

T-081-15

Sentencia T-081/15

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE MIEMBROS DE COMUNIDAD INDIGENA-Madre en representación de hijo indígena, privado de la libertad

En los casos en los que se encuentren involucrados los derechos de indígenas individualmente considerados o de las comunidades a las que ellos pertenecen, la valoración de las reglas para la procedencia de la agencia oficiosa debe responder a una visión más flexible del asunto, de manera que ellas no se constituyan en un obstáculo para que sea posible acceder al amparo de los derechos fundamentales que estén siendo amenazados o conculcados. Ello, sin perjuicio de que, en todo caso, sea menester que se cumplan los requisitos de la legitimación para proponer la acción de tutela.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

JURISDICCION INDIGENA-Criterios para determinar la competencia

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

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por violación directa de la Constitución, por cuanto se asignó competencia para conocer denuncia penal en contra de indígena, a la jurisdicción ordinaria cuando correspondía a la jurisdicción indígena

La Sala considera que la sentencia que se acusa adolece de un defecto por violación directa de la Constitución, al haber asignado la competencia para conocer de la denuncia penal formulada en contra del indígena a la jurisdicción ordinaria, a pesar de que se cumplen todas las condiciones para que ella sea llevada al conocimiento de las autoridades indígenas del Cabildo Menor de Achiote. Específicamente, si bien la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura reconoció la existencia de la jurisdicción indígena, le dio a la norma constitucional de la cual ella se deriva un alcance limitado e

insuficiente, lo cual da lugar a la configuración del defecto señalado.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE MIEMBROS DE COMUNIDAD INDIGENA-Improcedencia por cuanto no está acreditada la representación legal del accionante

Referencia: Expedientes T-4.549.923 y T-4.561.012

Acciones de tutela instauradas por MSBR, actuando como agente oficioso de su hijo OMMB, y por RJPM.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil quince (2015)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela dictados dentro de los expedientes de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Aclaración preliminar

Por tal razón, los nombres de los sujetos aquí involucrados serán reemplazados por las letras iniciales de los mismos.

### 2. Expediente T-4.549.923

El 25 de marzo de 2014, la señora MSBR, actuando como agente oficioso de su hijo OMMB, formuló acción de tutela contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales 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, con base en los siguientes,

## 2.1. Hechos

2.1.1. OMMB, de 26 años, es miembro de la etnia indígena Zenú e integrante y residente del Cabildo Menor Achioté, el cual hace parte del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, Córdoba - Sucre.

2.1.2. Según indica la señora MSBR en el escrito de tutela, su hijo inició una relación de noviazgo con una joven indígena, que para ese momento tenía 12 años de edad, la cual contaba con la aprobación y consentimiento de sus padres, salvo por “una pequeña oposición por parte de la madre de [la menor], debido a la diferencia de edad que existe entre su hija y mi hijo [...]”[2].

2.1.3. El 16 de noviembre de 2012, OMMB y la joven suscribieron un Acta de Convivencia ante el Cabildo Mayor Regional del Resguardo, en la cual manifestaron “su decisión espontánea, libre y voluntaria de comprometerse en convivencia marital, como pareja”. Allí, el representante del Resguardo indicó que “[...] de acuerdo a nuestros usos y costumbres y el derecho de propio, damos fe, y validamos la decisión libre y espontánea de los interesados indígenas zenúes de convivir como pareja, y observar buen comportamiento, ayuda mutua, y solidaridad en la formación de su hogar”[3].

2.1.4. Sin embargo, el 23 de febrero de 2013, la madre de la menor interpuso una denuncia penal en contra del señor OMMB, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, originada en el hecho de que, según el relato de su hija, ella habría sostenido relaciones sexuales con el joven.

2.1.5. De la denuncia conoció la Fiscalía Quinta Seccional Caivas, quien encontró mérito para presentar acusación en contra del imputado y ordenar su captura.

2.1.6. El 28 de junio de 2013, el señor OMMB fue aprehendido mientras se encontraba trabajando en territorio del Resguardo. Al día siguiente, se realizó la audiencia de legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento en establecimiento carcelario ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Sincelejo con función

de control de garantías.

2.1.7. El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo. El 18 de septiembre de 2013 se realizó la audiencia de acusación, en la cual el defensor del procesado cuestionó la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de este caso, ya que tanto la víctima como el acusado son indígenas, y los hechos ocurrieron dentro del territorio donde ejerce jurisdicción el Resguardo. Adicionalmente, el defensor adujo que, conforme a sus usos y costumbres, la comunidad celebró una reunión el 9 de julio de 2013, en la que “se pudo aclarar todos los hechos que motivaron la denuncia de la madre de la menor víctima y se llegó a un acuerdo, a efectos de obtener la libertad del joven imputado”. En consecuencia, el defensor solicitó que las diligencias fueran remitidas a las autoridades indígenas para que fueran ellas las que conocieran de este asunto.

2.1.8. El juzgado de conocimiento, decidió no aceptar los argumentos del defensor del imputado, bajo la consideración de que “existe un derecho preferente en la Constitución para los menores el cual prevalece sobre el derecho del pueblo indígena para asumir el conocimiento del asunto, por la entidad del delito”; además, a su juicio, “no está probado que existe una autoridad judicial dentro del Cabildo que pueda conocer del asunto puesto en conocimiento de la Jurisdicción Penal Ordinaria, ya que sus funciones son eminentemente administrativas más no judiciales; y a pesar del acta de convivencia marital de la pareja no está probado que conforme a los usos y costumbres de la comunidad indígena las mujeres mayores de 12 años pueden contraer matrimonio”[4]. Adoptada esa decisión, el juez procedió a remitir el expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que definiera el conflicto de competencia positivo planteado.

2.1.9. Recibido el expediente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 18 de diciembre de 2013, decidió asignar la competencia para conocer de este proceso a la jurisdicción ordinaria penal, bajo la consideración de que, si bien los sujetos involucrados son indígenas y la conducta delictiva habría sido cometida en su territorio, el hecho de que el sujeto pasivo sea una menor de edad y el tipo de delito de que se trata, hacen que el conocimiento de la misma deba ser de la justicia ordinaria. Adicionalmente, para la Sala, el imputado “comprendió la ilicitud de su

comportamiento conforme al ordenamiento nacional, conducta punible que, por su misma naturaleza, no puede tener ninguna protección fundada en la condición de indígena [...]”. Por último, sostuvo que aun cuando en algunas comunidades indígenas las niñas mayores de 12 años son hábiles para vivir en pareja y constituir familias, en este caso no se probó que esa sea la tradición del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento.

## 2.2. Fundamentos de la acción y solicitud

La señora MSBR, actuando como agente oficiosa de su hijo OMMB, interpone la presente acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales 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 estima vulnerados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, autoridad judicial que, mediante sentencia de 18 de diciembre de 2013, decidió asignar la competencia para conocer del proceso penal que se adelanta en contra de su hijo, a la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con la agente oficiosa, con esta decisión el Consejo Superior desconoció que las autoridades del Resguardo son las competentes para resolver la situación del joven OMMB, ya que: (i) tanto él como la supuesta víctima del delito son indígenas; (ii) la conducta tuvo lugar en territorio de la comunidad sin que ésta produjera efectos fuera del Resguardo, y (iii) los hechos en los que se funda la denuncia no constituyen, en realidad, una vulneración de sus usos y costumbres.

Además, considera irregular el hecho de que no se hubiere consultado previamente con el Resguardo la pertinencia de proferir una orden de captura y la circunstancia de que, al ordenarse la reclusión del implicado en un establecimiento carcelario, tampoco se hubiere tenido en cuenta su condición de indígena. A su juicio, tampoco fue escuchado “el clamor de la comunidad del cabildo achiote que da testimonio de la conducta de [OMMB]”.

Sobre las acusaciones que se han efectuado en contra de su hijo, indica que la relación que él sostenía con la menor era fruto de la libre voluntad de ambos jóvenes, para quienes la diferencia de edad no constituía un impedimento para “continuar su relación sentimental y vivir juntos libres y espontáneamente como pareja y ayudarse mutuamente de acuerdo con los usos y costumbres de nuestra etnia”[5]. Según aduce, es la madre de la joven la que, si

bien estuvo de acuerdo con el noviazgo inicialmente, luego pareció no consentir en él, por lo que “con engaños y artimañas” se llevó a la menor de la casa en la que convivía con OMMB y la entregó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Por lo demás, aduce que es su hijo quien vela por su manutención y la de su esposo, ya que ninguno de los dos está en condiciones de trabajar por razones de edad y enfermedad.

En consecuencia, la actora pretende que “se asigne la competencia para conocer y ser juzgado conforme a las leyes indígenas y si fuere el caso de cumplir una pena privativa de la libertad que sea en el resguardo indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre, jurisdicción del municipio de Sampués – Sucre [...]”[6].

### 2.3. Intervención de los demandados

Mediante auto de 26 de marzo de 2014, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Sincelejo, decidió admitir la acción de tutela formulada por la señora MSBR. Además, dispuso notificar de esta decisión a la autoridad judicial accionada y vincular a este trámite al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, a la Fiscalía General de la Nación – Dirección Seccional de Fiscalías de Sincelejo, y al Capitán del Cabildo Menor Indígena de Achiote.

