

Sentencia T-196/15

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Respeto

Son múltiples las disposiciones constitucionales que sirven de base normativa para el respeto por la diversidad étnica y cultural como principio fundante de la democracia en Colombia. Esta Corporación ha reconocido a la diversidad étnica y cultural como el elemento fundante de la identidad nacional Colombiana, lo que a su vez da origen al deber del Estado de reconocer, promover y proteger los distintos legados culturales existentes en el país. Adicionalmente, se ha establecido también que esta protección que la Carta otorga a la diversidad étnica entraña un derecho a la identidad de estos pueblos, así como la posibilidad de, en cuanto colectividad, ser titulares de derechos fundamentales. El principio constitucional de respeto por la diversidad étnica y cultural parte de un entendimiento de la valía intrínseca de las tradiciones, costumbres, creencias religiosas, prácticas ancestrales, lenguajes, instituciones sociales y políticas de los múltiples pueblos que habitan en el territorio. Puede decirse, por lo tanto, que este principio es una exaltación de las distintas identidades del Estado pluralista, de tal forma que pretende un diálogo que propicie el entendimiento entre unos y otros.

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y FUERO INDIGENA-Relación de complementariedad pero no poseen el mismo alcance y significado

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

COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA PARA JUZGAR CASOS QUE INVOLUCREN LA INTEGRIDAD SEXUAL DE NIÑOS-Precedente constitucional

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

#### PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Significado y alcance

De acuerdo con el art. 29 de la Constitución, toda persona tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Esta prohibición de doble juicio recibe el nombre de non bis in ídem, y ha sido reconocido por este tribunal constitucional como un derecho fundamental autónomo. El mismo implica que es contrario a la Constitución iniciar un nuevo proceso sancionatorio en contra de una persona que ya fue juzgada por esos mismos hechos, por lo que se prohíbe una nueva investigación, juicio o condena en contra de la persona que ya fue sometida al poder punitivo del Estado. El principio de non bis in ídem, se encuentra ubicado en el centro de las garantías procesales comprendidas por el derecho al debido proceso.

#### PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y DEBIDO PROCESO DE MIEMBRO DE COMUNIDAD INDIGENA

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por desconocimiento del precedente constitucional en aquellos que se planteaban conflictos de jurisdicción entre la justicia ordinaria y la propia de las comunidades indígenas, en casos de actos sexuales con niños

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por violación directa de la Constitución, puesto que desconoció el art. 246 de la Carta al señalar que las autoridades de un Cabildo Indígena no tenían competencia para juzgar a indígena que cometió acto sexual con menor

DERECHO A LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL Y AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Orden a Centro Carcelario proceder a la entrega física inmediata de interno a autoridades de Cabildo Indígena

Referencia: Expediente T-4647595

Acción de tutela instaurada por César, actuando como representante legal del Cabildo Indígena Colombia, contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía 154 Seccional de Puerto Escondido.[1]

Magistrada Ponente:

María Victoria Calle Correa

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de abril de dos mil quince (2015).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, y los Magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca, el treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014), dentro de la acción de tutela promovida por César, representante legal del Cabildo Indígena Colombia, contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía 154 Seccional de Puerto Escondido-Valle del Cauca.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión mediante Auto del nueve (9) de diciembre de dos mil catorce (2014), proferido por la Sala de Selección Número Doce.

## I. ANTECEDENTES

César, obrando en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Colombia, interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía Seccional Puerto Escondido-Valle del Cauca, para salvaguardar los derechos fundamentales de la comunidad que representa a la autonomía, a la jurisdicción especial indígena y al respeto por la diversidad étnica y cultural, debido a que las autoridades accionadas iniciaron un proceso penal en contra de uno de sus comuneros por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, pese a que las autoridades del resguardo ya lo habían juzgado y condenado por estos mismos hechos, en ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia. Posteriormente, se hizo parte de la tutela al Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de aquella Corporación decidió el conflicto de competencias desatado entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali y las autoridades del mencionado Cabildo Indígena, en relación el juzgamiento de los hechos sobre los que gira el proceso.

