3.4.** La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las autoridades nacionales.
- 6.6.4.** Indica que los dos primeros elementos que hacen parte de la jurisdicción indígena son comunes a las dimensiones normativa y jurisdiccional que hacen parte de la autonomía jurídica de las comunidades mediante la que se hace referencia a la existencia de autoridades propias de los pueblos que pueden elaborar normas jurídicamente vinculantes y resolver los conflictos que se generen en la comunidad a través de su aplicación.
- 6.6.5.** Señala frente a los dos últimos criterios que tienen que ver con los mecanismos o estrategias de coordinación entre los diversos ordenamientos jurídicos indígenas y el ordenamiento jurídico nacional, que hacen efectivo el principio de la diversidad dentro de la unidad.
- 6.6.6.** Asegura que los conflictos que se presentan entre el sistema judicial nacional y los sistemas propios de los pueblos indígenas, aplicando la jurisdicción especial indígena, han tratado de resolverse por medio de las sub-reglas que la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-254 de 1994.
- 6.6.7.** Aduce que con la nueva Carta Política los miembros de los pueblos indígenas se reivindican como sujetos diferenciados étnica y culturalmente, lo cual conlleva a diferentes formas de reflexionar que no se pueden equiparar con la inferioridad psíquica o con inmadurez psicológica.
- 6.6.8.** Aclara que la anterior afirmación no significa que un indígena que es juzgado conforme al Derecho Penal se deba tratar siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto.

- 6.6.9.** Indica que el juez en el caso específico deberá realizar un estudio sobre la situación particular del sujeto indígena en el que observe su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos con el fin de determinar si de acuerdo a los parámetros culturales sabía que estaba cometiendo un acto ilícito.
- 6.6.10.** Señala que si se establece una falta de comprensión y el alcance social de la conducta, deberá el juez concluir que fue producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelectuales y en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que lo juzguen sus propias autoridades.
- 6.6.11.** Manifiesta que la aplicación de la jurisdicción indígena en el ámbito penal, adicional a los criterios y elementos señalados, se debe aplicar integralmente el principio de diversidad étnica y cultural.
- 6.6.12.** Señala que frente al caso concreto tendría que sopesarse las costumbres de la etnia Embera - Chamí, como lo es que cuando una niña (considerada menor de edad dentro de los parámetros de la jurisdicción ordinaria) se considera apta para entablar una relación sentimental (en el entendido cultural).
- 6.6.13.** Manifiesta que si en el caso se encontrara un abuso reportado por denuncia formal ante la jurisdicción ordinaria bien sea de la menor o de sus padres, la jurisdicción indígena no tendría aplicación ya que la misma comunidad no está acudiendo a la jurisdicción considerada como propia.
- 6.6.14.** Aduce que si hubiese una violación de derecho a un menor de edad y no existiera un fondo normativo la jurisdicción propia de la comunidad indígena, la jurisdicción ordinaria resolvería el caso en concreto.
- 6.6.15.** Afirma que las relaciones sexuales violentas están prohibidas y son rechazadas en el pueblo Embera - Chamí independientemente de la edad, por lo cual la violación de una niña de 5 años o una mujer de 25 años es considerada una falta dentro de la comunidad.
- 6.6.16.** Indica que no es propio de las tradiciones ancestrales que existan categorías relacionadas con la edad y establecer a partir de allí que existe una edad en la que una persona es considerada en la etapa de la niñez, por lo cual el concepto de minoría de edad no tiene un reflejo absoluto en las costumbres indígenas.
- 6.6.17.** Reconoce la importancia de la existencia de leyes que señalan la protección especial de los niños, las niñas y los adolescentes para una sociedad occidental en la que para cada etapa del ciclo vital existen roles y comportamientos esperados y exigidos. Sin embargo indica que

los roles y comportamientos no son los mismos en todas las culturas, por lo que se puede afirmar que los límites relacionados con la edad de una sociedad mayoritaria no son aplicables de forma absoluta y universal en todas las culturas que perviven en una nación pluriétnica y multicultural.

- 6.6.18.** Señala que la menarquia ha determinado la posibilidad de una mujer indígena del pueblo Embera - Chamí para conformar su propia familia, y que con frecuencia se inicia a partir de ese momento una relación de pareja reconocida por el padre, la madre y la comunidad. Afirma que si se da un embarazo producto de una relación sexual no se rechaza por quienes conforman la familia y, en general, por la comunidad a la que pertenecen. Adicionalmente, señala que esta ha sido una práctica cultural verificable en todo el país en distintas comunidades.
- 6.6.19.** Manifiesta que algunos pueblos han enviado indígenas a la cárcel pero en casos muy específicos, sin embargo resalta que la mayoría de los pueblos indígenas prefieren no hacerlo ya que en los centros carcelarios se vulneran Derechos Humanos y considerando que dentro de su cosmovisión y naturaleza cultural hay otros mecanismos para el agresor que cometa acciones antijurídicas procurando mecanismos de auto corrección más que un castigo.
- 6.6.20.** Indica que para las comunidades indígenas no es un concepto propio o natural el de la “*pena*” sino que se hace referencia a acciones de armonización, sanción, curación, remedio por lo que no pueden generalizar sobre las posibles “penas” aplicables en el ejercicio de la jurisdicción indígena ya que cada pueblo indígena las maneja dentro de su sistema de derecho propio conforme a su cosmovisión y concepción de justicia.
- 6.6.21.** Señala, igualmente, que la Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia una serie de sanciones válidas impuestas por autoridades indígenas que son las siguientes: **(i)** la expulsión de la comunidad (Sentencias T-254 de 1994 y T-048 de 2002); **(ii)** el cepo (Sentencia T-349 de 1996); **(iii)** el fuate (Sentencia T-523 de 1997); **(iv)** capacitación de acuerdo a las instrucciones que se manifiesten en cada reunión anual de autoridades. Aparte de esto se mantendrían presos en diferentes comunidades, deberían trabajar en terrenos comunitarios para producir su comida y ayudar a sus familias. Adicionalmente, deben cumplir con el trabajo de refrescamiento espiritual con los médicos tradicionales que designen las autoridades y mayores.
- 6.6.22.** Afirma que en el caso concreto se debe aplicar el fuero indígena como un derecho que les asiste a los pueblos indígenas y a los dos elementos que lo conforman: el de carácter personal y el de carácter territorial o geográfico. Frente al caso objeto de estudio señala que los sujetos

involucrados son indígenas y los hechos que originaron el conflicto jurídico ocurrieron en territorio indígena, razón por la cual las autoridades indígenas de tal resguardo deberán conocer el asunto en cuestión.

6.6.23. Señala que el Estado frente al contexto señalado en el párrafo anterior no puede solamente responder desde el ámbito penal. Dos situaciones inaceptables se derivan de las lamentables respuestas estatales que limitan este campo:

(i) Una mujer indígena que acude al sistema nacional de salud para controles por su estado de embarazo, lo que menos espera es que su esposo y el padre de su hijo sea detenido y encarcelado. De esta manera, se da un mensaje claro para las mujeres indígenas que viven a diario tal realidad: acudir al sistema nacional de salud de forma preventiva implica un perjuicio para su familia y su comunidad, constituyéndose en la negación de un derecho fundamental y de un servicio público esencial que administra el Estado.

(ii) La mayoría de hombres indígenas estarían condenados y presos por tener relaciones con mujeres de sus comunidades que son consideradas allí aptas para tener una familia.

6.6.24. Manifiesta que la efectiva realización y justiciabilidad de los derechos de las mujeres requiere el planteamiento de estrategias de incidencia en el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas y leyes a su favor haciendo necesaria la intervención del Estado en la coordinación con las autoridades indígenas para transformar esas prácticas nocivas y erradicarlas por el bien de las niñas y mujeres indígenas, incluyendo investigación, sensibilización, capacitación, diálogo y formulación de políticas.

6.7. INTERVENCIÓN DE LA UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA – SEDE PEREIRA.

La Universidad Libre de Pereira recomendó a la Corte Constitucional que acceda a la protección de los derechos conculcados a favor del accionante, por los siguientes motivos:

6.7.1. Manifiesta que frente al conflicto entre la protección de derechos fundamentales de orden superior y la autonomía de las autoridades indígenas es importante resaltar la orientación teleológica de la Constitución que resalta valores pluralistas y protege de manera especial a las comunidades indígenas.

6.7.2. Señala que al interior de la comunidad indígena se reconoce que a partir del momento en el cual una niña comienza a desarrollarse

biológicamente desde su pubertad se considera como una mujer adulta con capacidad para procrear e iniciar una vida de pareja para conformar una familia. En este sentido, señala que es común, aceptado y propio de la comunidad Embera - Chamí que una menor de 13 años inicie su vida sexual activa, lo cual es permitido y consentido tanto por la comunidad como también por los involucrados.

- 6.7.3.** Recuerda que las sentencias T-009 de 2007, T-001 de 2012, T-254 de 1994, T-349 de 1996, T-728 de 2000 y T-617 de 2010 han reconocido la importancia de la autonomía de los pueblos indígenas y del fuero indígena dentro de la Constitución.
- 6.7.4.** Expresa que el juzgamiento de conductas acaecidas en el ámbito de la jurisdicción indígena debe ser conocido por las autoridades a las cuales pertenezcan los investigados, excluyendo la competencia de la jurisdicción ordinaria en virtud del principio de pluralidad, igualdad y respeto al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación.
- 6.7.5.** Afirma que el alcance que tiene la aplicación de la ley penal en la jurisdicción indígena en Colombia se encuentra enmarcada dentro del reconocimiento de orden constitucional a las normas y procedimientos propios de la comunidad indígena como parte de la autonomía que les es propia a dichas autoridades.
- 6.7.6.** Considera que si bien el principio de protección reforzada de los menores de edad se aplica también a las comunidades indígenas, éste tiene una particularidad especial respecto de la tradición propia de cada pueblo indígena de acuerdo con su cosmovisión del mundo y su vida social.
- 6.7.7.** Señala que las menores “*no aptas para hacer destino*” son aquellas que no han llegado a la pubertad, por lo cual la protección fundamental a los menores respecto de actos sexuales abusivos en la comunidad Embera - Chamí operaría sobre los menores de 13 años. Afirma así mismo que el informe de aspectos básicos en grupos étnico indígenas del Departamento Nacional de Planeación y Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible de 2010 señala que las mujeres de esta comunidad contraen matrimonio y se embarazan entre edades de 12 y 15 años. Agrega que a partir de los 13 años una mujer Embera - Chamí puede contraer matrimonio o tener pareja.
- 6.7.8.** Expresa que según el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, los criterios para juzgar y cumplir una pena por un integrante de una comunidad indígena se enmarcan en los artículos 8, 9 y 10, de acuerdo con los cuales deberá haber una prioridad por un tipo de sanción distinto a la medida de aseguramiento o al

encarcelamiento de los indígenas para no vulnerar sus derechos, garantizarles el debido proceso y permitirles ser juzgados conforme a sus usos y costumbres.

- 6.7.9.** Manifiesta que las acciones afirmativas en procura de proteger el reconocimiento de las comunidades indígenas suponen generar políticas tendientes a establecer un trato digno de su condición especial de etnia y procurar que en dichos escenarios no se pierda su conexión directa con su cultura y tradición.
- 6.7.10.** Afirma que según informa la Defensoría del Pueblo, en Colombia se estima que están privados de la libertad cerca de 596 indígenas lo que representa alrededor de un 0.9 por ciento de los internos en el país, resaltándose que varios de los indígenas privados de la libertad en los establecimientos adscritos al INPEC han sido juzgados y sancionados por la jurisdicción indígena. Manifiesta que la mayoría de los indígenas internos están ubicados lejos de sus resguardos o comunidades, siendo absorbidos por la subcultura penitenciaria. Lo que los aleja de la posibilidad de reintegro a sus comunidades.
- 6.7.11.** Aduce que en la mayoría de establecimientos carcelarios y penitenciarios donde se encuentran ubicados los internos indígenas no se tiene un área específica para su atención ni se reúnen las condiciones para vivir dignamente.
- 6.7.12.** Considera que dentro de las penas que han sido aceptadas en las comunidades indígenas se encuentran: el cepo, el fute y el extrañamiento, entendido como la expulsión del territorio.
- 6.7.13.** Concluye que el caso se refiere a un evidente choque de jurisdicciones que debe ser resuelto a favor del fuero indígena que ampara a la pareja, afirmando que la relación se dio de manera consentida, informada y conocida no sólo por la familia de cada uno de los integrantes de la pareja, sino también por los miembros de la comunidad, al interior de su territorio y bajo el consentimiento propio de sus usos y costumbres ancestrales, para lo cual cita la sentencia del 1º de abril de 2009 de la Corte Suprema de Justicia.

6.8. INTERVENCIÓN DE LA UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

El representante de la Universidad Sergio Arboleda considera que la jurisdicción ordinaria debe juzgar al señor “Cesar”, indicando lo siguiente:

- 6.8.1.** Manifiesta que existe un límite cuando se presenta una violación a los derechos de los niños en lo referente a su vida, su integridad personal y

a la libertad, por lo que sus derechos están en un peldaño superior en la Constitución.

- 6.8.2.** Señala que en el presente caso de conflicto de jurisdicciones entre la penal ordinaria y la indígena se debe actuar de manera contundente para juzgar al infractor de los derechos de la niña indígena, por lo cual la jurisdicción ordinaria debe encargarse de investigar y de sancionar estas conductas aun cuando hayan sido cometidas por individuos circunscritos a jurisdicciones especiales.
- 6.8.3.** Señala que en los casos Villagrán Morales contra Guatemala y Bulacio contra Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido la protección especial de los derechos de los niños y el deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las vulneraciones que se presenten frente a los mismos.
- 6.8.4.** Manifiesta que la Corte Constitucional le ha dado gran importancia a la prevalencia del interés superior del menor en las sentencias T-514 de 1998, T-189 de 2003, T-900 de 2006, T-497 de 2005 y T-061 de 2008, recordando que en esta última se señaló que *“adicionalmente, tales incisos primero y segundo del comentado artículo 44 contienen varias referencias expresas a la protección contra toda forma de violencia o abuso sexual y a la necesidad de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, los cuales no sólo habilitan, sino que además obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez, a adoptar medidas efectivas para prevenir y luchar frente a esos fenómenos y procurar, en toda la extensión que ello sea posible, la rehabilitación de los menores que hayan sido víctimas de ellos”*.
- 6.8.5.** Afirma que es responsabilidad del Estado ayudar a los pueblos indígenas a evolucionar sin vulnerar su cosmovisión y costumbres pero sí aboliendo las prácticas que atentan contra la dignidad humana y los derechos de las personas. En este sentido afirma que esta práctica realizada por muchos pueblos indígenas en Colombia es una clara vulneración a los derechos humanos, ya que el lugar de las niñas y los niños no es la maternidad o la paternidad, ni cumplir roles de esposas, esposos u objetos sexuales. Por lo anterior, manifiesta que este tipo de prácticas son abusivas porque generalmente sustraen a las niñas de la educación, perpetuando el ciclo de la pobreza y generando daños físicos y emocionales irreversibles.
- 6.8.6.** Señala que en este caso se debe hablar de una violación que no se puede justificar en una práctica cultural, pues ésta no puede primar por encima de los derechos nucleares de las mujeres y de los niños como la libertad, la integridad y la vida.

- 6.8.7.** Afirma que las prácticas en donde hombres mayores tienen relaciones con menores tienen asidero en muchos países del mundo con base en la idea machista de que el cuerpo de las niñas es susceptible de apropiación, convirtiéndose en una práctica y en un pensamiento extendido de todas las culturas independientemente que sean indígenas o no.
- 6.8.8.** Señala que en el caso concreto no se puede hablar de consentimiento otorgado por parte de la niña al acceso carnal, pues tratándose de menores de edad ello no es un tema a debatir.
- 6.8.9.** Concluye solicitando a la Corte Constitucional denegar las pretensiones del accionante y como consecuencia declarar que ante este tipo de situaciones, en las cuales se encuentren vulnerados los derechos nucleares de los niños, sea la jurisdicción ordinaria la encargada de llevar el juicio al imputado, respetándole su derecho a un juicio justo.