#### 2.3.1. Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo

En respuesta a la acción de tutela, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo hizo un breve recuento de las actuaciones procesales que han tenido lugar en este caso, para luego afirmar que todas ellas se han adelantado conforme a las normas aplicables, de manera que no puede considerarse que se ha presentado una vulneración de los derechos fundamentales del procesado. Además, a su juicio, el hecho de que la denuncia haya sido formulada ante la jurisdicción ordinaria implica que se está frente a una “exclusión de la aplicación del derecho propio reclamado por la actora”, por lo que la acción de tutela resulta improcedente.

#### 2.3.2. Fiscalía Quinta Seccional Caivas, Sincelejo

La Fiscalía Quinta Seccional Caivas, sostiene que su actuación en este asunto obedeció a la denuncia formulada por la madre de la menor afectada, quien, a pesar de lo que se indica

en la acción de tutela, no estaba de acuerdo con la relación que sostenía su hija con el implicado. Además, manifiesta que a lo largo del proceso la Fiscalía ha sido respetuosa de los derechos y garantías fundamentales del implicado.

De otra parte, indica que si bien será el juez quien deba determinar si hay lugar o no a aplicar la jurisprudencia constitucional relacionada con la posibilidad de aplicar la autoridad indígena a casos como el presente, en el que se debate un delito de naturaleza sexual contra una menor de edad, debe tenerse en cuenta que “dentro de esa comunidad indígena no gozan de esa protección los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales” y que no se demostró que en ella exista una tradición que permita o avale este tipo de uniones.

### 2.3.3. Cabildo Menor Indígena Zenú Achiote

El Capitán del Cabildo Menor Indígena Zenú Achiote, perteneciente al Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre, indica que, de acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y de conformidad con sus propias normas y procedimientos.

Sostiene que el caso del joven OMMB ya está siendo debatido por la comunidad, quien decidió iniciar una investigación exhaustiva de los hechos que dieron origen a la denuncia, de manera que de llegarse a encontrar que él incurrió en una conducta delictiva, ésta sería censurada, reprochada y castigada, según sus leyes, usos y costumbres.

En este sentido, solicita que se amparen los derechos alegados en el presente caso, de manera que se le asigne competencia a la jurisdicción indígena para conocer de este asunto.

### 2.3.4. Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

La Presidenta de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, sostiene que la decisión acusada fue adoptada con fundamento en las normas aplicables y en la jurisprudencia existente sobre la materia. Adicionalmente afirma que, por regla general, las providencias judiciales son inmodificables salvo que se configure una vía de

hecho, lo cual no tuvo lugar en este caso.

En consecuencia, solicita que sea denegado el amparo tutelar deprecado.

#### 2.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- a. Copia del Acta de Convivencia del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba, Sucre, suscrita el 16 de noviembre de 2012[7], así como del Acta de Convocatoria de ese mismo Resguardo, de fecha 8 de febrero de 2014[8].
- b. Copia de la Certificación suscrita por el Capitán del Cabildo Menor de Achiote, sobre la condición de indígena de OMMB[9] y de su pareja menor de edad[10].
- c. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora MSBR [11].
- d. Copia de una carta de referencia personal suscrita por el Capitán del Cabildo Menor de Achiote, en la que se refiere al buen comportamiento del señor OMMB dentro de la comunidad[12].
- e. Copia del Registro Civil de Nacimiento de OMMB [13].
- f. Copia de la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 18 de diciembre de 2013[14].

#### 3. Expediente T-4.561.012

El 12 de junio de 2014, el señor RJPM, quien se identificó como Capitán del Cabildo de Sabana Nueva -perteneciente al Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, Córdoba-, formuló acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, Regional Sincelejo, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, con base en los siguientes,

##### 3.1. Hechos

3.1.1. Ante el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, Córdoba, se venía adelantando un proceso penal en contra del señor AJPA, indígena miembro del Cabildo de Sabana Nueva, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, al haber abusado sexualmente

y de manera violenta de una niña de 8 años de edad[15].

3.1.3. El Defensor Público del señor AJPA, adscrito a la Defensoría del Pueblo, solicitó al juzgado la remisión del proceso a la jurisdicción indígena, teniendo en cuenta que tanto el implicado como la víctima son indígenas y que la conducta a investigar tuvo lugar en el territorio de esa comunidad[16].

3.1.4. Mediante providencia de 29 de abril de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún acogió las razones aducidas por la defensa del procesado y decidió que este asunto debía ser de conocimiento de las autoridades indígenas. En consecuencia, dispuso:

“Primero.- Aceptar la competencia positiva propuesta por el Dr. Rafael Ángel Mercado Hoyos, y en consecuencia, declarar que este Juzgado no es competente para seguir conociendo de este proceso penal.

Segundo.- Ordenar que, una vez se comunique el contenido de esta providencia, la carpeta contentiva de este proceso penal junto con el acusado [AJPA], se pongan a disposición de la autoridad indígena encargada de estos menesteres para lo de su cargo y ley. [...]”[17].

3.1.5. El 30 de abril de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún le dirigió un oficio al Director de la Cárcel Nacional “La Vega”, mediante el cual le informó del contenido de la providencia señalada en el numeral anterior y le solicitó proceder de conformidad.

3.1.6. A la fecha de interposición de la acción de tutela, el INPEC no había dado cumplimiento a la decisión judicial.

## 3.2. Fundamentos y solicitud

El señor RJPM, quien dice actuar en su calidad de Capitán Menor del Cabildo de Sabana Nueva, perteneciente al Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, interpone la presente acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, los cuales estima vulnerados por el INPEC, entidad que no ha dado cumplimiento a la providencia judicial que le ordenó poner a disposición de las autoridades del Resguardo al indígena AJPA, a fin de que ellas adelanten el juicio que corresponda.

Por lo anterior, el actor pretende que se le ordene al Instituto el cumplimiento inmediato de la providencia proferida el 29 de abril de 2014 por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, y que se sancione disciplinariamente a la entidad por la violación de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados.

### 3.3. Intervención de los demandados

#### 3.3.1. Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo

La Directora (E) del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo, indicó que una vez se recibió el oficio remitido por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, donde se ordenaba poner al interno AJPA a disposición de las autoridades indígenas, se realizó la consulta con la oficina de Asuntos Penitenciarios para “el trámite respectivo relacionado con el traslado del interno para el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Cacique Mexión”[18].

Sin embargo, esa oficina advirtió que el centro de reclusión del Resguardo “no se adecua a los estándares fijados por el INPEC”, por lo que no fue posible el traslado, aun cuando se aclara que el interno podría solicitarlo nuevamente “para un pabellón del Orden Nacional que cuente con un lugar para albergar internos con las condiciones citadas (indígena) acompañando la petición de la respectiva certificación donde conste que efectivamente es miembro de alguna comunidad indígena”[19].

Finalmente, indica que esta situación fue puesta en conocimiento tanto del interno como del Juez Penal del Circuito de Sahagún, del Cacique Mayor Regional y de la Procuradora Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos- Grupo de Política Criminal y Carcelaria.

#### 3.3.2. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC

La Dirección General del INPEC- Grupo Tutelas, sostiene que no es responsabilidad de esa entidad dar respuesta a la solicitud relacionada con que se ponga a disposición de la autoridad indígena al imputado AJPA, por lo que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

### 3.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- a. Copia de la providencia de 29 de abril de 2014, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, Córdoba[20].
- b. Copia del Oficio No. 260 de 30 de abril de 2014, expedida por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, Córdoba[21].
- c. CD que contiene la audiencia de control de garantías, legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento en el caso del señor AJPA [22].
- d. Copia del Acta de elección de los Cabildos Menores del municipio de San Antonio de Palmito, Departamento de Sucre y San Andrés de Sotavento y Tuchín[23].

## II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

### 1. Expediente T-4.549.923

#### 1.1. Sentencia de primera instancia

El 3 de abril de 2014, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre decidió declarar improcedente la acción de tutela formulada.

Para la Sala, el señor OMMB no se encuentra en imposibilidad de ejercer personalmente la defensa de sus intereses, de manera que no están dadas las condiciones para considerar procedente la figura de la agencia oficiosa que pretende ejercer su madre. Así, a pesar de que en distintos pronunciamientos jurisprudenciales se ha admitido que terceros agencien derechos de los miembros de comunidades indígenas, es necesario que, en todo caso, se demuestre que esto obedece a que el afectado no puede hacerlo personalmente, lo cual no ocurre en el presente caso.

#### 1.2. Trámite surtido con posterioridad al fallo de primera instancia

El 21 de abril de 2014, la señora MSBR impugnó el fallo proferido en primera instancia, sin efectuar consideraciones adicionales.

Mediante Auto de 24 de abril de 2014, el a quo rechazó el recurso formulado por considerarlo extemporáneo, ya que la notificación a la parte actora se produjo el 8 de abril de 2014, de manera que el término para presentar la impugnación habría vencido el día 11

de ese mismo mes y año.