### 1. Hechos

1. El actor señala que es el representante legal del Cabildo Indígena Colombia.[2]

3. Sostiene que el señor Juan fue declarado culpable por mantener una relación sentimental con una menor de dieciocho (18) años, lo que llevó a que fuese condenado a seis (6) años de trabajo comunitario, quince (15) fuetazos ante la asamblea pública, la posibilidad de permanecer en la comunidad hasta que su compañera lo defina, la obligación de participar de las actividades de capacitación que programe el cabildo o la organización indígena, la prohibición de acercarse a la niña, y el deber de hacerse cargo de la manutención de esta y del hijo que aquella esperaba, quienes quedaron bajo el cuidado del cabildo.[4]

4. Aduce que tanto la niña, como su madre y el acusado son miembros de la comunidad indígena.[5]

5. Relata que la relación sostenida durante varios meses por la niña y el señor Juan fue consentida.[6]

6. Manifiesta que el dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012), la guardia indígena acudió a una reunión con un funcionario de la Fiscalía con la finalidad de otorgar unas declaraciones. Sin embargo, una vez allí, el funcionario manifestó tener una orden de captura en contra del señor Juan. Advierte además que el servidor de la Fiscalía les pidió que lo acompañaran a Puerto Escondido bajo la promesa de luego dejarlos ir con el detenido, pero que una vez en el sitio procedió a legalizar la captura de Juan, para luego trasladarlo a Yumbo y, posteriormente, a la cárcel de Villa Hermosa en Cali.[7]

7. Sostiene que, posteriormente, la señora Jennifer fue citada a declarar ante la Fiscalía General de la Nación donde, luego de pedirle que interpusiera denuncia penal, le leyeron un documento que aquella no entendió y la coaccionaron para que lo firmara, pues de no hacerlo amenazaron con enviarla a ella a la cárcel y a los niños al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF-. [8]

8. Finalmente, se informa que el señor Juan ha sido víctima de maltratos en la cárcel de Villa Hermosa.[9]

9. En consecuencia, el actor solicita al juez constitucional que ordene la entrega inmediata del comunero Juan a las autoridades indígenas para que cumpla la pena impuesta por la comunidad.[10]

Dentro del expediente, se cuenta con las siguientes pruebas:

1. Derecho de petición del seis (6) de febrero de dos mil catorce (2014), por medio del cual la señora Jennifer instauró denuncia penal en contra del señor Hernán, funcionario de la Fiscalía General de la Nación.[11]

2. Respuesta al derecho de petición enviado por el Personero Municipal de Pueblo Azul a la señora Jennifer.[12]

3. Entrevista realizada a la niña Mariana, donde la misma relata los hechos que dieron lugar al juzgamiento del señor Juan.[13]

4. Acta de posesión del Cabildo Indígena Colombia ante la Alcaldía Municipal de Pueblo Azul, donde se constata que el gobernador principal del cabildo es el señor César.[14]

5. Fotocopia de la cédula del señor César.[15]

2. Solución del conflicto de jurisdicciones entre el Cabildo Indígena Colombia y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali

Luego que se suscitara un conflicto positivo de jurisdicciones entre el Cabildo Indígena Colombia y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, el dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013),[16] el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria lo decidió en favor de este último.[17]

En un primer momento, la decisión del Consejo Superior se refirió al principio del interés superior del menor y a los derechos de los niños en nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual hizo un recorrido por parte de la normatividad convencional y constitucional referidas al tema, así como por ciertas decisiones judiciales, incluyendo la sentencia T-002 de 2012.[18] En consecuencia, la providencia registró una lista importante de elementos a tener en cuenta en la resolución de este caso, a saber: (i) se encuentran comprometidos los derechos de una persona menor de edad; (ii) como consecuencia de los hechos, la niña quedó en estado de embarazo; (iii) el presunto responsable sería el compañero permanente de la madre de la niña; (iv) la niña indica que esta tenía un noviazgo con el procesado y que ellos escondían esta situación de la madre de aquella; (v) el señor Juan es el padre del gobernador del cabildo indígena que reclama tener jurisdicción sobre el caso; (vi) de la decisión tomada por las autoridades indígenas no es posible establecer los hechos sobre los cuales recayó el juzgamiento en esta sede. Con base en estas circunstancias, la Sala estimó necesario excepcionar la autonomía de la comunidad indígena para proteger los derechos de la niña.

Adicionalmente, la decisión del Consejo Superior también se fundamentó en que este sería un caso de violencia de género, por estarse frente a una situación de un acceso carnal contra una mujer. Así las cosas, la Alta Corte determinó que toda vez que los operadores jurídicos están llamados a emitir fallos con perspectiva de género, el caso debería ser conocido por la justicia ordinaria.