6.9. INTERVENCIÓN DEL GOBERNADOR INDÍGENA DEL RESGUARDO DE SAN LORENZO

El señor Leonardo Gañán Gañán, actuando como Gobernador del cabildo indígena del resguardo de San Lorenzo intervino en el presente proceso reclamando la competencia para juzgar al señor “*Cesar*”, por las siguientes razones:

- 6.9.1.** Manifiesta que no entiende por qué razón, presentando todos los elementos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como son el geográfico, el personal, el institucional y el objetivo el Consejo Superior de la Judicatura no haya permitido la aplicación de la jurisdicción indígena, negando el derecho del pueblo indígena.
- 6.9.2.** Señala que la justicia indígena aplicada a las infracciones penales es sancionatoria pero también resarcitoria de las víctimas, preventiva y curativa, imponiéndose una sanción al infractor de los valores, principios y reglas de conducta cuando causan un daño a los mismos comuneros, a la madre naturaleza, a los derechos colectivos de la organización o cuando se incurre en delitos contemplados en el Código Penal ordinario dentro del territorio ancestral.
- 6.9.3.** Agrega que la víctima tiene un papel protagónico pues a ella se dirige la atención de las autoridades indígenas, de la familia, de la comunidad, de los médicos tradicionales y en algunos casos también de instituciones públicas como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- 6.9.4.** Por su parte, manifiesta que el infractor se somete a sanciones físicas, seguimientos de conducta, procesos educativos, tareas comunitarias,

trabajo en caminos y vías o en fincas comunitarias, para el pago de perjuicios y el sostenimiento de su familia, la cual no puede quedar desamparada.

- 6.9.5.** Agrega que los cambios en los funcionarios de la fiscalía han ocasionado que no se haya sostenido un criterio uniforme que obedezca las pautas fijadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal como sucedió en el caso de la tutela 002 de 2012.
- 6.9.6.** En este sentido afirma que todavía se sigue pensando que el derecho superior del menor no se va a garantizar cuando el caso lo atiende la justicia indígena o que la única pena que debe imponerse es la privativa de la libertad, lo cual es errado, pues lejos de existir restricciones la jurisdicción indígena puede otorgar mayores garantías cuando se trata de aplicar justicia por afectación a una menor.
- 6.9.7.** Afirma que existen criterios especiales para el establecimiento de la edad hasta la cual se considera que una niña Embera - Chamí puede ser objeto de acceso carnal abusivo, pues cuando una mujer indígena tiene su primera menstruación culturalmente quiere decir que puede concebir y que no es sujeto de restricción para constituir pareja.
- 6.9.8.** Aduce que la autonomía judicial que les otorga la Constitución, la Ley y los usos y costumbres les permiten aplicar una gran amplitud para tomar determinaciones restrictivas cuando se cometan conductas que afecten gravemente la convivencia familiar o comunitaria, como atentar contra la libertad sexual, contra el sistema organizativo propio, contra la integridad física, contra la naturaleza y además se cause un desequilibrio notable de la armonía familiar o social.
- 6.9.9.** Agrega que dentro de las medidas aplicables dentro del resguardo se encuentran: la privación de la libertad en el centro de resocialización de San Lorenzo, la restricción a la misma libertad en una finca del resguardo dedicado al trabajo, la prohibición de salir del domicilio de la comunidad, los tratamientos médicos tradicionales, los trabajos comunitarios o las tareas pedagógicas.
- 6.9.10.** En relación con las condiciones de reclusión en el centro de resocialización se afirma que los parámetros establecidos por el cabildo de San Lorenzo dependen de la peligrosidad del infractor para los demás miembros de la comunidad o para sí mismo. Agrega que el cabildo se encarga a través de sus médicos tradicionales de aliviarlo porque para dicha comunidad los infractores son enfermos y su resocialización deberá tener un componente médico tradicional que los oriente por el camino correcto para servir a la comunidad.

6.9.11. Concluye que de asumirse la competencia se aplicarían los mismos criterios básicos de protección a las víctima e investigación imparcial, desentrañando si se presentó un abuso sexual a una menor de edad, las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho, las condiciones personales del presunto infractor, el conocimiento de esas relaciones que pudieran tener las familias, los criterios familiares, el conocimiento y pensamiento de la misma comunidad acerca de la posible vulneración de los derechos de la menor y las opiniones de los médicos tradicionales sobre la sanidad del infractor y el posible daño que se le pudiese generar a la niña.

6.10. INTERVENCIÓN DEL BIENESTAR FAMILIAR

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar realizó las siguientes consideraciones frente al presente caso:

6.10.1. Manifestó que en el caso concreto se considera esencial que como parte del estudio del asunto se valore si la comunidad indígena cuenta con una organización capaz de poner en marcha la jurisdicción especial indígena, garantizando tanto la protección del debido proceso para el acusado como para la víctima, lo cual constituye un límite inquebrantable por parte de los pueblos indígenas.

6.10.2. Señala que teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el proceso deben considerarse los criterios establecidos por la Honorable Corte Constitucional a través de su jurisprudencia para determinar si el asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria o indígena.

6.10.3. Agrega que es necesario comprobar que el comportamiento al interior de la comunidad sea previsible, de tal manera que el hecho no quede en la impunidad, lo cual vulneraría los derechos de la niña víctima de la conducta y de los demás niños de la comunidad.

6.10.4. Concluye que no es suficiente aducir como único criterio de competencia de la jurisdicción ordinaria el interés superior del niño, pues de lo contrario se presumiría que las comunidades indígenas no tienen la capacidad para garantizar el interés superior de niños y niñas y adolescentes de sus comunidades: *“Por otra parte, no sería suficiente aducir como único criterio de competencia de la jurisdicción ordinaria el interés superior del niño, pues tal conclusión a prima facie concluiría que las comunidades indígenas no tendrían la capacidad de garantizar el interés superior de niños y niñas y adolescentes de sus comunidades, por ende dicha conclusión, sin ningún medio de prueba de verificación resultaría abiertamente discriminatoria”*.

6.11. INTERVENCIÓN DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

La Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario considera que el proceso penal que se lleva en contra de “*Cesar*” debe ser conocido por la Jurisdicción Especial Indígena del Resguardo de San Lorenzo, con base en los siguientes argumentos:

- 6.11.1.** Aduce que conforme al artículo 246 de la Constitución Política, las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial de acuerdo a sus propias normas y procedimientos desde que éstos no contraríen a la Constitución. De igual manera cita a la experta Sánchez Botero, quien considera que la jurisdicción indígena se desarrolla de acuerdo a las concepciones culturales de lo que es el ser humano, el tipo de relaciones que tiene con los demás y el medio que lo rodea.
- 6.11.2.** Expresa que se deben respetar los métodos tradicionales que utilizan los pueblos indígenas para reprimir las infracciones que cometen sus integrantes, teniendo en cuenta que las sanciones que se impongan deben obedecer a las características económicas, sociales y culturales, así como dar prevalencia a otros tipos de sanción diferentes a la privación de la libertad e implementar medidas que garanticen que los mismos pueden comprender y hacerse comprender en procedimientos legales utilizando, por ejemplo, intérpretes, entre otros.
- 6.11.3.** Indica que de acuerdo a la Sentencia C-139 de 1996, esta Corporación determinó que cualquier tipo de decisión en los pueblos indígenas se toma y se debe fundamentar en las autoridades e instituciones tradicionales de cada pueblo y a través de sus propias autoridades o las organizaciones que las representan y que son las competentes de acuerdo a las leyes de origen (derecho mayor o derecho propio) para administrar justicia al interior de los pueblos indígenas de Colombia.
- 6.11.4.** Manifiesta que las propias comunidades pueden establecer normas y procedimientos propios conforme a sus usos y costumbres, lo cual les permite ejercer la Jurisdicción Especial Indígena de manera independiente, elementos que conforman el núcleo de autonomía otorgada a estas comunidades que se extiende además del ámbito jurisdiccional al ámbito legislativo.
- 6.11.5.** Considera que frente al presente caso, el antecedente judicial está consagrado en la Sentencia T-778 de 2005 en el que se resuelve el caso de Ati Quigua ya que se permitió aplicar una excepción etno-cultural que resulta viable frente al proceso penal que se adelanta contra “*Cesar*” donde se pone en juego el ejercicio del derecho a la integridad cultural.

- 6.11.6.** Expone que al ser el accionante un integrante del Resguardo Indígena de San Lorenzo de la comunidad Embera - Chami (como quedó demostrado a lo largo del proceso) está cobijado por la concepción individual del derecho a la integridad cultural, mediante la cual al proteger los derechos del integrante se tutela a la comunidad en su derecho colectivo.
- 6.11.7.** Señala que el hecho de haber estudiado un semestre fuera del resguardo no puede constituir una desvinculación del accionante a sus raíces y a su comunidad, sino que al contrario, el señor “*Cesar*” volvió practicando las costumbres propias de su cultura y además comenzó a trabajar en la emisora del resguardo.
- 6.11.8.** Expresa que conforme al material probatorio allegado al proceso, se puede inferir que las relaciones sexuales que sostuvo el señor “*Cesar*” con la menor, fueron realizadas en territorio del resguardo debido a que la cotidianeidad y la rutina como pareja se desarrollaba siempre dentro del resguardo, cumpliendo de esta manera con los factores personal y territorial de la jurisdicción especial indígena.
- 6.11.9.** Indica no estar de acuerdo frente al primer argumento que utiliza el Consejo Superior de la Judicatura y mediante el cual alega que al aplicarse la jurisdicción especial indígena se estaría vulnerando el principio de protección prevalente a los menores. Su desacuerdo radica en que la aplicación de la jurisdicción indígena no vulnera el principio de protección a los menores, ya que la misma no implica impunidad y aclara que la concepción del acto considerado como ilícito bajo la cosmovisión de la comunidad indígena es diferente según sus costumbres, usos y cosmovisiones.
- 6.11.10.** Manifiesta que la aplicación de la jurisdicción especial indígena se refiere al desarrollo del proceso bajo los usos y costumbres de la comunidad, y que no significa que no exista una investigación o sanción del acto delictivo, razón por la cual no se desprotegen los derechos de la menor.
- 6.11.11.** Aduce que de acuerdo a las pruebas aportadas se deduce que las mujeres del pueblo indígena donde se originó la presente controversia tienen criterios diferentes a la edad para determinar cuándo es el momento indicado para iniciar la vida sexual y que estos no son comparables con los establecidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia.
- 6.11.12.** Por último indica que los argumentos que utilizó en este concepto fueron validados en tres (3) entrevistas realizadas a importantes mujeres que se han destacado por su liderazgo y que pertenecen al pueblo Emberá Chamí, las cuales se resumen a continuación:

6.11.13. Entrevista de Eulalia Yagarí:

Anexa entrevista realizada a **Eulalia Yagarí**, miembro de la comunidad indígena Embera - Chamí de Antioquia. Trabaja como maestra en el Resguardo de Cristianía y trabajó en la Organización Indígena de Antioquia (OIA).

6.11.13.1. Ante la pregunta “¿Cómo se constituye una familia Embera - Chami?” Respondió que es frecuente ver niñas de 12 a 15 años formando pareja con hombres mayores, también indicó que las mujeres procrean a veces desde los 7, 8 y 9 años, edad a partir de la cual se consideran como mujeres aptas para el matrimonio o para tener novio. Además, a esta edad se entiende que las mujeres tienen la posibilidad de decidir si desean irse a vivir junto con su pareja.

6.11.13.2. Frente a la pregunta *El caso que tiene la Corte es un caso de un joven de 26 años que se enamoró de una joven de 13 años, el joven está en la cárcel por violación de menores ¿usted qué opina de eso?* Contestó que para ellos como comunidad consideran que la violación es cuando un hombre intente abusar sexualmente de las niñas, cuando es a las malas, además afirma que al ser los dos indígenas no hay violación, porque hay un proceso de enamoramiento entre ellos según sus costumbres y que además ambos están en una especie de ignorancia al no conocer que una mujer no se ha desarrollado corporalmente a esa edad para tener un hijo y lo considera un aspecto fundamental para calificar en el caso presente.

6.11.13.3. Señala que un caso de violación a una niña se denuncia ante el cabildo, luego es esta autoridad indígena quien procesa junto con los jueces municipales de la República y posteriormente llegan a un acuerdo para determinar la sanción al hombre que ha cometido tal conducta, no sin antes realizar un peritaje para anexarlo al proceso y antes de que se inicie el juicio.

6.11.14. Entrevista de Dora Elena Sepúlveda:

También se anexa entrevista realizada a Dora Elena Sepúlveda, perteneciente al Resguardo Indígena del Bete en Quibdó, Consejera en la Organización Indígena Regional del Chocó y Fiscal encargada del control y veeduría de la organización:

6.11.14.1. Manifestó que el sistema de familias en la comunidad a la que pertenece tiene una organización matrimonial que se puede llevar a cabo por la iglesia o por medios culturales del pueblo, que las mujeres se casan desde los trece (13) años y que en esta edad se inician sus relaciones sexuales para tener hijos. Así mismo señaló que la diferencia

de edad con los hombres no es mucha, ya que pueden ser adolescentes, tener la misma edad o ser mayores.

6.11.14.2. Indica que en la concepción indígena se considera que se es mujer cuando se tiene la primera menstruación, es en ese momento que tiene que comportarse diferente porque empieza a ejercer como tal el papel de mujer en la comunidad como protectora de la cultura ya que la enseñanza de las prácticas tradicionales depende de ellas.

6.11.14.3. Relata que dentro del Resguardo Indígena del Bete en Quibdó se hace el ritual de la “*jovenciada*” que se celebra cuando a la niña le llega el primer periodo y marca el momento desde el que se entiende que ya es mujer.

6.11.14.4. Manifiesta que si una menor tiene relaciones sexuales de manera consentida se puede sancionar por la desobediencia a la cultura, ya que se entiende que la joven indígena debe conservarse, porque en un momento dado, si no lo hace, va a tener malas influencias en su vida, o puede dañarse su integridad como mujer.

6.11.14.5. Afirma que si una menor de 14 años tuvo relaciones sexuales dentro de su comunidad se deben tener en cuenta dos (2) consideraciones: primero si dentro del pueblo se entiende que no fue abusada sexualmente y que no fue contra su voluntad, se establece que no se constituye un delito. Pero se sanciona a la joven porque está violando el reglamento interno de la comunidad y la normas de los padres, porque no informo si tenía deseos de vivir con un hombre o de casarse, por lo que se inicia una investigación. En segundo lugar, si se está frente a una violación a menor de edad se tiene otro procedimiento desde la jurisdicción especial indígena, de acuerdo con el reglamento de la comunidad se debe castigar al autor, y la joven queda exenta de ser sancionada, porque la persona que lo hizo lo realizó en contra de la voluntad de la niña.

6.11.15. Entrevista de Graciela Siagama

Finalmente se presentó la entrevista realizada a **Graciela Siagama**, integrante de la comunidad Embera - Chamí, del Departamento de Risaralda, Autoridad en el Consejo de Autoridades Indígenas de Risaralda del Área de Género y Familia:

6.11.15.1. Indica que dentro de su comunidad existe la costumbre de casarse desde los trece (13) años de la mujer, que es normal, los padres no las obligan (ni es necesaria su autorización para tener un novio), sino que lo deciden la niña y el muchacho para conformar una pareja, siempre y cuando el muchacho sea responsable.

6.11.15.2. Señala que dentro de su pueblo se entiende que una niña pasa a ser mujer cuando la madre ve el pecho de su hija desde los 10 años y percibe que el periodo está próximo a llegar. Luego se encierra a la niña durante 15 o 20 días donde nadie la pueda ver, durante ese tiempo debe orinar en un lugar específico en donde la madre pone unas hojas, y las cambia normalmente esperando que se vea una punta de sangre lo que significa que va a llegar la menstruación. Posteriormente se celebra un ritual llamado Jaibaná, que es una especie de bautizo por parte de una mayora y que significa que la niña ya se convierte en mujer, por lo que no puede andar en la calle sola, pues de estar con un hombre puede quedar embarazada (las niñas son educadas en ese aspecto desde que son muy pequeñas para que cuiden su integridad), no pueden salir de fiesta, deben quedarse en su casa hasta que llegue un muchacho con el que se interesen en conformar pareja y casarse.

6.11.15.3. Relata que los noviazgos en la comunidad se forman cuando un muchacho llega a la familia de la hija a solicitar a la mujer, los padres de ella le preguntan si quiere que ese muchacho sea su novio, duran aproximadamente un año, y después se casan, por lo que es común que hayan matrimonios a los trece (13) o catorce (14) años ya que se entiende que una vez llega la menstruación la mujer se siente capaz de ser madre.

6.11.15.4. Considera que el Estado está limitando a los indígenas en este aspecto ya que si una niña a los trece (13) años queda embarazada y va al hospital las autoridades empiezan a decir que la niña fue violada, siendo que está casada y que es decisión de ella ser madre.