## 2. Expediente T-4.561.012

### 2.1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Tuchín, Córdoba, mediante sentencia de 14 de agosto de 2014, decidió negar el amparo por estimar improcedente la acción de tutela, ya que, para el a quo, el Capitán del Cabildo de Sabana Nueva no está legitimado para actuar como agente oficioso del joven AJPA, en tanto no se demostró que el afectado esté imposibilitado para ejercer directamente la defensa de sus derechos[24].

Esta decisión no fue objeto de impugnación.

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitidos los expedientes en cuestión a esta Corporación, la Sala de Selección número Diez, mediante auto de 20 de octubre de 2014, dispuso su revisión por la Sala Tercera de la Corte Constitucional, y su acumulación para ser fallados en una sola sentencia.

### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos proferidos en el trámite de las presentes acciones de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

### 2. Problema jurídico

De acuerdo con lo descrito en el acápite de antecedentes, corresponde a la Sala determinar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos fundamentales alegados por los tutelantes, al haber adoptado decisiones que habrían comportado un desconocimiento de la competencia de la jurisdicción indígena para la resolución de sus propios conflictos.

En el caso del expediente T-4.549.923, esa vulneración se derivaría de la decisión adoptada

por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de asignar competencia a la jurisdicción penal ordinaria para conocer de un asunto que involucra a dos miembros del Cabildo Menor de Achiote –Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre–, y que tuvo lugar en territorio de la comunidad.

Por su parte, en el expediente T-4.561.012, la violación de los derechos vendría dada por la falta de cumplimiento del INPEC a una providencia judicial que le ordenó poner a disposición de las autoridades indígenas del Cabildo Menor de Sabana Nueva –perteneciente al mismo Resguardo Zenú de San Andrés de Sotavento–, a un recluso miembro de esa comunidad, acusado de haber incurrido en un ilícito penal.

Teniendo en cuenta las particularidades de cada uno de estos casos, y para efectos de dar solución a los mismos, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional en relación con: (i) la agencia oficiosa en el trámite de la acción de tutela, específicamente para el caso en el que los afectados son indígenas; (ii) la procedencia excepcional del mecanismo de amparo constitucional para controvertir sentencias judiciales; y (iii) los criterios para la definición de competencia de la jurisdicción indígena.

Finalmente, la Sala abordará el análisis de los casos concretos.

3. La agencia oficiosa en el trámite de la acción de tutela; el caso de los miembros de las comunidades indígenas

3.1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o por la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley. De acuerdo con esta norma, ella puede ser ejercida por el propio afectado o por quien actúe en su nombre.

En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser interpuesta directamente por el afectado, a través de su representante legal o de su apoderado judicial, o, en caso de que el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, por un tercero que agencie sus derechos. Esto último es lo que se conoce como agencia oficiosa.

3.2. La figura de la agencia oficiosa, según lo ha establecido la Corte Constitucional, encuentra fundamento “en la imposibilidad de defensa de la persona a cuyo nombre se actúa [...]”[25]. Su propósito, es “evitar que, por la sola falta de legitimación para actuar, en cuanto no se pueda acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante que pesa sobre ellos. Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta”[26].

Cuando la acción de tutela es interpuesta mediante esta figura, la jurisprudencia constitucional ha exigido el cumplimiento de dos requisitos para entender que, en efecto, están dadas las condiciones para considerarla procedente. Estos son, de un lado “i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal”, y, del otro, “(ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio”[27].

Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que la determinación de si, en un caso particular, se cumple con estos requisitos, no puede quedarse en el plano de lo meramente formal, de manera que aun cuando en el escrito de tutela no se haya hecho explícito el análisis sobre estas exigencias, el juez constitucional tiene la obligación de valorar y sopesar las circunstancias fácticas que rodean el asunto puesto a su consideración.

En este sentido, “[...] la Corte ha flexibilizado su posición en torno a la necesidad de manifestar expresamente que se actúa como agente oficioso y de enunciar las razones por las cuales el titular del derecho no puede ejercer la acción por sí mismo y, ha dispuesto que en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas, éste no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como, el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro”[28].

Y sobre este mismo asunto, en la Sentencia T-1012 de 1999[29], esta Corporación indicó:

“[...] son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la

manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero qué sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia ésta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro? Considera la Corte que al juez constitucional le compete dentro del ámbito de sus funciones realizar una interpretación del escrito de tutela, en aras de brindar una protección efectiva de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados. Precisamente, uno de los avances más relevantes de la Constitución Política, consiste en hacer prevalecer la realidad sobre las formas, con el fin de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales, se conviertan en enunciados abstractos, como expresamente lo ordena la Carta Política en su artículo 228.”.

De ahí que, a pesar de que en el escrito de tutela no se hagan explícitos los motivos por los cuales se encuentra justificada la figura de la agencia oficiosa, el juez constitucional debe analizar si se han cumplido o no los requisitos previstos para el efecto, a la luz de las circunstancias fácticas particulares de cada caso.

3.3. Ahora bien, cuando la acción de tutela involucra derechos cuyo titular es un indígena o la comunidad indígena como tal, la jurisprudencia constitucional ha indicado que “los requisitos establecidos para la representación de sus derechos se hacen menos exigentes, por cuanto al pertenecer a un grupo de especial protección constitucional se justifica la primacía del derecho sustancial sobre el formal y la aplicación del principio de solidaridad y la eficacia de los derechos, circunstancia que le impone al juez constitucional realizar una interpretación del escrito de tutela, en aras de brindar una protección efectiva de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados y si lo considera pertinente vincular de manera oficiosa a los directamente afectados en sus derechos fundamentales”[30].

Bajo ese entendido, la Corte ha avalado en reiteradas oportunidades la agencia oficiosa a favor tanto de indígenas como de sus propias comunidades.

En relación con lo primero, ese fue el caso de la Sentencia T-669 de 2011[31], en la cual la Sala Octava de Revisión se pronunció frente a la solicitud elevada por una joven que,

actuando como agente oficiosa de su padre indígena Kankuamo que se encontraba privado de la libertad, interpuso acción de tutela solicitando que se ordenara su traslado a otro centro de reclusión más cercano a su familia y a su comunidad.

En esa oportunidad, aunque los jueces de instancia consideraron que la hija del afectado no estaba legitimada para agenciar sus derechos, la Sala estimó que sí lo estaba. De un lado, por su condición de indígena y, del otro, por el estado de debilidad manifiesta en el que se encontraba el padre, entre otras circunstancias, por el hecho de que estaba privado de la libertad en un lugar de reclusión extraño a su condición indígena.

Y en cuanto a la posibilidad de agenciar los derechos de la comunidad indígena como tal, cabe citar, a título de ejemplo, la Sentencia T-979 de 2006[32], en la cual algunos miembros del Resguardo Indígena de Muellamués de Guachucal, Nariño, interpusieron acción de tutela contra la Alcaldía de Guachucal por considerar vulnerados los derechos del grupo étnico al que pertenecen.

En este caso, la Sala Segunda de Revisión consideró que si bien ellos no ocupaban ningún cargo de representación dentro del Resguardo, sí tenían legitimación para obrar en su nombre en atención a que los hechos del caso daban cuenta de que, de alguna manera, la acción de tutela se dirigía a cuestionar las actuaciones del Gobernador del Resguardo, de manera que resultaba un contrasentido exigir que fuera él quien formulara el recurso de amparo.

Así las cosas, en los casos en los que se encuentren involucrados los derechos de indígenas individualmente considerados o de las comunidades a las que ellos pertenecen, la valoración de las reglas para la procedencia de la agencia oficiosa debe responder a una visión más flexible del asunto, de manera que ellas no se constituyan en un obstáculo para que sea posible acceder al amparo de los derechos fundamentales que estén siendo amenazados o conculcados. Ello, sin perjuicio de que, en todo caso, sea menester que se cumplan los requisitos de la legitimación para proponer la acción de tutela.

4. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; reiteración de jurisprudencia

Tal y como se indicó en el numeral 3.1. de esta providencia, de acuerdo con el artículo 86

de la Carta Política la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales de las personas, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública [...]”.

A partir de esta disposición, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela procede también frente a actuaciones u omisiones de los jueces en las que terminen siendo vulnerados derechos fundamentales[33].

Sin embargo, dicha procedencia, como también lo ha indicado la propia Corte, es excepcional, de manera que no en todos los casos podrá acudir al mecanismo de amparo constitucional, lo cual encuentra fundamento, en primer lugar, en el propio texto de la Constitución Política, en cuyo artículo 86 –atrás señalado– se establece que a la acción de tutela solo podrá acudir “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que [...] se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [...]”. En este sentido, en tanto todos los procesos judiciales son, en sí mismos, medios de defensa de los derechos de las personas y, por esa misma circunstancia, cuentan con mecanismos para controvertir las actuaciones de la autoridad judicial, el afectado deberá acudir a ellos a efectos de hacer valer sus intereses. Y, en segundo término, también se funda en la necesidad de garantizar el respeto por los principios de la cosa juzgada de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y la autonomía e independencia de la que gozan las autoridades jurisdiccionales.