Por último, la decisión expresó que “(e)n suma nos encontramos ante unas conductas cuya relevancia trasciende la esfera de la Comunidad Indígena, se afectaron derechos fundamentales de primacía frente a los demás, no es posible establecer a qué puntuales comportamientos se refiere el pronunciamiento indígena del 14 de julio de 2012, menos aún si en cuenta se tiene que fue después de casi un año cuando se allegó el documento al expediente impulsado por la Jurisdicción Ordinaria, adicionalmente, la protección de la víctima no está garantizada por cuanto, el Gobernador del Cabildo Indígena es hijo de su presunto agresor, éste a su vez convive con ella y su señora Madre en la misma vivienda y, según la narración de la menor el victimario es su novio.”[19]

Así las cosas, resulta claro que el fundamento para la decisión del Consejo Superior tuvo tres ejes: (i) la necesidad de garantizar los derechos de los niños, debido a que el supuesto agresor sería el compañero permanente de la madre de la niña y padre del Gobernador del Cabildo Colombia, lo que representa un riesgo de impunidad y que los hechos se presenten nuevamente; (ii) no es posible establecer las conductas por las cuales se juzgó a Juan en su comunidad; (iii) este es un caso de violencia de género.

### 3. Respuesta de la entidad demandada

El diez (10) de junio de dos mil catorce (2014), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali-Sala Penal, admitió la acción de tutela de la referencia y, a continuación, dispuso notificar de la acción constitucional al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y a la Fiscalía Seccional de Puerto Escondido, para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones planteada por el accionante.[20]

Sin embargo, luego de conocer que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura habría resuelto el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria, mediante auto del diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014),[21] se dispuso remitir el proceso a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que aquella era competente para resolverlo. Con todo, esta última Corporación mediante decisión del veintiséis de junio de dos mil catorce (2014) remitió el proceso al Consejo Superior de la Judicatura, por estimar a esta instancia competente para desatar el proceso.[22] Por su parte, el Consejo Superior adujo que en concordancia con la sentencia C-619 de 2012 de la Corte Constitucional,[23] era necesario remitir el expediente

a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca, ello con el fin de garantizar el derecho de las partes a la doble instancia.[24]

De esta manera, el veintiuno (21) de julio de dos mil catorce (2014), el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca-Sala Jurisdiccional Disciplinaria avocó conocimiento del proceso y ordenó correr traslado del escrito de tutela a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía 54 Seccional de Puerto Escondido-Valle.[25] De igual forma, se ofició al Centro de Servicios Judiciales ante los Juzgados Penales y al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali para que se sirvieran poner a disposición del despacho el proceso penal iniciado en contra del señor Juan, con el fin de practicarle una inspección judicial.

#### 4. Respuesta del Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales de Cali

El veintidós (22) de julio de dos mil catorce (2014), el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales de Cali remitió copia de la carpeta con número SPOA 76377-6000-178-2012-00072, relativa al proceso seguido en contra del señor Juan por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años, agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

1. Inspección judicial realizada a la carpeta contentiva del proceso penal seguido en contra del señor Juan.[26]
2. Acción de competencia positiva de radicado 763776000178-2012-72, iniciada por César, en calidad de gobernador suplente del Cabildo Indígena Colombia, en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali.[27]
3. Acta de posesión del Cabildo Indígena Colombia.[28]
4. Acta de Juzgamiento 0001 del catorce (14) de julio de dos mil doce (2012) del Cabildo Indígena Colombia, dentro del proceso seguido en contra del señor Juan por el delito de acceso carnal contra la menor de catorce (14) años Mariana.[29]
5. Fotocopia de la cédula del señor Juan.[30]
6. Certificado de pertenencia del señor Juan al Cabildo Indígena Colombia.[31]

7. Remisión del proceso al Consejo Superior de la Judicatura por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali el doce (12) de agosto de dos mil trece (2013).[32]

5. Respuesta del Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali

El veintidós (22) de julio de dos mil catorce (2014),[33] la Jueza Tercera Penal del Circuito de Cali respondió a la acción de tutela interpuesta por el señor César, oponiéndose a lo pretendido por este. En primer lugar, la comunicación indicó que en el mes de marzo de dos mil catorce (2014) se había tramitado una acción de tutela fundada en hechos similares a los que en esta ocasión se ventilan, interpuesta por el señor Juan. En vista de lo anterior, la parte accionada reprodujo en su respuesta algunos apartes del escrito remitido para dicho proceso.

La Jueza informó que en su despacho se encontraba en trámite un proceso penal en contra del señor Juan por la comisión de un concurso homogéneo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravados, situación por la cual el procesado se encuentra privado de la libertad. Indica, además, que el procedimiento se encuentra detenido, toda vez que el Gobernador del Cabildo Indígena Colombia -hijo del procesado- adujo que Juan ya había sido juzgado y condenado por la comunidad. En razón de ello, señaló que el proceso se envió a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, la cual, a su vez, asignó la competencia del proceso al despacho de la jurisdicción ordinaria, por medio de providencia fechada el dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013).