6.11.15.5. Indica que en caso de una violación dentro de la comunidad, el primer paso es denunciar ante la autoridad indígena, pero que si la niña sostuvo relaciones sexuales de manera voluntaria la comunidad no tiene derecho de intervenir, pues ambos quisieron, ambos son pareja y se aman, y la menor se siente capaz de ser mamá. Adicionalmente aclara que la diferencia de edad entre un hombre y una mujer en una relación de pareja no es importante, por lo que si el muchacho es mayor no tiene relevancia.

6.11.15.6. Señala que si un hombre sostiene relaciones sexuales con una menor de once (11) o doce (12) sí se entiende que hay violación, a partir de los trece (13) ya es común, porque se decidió vivir con su pareja y ambos quisieron.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela del proceso de esta referencia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

A partir de los supuestos fácticos planteados anteriormente, el problema jurídico que se debe resolver consiste en establecer si se vulneró el debido proceso del señor “*Cesar*” al ser juzgado por la jurisdicción ordinaria y al no haberse tenido en cuenta su condición de indígena en su privación de la libertad. En este sentido, en esta sentencia se deberá establecer si era aplicable el fuero penal indígena y si se tuvo en cuenta la condición de indígena del accionante en la determinación de las condiciones de su privación de la libertad.

Para tal fin, la Sala reiterará la jurisprudencia con respecto a: **(i)** la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(ii)** la jurisdicción indígena, **(iii)** el Derecho penal ante los indígenas en Colombia; **(iv)** el interés superior del menor, **(v)** la privación de la libertad de los indígenas en Colombia; y finalmente; **(vi)** analizará el caso concreto.

3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

- 3.1.** El Decreto 2591 de 1991 consagra en su artículo 5° que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, que haya vulnerado, vulnere o pueda vulnerar derechos constitucionales fundamentales.
- 3.2.** La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela, en principio, no procede contra providencias judiciales². No obstante, de manera excepcional, la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas desconocen los preceptos constitucionales y legales que deben seguir, o en aquellos casos en los que si bien no se desconocen las normas superiores, la decisión judicial vulnera derechos fundamentales³.
- 3.3.** La Corte Constitucional ha manifestado que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales está sujeta a la observancia de presupuestos generales, que de cumplirse en su totalidad, habilitarían al juez de tutela para revisar las decisiones judiciales puestas a su

² Sentencia de la Corte Constitucional C-590 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

³ Sentencias de la Corte Constitucional T-191 de 1999. MP. Fabio Morón Díaz; T-1223 de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis; T-907 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil y T-092 de 2008. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

consideración⁴. Tales presupuestos fueron consagrados en la Sentencia C-590 de 2005, de la siguiente manera:

- “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 irremediable⁵.*
- 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 vulneración⁶.*
- 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 afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁷.*
- 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 posible⁸.*
- f. Que no se trate de sentencias de tutela^{9”10}.*

- 3.4.** Una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos generales referidos, el accionante deberá demostrar la ocurrencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión cuestionada.
- 3.5.** La jurisprudencia constitucional ha entendido las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela frente a providencias judiciales como aquellas actuaciones en las que se resuelve un conflicto jurídico asume una conducta que evidentemente contraría el ordenamiento vigente y, por ende, vulnera derechos fundamentales. Así, al no disponer de un medio eficaz para dar solución a tal situación, la acción de tutela se torna en el mecanismo idóneo para adoptar las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales afectados por una decisión judicial¹¹.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, las siguientes:

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-024 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-504 de 2000. MP. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-315 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-008 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-658 de 1998. MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁹ Sentencias de la Corte Constitucional: T-088 de 1999. MP. José Gregorio Hernández y SU-1219 de 2001. MP. Manuel José Cepeda.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-590 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-327 de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

“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, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que 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 inconstitucionales¹² o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta 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 servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en 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 vulnerado¹³.

h. Violación directa de la Constitución.”

4. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

A continuación se analizarán los aspectos más importantes de la jurisdicción indígena: **(i)** el alcance y elementos de la jurisdicción indígena; **(ii)** los límites de la jurisdicción indígena; **(iii)** los principios que pueden ser aplicados para la solución de casos relacionados con

¹² Sentencia de la Corte Constitucional T-522 de 2001. MP. Manuel José Cepeda.

¹³ Sentencias de la Corte Constitucional: T-1625 de 2000. MP (E). Martha Victoria Sáchica Méndez; T-1031 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett; SU-1184 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett, y T-462 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

conflictos y tensiones entre la normatividad ordinaria o “nacional” y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas; (iv) el fuero indígena y finalmente; (v) el Derecho Penal ante los indígenas en un Estado Pluralista.

4.1. ALCANCE Y ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

4.1.1. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Carta Política y a la Ley¹⁴. Por lo anterior, el ejercicio de la jurisdicción indígena no queda sujeto a una ley específica, pues teniendo en cuenta su carácter constitucional no puede quedar sin efecto por la circunstancia accidental de que no exista una ley que así lo dispusiere¹⁵.

4.1.2. La jurisdicción indígena fue consagrada en el artículo 246 de la Constitución y se funda en la autonomía de los pueblos indígenas¹⁶, en la diversidad étnica y cultural (art.7 CP), en el respeto al pluralismo y en la dignidad humana (art.1 CP)¹⁷. Así mismo, también es reconocida en diversas normas del Convenio 169 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad como su artículo 9º, según el cual: *“En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”*.

4.1.3. En este sentido, la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio y respecto de sus miembros es un derecho que constituye una manifestación de la autonomía de las comunidades indígenas¹⁸ y que por ello puede ser protegido incluso mediante la acción de tutela:

“(e)l juez constitucional y los jueces ordinarios, en cada caso concreto, con el fin de preservar los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas y de los terceros vinculados a las

¹⁴ Sentencias de la Corte Constitucional T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-934 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-030 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; T-606 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-364 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla y C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ Sentencias de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-606 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶ Sentencias de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-030 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz; T-728 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-811 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Entre otras: T-009 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-364 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

¹⁷ Sentencia C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-344 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁸ Sentencias de la Corte Constitucional T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

mismas, pueden intervenir en asuntos relacionados con dichas comunidades, pero sopesando los límites de su intervención, de manera que se logre restablecer el orden jurídico quebrantado sin resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía e independencia”¹⁹.

4.1.4. En virtud de esta situación, la jurisdicción indígena hace parte de la rama judicial²⁰ y además comporta el reconocimiento de un cierto poder legislativo para esas comunidades, en virtud del cual sus usos y prácticas tradicionales desplazan a la legislación nacional en cuanto a la definición de la competencia orgánica, de las normas sustantivas aplicables y de los procedimientos de juzgamiento²¹.

4.1.5. Por lo anterior, se ha reconocido que la jurisdicción indígena tiene dos (2) dimensiones: **(i)** un resultado y un instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano garantizada por la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comunidades indígenas y; **(ii)** desde la perspectiva individual, y particularmente en materia penal, constituye un fuero especial para los indígenas²².

4.1.5.1. En este sentido, se han establecido cuatro (4) elementos de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional²³: **(i)** la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, **(ii)** la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, **(iii)** la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y **(iv)** la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

4.1.5.2. Por otro lado, la Corte Constitucional consideró que la jurisdicción indígena comporta: **(i)** Un elemento humano, consistente en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; **(ii)** Un elemento orgánico, que implica la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades; **(iii)** Un elemento normativo, de acuerdo con el cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental; **(iv)** Un ámbito geográfico, de acuerdo con el que la norma que establece la

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-048 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²² Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²³ Sentencias de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-030 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz; T-728 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-552 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-811 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-945 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-364 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades y;

(v) Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley²⁴.

4.1.5.3. En consecuencia, la jurisdicción indígena es una figura fundamental para un Estado pluralista que se funda en la autonomía de los pueblos indígenas, en la diversidad étnica y cultural, en el respeto al pluralismo y en la dignidad humana que permite el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre y cuando no sean contrarios a la Carta Política y a la Ley.

4.2. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de una serie de límites al desarrollo de la jurisdicción especial indígena:

4.2.1. La **Sentencia T-254 de 1994** señaló que la consagración de los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas constituye un límite al principio de diversidad étnica y constitucional acogido en el plano del Derecho Internacional, lo cual es reconocido por el Convenio 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante la Ley 21 de 1991²⁵.

4.2.2. La **Sentencia C-139 de 1996** manifestó que no puede implicar el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (artículos 246 y 330), siempre y cuando la limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente para lo cual es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural²⁶. En este sentido, los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre, tal como sucede en el caso del derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura²⁷.

4.2.3. La **Sentencia T-266 de 1999** por su parte reconoció que la facultad de las comunidades indígenas de la creación de normas, no debe entenderse como el nacimiento de nuevos delitos dentro de ese territorio, que no

²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

existan dentro de nuestra patria, o de procedimientos que atenten contra nuestro sistema. En este sentido se afirmó que *"con el objeto de respetar la diversidad étnica y cultural, no se podría admitir una pena de muerte en un territorio de estos, o procesos como la tortura para hacer confesar al reo. Por lo anterior, se garantiza sí la diversidad, pero las sanciones y procedimientos deberán ser conforme a nuestras leyes y Constitución Política"*²⁸.

4.2.4. La Sentencia T-549 de 2007 destacó el derecho que tienen las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales, el cual puede operar en su ámbito territorial y de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando estos no contraríen a la Constitución y la Ley, en especial el debido proceso y el derecho de defensa²⁹.

4.2.5. La Sentencia C-882 de 2011 también reconoció la existencia de unos límites de la jurisdicción especial indígena como el respeto de los derechos humanos y la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad³⁰:

“En primer término, ha defendido una teoría de mínimos en términos de derechos humanos que no pueden librarse a la autonomía de los pueblos indígenas. Estos mínimos también han sido denominados núcleo duro de los derechos humanos.³¹ Una de las primeras oportunidades en las que la Corte se pronunció sobre tales mínimos fue en la sentencia T-349 de 1996³², al revisar la tutela interpuesta por un miembro de la comunidad indígena embera-chamí contra las autoridades del cabildo, por imponerle una pena de 20 años por el homicidio de otro indígena, en su concepto, con desconocimiento del debido proceso. La Corte consideró en este fallo que la jurisdicción especial indígena y la posibilidad de gobernarse por leyes propias encuentran límites en “(...) lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” En el caso bajo revisión, la Corte estimó que la comunidad había excedido sus facultades jurisdiccionales y desconocido el debido proceso del actor -uno de los derechos mínimos que limitan la jurisdicción especial indígena- por imponerle una sanción no prevista de antemano por el derecho propio de la comunidad, es decir, una sanción no previsible.

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-266 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-549 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-514 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

³² Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

*En segundo término, la Corte también ha indicado que constituye un límite de la jurisdicción especial indígena “la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.”*³³ Como se indicó en la sentencia T-514 de 2009³⁴, el concepto de derechos fundamentales es distinto al de “núcleo duro de los derechos humanos”, que son solamente los delimitados en las sentencias antes analizadas. El límite que ahora se explora se refiere a los contenidos que no pueden ser limitados de todos los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas”³⁵.

4.2.6. La Sentencia SU-510 de 1998 reconoció que la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre: (i) En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29); (ii) en segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”.

4.2.7. La Sentencia T-001 de 2012 destacó que la limitación se relaciona con el núcleo duro de los derechos fundamentales y reconocidos por los principios de *ius cogens*, reiterados en la sentencia **T-349 de 1996**³⁶ y en la sentencia **SU-510 de 1998**³⁷, en donde la Corte precisó que aquellos bienes más preciados para el ser humano y que representan el límite de la jurisdicción especial indígena están constituidos “(...) por **el derecho a la vida** (C.P., artículo 11), por las prohibiciones **de la tortura** (C.P., artículo 12) y **la esclavitud** (C.P., artículo 17) y **por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas** (C.P., artículo 29).”³⁸ En este sentido, señaló que “la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas para resolverlo, está sometida al respeto de los derechos a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos y

³³ Sentencia de la Corte Constitucional SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-514 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

³⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁷ Sentencia de la Corte Constitucional SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-001 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

*al debido proceso, que son principios de mayor monta que la diversidad étnica y cultural y sobre los cuales existe un verdadero consenso intercultural*³⁹.

4.2.8. La Sentencia T-097 de 2012 expresó que las limitaciones admisibles a la autonomía indígena son las que se refieren *"a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre"*,⁴⁰ o bien sobre los derechos que independientemente de la cultura que se trate, deben ser garantizados, como el derecho a la vida, la dignidad humana, la prohibición de la tortura, la esclavitud y el debido proceso⁴¹. En todo caso, la Corte ha reconocido que en cada evento deberán analizarse las circunstancias particulares, el grado de aislamiento de las comunidades, y los criterios y principios interpretativos para dirimir conflictos entre ambas jurisdicciones⁴².

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de las siguientes limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena:

- (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos.
- (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa.
- (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas.
- (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana.

4.3. PRINCIPIOS QUE PUEDEN SER APLICADOS PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS RELACIONADOS CON CONFLICTOS Y TENSIONES ENTRE LA NORMATIVIDAD ORDINARIA O "NACIONAL" Y LA NORMATIVIDAD DE CADA UNA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

³⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-001 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: "La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos"

⁴² Sentencia de la Corte Constitucional T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido una serie de principios que pueden ser aplicados a la solución de casos relacionados con conflictos y tensiones entre la normatividad ordinaria o “nacional” y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas:

4.3.1. La Sentencia T-254 de 1994 señaló la existencia de cuatro (4) reglas de interpretación para solucionar las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos como la jurisdicción indígena: **(i)** a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; **(ii)** los derechos fundamentales constitucionales son el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; **(iii)** las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; **(iv)** los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas⁴³.

⁴³Sentencia de la Corte Constitucional T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “7. La creación de una jurisdicción especial indígena como la indicada en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar cuál es la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho. En efecto, la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:

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

7.2 Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

7.3 Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

7.4 Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la

4.3.2. La Sentencia C-139 de 1996 reconoció que resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad y que por ello el procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto especialmente relacionadas con: **(i)** la cultura involucrada; **(ii)** el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria; **(iii)** la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, entre otros⁴⁴.

La misma sentencia determinó que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: **(i)** que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna); **(ii)** que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas⁴⁵.

En esta sentencia se reconoció que hay que distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente: **(i)** cuando la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas y **(ii)** cuando se presenta una situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma⁴⁶.

4.3.3. En la Sentencia SU-510 de 1998 se reconoció que en el manejo autónomo de los pueblos indígenas, también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción dentro de los límites trazados por la Constitución a través del principio *pro communitas*⁴⁷.

4.3.4. La Sentencia T-811 de 2004 reiteró las reglas de interpretación a ser aplicadas cuando se presenten diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos: **(i)** a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; **(ii)** los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; **(iii)** las normas

costumbre *contra legem* por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, *mutatis mutandis*, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autoregulación por parte de las comunidades indígenas”.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁴⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁴⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; **(iv)** los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas⁴⁸.

Así mismo, se señalaron los criterios para resolver tensiones entre la autonomía de las comunidades indígenas y otros principios y derechos constitucionales⁴⁹:

*“En primer lugar, la Corte ha señalado que los conflictos deben resolverse **a favor del principio de maximización de la autonomía**, es decir, los jueces y las demás autoridades deben favorecer el derecho de las comunidades a la autonomía, salvo cuando **(i)** esté de por medio un derecho fundamental de uno de sus miembros u otro principio constitucional que adquiera mayor peso en la ponderación que se lleva a cabo en el caso concreto⁵⁰ o **(ii)** la restricción de la autonomía constituya la medida menos gravosa posible”.*⁵¹

*En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional ha defendido el **principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos**, según el cual el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad, que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes. En esta última hipótesis deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, es decir, la jurisprudencia ha invitado a establecer un diálogo intercultural.*⁵²

*Por último, la Corte ha defendido el principio **a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía**. Según este principio, en el caso concreto debe sopesarse el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena involucrada respecto de la cultura mayoritaria.⁵³ Al respecto, en la sentencia T-349 de 1996⁵⁴, la Corte sugirió que en cada caso el juez debe examinar las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgan la*

⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-811 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁰ Sentencias de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ Sentencias de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵² Sentencias de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-514 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵³ Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos. Posteriormente, en la sentencia T-496 de 1996⁵⁵, la Corporación agregó que “el procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria (...)”. Más recientemente, en la sentencia T-514 de 2009⁵⁶, la Corte precisó que la idea de que las comunidades indígenas que se han asimilado en mayor medida a la cultura mayoritaria, deben también regirse en mayor medida por las leyes de la República en virtud del principio de unidad, debe tomarse como “una constatación descriptiva y no como un precepto normativo”.