A este específico asunto se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005:

En este escenario, es claro que el juez constitucional no puede terminar suplantando o desplazando al juez ordinario en el estudio de los asuntos que, por su naturaleza, le competen, ni tampoco anulando decisiones que no comparte o imponiendo su personal interpretación de las normas aplicables conforme al material probatorio del caso. En ese sentido, esta Corporación ha indicado que “se trata de una garantía excepcional, subsidiaria y autónoma para asegurar, cuando todos los recursos anteriores han fallado, que a las personas sometidas a un proceso judicial no les violen sus derechos constitucionales fundamentales. No se trata entonces de garantizar la adecuada aplicación del resto de las normas que integran el sistema jurídico o de los derechos que tienen origen en la ley”.[35]

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la acción de tutela contra providencias judiciales procede si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos; unos de carácter general, que habilitan la viabilidad procesal del amparo, y otros de carácter específico, que determinan su prosperidad.

Así, en la Sentencia C-590 atrás citada se determinaron como requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela en estos casos los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[36]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[37]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[38]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre

que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

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 actora[39]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[40]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[41]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

Ahora bien, si en el caso concreto se encuentran cumplidos los anteriores requisitos genéricos, será necesario entonces acreditar, además, que se ha configurado alguna de las denominadas causales especiales de procedibilidad, que constituyen defectos o vicios en los que puede incurrir la autoridad judicial al momento de proferir sus decisiones. Ellos también fueron sintetizados en la sentencia de constitucionalidad en cuestión así:

“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 inconstitucionales[42] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. 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.

g. 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.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[43].

i. Violación directa de la Constitución. [...]"

En suma, la acción de tutela contra providencias judiciales es procedente de manera excepcional, cuando se cumplen los requisitos generales para su procedibilidad y se configura alguna de las causales específicas definidas por esta Corporación.

## 5. Criterios para la definición de competencia de la jurisdicción indígena

El artículo 246 de la Constitución Política prevé la existencia de la jurisdicción especial indígena en los siguiente términos: “[l]as autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes

de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Al analizar el alcance de la citada disposición, la Corte Constitucional ha determinado que su contenido normativo comprende los siguientes elementos: [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, [iv] y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional”[44]. Los dos primeros, conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, mientras que los dos segundos, constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.

De esta manera, por expreso mandato constitucional, las comunidades indígenas que cuenten con autoridades judiciales y procedimientos propios, tienen autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

Tal y como lo ha sostenido esta Corporación, aun cuando el constituyente previó la necesidad de que el legislador expidiera una ley en la que se establecieran las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, en la práctica esta tarea ha resultado particularmente difícil, ya que ella supone “un acuerdo sobre cómo decidir las controversias acerca de si se presentan o no los elementos necesarios para el ejercicio de la jurisdicción especial indígena; y esos mecanismos deben ser apropiados para todas esas comunidades, y aceptables desde su forma de ver el derecho”[45]. Ello podría explicar por qué, para este momento, dicha norma no ha sido aún expedida.

No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que la existencia de esa ley no puede ser una condición necesaria para el ejercicio de la jurisdicción por parte de las autoridades tradicionales, sobre todo al existir un reconocimiento constitucional de su autonomía en esta materia.

Por tal razón, esta Corporación ha fijado una serie de criterios para efectos de dar aplicación al artículo 246 de la Carta Política. Se trata, en particular, de unos elementos que permiten resolver los conflictos de competencia que pueden presentarse entre la jurisdicción

especial indígena y el sistema jurídico nacional, los cuales, de manera general, pueden sintetizarse de la siguiente manera[46]:

a. El elemento personal: implica que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo, pertenezca a una comunidad indígena.

Alrededor de este asunto, se han establecido dos 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’.”[47]

b. El elemento territorial: surge del propio artículo 246 de la Constitución Política, el cual establece que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres dentro de su propio ámbito territorial.

Aquí también se han previsto dos 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’.”[48]

c. El elemento institucional u orgánico: implica verificar si al interior de la comunidad

indígena existe un sistema de derecho propio conformado por usos y costumbres tradicionales, y una serie de procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad.

Se ha entendido que este elemento está compuesto, a su vez, por tres criterios de interpretación relevantes: “La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado; la conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos[49] y la satisfacción de los derechos de las víctimas.”[50]

d. El elemento objetivo: se refiere a la naturaleza del bien jurídico presuntamente afectado. Concretamente, impone analizar si éste es de interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria.

Los criterios anteriormente señalados se encuentran íntimamente relacionados, de manera que, en cada caso, el juez debe efectuar una evaluación que los involucre a todos y que, de esta manera, permita responder de garantizar los derechos de todos los involucrados en el asunto.

En todo caso, importa resaltar el hecho de que, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, la procedencia del fuero también está sujeta a la voluntad de la autoridad indígena de conocer del respectivo asunto, lo cual encuentra justificación en la necesidad de garantizar el respeto por la autonomía de la comunidad respectiva. Así, en relación con este asunto, esta Corporación ha indicado que “[t]ratándose de la jurisdicción indígena, el fuero especial no opera por el solo ministerio de la ley, porque a las condiciones objetivas para que proceda el mismo debe agregarse la manifestación de voluntad de una autoridad tradicional competente por el factor personal y territorial, para asumir el conocimiento del caso. En ausencia de tal manifestación, el juez ordinario no pierde la competencia para conocer del asunto”[51].

Finalmente, debe indicarse que, en los términos del artículo 112 de la Ley 270 de 1996, le corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional”. No

obstante, de manera excepcional la Corte Constitucional ha intervenido también en esta materia, como intérprete autorizado de la Constitución Política y órgano de cierre en relación con los derechos constitucionales[52].

Con fundamento en estas consideraciones, pasa la Sala a efectuar entonces el análisis de los casos concretos.

## 6. Casos concretos

### 6.1. Expediente T-4.549.923

La señora MSBR, actuando como agente oficiosa de su hijo OMMB, interpone la presente acción de tutela contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por considerar que esa autoridad vulneró los derechos fundamentales de su hijo 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.

Dicha vulneración deviene, según aduce, del hecho de que se hubiere asignado la competencia para conocer del proceso penal que se adelanta en contra de su hijo a la jurisdicción ordinaria, a pesar de que las condiciones particulares de este asunto exigen que sea llevado al conocimiento de las autoridades indígenas.

Las entidades que fueron vinculadas a este trámite indicaron, de manera general, que el hecho de que estén involucrados los derechos de una menor de edad y circunstancias como que, a su juicio, la comunidad no cuenta con las condiciones necesarias para adelantar el juicio respectivo, hacen que el asunto deba ser dirimido por la jurisdicción ordinaria penal.

Por su parte, la autoridad judicial que conoció de esta acción de tutela consideró que la señora MSBR no está legitimada para agenciar los derechos de su hijo, ya que no se demostró que él estuviera imposibilitado para defender sus intereses de manera personal.

6.1.1. De esta manera, el primer asunto que debe resolver la Sala es si en este caso la accionante está o no facultada para actuar como agente oficiosa de su hijo OMMB, quien se encuentra privado de la libertad.

Lo primero que debe indicarse es que, de acuerdo con la información que obra en el expediente, la señora MSBR interpone esta acción de tutela en procura de obtener el amparo de los derechos de su hijo y no de los de la comunidad indígena a la cual pertenece. De esta manera, la agencia oficiosa que pretende ejercer está relacionada con la situación personal de OMMB.

Ahora bien, tal y como se indicó en el acápite de consideraciones generales de esta providencia, la procedencia de esta figura exige del cumplimiento de dos requisitos; de un lado, que la persona que interponga la acción de tutela manifieste expresamente que está actuando en su calidad de agente oficioso, y, del otro, que el titular de los derechos no se encuentre en condiciones de ejercer la defensa de sus intereses a nombre propio.

Pues bien, sobre la primera exigencia, la señora MSBR, en efecto, adujo de manera explícita que actúa como agente oficiosa de su hijo, de manera que ella se encuentra cumplida.

Sobre la segunda, que el a quo consideró fallida, debe anotarse que en este caso están involucrados los derechos de una persona que hace parte de un grupo que, por mandato de la Carta Política, es sujeto de especial protección constitucional, lo cual implica que el Estado tiene el deber de propender por el aseguramiento de sus garantías fundamentales de manera privilegiada y principal.

En efecto, el señor OMMB es indígena, miembro del Cabildo Menor de Achiote, parcialidad adscrita al Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre, condición que se encuentra debidamente acreditada en el expediente por Certificación que expidiera el Capitán del Cabildo al cual pertenece[53].

Debe tenerse en cuenta, también, que se trata de una persona que está privada de la libertad, situación que si bien no implica per se que el afectado esté imposibilitado para actuar en defensa de sus derechos, constituye una limitación para el acceso y ejercicio de los mecanismos previstos en el ordenamiento para tal fin, máxime cuando, como en este caso, esa reclusión tiene lugar en un establecimiento que resulta extraño a su condición indígena.