Por último, la parte tutelada indicó que también existe en este caso un problema de falta de legitimación por activa, toda vez que aun si se considerase que la competencia del proceso ha de corresponder a la jurisdicción especial, quien resultaría afectado por estarse tramitando un proceso ante la jurisdicción ordinaria es el procesado, y no la comunidad indígena, como dice ordenarlo el actor.

6. Respuesta de la Fiscalía 154 Seccional de Puerto Escondido

Por medio de memorial fechado el veintitrés (23) de julio de dos mil catorce (2014),[34]

David, Fiscal 154 Seccional de Puerto Escondido-Valle del Cauca, respondió a la acción de tutela interpuesta por César. En un inicio, afirmó que por estos mismos hechos se han presentado descargos en dos acciones de tutela interpuestas por el señor César y otras dos del señor Juan.

En torno a los alegatos de la parte pretensionante, la Fiscalía señala que de acuerdo a lo afirmado por la Fiscal titular del despacho, la misma no conoce a la señora Jennifer, por lo que no puede afirmar que haya rendido declaración ante su despacho mientras aquella fue titular, pues fue trasladada el primero (1º) de mayo de dos mil trece (2013), cuando ya se había adelantado el procedimiento contra Juan. En consecuencia, se solicita en el escrito desestimar lo pedido por el tutelante, pues se pretendería que no se aplique la sanción que correspondería a quien viole la ley penal. Además aduce que los hechos objeto de investigación ocurrieron cuando tanto el accionante como la víctima residían fuera del resguardo indígena, por lo que este corresponde a la justicia ordinaria.

#### 7. Respuesta del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria

El veinticuatro (24) de julio de dos mil catorce (2014),[35] el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria respondió a la acción de tutela interpuesta por el señor César y solicitó que la misma fuera declarada improcedente o, en subsidio, fuese denegada. La parte resistente adujo que al momento de la presentación de la tutela habían pasado más de diez (10) meses desde el momento en que se profirió la providencia en la que se resolvió el conflicto positivo de jurisdicciones en favor de la justicia ordinaria. De igual manera, estimó que no se cumplen los requisitos para que esta decisión judicial pueda ser impugnada en sede de tutela, ello toda vez que no incurrió en ninguna causal de vía de hecho judicial para que pueda entrarse a su revisión en sede constitucional.

Adicionalmente, se declaró que la decisión tomada por el Consejo Superior de la Judicatura tenía como base la procura de impedir que hechos de abuso como el acontecido sigan ocurriendo, en vista de que el supuesto agresor es el padrastro de la víctima y, a su vez, padre del gobernador del cabildo, además que la niña resultó en embarazo como consecuencia de lo ocurrido. Así las cosas, por estar referido a este caso a actos contra una menor de edad y ser esta una situación de violencia de género, el caso debe tramitarse ante la justicia ordinaria, de acuerdo al Consejo Superior de la Judicatura.

## 8. Otros documentos que obran en el expediente:

De manera adicional a lo ya señalado, se encuentran incorporados en el expediente un conjunto de pruebas referentes al proceso penal surtido en contra del comunero Juan. Debido a la cantidad de folios, solo se enumerarán aquellos que revistan importancia:

1. Oficio remitido por la enfermera profesional del Hospital de Montañita al Fiscal Local del municipio, donde se informa del supuesto abuso sexual en menor de edad en contra de la niña Mariana, de trece (13) años de edad, por parte del señor Juan, fechado el once (11) de abril de dos mil doce (2012).[36]
2. Formato único de noticia criminal de la Fiscalía General de la Nación relativa a los hechos, fechado del once (11) de abril de dos mil doce (2012).
3. Oficio por el cual se ordena a la policía judicial entrevistar a la señora Sandra, promotora de salud del hospital de Montañita, y a la madre de la niña Mariana, con fecha de doce (12) de abril de dos mil doce (2012).[37]
4. Solicitud de valoración médico legal para la niña Mariana, del dieciséis (16) de abril de dos mil doce (2012).[38]
5. Oficio por el cual se ordena a la policía judicial que se realice una entrevista a la niña Mariana por parte de un psicólogo, en compañía de la Defensora de Familia y en presencia de su representante legal, fechado el dieciséis de abril de dos mil doce (2012).[39]
6. Entrevista realizada a la señora Mabel, hermana de la víctima, del veintitrés (23) de abril de dos mil doce (2012).[40]
7. Entrevista a Aura, enfermera profesional del hospital de Montañita, con fecha de dieciséis (16) de abril de dos mil doce (2012).[41]
8. Entrevista a Sandra, promotora de salud del hospital de Montañita, del dieciséis (16) de abril de dos mil doce (2012).[42]
9. Orden de cambio de asignación por competencia fechada el doce (12) de julio de dos mil doce (2012).