4.3.5. La Sentencia T-009 de 2007 reiteró los criterios para dirimir los conflictos: **(i)** a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; **(ii)** los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; **(iii)** las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; **(iv)** los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas⁵⁷.

4.3.6. La Sentencia T – 097 de 2012 destacó que en caso de conflicto, los principios reiterados por la jurisprudencia constitucional se reducen a los siguientes: **(i)** a mayor conservación de usos y costumbres de los pueblos indígenas, mayor autonomía; **(ii)** maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o minimización de las restricciones para salvaguardar intereses de mayor jerarquía; **(iii)** mayor autonomía para la decisión de conflictos internos. También destacó los principios para resolver la tensión entre unidad nacional y autonomía de las comunidades indígenas⁵⁸.

4.3.7. La Sentencia T- 002 de 2012 recordó los principios que pueden ser aplicados para la solución de casos relacionados con conflictos y tensiones entre la normatividad ordinaria o “nacional” y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas: **(i)** principio de “*maximización de la autonomía de las comunidades indígenas*”; **(ii)** el principio de “*mayor autonomía para la decisión de conflictos internos*”; **(iii)** el principio “*a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía*”⁵⁹.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-514 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-009 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

De esta manera, puede reconocerse la existencia de cuatro (4) principios **(i)** a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; **(ii)** los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; **(iii)** las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; **(iv)** los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

4.4. EL FUERO INDIGENA

4.4.1. Concepto

4.4.1.1. El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad⁶⁰.

4.4.1.2. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante⁶¹.

4.4.2. Criterios que determinan la aplicación del fuero indígena

En virtud de lo anterior se ha presentado una evolución paulatina en torno al reconocimiento de los factores o criterios que determinan la aplicación del fuero indígena:

4.4.2.1. La **Sentencia T-496 de 1996** señaló que existían dos (2) factores para establecer la jurisdicción indígena: **(i)** el personal *“con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”* y; **(ii)** el territorial *“que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”*⁶².

⁶⁰ Sentencias de la Corte Constitucional T-728 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-945 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁶² *Ibidem*

4.4.2.2. La **Sentencia T-934 de 1999** reconoce que existen 2 elementos necesarios para determinar la jurisdicción que ha de aplicarse a una persona perteneciente a alguna de las comunidades a las cuales les fue reconocida una jurisdicción especial: *“El primero, aplicable al individuo en razón a su pertenencia o no a la comunidad indígena que permita su sometimiento a las normas y procedimientos que la rigen. El segundo, relacionado directamente con la conducta desarrollada y su ocurrencia al interior del territorio indígena”*⁶³.

4.4.2.3. La **Sentencia T-728 de 2002** reiteró que el fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, el *personal* *“con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”*⁶⁴ y el *territorial* *“que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”*⁶⁵.

4.4.2.4. La **Sentencia T-552 de 2003** señaló que el fuero indígena comprende tres elementos esenciales, a saber: **(i)** el *personal* *“con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”*⁶⁶; **(ii)** el *territorial* *“que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”*⁶⁷ y **(iii)** el *objetivo*, *“referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”*⁶⁸. Así mismo, esta sentencia reconoció que para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que *“(i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado; (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley”*⁶⁹.

En este sentido, señala que estas dos (2) últimas condiciones plantean un específico problema de interpretación en orden a determinar la aplicación de la jurisdicción indígena en una situación determinada, por cuanto la consideración de las mismas puede hacerse *ex ante*, como un requisito de procedibilidad de la jurisdicción especial, o *ex post*, como condiciones que gobiernen el ejercicio de la misma⁷⁰.

4.4.2.5. La **Sentencia T-1238 de 2004** expresó los elementos del fuero

⁶³ Sentencia de la Corte Constitucional T-934 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz;

⁶⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁵ *Ibídem*

⁶⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁶⁷ *Ibídem*

⁶⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

indígena⁷¹ y señaló que frente al elemento subjetivo *“el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnicos. Por ello no basta con acreditar que una persona pertenece a una determinada etnia como presupuesto, junto con los demás, para la procedencia del fuero. Es necesario, además, acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres”*.⁷²

4.4.2.6. La Sentencia T-009 de 2007 reiteró los criterios para la determinación de la competencia de la jurisdicción indígena, según la jurisprudencia constitucional: **(i)** personal (el miembro de la comunidad indígena ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres); **(ii)** geográfico (cada comunidad puede juzgar los hechos que sucedan en su territorio, de acuerdo a sus propias normas). Adicionalmente, agregó que para que proceda la aplicación de la jurisdicción indígena *“no es suficiente la constatación de estos dos criterios ya que también se requiere que existan unas autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad, además de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia del caso y, la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley en lo que respecta a los límites mínimos señalados en la sentencia”*⁷³.

4.4.2.7. La Sentencia T-1026 de 2008 señala que el fuero indígena comprende tres elementos esenciales: *“i) el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”*⁷⁴; *ii) el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”*⁷⁵ y *iii) el objetivo, “referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”*⁷⁶.

4.4.2.8. La Sentencia T-617 de 2010 reconoció la existencia de los factores

⁷¹ El fuero indígena comprende dos elementos esenciales, el personal *“con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”* y el territorial *“que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”*. De acuerdo con la jurisprudencia, para establecer el fuero es necesario tener en cuenta también el elemento objetivo, referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva, así como la naturaleza de los comportamientos que son objeto de juzgamiento.

Adicionalmente, el fuero especial indígena tiene como condición previa, la existencia de una autoridad comunitaria con competencia territorial y personal y con capacidad de emitir un juicio conforme a un sistema jurídico tradicional, autoridad que debe estar dispuesta a asumir el juzgamiento.

⁷² Sentencia de la Corte Constitucional T-1238 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷³ Sentencia de la Corte Constitucional T-009 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ Sentencias de la Corte Constitucional T-552 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

personal, territorial, orgánico o institucional, y objetivo para la determinación del fuero indígena. En esta sentencia se definieron las subreglas para cada uno de los elementos del fuero y los criterios de interpretación relevantes dentro de las cuales resultan de especial importancia las establecidas en relación con los elementos personal y objetivo:

En relación con el elemento personal se distinguieron las consecuencias de las hipótesis de que el delito se cometa al interior o fuera del ámbito territorial de la comunidad indígena, reconociendo los efectos del error de prohibición culturalmente condicionado y de la diversidad sociocultural:

“(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”⁷⁷.

Por su parte, frente al elemento objetivo, se formularon las siguientes subreglas relacionadas con la naturaleza del bien jurídico afectado por el delito:

⁷⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“(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”⁷⁸.

4.4.2.9. La Sentencia C-882 de 2011 reiteró los criterios tradicionales empleados en el derecho para determinar la competencia:

*“Con el factor personal se determinan los sujetos de juzgamiento y de la relación procesal, activa y pasiva. La Corte ha señalado que las comunidades indígenas deben ocuparse del juzgamiento de sus propios integrantes. Es más, para la Corte, la pertenencia a una comunidad otorga a sus miembros un fuero especial conforme al cual deben ser juzgados por sus propias autoridades y según el derecho propio. **El fuero de jurisdicción** garantiza el respeto por la particular cosmovisión de las comunidades indígenas.⁷⁹ No obstante, es necesario aclarar en relación con este elemento, que no es suficiente con que el sujeto haga parte de la comunidad, es preciso además que esté integrado a ella y viva según sus usos y costumbres. (...)*

***El factor territorial**, de otra parte, permite que cada comunidad juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial y aplicar su sistema jurídico dentro del mismo.⁸⁰ La jurisprudencia ha considerado que este elemento se refiere de manera concreta a la existencia de una comunidad indígena*

⁷⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. No obstante, en este fallo la Corte indicó que el fuero indígena tiene límites, pero no fueron delimitados por la Corte en dicha ocasión.

⁸⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

organizada, con vocación de pertenencia sobre la tierra que ocupa y con su convivencia regida por su cultura. (...)

***El factor objetivo**, finalmente, hace referencia a las materias sobre las que versan las controversias que deben ser dirimidas. La Corte ha sostenido que las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia que suscite la aplicación de su derecho propio”.⁸¹*

En todo caso recalcó que estos criterios no son absolutos: **“(i) en casos de conductas realizadas en el territorio de una comunidad, pero que causan daños a terceros ajenos, es posible que el asunto deba ser juzgado por la jurisdicción ordinaria.⁸² (ii) De igual forma, como en el caso analizado en la sentencia T-496 de 1996⁸³, es posible que pese a que una conducta reprochada por una comunidad haya sido cometida por uno de sus miembros dentro de su territorio, el caso deba ser remitido a la jurisdicción nacional debido a la no pertenencia de la víctima a la comunidad y al grado de integración del infractor a la cultura mayoritaria.⁸⁴ (iii) También es posible, como en el caso**

⁸¹ Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Constitucional T-945 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte conoció del caso de una mujer embarazada que había sido despedida de una entidad de salud indígena. La accionante alegaba el desconocimiento de su fuero especial de mujer en estado de embarazo e interpuso acción de tutela contra el Cabildo. La Corte consideró que este no era el mecanismo adecuado, todo vez que al tratarse de un asunto ocurrido dentro del territorio indígena y que involucraba a sus miembros, debía ser conocido por las autoridades tradicionales. Ver también, la sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸² Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz: En este fallo la Corte explicó lo siguiente:

“En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.”

⁸³ Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁸⁴ En la sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte negó la tutela solicitada por un indígena paéz, quien sería juzgado por la jurisdicción ordinaria por el asesinato de un miembro de otra comunidad indígena. El acto solicitaba ser juzgado por las autoridades paéces. La Corte se opuso con fundamento en los siguientes argumentos:“(…) no es dable reconocerle a (…) el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los

*examinado en la sentencia T-1238 de 2004⁸⁵, que una falta que tuvo lugar fuera del territorio, deba ser sometida a la jurisdicción de la comunidad por haberse realizado contra un miembro de la misma”.*⁸⁶

4.4.2.10. La **Sentencia T - 001 de 2012** reconoce el análisis de los siguientes criterios y elementos del fuero indígena: **(i) el criterio objetivo**, que hace referencia a que las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia que suscite la aplicación del derecho propio; **(ii) el criterio personal** que se refiere a que *“el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su propia comunidad”*; **(iii) el elemento territorial**, según el cual las autoridades indígenas pueden juzgar, *“las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”*; **(iv) el criterio institucional u orgánico** que se refiere a la existencia de autoridades, usos, costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad⁸⁷.

4.4.2.11. La **Sentencia T - 002 de 2012** sistematizó los aspectos fundamentales en la determinación de la competencia de la jurisdicción especial indígena: **El elemento personal**, que exige que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena; **el elemento territorial**, que establece que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres *dentro de su ámbito territorial*; el elemento institucional u orgánico, que indaga por la existencia de una **institucionalidad** al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; y el elemento objetivo que analiza si el bien jurídico presuntamente afectado se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

4.4.2.12. De acuerdo a lo anterior, puede considerarse que la aplicación del fuero penal indígena exige el análisis de cuatro (4) criterios:

‘riesgos’ que se derivan de su acción, es decir, que como miembro del territorio colombiano goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República.”

⁸⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-1238 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁶ En este fallo la Corte Constitucional estudió el caso de un indígena que se encontraba fuera de los territorios ancestrales visitando a un médico de su comunidad. Éste le indicó que el origen de su enfermedad era que otros indígenas le habían hecho brujerías, razón por la cual asesinó a los presuntos autores de estos maleficios. El asesinato se produjo fuera del territorio de la comunidad. La jurisdicción ordinaria asumió el caso y condenó al indígena a diez años de prisión. El abogado defensor solicitó la nulidad del proceso por desconocimiento del fuero especial indígena, petición que fue negada aduciéndose que el asesinato se había producido fuera de los límites de la comunidad. A continuación, el defensor interpuso una acción de tutela en la que solicitó la declaratoria de nulidad del proceso. En sede de revisión, la Corte Constitucional concedió el amparo y señaló que el concepto de territorio no debía entenderse limitado en su dimensión formal y cultural, sino que el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico, pero en condiciones que permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de la misma comunidad. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁷ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

- (i) **El elemento personal** que exige que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena y frente al cual se establecen 2 supuestos de hecho: *“(i) si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional “en principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al fuero depende en gran medida de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta”;* *(ii) si el indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, el intérprete deberá tomar en cuenta “(i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos”.*

En este sentido concluyó que se perfilan como criterios orientadores útiles en la tarea de definir la competencia: *“(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica”*⁸⁸.

- (ii) **El elemento territorial** establece que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres *dentro de su ámbito territorial*, frente a lo cual existen 2 criterios de interpretación: *“(i) La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura; (ii) El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo: “Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales”*⁸⁹.

- (iii) **El elemento institucional u orgánico** indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto *genérico* de nocividad social. Este elemento además estaría compuesto por 3 criterios de interpretación relevantes: *“La Institucionalidad es presupuesto esencial para la*

⁸⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁸⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

*eficacia del debido proceso en beneficio del acusado*⁹⁰; *La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos*⁹¹ y *La satisfacción de los derechos de las víctimas*⁹².

(iv) **El elemento objetivo** se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria⁹³.

5. EL DERECHO PENAL ANTE LOS INDÍGENAS EN UN ESTADO PLURALISTA

La protección de las comunidades indígenas en relación con la aplicación del Derecho penal no se circunscribe al fuero penal indígena, sino que implica también el reconocimiento de una serie de garantías que son aplicables al interior de los procesos penales ordinarios cuando el investigado sea un indígena.

5.1. Modelos de aplicación del Derecho penal

En el mundo se han planteado diversos modelos en relación con el tratamiento de los delitos cometidos por personas que hacen parte de pueblos indígenas:

5.1.1. *El modelo absoluto de la jurisdicción indígena*, que implica que los indígenas serán investigados y juzgados siempre por la comunidad a la cual pertenecen⁹⁴.

5.1.2. *El modelo clásico de la inimputabilidad*, considera a los “*indígenas no civilizados*” como incapaces señalándose que su delito se explica

⁹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “1.La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado: 1.1. La manifestación, por parte de una comunidad, de su intención de impartir justicia constituye una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas.1.2. Una comunidad que ha manifestado su capacidad de adelantar un juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes sin otorgar razones para ello.1.3.En casos de “extrema gravedad” o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión, la vigencia del elemento institucional puede ser objeto de un análisis más exigente”

⁹¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “2. La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos: 2.1. El derecho propio constituye un verdadero sistema jurídico particular e independiente. 2.2. La tensión que surge entre la necesidad de conservar usos y costumbres ancestrales en materia de resolución de conflictos y la realización del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena debe solucionarse en atención a la exigencia de *predicibilidad* o *previsibilidad* de las actuaciones de las autoridades indígenas dentro de las costumbres de la comunidad, y a la existencia de un concepto genérico de *nocividad social*”

⁹² Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “3. La satisfacción de los derechos de las víctimas: La búsqueda de un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de sus comunidades debe propender por la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados”

⁹³ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹⁴ Ver algunos ejemplos en: GUZMÁN DALVORA, José Luis: Derecho Penal y Minorías Étnicas: Planteamiento y liquidación criminalista de un problema político, Revista de derecho Penal y Criminología, N° 7, 2011.

“*porque mecanismos de desadaptación social frente a la civilización del blanco lo hacen chocar entre normas de culturas que desconoce o no comprende; falta en él aquella madurez intelectual que se requiere para convivir en nuestro medio social*”⁹⁵. Este sistema es criticado pues parte de la consideración errada del indígena como un incapaz y por implicar un sesgo peyorativo hacia esta cultura⁹⁶.

5.1.3. *El modelo de las defensas*, plantea que la evidencia cultural puede ser utilizada como una defensa para excluir o reducir la punibilidad en el sistema anglosajón, tal como se ha planteado en los casos: Kimura, Chen, Moua, Kargar y Saetern en los Estados Unidos⁹⁷.

5.1.4. *El modelo del error de prohibición (o comprensión) culturalmente condicionado*, implica que el indígena podría incurrir en un error sobre el conocimiento de la ilicitud motivada en aspectos culturales que puede eximir la culpabilidad de la conducta⁹⁸.