Por último, es importante señalar que su condición de indígena si bien, por supuesto, no puede ser considerada como una restricción de tipo físico o psíquico para asumir

directamente la defensa de sus derechos, sí lo hace partícipe de una cosmovisión distinta que se proyecta sobre todos los ámbitos de la vida en sociedad y que le otorga un particular entendimiento de las situaciones que se presentan, lo cual implica que, en el marco de los procesos judiciales, es posible que se presenten dificultades adicionales para el ejercicio adecuado de los instrumentos previstos en defensa de sus garantías individuales, dificultades relacionadas, fundamentalmente, con la comprensión de los trámites y diligencias previstas en las leyes nacionales para tales efectos.

Por todo lo anterior, la Sala estima que en este caso la señora MSBR sí se encuentra legitimada para actuar como agente oficiosa de su hijo, quien se encuentra privado de la libertad y tiene la condición de indígena, activo miembro de su comunidad.

6.1.2. Establecido lo anterior, pasa la Sala a analizar el cumplimiento de los requisitos previstos para la procedencia de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales.

#### 6.1.2.1. Análisis de cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad

i) Con respecto al primer requisito, esto es, el relacionado con la necesidad de que el caso plantee un asunto de relevancia constitucional, la Sala encuentra que esta exigencia se cumple en la presente tutela.

En efecto, se trata de verificar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales 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 del señor OMMB, al desconocer que es la jurisdicción indígena la competente para juzgar si él ha cometido el delito que se le imputa.

En este escenario, el caso plantea un debate de rango constitucional, que justifica que el juez de tutela proceda con su estudio.

ii) En cuanto al segundo requisito, esto es, que se hayan agotado todos los medios ordinarios de defensa judicial con los que contaba el afectado para la promoción de sus intereses, la Sala encuentra que la accionante no tiene otro mecanismo de defensa que le permita solicitar la protección del derecho que estima conculcado, ya que la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, no es

susceptible de recurso alguno. Así las cosas, este requisito también se encuentra cumplido.

iii) En relación con el requisito de inmediatez, se tiene que la providencia judicial que se acusa fue proferida el 18 de diciembre de 2013, mientras que la acción de tutela fue interpuesta el 25 de marzo de 2014, es decir, pasados apenas tres meses. En consecuencia, se cumple con el requisito de inmediatez en la interposición de la demanda de amparo.

iv) En cuarto lugar, y en cuanto a la necesidad de que, de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga efecto decisivo en la sentencia que se impugna, debe decirse que en este caso la acusación no se relaciona directamente con una falla de procedimiento, sino con el hecho de que la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura desconoció la autonomía de la comunidad indígena, específicamente, en el ámbito relacionado con la posibilidad de ejercer jurisdicción en los asuntos que le conciernen.

En ese sentido, lo que se debate es tanto el sentido como el sustento de una providencia judicial y no un error de procedimiento que vicie el proceso respectivo.

v) En relación con el quinto requisito, este es, que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se estiman vulnerados, la Sala encuentra que la accionante sí cumplió con esa exigencia, al señalar la situación fáctica que tuvo lugar en este caso y el derecho que considera conculcado.

vi) Finalmente, las sentencias que aquí se acusan no son sentencias de tutela.

En consecuencia, fueron acreditados todos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que han sido determinados por la jurisprudencia constitucional.

#### 6.1.2.2. Análisis de cumplimiento de las causales especiales de procedibilidad

Establecido el cumplimiento de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela, se impone entonces la verificación de que haya tenido lugar alguna de las causales especiales para la procedencia de este mecanismo de amparo.

Sobre este asunto, si bien la parte actora no efectuó una caracterización concreta de cuál es el defecto específico que se le endilga a la providencia acusada, a partir de las alegaciones plantadas es posible concluir que el desconocimiento de la norma constitucional que establece la jurisdicción indígena y el consiguiente desconocimiento de los derechos de quienes se ven afectados por esa situación, comporta un defecto por violación directa de la Constitución.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, este defecto se funda en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual “la Constitución es norma de normas”, por lo que, “[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución, fue concebida, inicialmente, como un defecto sustantivo. Así se indicó en la Sentencia SU- 1722 de 2000, en la cual la Sala Plena analizó las acciones de tutela formuladas en contra de providencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante las cuales se les había agravado la pena impuesta a unos apelantes únicos, argumentando que todos ellos concurrían al recurso de apelación. En esa oportunidad, la Corte sostuvo que “se aprecia un defecto sustantivo, en la medida en que las decisiones impugnadas se fundan en la sumisión de la no reforma en peor frente al principio de legalidad, lo cual resulta evidente inaplicable. En este sentido, el error superlativo en que incurrieron las autoridades demandadas consistió en el desconocimiento del principio constitucional consagrado en el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución”.

Con posterioridad, algunas decisiones adoptadas por Salas de Revisión[54] se refirieron, de manera independiente y autónoma, al defecto derivado del desconocimiento de una norma constitucional aplicable al caso concreto, hasta que, finalmente, en la Sentencia C-590 de 2005, la Sala Plena de la Corte Constitucional se refirió expresamente al defecto por violación directa de la Constitución, como un defecto autónomo que justifica la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Esta Corporación se ha referido a algunos eventos en los cuales puede entenderse que ha tenido lugar el defecto señalado. Así, ha indicado que “el desconocimiento del Estatuto

Superior se puede dar, al menos, en dos clases de casos: (i) cuando las reglas o los principios que deben ser extraídos de su texto son por completo desobedecidos y no son tomados en cuenta, en el razonamiento jurídico (ni explícita ni implícitamente), o (ii) cuando las reglas y los principios constitucionales son tomados en cuenta al menos implícitamente, pero a sus prescripciones se les da un alcance insuficiente.”[55]

En el presente asunto, el defecto por violación directa de la Constitución vendría dado por el desconocimiento del contenido del artículo 246 de la Carta Política, el cual establece que las autoridades indígenas tienen autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su propio territorio. El defecto se enmarcaría entonces en el segundo supuesto indicado en el párrafo anterior, ya que, si bien la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura reconoció la existencia de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, le habría dado un alcance insuficiente a la prescripción constitucional para el caso concreto.

En ese sentido, a fin de determinar si en el presente asunto se configuró el defecto en cuestión, se hace necesario verificar si están dados los presupuestos necesarios para resolver a favor de las autoridades indígenas el conflicto de competencia que se presentó en relación con el conocimiento de la denuncia formulada en contra del señor OMMB. En consecuencia, pasa la Sala a establecer si están presentes los elementos previstos en la jurisprudencia constitucional para tales efectos:

a. El elemento personal:

Como se indicó en el aparte de consideraciones generales de esta providencia, este elemento exige que el acusado del hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena.

En este caso, esto se encuentra plenamente acreditado a través de tres certificaciones que obran en el expediente, en las que el Capitán del Cabildo Menor de Achioté hace constar que el señor OMMB, “es indígena, miembro del Cabildo Menor de Achioté, vive, hace parte y se encuentra inscrito en el censo de esta parcialidad adscrito al Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre”[56]. Y así también lo pudo constatar la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a cuya consideración se le presentó un censo del Cabildo Menor de Achioté en el que figura el accionante.

Sobre este particular en la providencia que aquí se analiza, la autoridad accionada manifestó encontrar probado que el señor OMMB es indígena. Sin embargo, también sostuvo que en este caso “es indudable que el sindicato ha tenido contacto permanente con la cultura mayoritaria”, y que, por tanto, “es una persona que puede diferenciar y comparar la particular cosmovisión de los indígenas”. A partir de esas consideraciones, concluyó que, en tanto el implicado comprendió la ilicitud de su comportamiento conforme al ordenamiento nacional, su conducta “no puede tener ninguna protección fundada en la condición de indígena, habida cuenta que la jurisdicción especial fue erigida para mantener la identidad, costumbres y tradiciones de pueblos debidamente asentados [...]”.

Con estas afirmaciones, parecería que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dio aplicación a la regla prevista por la jurisprudencia constitucional, según la cual es posible desvirtuar el elemento personal cuando “las circunstancias del caso concreto permiten determinar que la persona ha sufrido un proceso de pérdida de identidad cultural o ‘aculturación’, siempre que esa situación tenga incidencia en el hecho punible (o nocivo) investigado”[57].

Sin embargo, la Sala encuentra que en la sentencia acusada la autoridad no señaló cuáles son las razones que la llevan a afirmar que el investigado ha sufrido, en efecto, un proceso de pérdida de su identidad indígena, ni cuáles los elementos a partir de los cuáles llega a tal conclusión, sino que se limitó a afirmar, de manera general, que OMMB ha tenido contacto con la cultura mayoritaria.

A este respecto, debe indicarse que la Corte Constitucional, con apoyo en diversos instrumentos internacionales y, en particular, en el Convenio 169 de la OIT, ha señalado que en la definición de la identidad indígena confluyen dos factores esenciales; de un lado, la consideración del individuo como indígena, y, del otro, el reconocimiento de su comunidad como un miembro de ella[58].

En este caso, como atrás se indicó, estos dos elementos se encuentran probados mediante las certificaciones a las que atrás se hizo referencia, de manera que su condición étnica solo podría ser desvirtuada por medio de pruebas que demostrarán que él efectivamente no tiene correspondencia con la comunidad a la que pertenece, y no, simplemente, a partir de la afirmación de una interacción accidental que puede haber tenido con la cultura

mayoritaria.