5.1.5. *El modelo de los delitos culturalmente motivados*, implica unos criterios de análisis especial en aquellos delitos que son “*la expresión de la cultura de todo un grupo étnico, cuyos miembros se habrían comportado como se ha comportado el sujeto activo*”⁹⁹, lo cual puede verificarse en 3 fases: **(i)** una dimensión subjetiva que implica existencia concreta de un motivo cultural para la comisión del delito; **(ii)** una dimensión objetiva que implica que el mismo es la expresión de la cultura del grupo étnico minoritario y; **(iii)** la diferencia de valoración entre ambos sistemas¹⁰⁰.

5.1.6. *El modelo de la inimputabilidad por diversidad sociocultural*, prevee que en algunos casos los indígenas tendrían la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre¹⁰¹.

5.2. El modelo adoptado en Colombia

El ordenamiento jurídico colombiano no ha asumido una sola teoría sino que ha establecido tres (3) posibilidades para el tratamiento de los asuntos penales en los que el sindicado sea un indígena: “*(i) En primer*

⁹⁵ REYES ECHANDÍA, Alfonso: Manual de Derecho Penal, Parte general, Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 213.

⁹⁶ Sentencia C-370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁹⁷ DE MAGLIE, Cristina: los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.112.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul: Tratado de Derecho Penal, Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2002, 738; CERESO MIR, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Tomo III, Tecnos, Madrid, 122

⁹⁹ DE MAGLIE, Cristina: los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.175.

¹⁰⁰ DE MAGLIE, Cristina: los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.176 a 178.

¹⁰¹ HURTADO Pozo, José / DUPUIT, Joseph: Derecho penal y Diferencias culturales perspectiva general con respecto a la situación en el Perú, Anuario De Derecho penal, 2006, pág. 230.

lugar, está el fuero especial indígena que se deriva de la Constitución, del cual, sin embargo, como se ha visto, el elemento étnico es sólo una condición parcial; (ii) en segundo lugar, en el ordenamiento penal está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y, finalmente, (iii) también puede aplicarse, como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2002”¹⁰².

5.2.1. Eventos en los cuales se aplica el fuero penal indígena

En Colombia, como ya se afirmó, se reconoce plenamente la existencia de un fuero indígena fundado en la autonomía de los pueblos indígenas, la cual no tendría ningún sentido sin el reconocimiento de reglas especiales en torno a la valoración de la conducta del indígena y de su culpabilidad.

Particularmente en relación con el principio de legalidad en el procedimiento y, en materia penal, de los delitos y de las penas, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades, pues de lo contrario el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, para lo cual será necesario consultarse la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico¹⁰³.

Por su parte, en relación con la culpabilidad *“el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”¹⁰⁴.*

5.2.2. Reglas que deberán ser aplicadas por los jueces en aquellos eventos en los cuales no se aplica el fuero penal indígena

La existencia de unos criterios específicos para la aplicación de la jurisdicción indígena hace que en algunos casos los indígenas sean juzgados por la justicia ordinaria. Sin embargo, ello no significa que puedan ser juzgados bajo las mismas reglas que las personas que no hacen parte de la cultura mayoritaria, pues existen garantías especiales

¹⁰² Sentencia de la Corte Constitucional T-1238 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰³ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-344 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

que deben ser aplicadas por los jueces ordinarios en estos eventos siempre que el sujeto activo sea un indígena:

5.2.2.1. En primer lugar, debe considerarse si se aplica la causal de inimputabilidad de diversidad sociocultural, contemplada en el artículo 33 del Código Penal, que se presentaría cuando el indígena no tiene la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre¹⁰⁵.

En este caso, la inimputabilidad no se deriva “*de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente*”¹⁰⁶ y por ello para configurarse requiere de tres requisitos: **(i)** que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; **(ii)** que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y **(iii)** que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro¹⁰⁷.

5.2.2.2. En segundo lugar, se puede reconocer la configuración de un error de prohibición culturalmente condicionado, que se presenta cuando un vínculo cultural le impide a la persona conocer la ilicitud de su conducta¹⁰⁸. En este caso, para que esta modalidad de error elimine la culpabilidad debe ser invencible o inevitable, tal como exige el artículo 32 del Código Penal, numeral 10°.

En aquellos eventos en los cuales el error sea vencible o evitable si la persona hubiera sido diligente y en los que la persona conocía la ilicitud de su comportamiento pero no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento, no operaría el error de prohibición culturalmente condicionado, sino que deberá evaluarse si se configura una inimputabilidad por diversidad sociocultural¹⁰⁹.

¹⁰⁵ HURTADO Pozo, José / DUPUIT, Joseph: Derecho penal y Diferencias culturales perspectiva general con respecto a la situación en el Perú, Anuario De Derecho penal, 2006, pág. 230.

¹⁰⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C - 370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C - 370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul: Tratado de Derecho Penal, Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2002, 738

¹⁰⁹ Sentencia C – 370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet: “29- *El análisis del párrafo precedente indica que el conjunto de situaciones reguladas por el artículo 33 del Código Penal sobre inimputabilidad por diversidad cultural es más amplio que el conjunto de comportamientos que, según el artículo 32 ordinal 11 de ese estatuto, configuran un error de prohibición culturalmente condicionado, por dos razones: i) los casos de inimputabilidad no distinguen acerca de la vencibilidad o no de la interpretación divergente del mundo, mientras que el error debe ser invencible para poder eximir de responsabilidad y ii) la inimputabilidad también cubre la incapacidad volitiva, mientras que para algunos, el error no. En tales circunstancias, la Corte coincide con los intervinientes en que la declaratoria de inexecutable de la expresión acusada del artículo 33 del estatuto penal podría tener efectos contraproducentes en la protección de la diversidad cultural, en la medida en que permitiría la imposición de penas, incluso privativas de la libertad, para ciertos comportamientos de los indígenas que, si se mantiene en el ordenamiento la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural, no estarían sujetos a una pena sino a una medida de seguridad, pues la persona sería*

En este sentido, el juez debe valorar en cada caso la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito:

“Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: "retraso mental cultural". En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para "corregirlo". Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica. No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el

declarada inimputable. Así, si un indígena comete una conducta típica y antijurídica, y no tenía, en la situación concreta, la capacidad de comprender su ilicitud, o de determinarse con base en esa comprensión por su diversidad cultural, al regularse esta conducta con base en la teoría del error no siempre ese comportamiento sería exonerado de pena, según lo preceptuado por el estatuto penal. En efecto, si el indígena pudo, con una diligencia razonable, llegar a conocer y comprender la ilicitud de su conducta, entonces el error era evitable y el comportamiento podría ser sancionado con una pena, si la expresión acusada del artículo 33 del Código Penal es declarada inexequible, pues ya ese indígena no sería declarado inimputable. Y, según ciertas perspectivas, tampoco habría exclusión de responsabilidad si la persona pudo conocer la ilicitud de su conducta pero, por su diversidad cultural, no pudo determinarse con base en dicha comprensión.

30- El análisis precedente conduce a la siguiente conclusión: muchos de los casos en que una persona realiza una conducta típica y antijurídica, pero no puede, por su diversidad cultural, comprender su ilicitud, no son punibles, pues la persona habría incurrido en un error invencible de prohibición culturalmente condicionado. Existen sin embargo ciertos eventos en que esa causal de exclusión de la responsabilidad no opera, por cuanto el error era evitable, si la persona hubiera sido diligente, o por cuanto la persona conocía la ilicitud de su comportamiento, aunque no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento. Frente a esos últimos eventos, la expresión acusada ampara la diversidad cultural pues, al declarar inimputable al indígena, o al miembro de otras minorías culturales, evita que le sea impuesta una pena”.

juez deberá concluir que ésta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades”¹¹⁰.

5.2.2.3. En tercer lugar, la solución de cada caso concreto requiere del análisis de las especiales circunstancias de la cultura indígena, pues de lo contrario se estaría afectando la integridad étnica y cultural de esta parte de la población, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia T-778 de 2005¹¹¹:

“Como lo ha dispuesto la jurisprudencia, es necesario efectuar excepciones culturales a reglas generales cuando dicha excepción responda a la aplicación de un mandato constitucional y esa aplicación no vulnere un derecho individual o valor constitucional considerado de mayor peso. En el apartado 4.4 de esta providencia se estableció que éstos son el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos, la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta, todo ello desde el punto de vista de la cosmovisión propia de cada pueblo indígena”.

En este sentido, en algunos casos las condiciones especiales de una cultura indígena pueden afectar el análisis de los elementos de la norma, tal como sucedió en el caso de Ati Quigua¹¹², en el cual se reconoció una excepción etno cultural a la norma que establece el requisito de edad para ser concejal de Bogotá.

5.2.2.4. Finalmente, debe tenerse en cuenta que en aquellos eventos en los cuales el cumplimiento de la pena de un indígena se efectúe en un establecimiento penitenciario y/o carcelario del sistema ordinario, el mismo debe velar porque no se afecte la cultura del individuo y por la conservación de sus usos y costumbres.

En este sentido, esta Corporación ha reconocido que la pena restringe solamente una serie de derechos, y no puede en ningún momento afectar la dignidad humana del interno¹¹³, ni con ella su identidad cultural, por

¹¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹² Sentencia de la Corte Constitucional T-778 de 2005, Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹³ Sentencia de la Corte Constitucional T-126 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: *“Al respecto, resulta necesario destacar la conclusión que a partir de los elementos anteriormente señalados se derivó en la sentencia T-881 de 2002. Se afirmó en dicha ocasión que, entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción se encuentran: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación); (ii) la imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros); (iii) el deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos; (iv) El*

lo cual, los indígenas merecen una especial protección en los establecimientos penitenciarios y/o carcelarios, que impida que sean objeto de tratos que les hagan renunciar a sus propias costumbres.

Por lo anterior, si bien la Jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que cuando lo soliciten sus propias comunidades, los indígenas pueden cumplir su pena en un establecimiento penitenciario ordinario¹¹⁴, los establecimientos en los cuales se encuentren privados de la libertad deben contar con la infraestructura necesaria para recibirlos sin afectar su cultura, ni sus costumbres:

“Es importante aclarar que, independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”¹¹⁵.

Al respecto, debe destacarse que la pena tiene una función de resocialización, es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno¹¹⁶, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplique la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria.

En consecuencia, se debe verificar que el indígena sea tratado de acuerdo a sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro

deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos”.

¹¹⁴ Sentencias de la Corte Constitucional T-239 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1294 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-549 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹¹⁶ La prevención especial positiva o resocialización señala que la función de la pena es la reintegración del individuo a la sociedad (Sentencia de la Corte Constitucional C - 806 de 2002, MP Clara Inés Vargas Hernández).

de las costumbres de la comunidad, tal como se exigió en la Sentencia T-1026 de 2008¹¹⁷.

6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

6.1. Concepto

6.1.1. El interés superior 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, que participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos¹¹⁸. En este sentido, esta Corporación ha señalado: *“El interés superior del menor refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad”*¹¹⁹.

6.1.2. El interés superior del menor es un principio rector en cuanto al trato normativo de los(as) niños y niñas, dirigido tanto a quienes crean y aplican las normas jurídicas, como a quienes implementan políticas o se relacionan con ellos en desarrollo de su rol social¹²⁰ y que obliga, entre otros, a determinar el alcance de los contenidos normativos cuyo sentido es la protección de niños y niñas, de conformidad con la opción hermenéutica más favorable:

“De este modo, es razonable concluir que el interés superior del menor es un principio rector en cuanto al trato normativo de los(as) niños y niñas, dirigido tanto a quienes crean y aplican las normas jurídicas, como a quienes implementan

¹¹⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: *“El Director del Establecimiento EPCAMS-Popayán describe el procedimiento establecido en dicha cárcel para recibir a los internos que son sancionados por la legislación especial indígena. Esta Sala considera que este procedimiento garantiza: (i) que el interno sea tratado de acuerdo a sus condiciones especiales y en un sitio de reclusión cercano a la ciudad de Pasto, (ii) la conservación de sus usos y costumbres por la existencia de un pabellón especial para comuneros condenados por la jurisdicción especial indígena, (iii) la preservación de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad como sujetos de especial protección y (iii) la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad. Esta la Sala ordenará que en coordinación con las autoridades del Cabildo, se remita a los señores al Establecimiento Penitenciario EPCAMS, Popayán, con el fin de que se cumpla la pena impuesta por las autoridades tradicionales. Así mismo, las autoridades del Cabildo del pueblo indígena Inga de Aponte deberán cumplir con el procedimiento y obligaciones establecidas por los reglamentos del penal para la recepción de miembros de las comunidades indígenas”*.

¹¹⁸ Sentencias de la Corte Constitucional C-145 de 2010 y C-468 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹⁹ Sentencias de la Corte Constitucional T-503 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-256 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-442 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

políticas o se relacionan con ellos en desarrollo de su rol social. Y a su turno el principio de prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho (18) años sobre los derechos de los demás, se configura como una manifestación de este principio en el contexto de los fenómenos de creación y aplicación del derecho. En este orden, el principio de interés superior del menor obliga, entre otros, a determinar el alcance de los contenidos normativos cuyo sentido es la protección de niños y niñas, de conformidad con la opción hermenéutica más favorable”¹²¹.

- 6.1.3.** En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002, señaló al respecto: *“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 menor”¹²².*
- 6.1.4.** Por otro lado, el interés superior del menor posee un contenido de naturaleza *real y relacional*¹²³, criterio con el cual se exige una verificación y especial atención a los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, sus familias y en donde se encuentran presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad¹²⁴.

6.2. Consagración y fundamento

- 6.2.1.** En el Derecho Internacional, el *“interés superior del menor”*, fue consagrado inicialmente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como: **(i)** la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹²⁵, **(ii)** la Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹²⁶, **(iii)** el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966¹²⁷, **(iv)** la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y **(v)** la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

¹²¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-442 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹²² Sentencia de la Corte Constitucional C-256 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹²³ Sentencia de la Corte Constitucional T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia en la que la Corte decidió conceder el amparo solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, pese a la oposición del padre.

¹²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-900 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹²⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Art.25-2

¹²⁶ Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Principio 2º Declaración de los Derechos del Niño de 1959

¹²⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Arts. 23 y 24

- 6.2.2.** Dentro de las anteriores normas cabe destacar que el numeral 1° del artículo 3° de la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se refiere al principio de *“interés superior del menor”*, al convenir en él 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.”*¹²⁸
- 6.2.3.** Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido 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 menor”*.¹²⁹
- 6.2.4.** En Colombia, el principio de protección especial del menor se encuentra contemplado en el artículo 44 de la Constitución Política, que desarrolla los siguientes postulados básicos: **(i)** se le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral; **(ii)** se establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud; **(iii)** se reconoce que los niños son titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia; y **(iv)** se ordena proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos¹³⁰.
- 6.2.5.** A nivel legislativo, el principio del interés superior del menor se ha recogido en la Ley 1098 de 2006 así: el artículo 1° dispone que el Código tiene como finalidad *“garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad amor y comprensión [y que] prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”*; en la misma dirección, el artículo 2° señala como objeto de la ley mencionada *“establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”*; los artículos 4° y 6° consagran que las normas del Código son de orden público y de carácter irrenunciable, y que las normas constitucionales y de tratados o convenios internacionales de

¹²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-145 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002.

¹³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-145 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

derechos humanos hacen parte integral del código y sirven “*de guía para su interpretación y aplicación*”; finalmente, el artículo 9º consagra la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en caso de conflicto con derechos de otras personas.¹³¹

6.2.6. Esta protección reforzada de los derechos de los niños, según la jurisprudencia constitucional, encuentra sustento en tres (3) razones principales: **(i)** su situación de fragilidad frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal; **(ii)** es una manera de promover una sociedad democrática en la que sus miembros conozcan y compartan los principios de libertad, igualdad, tolerancia y solidaridad; y **(iii)** es una forma de corregir el déficit de representación política que padecen los niños en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate legislativo¹³².

6.3. Alcance del interés superior del menor

6.3.1. La Corte Constitucional ha definido el alcance del interés superior del menor en diversos pronunciamientos **(i)** en la Sentencia T - 514 de 1998¹³³ explicó que este principio comporta un reconocimiento de una “*caracterización específica*” para el niño, basada en la naturaleza prevalente de sus derechos, que impone la obligación de especial protección a la familia, la sociedad y el Estado; **(ii)** en la Sentencia T - 979 de 2001¹³⁴, agregó la Corte que “*el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño (...) propende por el cumplimiento de fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad (...)*”¹³⁵.

6.3.2. Para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el *interés del menor* en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a

¹³¹ Sentencias de la Corte Constitucional T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda y T-1015 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³² Sentencias de la Corte Constitucional T-283 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-324 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-796 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-468 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹³³ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹³⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹³⁵ Sentencias de la Corte Constitucional T-617 de 2010 y T-1015 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor¹³⁶.

6.4. Criterios para su análisis

6.4.1. Teniendo como punto de partida el carácter relacional del interés superior del menor, es claro que la prevalencia de sus derechos no debe entenderse como un mandato abstracto de aplicación mecánica, sino que debe examinarse en el marco de las circunstancias específicas de cada caso¹³⁷. Es por eso que esta Corte ha precisado que los jueces de tutela que conocen de casos que involucran a menores de edad deben orientar sus decisiones hacia la materialización plena del interés superior de cada niño individualmente considerado, atendiendo especialmente: **(i)** los criterios jurídicos relevantes del caso concreto y **(ii)** ponderando cuidadosamente las circunstancias fácticas que lo rodean¹³⁸.

6.4.2. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha decantado una serie de lineamientos que contribuyen a establecer criterios claros para el análisis de situaciones específicas. En este sentido, se han fijado condiciones *fácticas* y *jurídicas* que contribuyen a determinar el grado de bienestar del menor. Dentro de las primeras, **(i)** fácticas, se encuentran “– las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados –,” y entre las **(ii)** jurídicas, están “–los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”¹³⁹.

6.4.3. En cuanto atañe a los parámetros jurídicos generales, la Corte ha tenido en cuenta los siguientes: **(i)** la garantía del desarrollo integral del menor; **(ii)** la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; **(iii)** la protección del menor frente a riesgos prohibidos; **(iv)** el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; **(v)** la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado¹⁴⁰ y, **(vi)** provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor¹⁴¹. Por su parte, respecto a los parámetros jurídicos específicos

¹³⁶ Sentencias de la Corte Constitucional T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-1155 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³⁷ Sentencias de la Corte Constitucional T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-1015 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹³⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹³⁹ Sentencias de la Corte Constitucional T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1045 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-466 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

aplicables al caso, se deben destacar (i) la garantía de estabilidad socio-económica para el menor; y, (ii) el respeto al derecho a la seguridad social que frente a los niños y niñas se convierte en fundamental¹⁴².

6.4.4. Dentro de las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de las circunstancias de cada situación particular se han señalado las siguientes¹⁴³:

- (i) *Garantía del desarrollo integral del menor.* Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad¹⁴⁴.
- (ii) *Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor.* Estos derechos, incluyen aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: 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, pero no se agotan en éstos.
- (iii) *Protección del menor frente a riesgos prohibidos.* Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.
- (iv) *Equilibrio con los derechos de los padres.* Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor.

¹⁴² Sentencia de la Corte Constitucional T-1045 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴³ Sentencias de la Corte Constitucional T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-900 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Para consultar en detalle el contenido y origen normativo de estos criterios, ver los párrafos 4.1.1 - 4.1.5 de la sentencia T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁴⁴ Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

(v) *Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.* Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

(vi) *Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.* El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápites anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica.

6.5. El interés superior del menor víctima de delitos sexuales

6.5.1. La protección del interés superior del menor es especialmente importante en relación con los abusos sexuales, en los cuales conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria¹⁴⁵.

6.5.2. En este sentido, la **Sentencia T-554 de 2003** señaló la existencia de una serie de deberes especiales de garantía de la administración de justicia penal frente a los menores de edad en casos de abusos sexuales:

6.5.2.1. En relación con los deberes negativos, las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben: **(i)** abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos¹⁴⁶; **(ii)** en materia probatoria, el funcionario judicial se debe abstener de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño.

¹⁴⁵ Sentencias de la Corte Constitucional T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-554 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁴⁶ “De tal suerte que constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa”.

6.5.2.2. En relación con los deberes positivos: **(i)** los funcionarios deben ser particularmente diligentes y responsables con la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual; **(ii)** en materia probatoria, el poder discrecional con que cuenta el funcionario judicial para decretar y practicar pruebas de oficio necesariamente debe ser empleado para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación, integral al menor agredido sexualmente cuando quiera que exista una *duda razonable* derivada del análisis del acervo probatorio¹⁴⁷ y ; **(iii)** cada prueba en la que el menor intervenga debe ser realizada de forma tal que respete la dignidad humana del niño.

6.6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN RELACIÓN CON LOS MENORES INDÍGENAS

6.6.1. El interés superior de los niños indígenas ha sido analizado de manera especial por la jurisprudencia de esta Corporación, en la cual se ha reconocido que debe establecerse teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena, con el objeto de conciliar los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada¹⁴⁸.

6.6.2. La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños¹⁴⁹ establece que “*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma*”¹⁵⁰. Igualmente indica que los Estados partes se comprometen a “*Preparar al niño para asumir una vida*

¹⁴⁷ “El poder discrecional con que cuenta el funcionario judicial para decretar y practicar pruebas de oficio necesariamente debe ser empleado para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación, integral al menor agredido sexualmente cuando quiera que exista una duda razonable derivada del análisis del acervo probatorio. En tal sentido, las dudas que tenga el funcionario judicial sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes no deben ser resueltas, ab initio en beneficio de éstos y en desmedro de los derechos del menor sino que es menester, en estos casos, profundizar aún más en la investigación a fin de despejar cualquier duda razonable al respecto. Lo anterior **no** significa que en casos de delitos sexuales cometidos contra menores le esté vedado al funcionario judicial aplicar el principio del in dubio pro reo, sino que solamente se puede apelar al mismo en última instancia, luego de haber adelantado una investigación realmente exhaustiva, seria, en la cual se hayan decretado y efectivamente practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para llegar a la verdad, y a pesar de todo, subsista una duda razonable la cual debe ser resuelta a favor del sindicado. Se insiste, sólo en estos casos es constitucionalmente válido aplicar el mencionado principio”.

¹⁴⁸ Con relación al **interés superior del niño indígena**, el principio *pro infans* se ha venido reconociendo y tutelando de manera que la prevalencia del interés superior del niño o niña se establezca teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena. Esta prevalencia especial concilia los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada.

¹⁴⁹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

¹⁵⁰ Convención Internacional sobre los derechos de los niños. Artículo 30.

*responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena*¹⁵¹. Por último, se dice que los Estados partes “*alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena*”¹⁵².

6.6.3. El Convenio 169 de la OIT establece que “1. *Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo*”¹⁵³. En el mismo sentido, en el artículo 29 se indica que, “*Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional*”¹⁵⁴.

6.6.4. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, establece dentro de los principios “*que se reconoce en particular, el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño*”. Así mismo, dispone que “*Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo*”¹⁵⁵.

6.6.5. En la Observación General No 11 sobre la Convención de los Derechos del Niño¹⁵⁶, se refiere precisamente a los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención y establece una serie de criterios muy importantes en relación con la interpretación del interés superior del menor en estos casos:

¹⁵¹ Convención Internacional sobre los derechos de los niños. Artículo 29 literal d).

¹⁵² Convención Internacional sobre los derechos de los niños. Artículo 17.

¹⁵³ Siguiendo con la idea de la integración de las comunidades indígenas con el Estado, se consagra en el numeral segundo del mismo artículo que, “*Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país*”. En el numeral tercero se dispone que, “*Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas*”.

¹⁵⁴ Convenio 169 de la OIT, numeral primero del artículo 28.

¹⁵⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Numeral segundo, artículo 7°.

¹⁵⁶ Esta Observación se puede consultar en el siguiente enlace: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.GC.C.11_sp.pdf

- (i) El numeral 30 establece que *“la aplicación del principio del interés superior del niño requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos”*.
- (ii) El numeral 31 establece que, *“Al determinar cuál es el interés superior de un niño indígena, las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo”*. Así mismo, consagra que *“En cuanto a la legislación, las políticas y los programas que afecten a los niños indígenas en general, se debería consultar a la comunidad indígena y se le debería dar la oportunidad de participar en la labor de determinar cuál es el interés superior de los niños indígenas en general de forma que se tenga en cuenta el contexto cultural. Tales consultas deberían, en la medida de lo posible, incluir una verdadera participación de los niños indígenas”*.
- (iii) El numeral 32 dispone que al existir diferencias entre el interés superior del niño considerado individualmente y el interés superior de los niños como grupo, en las decisiones administrativas y judiciales de un niño en particular, lo que se tratará es de determinar *“el interés superior de ese niño en concreto”*, y se advierte que, *“la consideración de los derechos culturales colectivos del niño forma parte de la determinación del interés superior del niño”*.

6.6.6. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional también se han analizado casos muy importantes en relación con la prevalencia del interés superior del menor indígena:

- (i) En la Sentencia **T-030 de 2000**¹⁵⁷, se analizó el caso de unos niños gemelos de la comunidad indígena de los U'WA, quienes fueron entregados al ICBF por sus padres ya que no podían llevarlos a la comunidad debido a que en esta repudian los nacimientos múltiples por considerar que *“contaminan”* su comunidad, por lo que iban a ser dados en adopción. En este caso, la Corte Constitucional negó la petición para proceder a la adopción, y ordenó constituir un grupo interdisciplinario para que bajo la coordinación de la Dirección Seccional del ICBF, Agencia Arauca, señalara el momento oportuno del traslado de los menores, recomendará los tratamientos a seguir, e

¹⁵⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-030 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

ilustrara a la familia y a la comunidad U'WA sobre los cuidados de los niños, una vez éstos retornasen a su comunidad.

(ii) La Sentencia **T-1127 de 2001**¹⁵⁸ estudió el caso de un indígena Paez sometido a reclusión reservada por parte de los miembros del Cabildo de Talága por el robo de unas gallinas a pesar de ser miembro de otro Cabildo. En esta sentencia se estableció el derecho de la madre a entrevistarse y visitar periódicamente al menor, teniendo en cuenta sus relaciones de afecto y la protección del núcleo familiar.

(iii) La Sentencia **T-617 de 2010**¹⁵⁹ 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 aborígenes¹⁶⁰. En esta providencia, la Corte ordenó que dicho caso fuera conocido por la jurisdicción indígena, no obstante se trataba de un posible delito de acceso carnal en una menor de catorce (14) años. La Corte dispuso en dicha ocasión que, *“En casos que involucren el bienestar de niños pertenecientes a comunidades indígenas, resulta conveniente puntualizar que, al determinar el alcance de los derechos de los niños indígenas, la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva ‘occidental’, la situación del menor indígena. Lo que debe tener presente el juez es el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991, pues constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia”*¹⁶¹.

¹⁵⁸ M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁵⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶⁰ Se controvertió una Sentencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que le daba prevalencia a la jurisdicción ordinaria sobre la indígena para proteger el “interés superior del niño” del artículo 44 de la Constitución. Dijo la Sala que, *“(a) En relación con el peso abstracto de los principios en conflicto, es claro que se trata de intereses normativos del más alto nivel en el orden jurídico actual. Sobre los derechos e intereses de la menor ‘Claudia’, basta con indicar que el constituyente valoró con tal intensidad su protección, que estableció la única cláusula explícita de prevalencia de la Carta (art. 44 C.P.), en su favor. Sin embargo, los principios que se encuentran al otro lado de la balanza también son de alta importancia prima facie, pues (i) el debido proceso es la piedra angular del estado de derecho, por ser el principal mecanismo para la erradicación de la arbitrariedad en las actuaciones de las autoridades públicas, especialmente en materia penal, donde el resultado de un proceso puede implicar la restricción de otros derechos fundamentales; y (ii) la autonomía de las comunidades indígenas se dirige a garantizar la supervivencia de culturas minoritarias, que son manifestación del carácter pluralista y participativo de la democracia colombiana, como fue concebida por el constituyente de 1991, lo que ha llevado a esta Corte a establecer una regla de interpretación que persigue la maximización de la autonomía de estos grupos humanos, por parte del juez constitución”*.

¹⁶¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Fundamento jurídico No 7.

(iv) Finalmente, la **Sentencia T-002 de 2012**¹⁶² resolvió el caso de una menor que a los 6 meses fue separada de su madre por su padre y llevada a la Comunidad Yuri y posteriormente la Defensora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Guainía, y el Capitán de la Comunidad de Yuri acordaron que la menor estaría bajo la custodia de sus abuelos paternos, Cecilia Rodríguez y Jaime Parada, y acordaron que la madre visitaría a su hija siete (7) días al mes. En esta sentencia se tomaron varias decisiones entre otras ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar *“iniciar de oficio las actuaciones pertinentes para realizar una nueva conciliación que garantice el derecho de visita o de custodia de la madre en el término perentorio de un mes contado a partir de la notificación de esta providencia”*.

En esta sentencia se concluyó que *“el principio del interés superior del niño indígena se constata que existen una serie de normas de rango internacional, legal, administrativo, así como decisiones jurisprudenciales, que indican que cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica”*¹⁶³.

6.6.7. De esta manera, esta Corporación ha sostenido que en aquellos casos que involucren el bienestar de niños pertenecientes a comunidades indígenas, resulta conveniente puntualizar que, al determinar el alcance de los derechos de los niños indígenas, la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva *“occidental”*, la situación del menor indígena¹⁶⁴. En este sentido, lo que debe tener presente el juez es el interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió el Constituyente, pues constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite

¹⁶² M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁶³ En conclusión sobre el principio del interés superior del niño indígena se constata que existen una serie de normas de rango internacional, legal, administrativo, así como decisiones jurisprudenciales, que indican que cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica. En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio *proinfans* que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la jurisdicción nacional los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad. Por otro lado se destaca que la reglamentación que se ha dado en Colombia, refleja las recomendaciones y observaciones de los pactos y tratados internacionales sobre la materia que se basa en el consenso intercultural y la solución de las tensiones a partir de instancias de diálogo, comunicación y concertación. De esta manera se constata la irrupción de una normatividad reglamentaria de carácter *“mixto”* o *“sincrética”* ya que se conjugan para la solución de los casos relacionados con niños indígenas, instancias gubernamentales y autoridades indígenas, proveyendo igualmente la participación a los menores de edad en las decisiones que les afectan.

¹⁶⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia¹⁶⁵.

Al respecto, la jurisprudencia ha hecho énfasis en que *“la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva “occidental”, la situación del menor indígena”*¹⁶⁶.

Finalmente, debe tenerse en cuenta 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:

*“Esto significa que, si bien las decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores son expresión de la lucha que libra el Estado desde la administración de justicia para salvaguardar la integridad, la salud y la supervivencia del menor, cuando se trata de menores indígenas esta lucha no puede librarse en términos que excluyan la diversidad. En otras palabras, el juez constitucional no puede perder de vista el hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia”*¹⁶⁷.

*“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”*¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁶⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-412 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1155 de 2001, M.P. Marco

Por lo anterior, puede concluirse que la Constitución protege de manera especial el interés superior del menor indígena, el cual no solamente es vinculante para los jueces ordinarios, sino también para las propias comunidades indígenas y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica, exigiendo la garantía de: **(i)** su desarrollo integral; **(ii)** las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos; **(iii)** su protección frente a riesgos prohibidos; **(iv)** el equilibrio con los derechos de los padres; **(v)** la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; y; **(vi)** la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

7. LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE LOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

- 7.1.** La identidad cultural y la dignidad humana de los indígenas son derechos fundamentales que deben ser protegidos independientemente de que estén privados de la libertad y de que se aplique o no el fuero penal indígena. En este sentido, los indígenas siempre tienen derecho a conservar su cultura y la privación de su libertad no puede afectarla aun en aquellos eventos en los cuales no se aplique el fuero penal indígena, situación que es reconocida a nivel nacional e internacional.
- 7.2.** En este sentido, el artículo 3 de los *“Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”* de la Organización de Estados Americanos establece que *“Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente”*.
- 7.3.** Por su parte, el artículo 29 del Código Penitenciario y Carcelario establece que cuando el delito haya sido cometido por indígenas: *“la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado”*.
- 7.4.** Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido en diversas sentencias que en la privación de la libertad de los indígenas se debe respetar la identidad cultural de los indígenas y se deben buscar alternativas que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de esta parte de la población:

7.4.1. La Sentencia C - 394 de 1995¹⁶⁹ señaló que los indígenas no debían ser recluidos en establecimientos penitenciarios corrientes si esto significaba un atentado contra sus valores culturales y desconocía el reconocimiento exigido por la Constitución:

“En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultural, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y ley. Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”.

7.4.2. La Sentencia T-1026 de 2008¹⁷⁰ señaló que el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas es un deber constitucional en el proceso de consolidación de tal jurisdicción. Sin embargo, teniendo en cuenta que el ejercicio de la misma implica obligaciones, el juez constitucional debe determinar la forma de coordinación entre las autoridades, si ellas no lo han hecho aún.