Finalmente, cabe señalar que la menor que supuestamente fue víctima del delito que se le imputa al señor OMMB, también hace parte de esa misma comunidad, tal y como lo certificó el Capitán del Cabildo.

b. El elemento territorial:

Este elemento implica que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, concepto que, como lo ha definido la jurisprudencia, no solamente se agota en una acepción geográfica, sino que puede extenderse a otros lugares en donde el grupo desarrolla su cultura.

En este caso, la relación sentimental o de noviazgo que mantuvieron el implicado y la menor se presentó al interior de la comunidad y en territorio. Por su parte, los hechos que dieron lugar a la investigación penal que se sigue en contra del señor OMMB habrían tenido lugar en cercanías de la Finca Santa Teresa del municipio de Sampués, Sucre, el cual se encuentra reconocido como parte integrante del territorio de la comunidad, según lo constató la autoridad judicial accionada.

En consecuencia, este requisito también se encuentra cumplido.

c. El elemento institucional u orgánico:

Se refiere a que exista una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, que se encuentre estructurada a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad.

El elemento institucional, según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, implica (i) la existencia de usos y costumbres, autoridades tradicionales y procedimientos propios para adelantar un juicio en la comunidad indígena; (ii) que permita acreditar que las autoridades tradicionales poseen cierto poder de coerción para aplicar la justicia propia. Además, este elemento se relaciona con la protección del derecho fundamental al debido proceso del investigado y con la necesidad de garantizar la eficacia de los derechos de las víctimas.

En la providencia acusada, el Consejo Superior de la Judicatura no efectuó un análisis de cumplimiento de este elemento. De hecho, al momento de establecer las reglas de decisión para la definición de competencia en materia de conflictos de la jurisdicción indígena, la autoridad solo hizo referencia a los elementos personal, territorial y objetivo, lo cual comporta un desconocimiento de la jurisprudencia constitucional en esta materia.

No obstante lo anterior, y a pesar de haberse omitido el análisis en concreto del elemento mencionado, en la sentencia se indicó que en este caso no se había probado que el Resguardo tenga establecidas disposiciones que le permitan investigar, juzgar y tomar decisiones en relación con los hechos que dieron lugar a la investigación penal.

Sin embargo, la Sala encuentra que en el expediente existen diversos elementos que dan cuenta de que el Cabildo Menor de Achiote, como parte integrante del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre, sí cuenta con una organización jurídica que incluye la existencia de unas autoridades propias y de un sistema de justicia particular.

En efecto, el Capitán del Cabildo Menor de Achiote manifestó que la comunidad ya se ha reunido en distintas oportunidades para analizar el caso del indígena OMMB y que, teniendo en cuenta que “los pueblos indígenas tenemos un sistema jurídico propio”, las autoridades decidieron que se daría inicio a una investigación exhaustiva de los hechos que dieron lugar a la denuncia penal, de manera que, de llegarse a encontrar que el investigado incurrió en alguna conducta típica y antijurídica, ésta será censurada, “reprochada y castigada, según nuestras leyes, usos y costumbres, sin que exista impunidad frente al caso”[59].

Adicionalmente, en el Acta de Convocatoria de la reunión que realizó la comunidad el día 8 de febrero de 2014, consta que el Capitán del Cabido “lee las formas de investigación y las formas de castigo de acuerdo con lo estipulado en la jurisdicción especial indígena”, y que en este caso las pesquisas continuarán hasta culminar con “una absolución o condena según la ley mayor o ley de origen, jurisdicción indígena [...] el cabildo cuenta con lo estipulado por la norma para pagar condenas dentro de este”[60].

Por último, se encuentra también un Acta de Jurisprudencia, en la cual el Capitán del Cabildo Menor de Achiote señala lo siguiente:

“El Cabildo de Achiote tiene una parcialidad de 116 hectáreas registrada bajo el decreto 2164 de 1994 denominado Santa Teresa, para la jurisprudencia se llama Derecho Mayor, tenemos la Ley de Origen y Derecho Propio, lo cual nos da autonomía a través de la ley 89 de 1890 y los artículos 229, 246 y 330 de la Constitución Política de Colombia y la ley 48 donde los indígenas no pueden pagar el servicio militar y el artículo 30 un indígena no puede ser condenado fuera de su territorio, el artículo 10 de la ley 21 el indígena debe pagar en su territorio inajenable, indescriptible (sic) e inembargable por eso el cabildo puede castigar a su mismo indígena.

Tiene varias modalidades de castigo según el uso y costumbre y el artículo 5 de la ley 89, castigo en el cepo cuando los delitos no son de helesa (sic) humanidad, también se castiga en la parte de la colectividad, el cabildo determina el tiempo y la forma de pago según y el uso y la costumbre de la etnia zenú, las mujeres se dotan y no hay discriminación por somos (sic) las minorías y tenemos un enfoque diferencial ante las leyes blancas.

Con esto estamos manifestándoles que tenemos donde tener un compañero por tiempo indefinido donde pueda cumplir los pagamentos el cual el cabildo considere, al compañero detenido se le hará un estudio a los acuerdos, acta de conciliación, acta de convivencia y carta de buena conducta con su firma.”[61]

Sin que sea posible afirmar que eso fue lo que ocurrió en este caso, lo cierto es que este aspecto, que obedece a una cosmovisión distinta a la mayoritaria acerca de cuándo se tiene la madurez para dar el consentimiento y actuar conforme a él, hace que el juzgamiento de la conducta deba adelantarse teniendo en cuenta el contexto en el que ella se desarrolló, lo que se garantiza de mejor manera si esa labor se le asigna a las autoridades indígenas.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la manifestación de la comunidad de su intención de impartir justicia haciendo uso de sus procedimientos, normas y costumbres tradicionales en un caso concreto constituye, per se, una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas[62].

En efecto, la jurisprudencia ha indicado que “para establecer las condiciones de

procedencia de la jurisdicción indígena es determinante la consideración, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales [...] prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico”[63].

Por todo lo anterior, debe concluirse que al interior del Cabildo existen normas y procedimientos establecidos para realizar la investigación y el juzgamiento de casos como el que ocupa la atención de la Sala, y que, incluso, éstos ya han empezado a funcionar a partir de la denuncia que formuló la mamá de la menor afectada.

De ahí que este requisito también se encuentre cumplido.

d. Elemento objetivo:

El elemento objetivo “hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria”[64]. Para su determinación, la jurisprudencia constitucional ha señalado algunas premisas que deben ser tenidas en cuenta por el fallador:

“(i) el fin de la jurisdicción especial indígena es resolver conflictos internos de las comunidades aborígenes para que, en su ámbito territorial interno, se preserve su cosmovisión o forma de vida; (ii) el campo de aplicación de un fuero especial se centra en los fines que persigue su consagración. (iii) Haciendo una analogía con la jurisdicción penal militar, si en ese ámbito el fuero debe aplicarse exclusivamente a las conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, en la jurisdicción especial indígena, el fuero debe limitarse a los asuntos que conciernen únicamente a la comunidad. Por lo tanto [iv - concluye la Sala el argumento], el fuero no procede para delitos de especial gravedad que deben ser reprimidos más allá de consideraciones culturales, especialmente tomando en cuenta que la interpretación de las normas que habilitan la procedencia de las jurisdicciones debe efectuarse de manera restrictiva”[65].

Esta Corte ha indicado también que las reglas señaladas deben ser interpretadas a la luz del principio de maximización de la autonomía, a través del cual se busca garantizar al máximo la vigencia de los derechos colectivos de la comunidad.

En el presente caso, el bien jurídico presuntamente afectado se refiere a la libertad, formación e identidad sexuales de una menor de edad, bien que no solamente pertenece al interés de la comunidad, sino que trasciende al conjunto de la sociedad. Y, precisamente, bajo tal consideración, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura concluyó que este asunto escapaba del alcance de la jurisdicción indígena y debía ser entonces puesto en conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que resultan inadmisibles aquellas interpretaciones que afirman que la jurisdicción indígena solo puede conocer de aquellos asuntos que únicamente le interesan a ella misma, ya que “una concepción de la jurisdicción especial indígena dirigida de forma absoluta y exclusiva a la solución de asuntos internos de las comunidades originarias, ignora la importancia que la Constitución Política ha dado, en el marco del derecho mayoritario, a la autonomía indígena como fuente de aprendizaje de distintos saberes, y piedra angular para la vigencia de un estado pluralista y participativo. (C.P. preámbulo, artículos 1º y 2º)”. [66]

De esta manera, el hecho de que el bien jurídico involucrado tenga una importancia especial para la comunidad en general, y que, en consecuencia, la conducta investigada revista una especial gravedad, no puede llevar al establecimiento de una regla de competencia conforme a la cual en estos eventos siempre deba primar la competencia de la jurisdicción ordinaria, lo cual acarrearía la imposición de los valores de la cultura mayoritaria, sin consideración de aquellos que hacen parte de la diversidad étnica.

Y, adicionalmente, la circunstancia de que en este asunto estén involucrados derechos de una menor de edad, tampoco lleva indefectiblemente a la conclusión de que éste deba ser conocido por la jurisdicción ordinaria. Como lo ha establecido la Corte Constitucional, tampoco resulta “constitucionalmente legítima una regla jurisprudencial que determine la exclusión absoluta de la jurisdicción especial indígena del conocimiento de casos que involucren menores de edad, si bien el juez encargado de dirimir el conflicto debe adoptar su decisión tomando en cuenta los intereses del menor, y asegurándose de que el derecho

propio prevea medidas de protección para él o ella”.

En ese sentido, no le bastaba a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con señalar que la supuesta víctima del delito es una menor de edad, para que, bajo tal premisa, fuera dable concluir que el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria. En realidad, si la Corporación consideraba que dejar el caso en manos de las autoridades indígenas implicaba una desprotección de los intereses de la menor, era necesario que expusiera clara y concretamente cuáles son las razones en las que sustenta esa consideración y por qué, a su juicio, la jurisdicción que ejerce el Cabildo no puede garantizar el respeto de sus derechos.

Sin embargo, en la providencia acusada nada se dijo sobre este asunto. Y en el expediente tampoco obran elementos que permitan concluir que ordenar la remisión del proceso a la jurisdicción indígena afecte el interés de la menor involucrada. Por el contrario, lo que de allí se desprende es que el hecho de dejar en manos de las autoridades del Cabildo Menor de Achote, integrante del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre, la resolución de este caso, puede salvaguardar de mejor manera los derechos de la menor, teniendo en cuenta los parámetros de diversidad que resultan acordes con sus usos y costumbres.

Así las cosas, vistas las circunstancias del presente asunto, la Sala considera que, en efecto, la sentencia que se acusa adolece de un defecto por violación directa de la Constitución, al haber asignado la competencia para conocer de la denuncia penal formulada en contra del indígena OMMB a la jurisdicción ordinaria, a pesar de que se cumplen todas las condiciones para que ella sea llevada al conocimiento de las autoridades indígenas del Cabildo Menor de Achote. Específicamente, si bien la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura reconoció la existencia de la jurisdicción indígena, le dio a la norma constitucional de la cual ella se deriva un alcance limitado e insuficiente, lo cual da lugar a la configuración del defecto atrás señalado.

En consecuencia, se dispondrá dejar sin efectos la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y se ordenará la remisión del expediente a las autoridades del Cabildo Menor de Achote, para que sean ellas quienes adelanten el proceso en contra del señor OMMB. Adicionalmente, y teniendo en cuenta que

el implicado se encuentra actualmente privado de su libertad, se le ordenará al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, Sucre, quien está conociendo de este asunto, que disponga lo necesario para que sea puesto a disposición de las autoridades indígenas competentes.

## 6.2. Expediente T-4.561.012

El señor RJPM, quien se identifica como Capitán del Cabildo de Sabana Nueva, perteneciente al Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, Córdoba, interpone la presente acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, “para que se protejan los derechos fundamentales al debido proceso y derecho a la defensa”. A su juicio, dicha vulneración se deriva del hecho de que el INPEC no ha dado cumplimiento a la providencia judicial proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, mediante la cual se le ordenó poner a disposición de las autoridades indígenas a AJPA, indígena que se encuentra recluido en la Cárcel Nacional La Vega, acusado del delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años.

Los hechos que dieron lugar a la denuncia, se relacionan con la violación de una menor de ocho años, familiar del indiciado, que habría sido raptada de su lugar de residencia y abusada de manera violenta en un paraje cercano a su vivienda. La captura del señor AJPA, por orden del Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, se produjo luego de que la menor y sus familiares lo identificaran como el autor del hecho punible.

El Defensor Público del señor AJPA, adscrito a la Defensoría del Pueblo, solicitó al juzgado la remisión del proceso a la jurisdicción indígena, teniendo en cuenta que tanto el implicado como la víctima son indígenas y que la conducta a investigar tuvo lugar en el territorio de esa comunidad.

Mediante providencia de 29 de abril de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún acogió las razones aducidas por la defensa del procesado y decidió que este asunto debía ser de conocimiento de las autoridades indígenas, por lo que dispuso “[o]rdenar que, una vez se comunique el contenido de esta providencia, la carpeta contentiva de este proceso penal junto con el acusado [AJPA], se pongan a disposición de la autoridad indígena encargada de estos menesteres para lo de su cargo y ley. [...]”[67].

En respuesta a la acción de tutela, el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, manifestaron que no han incurrido en violación de ningún derecho fundamental. El primero, porque a pesar de las gestiones que se adelantaron no fue posible el traslado del interno al centro de reclusión del Resguardo debido a que éste no se adecúa a los estándares fijados por el INPEC; y el segundo, porque no es responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario dar respuesta a la solicitud de poner a disposición de la autoridad indígena al imputado AJPA.

Por su parte, la autoridad judicial que conoció de esta acción consideró que el señor RJPM no está legitimado para agenciar los derechos del señor AJPA, ya que “si bien [el accionante] adjuntó Acta de Cabildo Menor, Acta de Convocatoria y Acta de Elección, esto no acredita para actuar a nombre del afectado, salvo que se realice como agente oficioso evento en el cual el afectado debe encontrarse en estado de indefensión o en condiciones que le imposibilitan ejercer directamente la defensa de sus derechos constitucionales fundamentales, hechos que deben estar demostrados y alegados en el caso”[68].

Pues bien, vistas las circunstancias del presente caso, la Sala debe empezar por determinar a qué título actúa realmente el accionante, a fin de establecer si, como lo concluyó el juzgado que conoció de este proceso en primera instancia, existe un problema en la legitimación en la causa por activa.

Del escrito de tutela se desprende que el señor RJPM, dice actuar “en calidad de Capitán del Cabildo de Sabana Nueva perteneciente al resguardo (sic) indígena de San Andrés de Sotavento”. También manifiesta interponer la acción “para que se protejan los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA, consagrados en los artículos 29, de la Constitución Política de Colombia de 1991 [...]”. Y, al momento de plantear las pretensiones, solicita que se conceda el amparo de “mis derechos fundamentales DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA”.

Si bien las afirmaciones contenidas en el escrito de tutela no son claras en relación con cuál es la calidad en la que pretende actuar el señor RJPM, el hecho de que el accionante se identifique como Capitán del Cabildo de Sabana Nueva y la circunstancia de que en ningún momento manifieste estar agenciando los derechos del imputado, llevan a concluir que el demandante ejerce la acción de amparo como autoridad del Cabildo indígena y

representante legal del mismo, y en procura de la protección de la autonomía de la comunidad para ejercer la jurisdicción dentro de su territorio.

No obstante lo anterior, revisados los documentos con los cuales pretende demostrar su condición de Capitán del Cabildo de Sabana Nueva, la Sala encuentra que ellos no permiten tener certeza sobre la representación que dice ostentar el accionante.

En efecto, el actor aportó al proceso copia del Acta de Convocatoria en la que se fija fecha para realizar el nombramiento de los miembros de la Junta Directiva del Cabildo Menor Sabana Nueva y del Acta de elección, en la que consta que el señor RJPM fue efectivamente elegido Capitán Menor del mismo. Sin embargo, estos documentos dan cuenta de la conformación de las autoridades del Cabildo para el periodo comprendido “entre el 05 de Marzo del año 2012 hasta el 31 de Diciembre del año 2013”[69], y no permiten concluir que el actor realmente ostentaba esa calidad para el momento en que interpuso la acción de tutela, esto es, el 12 de junio de 2014. De esta manera, el accionante no demostró tener la representación del Cabildo al que dice representar.

Este asunto reviste una trascendencia especial, toda vez que se trata de avalar la actuación judicial de quien, aduciendo actuar como representante de los intereses de la comunidad indígena en general, está solicitando la entrega del presunto autor del delito de acceso carnal abusivo y violento, cometido sobre una menor de ocho años. Y siendo este el contexto de la representación que se pretende ejercer, resultaba aún más importante la acreditación de su condición de Capitán del Cabildo.

Así las cosas, para la Sala, el hecho de que no se encuentre acreditada la representación legal del accionante y la circunstancia de que, en ese escenario, no existen elementos que permitan concluir que, en efecto, las pretensiones formuladas en la acción coinciden con los intereses del Cabildo Indígena, hacen que no sea posible considerar acreditada la legitimación en la causa por activa para actuar en el presente caso.

En todo caso, la Sala no puede pasar por alto el contenido de la respuesta dada por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo a la acción de tutela, en particular, porque se plantean unos argumentos descontextualizados y referidos a un tema por completo diferente a aquél que plantea la solicitud de amparo.

En efecto, mientras que el Establecimiento centra sus manifestaciones en una supuesta solicitud de traslado del procesado a un centro de reclusión indígena, el problema planteado en la presente acción es la falta de cumplimiento a una orden judicial que ordena poner al indígena imputado a disposición de las autoridades del Resguardo al cual pertenece, a fin de que sean ellas quienes adelanten el juicio que corresponda.

La Sala encuentra necesario llamar la atención del Establecimiento Carcelario para que, a la luz de los supuestos fácticos del presente asunto y en cumplimiento de las funciones a él asignadas, dirija sus actuaciones a atender la problemática real del caso.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuchín, Córdoba, pero por las razones señaladas en esta providencia.