7.4.3. La Sentencia T-669 de 2011¹⁷¹ consideró que si las autoridades nacionales y las indígenas no han establecido unos mecanismos de cooperación en materia de ejecución de penas privativas de la libertad, el juez constitucional debe entrar a fijar unas pautas al respecto; situación distinta a cuando las partes han llegado a un acuerdo en la materia, evento en cual la jurisdicción constitucional debe intervenir en caso de incumplimiento.

7.4.4. La Sentencia T-097 de 2012¹⁷² reconoció *“la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”*. Por otro lado, esta sentencia también destacó que cuando las autoridades indígenas lo soliciten en razón de su particular visión frente a la pena y a su finalidad, sería importante establecer mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, para

¹⁶⁹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁷⁰ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷² M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

que en el cumplimiento de la sanción, se respete el principio de diversidad étnica y cultural:

“En mérito de lo expuesto, se considera que en los casos en los que se ha resuelto el conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena a favor de la primera y, por ende, la decisión sobre el cumplimiento de la pena compete a las autoridades judiciales y al INPEC, siempre que así las autoridades indígenas lo soliciten en razón de su particular visión frente a la pena y a su finalidad, sería importante establecer mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, para que en el cumplimiento de la sanción, se respete el principio de diversidad étnica y cultural. Como lo ha dicho en otras ocasiones la Corte, en una sociedad pluralista, como la que proclama nuestra Carta Política, ninguna visión del mundo debe primar ni imponerse. Al aceptar la diversidad de culturas y los diferentes sistemas normativos que existen en nuestro país, la Constitución reconoce el pluralismo legal y exige una articulación de éstos últimos de manera que se promueva el consenso intercultural”.

7.4.5. Por lo anterior, puede concluirse que la diversidad cultural de los indígenas privados de la libertad debe protegerse independientemente de que se aplique en el caso concreto el fuero indígena, lo cual deberá ser tenido en cuenta desde la propia imposición de la medida de aseguramiento y deberá extenderse también a la condena. En este sentido, la figura constitucional del fuero indígena autoriza para que en unos casos una persona sea juzgada por la justicia ordinaria y en otros, por la indígena, pero en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión, debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura.

7.4.6. Sin embargo, la realidad es que en la actualidad la diversidad cultural de los pueblos indígenas no es respetada al interior de los establecimientos penitenciarios o carcelarios ordinarios. En este sentido, la Defensoría del Pueblo elaboró un informe sobre el tema denominado *“Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC”*, en el cual señaló que pese a lo establecido en el Código Penitenciario y Carcelario, gran parte de los establecimientos en los cuales se encuentran recluidos indígenas, no cuentan con un área específica para su atención, por lo cual no se reúnen las condiciones para vivir dignamente de acuerdo con su diversidad étnica y cultural, lo que implica una grave amenaza contra estos valores que gozan de

reconocimiento constitucional y que no se respeta su diversidad cultural:

“En la mayoría de los establecimientos carcelarios y penitenciarios donde se encuentran ubicados los internos indígenas no se tiene un área específica para su atención, por lo cual no se reúnen las condiciones para vivir dignamente de acuerdo con su diversidad étnica y cultural, lo que implica una grave amenaza contra estos valores que gozan de reconocimiento constitucional. El INPEC para acatar la normativa penitenciaria referida a la reclusión en lugares especiales de los indígenas ha establecido en ciertos establecimientos de la nueva cultura penitenciaria su ubicación junto con los exfuncionarios y las personas de la tercera edad

Al respecto, la Defensoría del Pueblo recuerda que se debe tener claro que el artículo 29 de la Ley 65 de 1993 (reclusión en casos especiales) de manera alguna crea privilegios para ciertos grupos de personas reclusas. El contenido de esta norma, al igual que el artículo 27 del mismo estatuto, persigue una finalidad diferente en cada caso particular (personal del INPEC, funcionarios de la justicia penal, cuerpo de policía judicial, ancianos, etc). Así para los indígenas la reclusión en lugares especiales tiene como propósito directo el de respetar y preservar su identidad étnica y cultural en los términos que ordena la Constitución Política, en sus artículos 7 y 70). En otras palabras, en tratándose de los indígenas privados de la libertad, su reclusión va más allá de la simple y formal separación por grupos. Siendo así el Estado-INPEC- tiene la obligación constitucional y legal de proveer los medios necesarios para el logro de tal fin. A este respecto es necesario resaltar lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia n°. C-394/95: “Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”. Tampoco existe un programa encaminado a reintegrar al interno indígena mediante mecanismos de trabajo y de educación, como elemento útil a su comunidad, preservando al máximo su cultura, costumbres, lengua y lazos familiares”.

Es preocupante para la Defensoría del Pueblo la falta de información sobre los indígenas privados de libertad. En éste informe es el primero que da a conocer las particulares condiciones de privación de la libertad de los indígenas en el país: la poca atención que recibe este tema; el hacinamiento, la

discriminación, el abandono, la indefensión, la precariedad económica y la falta de atención especializada que impiden a los indígenas sometidos a reclusión ejercer sus derechos fundamentales.

Asimismo, es evidente el total desconocimiento por parte de las autoridades penitenciarias y carcelarias de las normas que regulan y protegen el derecho de las comunidades indígenas a conservar sus costumbres y tradiciones. Por ello, dentro de la normativa del sistema penitenciario son escasas las directrices que promuevan la efectividad de dichos derechos. Esta deficiencia ha llevado a muchos funcionarios a improvisar poniendo en práctica a su libre arbitrio; medidas y actividades en favor de la población indígena reclusa en sus respectivos establecimientos, con el convencimiento de estar haciendo lo adecuado. Hasta el momento, se carece de un censo diferenciado que permita establecer el número real de indígenas privados de la libertad, determinar los establecimientos carcelarios del país en donde se encuentran ubicados y la situación jurídica de cada uno de ellos. Sin desconocer que el INPEC ha hecho un esfuerzo por tener estadísticas sobre dicha población, esto no nos genera plena confianza, ya que en la presente investigación se han encontrado indígenas que INPEC no reporta”.

- 7.4.7.** En consecuencia, en todo proceso penal debe tenerse en cuenta la condición de indígena en el momento de determinar el lugar y las condiciones especiales de privación de su libertad, independientemente de que no se aplique el fuero penal indígena, pues si ésta no se tiene en cuenta, se afecta su derecho a la identidad cultural y su dignidad humana.

8. CASO CONCRETO

8.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

El señor “Cesar” solicita que se amparen sus derechos a la dignidad humana, al buen nombre, al debido proceso, al juez natural, a la diversidad cultural, a la autonomía jurisdiccional y a la integridad étnica y cultural, los cuales según él, fueron vulnerados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria, la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, (Caldas) y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riosucio (Caldas) al no estar siendo juzgado por la jurisdicción indígena, sino por la jurisdicción ordinaria.

Adicionalmente, en virtud de las pruebas recaudadas en este proceso, este despacho ha podido establecer que en relación con el señor

“*Cesar*”: (i) no se le permitió consultar oportunamente al Gobernador de su Resguardo sobre su detención; (ii) no contó con asesoría especializada en el momento de la privación de su libertad; (iii) se le impuso detención preventiva en una decisión en la que se señala expresamente que no es un peligro para la sociedad; (iv) no se tuvo en cuenta su condición de indígena en la determinación de la decisión de la imposición de medida de aseguramiento y; (v) no se ordenó al INPEC que se le recluyera en un patio especial, ni que tuviera en cuenta el respeto de su identidad cultural.

La Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio (Caldas) manifestó que para el momento de la solicitud de la captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento no se tenía conocimiento de que la víctima, el acusado y el lugar donde ocurrieron los hechos correspondían a la comunidad indígena y al Resguardo de San Lorenzo.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riosucio (Caldas) expresó que en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía no se señaló el lugar de ocurrencia de los hechos delictivos ni mucho menos que tanto el procesado como la presunta víctima pertenezcan a un resguardo indígena, así como tampoco lo manifestó la defensa.

El Consejo Superior de la Judicatura señaló que no puede desconocer el juez de tutela la condición de minoría de edad de la víctima y la protección especial que otorga la constitución a este tipo de población.

Por lo anterior, se hace necesario a continuación determinar si se cumplen los requisitos para aplicar el fuero indígena y si la protección del interés superior del menor exige variar las reglas en relación con la jurisdicción indígena.

8.2. CONFIGURACIÓN DE LOS REQUISITOS GENERALES PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES

La acción de tutela presentada por el señor “*Cesar*” cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela anteriormente enunciados por las siguientes razones:

- 8.2.1.** La cuestión que se discute resulta de evidente relevancia constitucional, pues de una parte se relaciona con la aplicación de una figura de carácter constitucional como la jurisdicción indígena y, de otra parte, con las garantías penales del individuo como el derecho al debido proceso, a la libertad y a la dignidad humana.
- 8.2.2.** Se han agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, pues se llevó a cabo

el procedimiento legal de conflicto de jurisdicciones en el cual el Consejo Superior de la Judicatura decidió la competencia de la jurisdicción ordinaria para investigar los hechos señalados por el accionante.

- 8.2.3.** Se cumplió el requisito de la inmediatez, pues se considera que el término de 5 meses transcurridos desde el fallo que resolvió el conflicto de jurisdicciones hasta la presentación de la acción de tutela es razonable, teniendo en cuenta, además, que el accionante cambió de abogado y que adicionalmente, en la actualidad, sigue padeciendo las consecuencias de la actuación cuestionada.
- 8.2.4.** La presunta irregularidad procesal, tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora, pues ha determinado que el proceso haya sido conocido por la jurisdicción ordinaria.
- 8.2.5.** La parte actora identificó de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos quebrantados y que hubiere alegado tal afectación en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible, tal como puede concluirse a partir del examen de la acción de tutela presentada.
- 8.2.6.** La acción de tutela no se presentó en contra de otra acción de tutela.

8.3. CONFIGURACIÓN DE LOS REQUISITOS MATERIALES PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES

El accionante plantea que la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, (Caldas) y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riosucio (Caldas) han violado abiertamente los artículos 10, 63, 70, 71, 171, 176, 246, 286, 287 y 33 de la Constitución Política y el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, al haberle procesado por la jurisdicción ordinaria pese a haberse configurado los requisitos necesarios para la aplicación del fuero penal indígena.

Adicionalmente, señala que se vulneraron sus derechos al debido proceso y a la identidad cultural en la decisión de imposición de la medida de aseguramiento en su contra, pues no se le permitió consultar al Gobernador del Resguardo Indígena y no se tuvo en cuenta en ningún momento su condición de indígena para la determinación de la detención preventiva.

En este sentido, a continuación se analizará si en la actuación procesal se ha incurrido en un defecto por violación directa de la Constitución, al haberse vulnerado las normas que consagran la jurisdicción indígena,

para lo cual se estudiará si se configuran los requisitos necesarios para la aplicación del fuero indígena y además la influencia del interés superior del menor indígena, presunta víctima del delito en el trámite del proceso.

Posteriormente, se determinará si se vulneró su derecho a la identidad cultural para lo cual se establecerá si efectivamente no se tuvo en cuenta en ningún momento su calidad de indígena para la imposición de la medida de aseguramiento y en especial para el establecimiento del lugar y de las condiciones de su reclusión.

8.3.1. CONFIGURACIÓN DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DEL FUERO INDÍGENA

Los hechos por los cuales está siendo procesado el señor “*Cesar*” cumplen con los elementos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para ser conocidos por la jurisdicción indígena:

- (i) **El elemento personal** exige que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena, lo cual se encuentra plenamente acreditado en este proceso a través de la constancia emitida por el señor Leonardo Gañán Gañán – Gobernador Indígena Embera – Chamí – del Resguardo de San Lorenzo, quien manifiesta claramente que el señor “*Cesar*” hace parte de esa comunidad.
- (ii) **El elemento territorial** establece que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, el cual no solamente se agota en una acepción geográfica, sino que además se puede extender donde la comunidad indígena despliega su cultura. En este caso, la relación sentimental de “*Cesar*” con “*Catalina*” se presentó al interior de la comunidad, por lo cual también se cumple el elemento territorial.
- (iii) **El elemento institucional u orgánico** indaga por la existencia de una **institucionalidad** al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Este requisito se encuentra plenamente acreditado en el proceso teniendo en cuenta la organización jurídica de la Cultura Embera – Chamí que cuenta con sus propios tribunales y con un sistema de justicia adecuado para garantizar los derechos de los sujetos procesales y de la propia sociedad.
- (iv) **El elemento objetivo** se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de un interés de la comunidad

indígena, o de la sociedad mayoritaria¹⁷³. En este caso, el bien jurídico presuntamente afectado se refiere a la libertad, formación e identidad sexuales de la menor, bien jurídico individual que afectó de manera directa a un miembro de la comunidad indígena pero en ningún caso a un miembro de la sociedad mayoritaria.

Al respecto, cabe agregar que de acuerdo a las pruebas recaudadas en sede de revisión, tanto la Organización Nacional Indígena de Colombia, como el Resguardo de San Lorenzo, han manifestado que los hechos sucedidos requieren un análisis especial de acuerdo a la cosmovisión indígena de la Comunidad Embera – Chamí, lo cual debe ser tenido en cuenta en virtud de la autonomía indígena.

Por lo anterior, se considera que se reúnen los requisitos necesarios para la aplicación de la jurisdicción indígena, sin embargo, a continuación se verificará la influencia que tiene en este caso que la víctima sea una menor de edad.

8.3.2. LA INFLUENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR INDÍGENA

8.3.2.1. El interés superior del menor es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos¹⁷⁴. Como ya se reconoció previamente, el interés superior en el caso de que el menor sea indígena reviste unas características especiales, pues en este asunto, *“la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva “occidental”, la situación del menor indígena”*¹⁷⁵, sino que debe implicar *“el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991”*¹⁷⁶.

8.3.2.2. En este sentido, a partir de las pruebas recuadas en revisión por esta Corporación y en especial el concepto de la Organización Nacional Indígena de Colombia, la intervención del jefe del Resguardo de San Lorenzo y las entrevistas anexadas al expediente, puede verificarse que al interior de la Comunidad Embera - Chamí también existen deberes especiales de protección frente a los menores indígenas.

8.3.2.3. Específicamente, en materia de derechos sexuales, esta Corporación ha señalado que las decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores no pueden excluir la consideración

¹⁷³ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁷⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-468 de 2009 y C-145 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁷⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

sobre la diversidad: *“Esto significa que, si bien las decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores son expresión de la lucha que libra el Estado desde la administración de justicia para salvaguardar la integridad, la salud y la supervivencia del menor, cuando se trata de menores indígenas esta lucha no puede librarse en términos que excluyan la diversidad. En otras palabras, el juez constitucional no puede perder de vista el hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia”*¹⁷⁷.

8.3.2.4. En este caso, se considera que se reúnen las condiciones básicas para aplicar el interés superior del menor:

- (i) En primer lugar, el *interés del menor*, en cuya defensa se actúa, debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas. En este caso, el interés es real, pues una menor ha podido ser objeto de una conducta muy grave como el acceso carnal abusivo.
- (ii) En segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo. En este caso, la existencia de este interés no depende de los padres o de los funcionarios, pues se funda en un hecho objetivo como es la presunta comisión de un delito.
- (iii) En tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio. En este caso, el interés de la menor implica su análisis armónico con la aplicación del fuero indígena.
- (iv) Por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.

8.3.2.5. Sin embargo, la consideración del interés superior del menor en este caso no es incompatible con la aplicación del fuero penal indígena, pues como ya se dijo, la jurisdicción indígena también tiene el deber de velar por la protección de los derechos humanos y dentro de éstos por los

¹⁷⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

derechos de los niños, por lo cual esta jurisdicción también debe salvaguardar el interés superior de la menor afectada.

8.3.2.6. En este sentido, de ninguna manera puede afirmarse que remitir el proceso a la jurisdicción indígena afecta el interés superior, sino que, por el contrario, hacerlo podrá hacer velar porque efectivamente las autoridades del Resguardo Embera - Chamí puedan salvaguardar dicho interés de acuerdo a los parámetros de la diversidad, tal como lo ordenó la Sentencia T-002 de 2012.

8.3.3. Configuración de un defecto por violación directa de la Constitución

8.3.3.1. En virtud de lo anteriormente señalado, puede concluirse que en el proceso penal en el cual el señor “*Cesar*” se encuentra siendo juzgado por el delito de acceso carnal abusivo en contra de la menor “*Catalina*”, se ha incurrido en un defecto por violación directa de la Constitución al no haberse remitido dicha actuación a la jurisdicción indígena.