#### IV. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el tres de abril de 2014 por la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por MSBR contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para, en su lugar, CONCEDER el amparo solicitado (Expediente T-4.549.923).

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2013 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual resolvió el conflicto de competencia planteado para conocer de la denuncia formulada en contra del señor OMMB.

Tercero.- ORDENAR al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, Sucre, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, remita a las autoridades tradicionales del Cabildo Menor Indígena de Achiote, perteneciente al Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre, el expediente del proceso penal adelantado en contra del señor OMMB por el delito de acceso

carnal abusivo con menor de 14 años, para que sean ellas quienes adelanten la investigación y el juzgamiento del implicado.

Cuarto.- ORDENAR al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, Sucre, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, disponga lo necesario para que se ponga al señor OMMB a disposición de las autoridades del Cabildo Menor Indígena de Achiote, perteneciente al Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre, a fin de que ellas definan su situación jurídica.

Quinto.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuchín, Córdoba el 14 de agosto de 2014, mediante la cual declaró la improcedencia de la acción de tutela formulada por RJPM contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC (Expediente T-4.561.012).

Sexto.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-081/15

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA Y PRINCIPIO PRO INFANS-Se debió mantener la competencia en la jurisdicción penal ordinaria para conocer y tramitar un asunto relacionado con la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente T-4.549.923 y T-4.561.042.

Acción de tutela instaurada por MSBR, actuando como agente oficioso de su hijo OMMB y por RJPM

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

Con el acostumbrado respeto, me permito expresar mi discrepancia con el criterio mayoritario esbozado por la Sala en el expediente T-4.549.923 en cuanto dejó sin efectos la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2013, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual resolvió el conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, planteado para conocer de la denuncia en contra del señor OMMB. Advierto que la decisión proferida en la cual se define que la autoridad competente lo es la jurisdicción ordinaria, tiene como fundamento la prevalencia del interés superior del menor, principio que debe proveer por la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente, las condiciones para el desarrollo de sus derechos fundamentales, su protección frente a riesgos prohibidos, la guarda del equilibrio con sus parientes y evitar al menor los cambios desfavorables en su desarrollo. Lo anterior, tiene sustento en el criterio objetivo,[71] el cual constituye uno de los elementos definidos por el precedente de la Corporación a efectos de dirimir la competencia de la jurisdicción indígena, y que para este caso, fue definitivo al momento de decidir el conflicto de

competencia entre las jurisdicciones.

Cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, y, en los casos en 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, sino que debe tener presente “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”[72]

De lo dicho emerge con nitidez, que no puede la Sala de Revisión llegar a la conclusión de que al no existir elementos de prueba que permitan deducir que la remisión del proceso a la jurisdicción indígena afecte el interés del menor involucrado el realizar dicho envío procura salvaguardar de mejor manera la situación del menor, atendiendo a los parámetros de diversidad cultural. Considero, que debió la Sala de Revisión controvertir el análisis que hace el juez especializado, al manifestar que dejar el caso en manos de la jurisdicción indígena implica una desprotección, como quiera que el juez debe velar por la integridad de la salud y supervivencia del menor en este caso indígena, lo que supone, a mi juicio, que en el caso sub examine, solo ante la existencia de pruebas que permitan llegar a la conclusión de que se asegura la integridad del menor de edad, es cuando podrá excluirse dicho elemento. Considero que ninguno de los procedimientos referenciados por la autoridad indígena señalan una efectiva protección en dicho sentido y se refieren al castigo o investigación, de los hechos, sin establecer la toma de medidas que permitan una efectiva protección, asistencia o ayuda conforme su cultura. Considero entonces que debió negarse el amparo, al observar que no existió una causal específica de procedibilidad, puesto que, la decisión consultó las reglas que hasta ahora ha fijado la jurisprudencia constitucional, atendiendo principalmente a la prevalencia del principio proinfans.

Fecha ut supra,

Magistrado

[1] Decisiones similares han sido adoptadas por la Corte Constitucional en casos en los que se advierte que un menor puede resultar afectado por la publicación de la información contenida en el expediente de tutela. Ver, entre otras, las sentencias T-523 de 1992, (M.P. Ciro Angarita Barón); T-1390 de 2000, (M.P. Alejandro Martínez Caballero); y T-912 de 2008, (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[2] Folios 1 y 2 del cuaderno No. 1.

[3] Folio 11 del cuaderno No. 1.

[4] De esta manera se sintetizó el contenido de la decisión adoptada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, Sucre, en la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el presente asunto (folio 55 del cuaderno No.1.)

[5] Folio 2 del cuaderno No. 1.

[6] Folio 6 del cuaderno No. 1.

[7] Folio 9 del cuaderno No. 1.

[8] Folio 77 del cuaderno No. 1.

[9] Folio 11 del cuaderno No. 1.

[10] Folio 12 del cuaderno No. 1.

[11] Folio 13 del cuaderno No. 1.

[12] Folio 15 del cuaderno No. 1.

[13] Folio 16 del cuaderno No. 1.

[14] Folio 72 del cuaderno No. 1.

[15] De acuerdo con el relato de los hechos que se hizo en la audiencia de legalización de captura, el sindicato sacó a la menor de su casa y la llevó a un paraje oscuro donde abusó de ella. La menor presentaba graves heridas en sus genitales y tuvo que ser hospitalizada de urgencias.

[16] En la acción de tutela, el señor RJPM afirma que esta solicitud fue formulada por el defensor del imputado “con la anuencia del Resguardo Indígena Zenú y/o el Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú con asiento en San Andrés de Sotavento” (folio 1 del cuaderno No. 1). Sin embargo, más allá de esa manifestación, en el expediente no obra copia del escrito mediante el cual el defensor planteó el conflicto de competencia y reclamó el conocimiento del caso para la jurisdicción indígena, ni tampoco de ningún acta o documento en el que conste que la comunidad realmente acompañó dicha solicitud.

[17] Folio 6 del cuaderno No. 1.

[18] Folio 38 del cuaderno No. 1.

[19] Ibidem.

[20] Folio 6 del cuaderno No. 1.

[21] Folio 5 del cuaderno No. 1.

[22] En sobre obrante a folio 20 del cuaderno No. 1.

[23] Folio 10 del cuaderno No. 1.

[24] Mediante auto de 16 de junio de 2014, la titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Tuchin, Córdoba, se había declarado impedida para conocer del presente asunto, toda vez que ella había participado, en su condición de juez de control de garantías, en la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento que se llevó a cabo en el caso del señor AJPA. Sin embargo, mediante providencia de 18 de junio de 2014, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, lo declaró infundado y devolvió el expediente al despacho para que emitiera el fallo correspondiente.

[25] Sentencia T-044 de 1996, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

[26] Íbidem.

[28] Sentencia T-573 de 2008, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

[29] Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

[30] Sentencia T-091 de 2013, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[31] Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

[32] Magistrado Ponente: Nilson Elías Pinilla Pinilla.

[33] Sobre este particular puede consultarse la sentencia T-933 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[34] Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[35] Sentencia C-590 de 2005, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[36] Sentencia 173 de 1993.

[37] Sentencia T-504/00.

[38] Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

[39] Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

[40] Sentencia T-658-98

[41] Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

[42] Sentencia T-522/01

[43] Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

[44] Sentencia C-139 de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

[45] Sentencia C-463 de 2014, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

[46] Sobre este asunto puede consultarse la Sentencia T-617 de 2010, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[47] Sentencia T-002 de 2012, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

[48] Íbidem.

[49] 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 predecibilidad 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[49]”

[50] Sentencia T-921 de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[51] Sentencia T-1238 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[52] Así ocurrió en el asunto analizado en el Auto 318 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), en el cual la Corte resolvió el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Mocoa y el Cabildo Indígena Camentsa Biyá de Mocoa, Putumayo.

[53] Así, en el expediente se encuentran tres certificaciones sobre este asunto, en las que, de manera general, se indica que el señor OMMB es un miembro activo del Resguardo y que desarrolla su vida en territorio de la comunidad.

[54] Sobre este asunto puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-949 de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

[55] Sentencia T-888 de 2010, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

[56] Folios 11, 15 y 87 del cuaderno No. 1.

[57] Sentencia T-617 de 2010, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[58] Al respecto puede consultarse la Sentencia T-703 de 2008, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

[59] Folio 73 del cuaderno No. 1.

[60] Folio 77 del cuaderno No. 1.

[61] Folio 85 del cuaderno No. 1.

[62] Sobre este particular, puede consultarse la Sentencia T-002 de 2012, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao.

[63] Sentencia T-552 de 2003, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[64] Sentencia T-617 de 2010, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[65] Ibidem.

[66] Ibidem.

[67] Folio 6 del cuaderno No. 1.

[69] Folio 11 del cuaderno No. 1.

[70] Así, el debate sobre la competencia para conocer de la denuncia formulada en contra del señor AJPA fue planteado por su abogado defensor de oficio y no por algún miembro de la comunidad.

[71] Hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado.

[72] T- 001-2012 y T- 617 de 2010