8.3.3.2. La competencia de la jurisdicción indígena respecto de la investigación y juzgamiento de estos hechos no puede variarse por la existencia del interés superior del menor, pues dicha jurisdicción también tiene la obligación de velar por los intereses de la menor “*Catalina*”. En este sentido, no existe en este momento siquiera algún indicio que permita inferir que la comunidad Embera – Chamí no va a tutelar los derechos de la menor ni a investigar y juzgar adecuadamente al señor “*Cesar*”.

8.3.3.3. En este sentido, tal como señala el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no es suficiente aducir como único criterio de competencia de la jurisdicción ordinaria el interés superior del niño, pues de lo contrario se presumiría que las comunidades indígenas no tienen la capacidad de garantizar el interés superior de niños y niñas y adolescentes de sus comunidades, lo cual no solamente sería falso, sino también ignoraría la seriedad de esa jurisdicción y la dignidad de los pueblos indígenas.

8.3.3.4. Lo anterior, en todo caso implica reconocer que las propias autoridades indígenas también deben velar por el interés superior del menor indígena, bajo las especiales consideraciones de su diversidad y en particular deberán cumplir con una serie de deberes como: **(i)** la garantía del desarrollo integral del menor; **(ii)** la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; **(iii)** la protección del menor frente a riesgos prohibidos; **(iv)** el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; **(v)** la necesidad de evitar cambios desfavorables en las

condiciones presentes del niño involucrado¹⁷⁸ y, **(vi)** provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor¹⁷⁹.

8.3.3.5. Así mismo, las autoridades del resguardo deberán velar porque se cumplan con los deberes especiales de garantía de la administración de justicia penal frente a los menores de edad en casos de abusos sexuales aplicables a todos los jueces de la República y en especial:

- (i)** Abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.
- (ii)** Abstenerse de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño.
- (iii)** Ser particularmente diligentes y responsables en la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual.
- (iv)** Cada prueba en la que el menor intervenga debe ser realizada de forma tal que respete la dignidad humana del niño.

8.3.4. La privación de la libertad del indígena en un establecimiento penitenciario y/o carcelario

8.3.4.1. Además de la configuración de un defecto por violación directa de la Constitución, en el presente caso se ha podido verificar la existencia de una serie de situaciones que vulneraron los derechos fundamentales del accionante en relación con su privación de la libertad: **(i)** no se permitió que el señor “*Cesar*” pudiera consultar oportunamente con el Gobernador de su Resguardo sobre su detención, lo cual a la postre implicaría que durante la audiencia de imposición de medida de aseguramiento no pudiera contar con una asesoría especializada que señalara la posibilidad de que se configurara el fuero penal indígena; **(ii)** se le impuso detención preventiva en una decisión en la que se señala expresamente que no es un peligro para la sociedad; **(iii)** no se tuvo en cuenta su condición de indígena en la determinación de la decisión de la imposición de medida de aseguramiento; **(iv)** no se ordenó al INPEC que se le recluyera en un patio especial, ni que tuviera en cuenta el respeto de su identidad cultural, tal como lo ha ordenado la Corte en numerosas sentencias como las C - 394 de 1995¹⁸⁰, T-1026 de 2008¹⁸¹, T-669 de 2011¹⁸² y T-097 de 2012¹⁸³.

¹⁷⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-466 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁸⁰ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁸¹ M.P. Marco Gerardo Monry Cabra.

¹⁸² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

8.3.4.2. Todas estas situaciones han implicado la vulneración de la identidad cultural del señor “Cesar”, quien no ha recibido un tratamiento acorde con su condición de indígena, desconociéndose su derecho a la dignidad humana y lo señalado por esta Corporación en las Sentencias C - 394 de 1995¹⁸⁴, T-1026 de 2008¹⁸⁵, T-669 de 2011¹⁸⁶ y T-097 de 2012¹⁸⁷, las cuales exigen que cuando un indígena se recluya en un establecimiento ordinario se: *“respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”*¹⁸⁸.

8.3.4.3. Esta situación se evidencia a través de la escucha de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, en la cual la juez de control de garantías no tuvo en cuenta la condición de indígena del accionante para la determinación de su lugar de reclusión ni mencionó siquiera la necesidad de que no se afectaran sus costumbres y cultura durante su reclusión.

En este sentido, la Corte Constitucional no puede pasar por alto que el accionante fue recluido en un establecimiento penitenciario y carcelario ordinario, sin estar en un pabellón o establecimiento especial, afectándose de manera grave su identidad cultural, situación que también padecen cientos de indígenas en todo el territorio nacional, tal como ha señalado la Defensoría del Pueblo en el informe denominado *“Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC”*, en el cual señaló que no se reúnen las condiciones para que vivan dignamente de acuerdo con su diversidad étnica y cultural, lo que implica una grave amenaza contra estos valores que gozan de reconocimiento constitucional y que no se respeta su diversidad cultural.

8.3.4.4. La privación de la libertad de los indígenas en establecimientos penitenciarios y carcelarios debería ser excepcional, pese a lo cual en la actualidad la situación es completamente distinta. Para el mes de agosto del año 2012, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC reportó que se encontraban 963 indígenas privados de la libertad¹⁸⁹, sufriendo además la terrible situación de hacinamiento del sistema¹⁹⁰, lo

¹⁸³ M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁸⁴ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁸⁵ M.P. Marco Gerardo Monry Cabra.

¹⁸⁶ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸⁷ M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁸⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁸⁹ Ver Debate situación penitenciaria y carcelaria en el país, Agosto 14 de 2012, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

¹⁹⁰ Ver acápite de hacinamiento: Informe de la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado Colombiano, págs. 27 y ss.

cual implica claramente un proceso masivo de pérdida masiva de su cultura insostenible.

8.3.4.5. En este sentido, el castigo es un agente cultural que transforma la identidad del individuo, mediante métodos de clasificación, restricción y autorización, estandarizando su conducta de acuerdo a patrones generales¹⁹¹, lo cual afecta de manera directa la cultura del indígena, independientemente de los esfuerzos realizados por el INPEC para evitar este proceso. De esta manera, la simple privación de la libertad de un indígena en un establecimiento ordinario puede llegar a transformar completamente su identidad cultural étnica y cultural, lo cual se presenta tanto si el indígena es juzgado por la jurisdicción ordinaria, como también si es procesado por la jurisdicción indígena y luego es recluido en un establecimiento común.

Al respecto, la Sentencia T-097 de 2012¹⁹² manifestó que *“Los indígenas no debían ser reclusos en establecimientos penitenciarios corrientes si esto significaba un atentado contra sus valores culturales y desconocía el reconocimiento exigido por la Constitución”* y en este sentido recordó lo señalado en la Sentencia C-394 de 1995¹⁹³: *“En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultural, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y la ley. Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”*.

8.3.4.6. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido reconociendo que los indígenas pueden ser reclusos excepcionalmente en establecimientos ordinarios cuando así lo determinen las comunidades a las cuales pertenecen, en virtud de la colaboración armónica de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena, teniendo en cuenta que muchos resguardos no cuentan con la infraestructura necesaria para vigilar el cumplimiento de penas privativas de la libertad en su territorio¹⁹⁴. Cabe resaltar que esta situación es aplicable, siempre y cuando sean las propias autoridades indígenas las que determinen que el cumplimiento de la pena se hará en

¹⁹¹ GARLAND, David: *“Castigo y sociedad moderna”*, Siglo XXI editores, Madrid, 2006, págs. 310 y ss.

¹⁹² M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁹³ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹⁴ Sentencias de la Corte Constitucional T-239 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1294 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-549 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

establecimientos ordinarios, tal como se afirmó en las Sentencias T-239 de 2002¹⁹⁵, T-1294 de 2005¹⁹⁶ y T-1026 de 2008¹⁹⁷.

8.3.4.7. En casos como el del accionante, la situación es distinta, pues la propia comunidad indígena se opone a su privación de la libertad en un establecimiento ordinario, por lo cual mantenerlo recluido en dicho lugar afecta la autonomía de las comunidades indígenas y la identidad cultural del señor “*Cesar*”, lo cual carece de justificación, pues si la comunidad indígena solicita tener competencia para conocer el caso se desvirtúa la necesidad de que la jurisdicción ordinaria le preste su colaboración para el cumplimiento de la pena en un establecimiento ordinario.

8.3.4.8. Bajo esta consideración la limitación del derecho a la identidad cultural estaría justificada únicamente si es la propia comunidad indígena la que por motivos excepcionales solicita que la pena se cumpla en un establecimiento ordinario, pero no en aquellos eventos en los cuales la comunidad permite que el indígena cumpla su detención preventiva o su pena al interior de su territorio. Esta interpretación evita que se presente la grave afectación de la identidad cultural de cientos de indígenas que son privados de la libertad en establecimientos penitenciarios o carcelarios ordinarios, sufriendo un paulatino proceso de pérdida de su cultura y adoptando las costumbres y usos de la cultura mayoritaria, teniendo que desembocar en la sociedad occidental.

8.3.4.9. En este sentido, así como en virtud de la colaboración armónica de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena esta Corporación permitió que los indígenas cumplieran su privación de la libertad en un establecimiento ordinario, esta misma colaboración armónica posibilita que la jurisdicción indígena apoye a la jurisdicción ordinaria, admitiendo que los indígenas privados de la libertad cumplan su detención o pena al interior del resguardo, lo cual evitaría los terribles efectos culturales de recluir a un indígena en un establecimiento ordinario.

8.3.4.10. Lo anterior exige la adopción de medidas urgentes ante el evidente proceso masivo de afectación de un derecho fundamental esencial para los indígenas como es la identidad cultural, por lo cual se hace necesario la adopción de medidas para salvaguardar esta garantía. En todo caso estas medidas se dirigen específicamente a la determinación del lugar de privación de la libertad y no afectan la naturaleza ni la duración de la pena o medida impuesta, pues la simple reclusión de un indígena en un establecimiento ordinario afecta claramente su cultura y

¹⁹⁵ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁹⁶ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

tal como ha señalado el Informe de la Defensoría del Pueblo sobre la situación de los indígenas privados de la libertad en Colombia.

En virtud de lo anterior, en caso de que un indígena sea procesado por la jurisdicción ordinaria se deben cumplir las siguientes reglas con el objeto de evitar que se siga presentando el desconocimiento del derecho a la identidad de los indígenas al ser reclusos en establecimientos ordinarios sin ninguna consideración relacionada con su cultura:

- (i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.
- (ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.
- (iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

Teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, este procedimiento también será aplicable a todos los indígenas que se encuentren en la actualidad privados de la libertad, quienes con autorización de la

máxima autoridad de su comunidad podrán cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su resguardo, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de ésta. La solicitud para la aplicación de esta medida podrá ser presentada ante el juez que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación harán un seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia.

9. Conclusiones

- 9.1. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Carta Política y a la Ley.
- 9.2. Las limitaciones admisibles a la autonomía indígena son las que se refieren "*a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre*",¹⁹⁸ o bien sobre los derechos que independientemente de la cultura que se trate, deben ser garantizados, como el derecho a la vida, la dignidad humana, la prohibición de la tortura, la esclavitud y el debido proceso.
- 9.3. Los criterios reconocidos por la Corte Constitucional para dirimir conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena son los siguientes: **(i)** a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; **(ii)** los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; **(iii)** las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; **(iv)** los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.
- 9.4. Existen cuatro (4) elementos necesarios para el reconocimiento del fuero penal indígena: personal, territorial, institucional y objetivo.
- 9.5. Aún si no se considera que no se cumplen los requisitos necesarios para la aplicación de la jurisdicción indígena, los indígenas tienen derecho a que se analice su situación y en especial se estudie de manera seria: **(i)** si puede excluirse su responsabilidad por diversidad sociocultural; **(ii)** si se puede eliminar la culpabilidad del delito por la configuración de un error de prohibición culturalmente condicionado; **(iii)** las circunstancias especiales en las cuales se cometió el delito; **(iv)** que la privación de la

¹⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

libertad en un establecimiento penitenciario y/o carcelario no puede afectar su integridad cultural.

- 9.6.** El interés superior en el caso de que el menor sea indígena reviste unas características especiales, pues en este asunto, *“la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva “occidental”, la situación del menor indígena”*¹⁹⁹, sino que debe implicar *“el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991”*²⁰⁰.
- 9.7.** De acuerdo a los hechos probados en el presente proceso se considera que se configuran necesarios para el reconocimiento del fuero penal indígena, pues: **(i)** el señor *“Cesar”* es miembro de la comunidad Embera Chamí (elemento personal), **(ii)** la relación sentimental de *“Cesar”* con *“Catalina”* se presentó al interior de la comunidad indígena (elemento territorial), **(iii)** la comunidad Embera - Chamí cuenta con sus propios tribunales y con un sistema de justicia adecuado para garantizar los derechos de los sujetos procesales y de la propia sociedad (elemento institucional) y **(iv)** el bien jurídico presuntamente afectado lesionaría de manera directa a un miembro de la comunidad indígena pero en ningún caso a un miembro de la sociedad mayoritaria (elemento objetivo).
- 9.8.** En el proceso penal en el cual el señor *“Cesar”* se encuentra siendo juzgado por el delito de acceso carnal abusivo en contra de la menor *“Catalina”*, se ha incurrido en un defecto por violación directa de la Constitución al no haberse remitido a la jurisdicción indígena.
- 9.9.** La consideración del interés superior del menor en este caso no es incompatible con la aplicación del fuero penal indígena, pues la jurisdicción indígena también tiene el deber de velar por la protección de los derechos humanos y dentro de éstos por los derechos de los niños y en particular deberá: **(i)** abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos; **(ii)** abstenerse de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño; **(iii)** ser particularmente diligentes y responsables la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual y **(iv)** velar porque cada prueba en la que el menor intervenga debe ser realizada de forma tal que respete la dignidad humana del niño.

¹⁹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

9.10. Para evitar el masivo proceso de desculturización del cual viene siendo objeto la población indígena que se encuentra actualmente privada de la libertad en virtud de una pena o de una medida de aseguramiento, se hace necesario que en caso de que un indígena sea procesado en la jurisdicción ordinaria se cumplan las siguientes reglas:

- (i) Siempre que el procesado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se exigirá la vinculación de la máxima autoridad de su comunidad o su representante.
- (ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) se deberá consultar a la máxima autoridad de la comunidad para determinar si se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de la territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales, el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.
- (iii) Una vez emitida la sentencia se consultará con la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá comprobar si la comunidad tiene instalaciones idóneas para garantizar que la privación de la libertad se cumpla en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, el INPEC deberá efectuar visitas a la comunidad para comprobar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no esté en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. Si el resguardo no cuenta con la infraestructura necesaria para garantizar la privación de la libertad se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.
- (iv) Teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, este procedimiento también será aplicable a todos los indígenas que se encuentren en la actualidad privados de la libertad, quienes con autorización de la máxima autoridad de su comunidad podrán

cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su territorio, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de la pena. La solicitud para la aplicación de esta medida podrá ser presentada ante el funcionario que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia.

10. DECISIÓN

En mérito de lo anterior, la **Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el asunto de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR los fallos de tutela proferidos el veinticinco (25) de enero de 2013 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá y el nueve (9) de mayo de 2013 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y en su lugar **CONCEDER** la acción de tutela presentada por el señor “*Cesar*”.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, del 31 de julio de 2012 a través de la cual se resolvió el conflicto de competencias asignándolo a la jurisdicción ordinaria y, en consecuencia, **ORDENAR** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas desde la notificación de esta providencia se remita el caso a las autoridades tradicionales del Resguardo Indígena de San Lorenzo de la etnia Embera - Chamí, para que asuman competencia sobre el proceso en el cual se investiga al señor “*Cesar*” por haber cometido presuntamente el delito de acceso carnal abusivo en contra de la menor “*Catalina*”.

CUARTO.- ORDENAR al Resguardo Indígena de San Lorenzo de la etnia Embera - Chamí que en el proceso tenga en cuenta los criterios de protección del interés superior de la menor “*Catalina*” señalados en el numeral 8.3.3 de esta providencia.

QUINTO.- ORDENAR que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados desde la notificación de esta providencia el Juzgado Penal de Riosucio coloque al señor “*Cesar*” a disposición de las autoridades del Resguardo Indígena de San Lorenzo para que éstas definan su situación jurídica.

SEXTO.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación que hagan un seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia.

SÉPTIMO.- LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General