10. Ecografía practicada a la niña Mariana.[43]
11. Oficio remitido por el auxiliar administrativo con funciones de inspector de policía y tránsito a la señora Aleyda, madre comunitaria, donde se le pide ubicar temporalmente a la niña Mariana debido a que respecto de la misma se dictó una medida provisional de restablecimiento de derechos.[44]
12. Acta de compromiso suscrita por la mencionada madre comunitaria.[45]
13. Orden de captura en contra del señor Juan, del veintisiete (27) de julio de dos mil doce (2012).[46]
14. Solicitud de remisión del proceso penal iniciado en contra del señor Juan, presentada por César, actuando como gobernador suplente del Cabildo Indígena Colombia, ante la Fiscalía General de la Nación, municipio de Puerto Escondido.[47]
15. Transcripción de audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento del señor Juan, surtidas el dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012) ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Escondido, y que concluyeron con la declaratoria de la legalidad de la captura, legalidad de la formulación de imputación -sin que se aceptaran los cargos- y el decreto de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.[48]
16. Solicitud de custodia y boleta de encarcelación del imputado.[49]
17. Registro civil de nacimiento del niño Sebastián, hijo de Mariana.[50]
18. Acta de la audiencia preliminar N° 444, surtida el diez (10) de diciembre de dos mil doce (2012) ante el juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, que negó la solicitud de libertad provisional de Juan.[51]
19. Escrito de acusación contra el señor Juan.[52]
20. Entrevista a la niña Mariana, llevada a cabo el treinta (30) de abril de dos mil doce (2012).[53]

9. Decisiones que se revisan

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca, el treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014) dispuso declarar improcedente la acción de tutela impetrada.[54] De acuerdo con el juez de instancia, la acción de tutela pretendía la nulidad de la actuación judicial por medio de la cual el Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto de jurisdicciones desatado entre la justicia ordinaria y la indígena, por lo que aquella debía cumplir con alguna de las condiciones de procedibilidad de tutela contra providencia judicial, sin que se haya satisfecho dicho estándar en el caso concreto. Adicionalmente, la decisión estimó que lo proveído por el Consejo Superior estaba fuera de control constitucional en sede de tutela, pues esta situación significaría una interferencia arbitraria de las competencias de esa Alta Corte.

## 9.2. Trámite ante la Corte Constitucional

Por medio de auto de nueve (9) de diciembre de dos mil catorce (2014), la Sala de Selección Número Doce eligió el expediente para revisión.[55] De igual forma, el seis (6) de febrero de dos mil quince (2015), la suscrita Magistrada dispuso la práctica de pruebas, por lo que se ofició: (i) al gobernador del Cabildo Indígena Colombia para que informara si el señor Juan ha cumplido alguna parte de la pena que le fue impuesta por las autoridades de la comunidad, la forma en que usualmente se juzgan los casos relacionados con actos sexuales con menores de catorce (14) años, el procedimiento por medio del cual se juzgó al señor Juan y quién tomó la decisión de declararlo culpable por los hechos referidos; (ii) a la Defensoría del Pueblo-Regional Valle del Cauca para que realizara una inspección a la Cárcel de Villahermosa e informara sobre las condiciones de reclusión del comunero, si el mismo ha sido víctima de abusos o malos tratos al interior del centro de detención, su estado de salud y si el mismo fue recluido con enfoque diferencial; (iii) a la directora del EPMSC Cali-Centro Carcelario Villahermosa para que informara sobre las mismas situaciones sobre las cuales recayó la inspección de la Defensoría del Pueblo; (iv) a la Comisaría de Familia de Puerto Escondido para que informase del estado de salud de la niña Mariana y de su hijo, el lugar donde aquellos residen y la persona encargada de su cuidado; (v) a la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal para que remitiera el expediente del proceso con radicado 76001-22-04-000-2014-00171-00. A su vez, se dispuso vincular al proceso al señor Juan, la señora Jennifer y la niña Mariana, para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela.[56]

### 9.2.1. Respuesta del gobernador del Cabildo Indígena Colombia

Por medio de memorial allegado el veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014), el señor César respondió al oficio remitido por esta Corporación.[57] En relación con el cumplimiento de la pena impuesta por las autoridades al señor Juan, el gobernador señaló que se habría hecho efectiva por lo menos la parte relativa a los quince (15) fuetazos con látigo armonizado y un (1) mes y dos (2) días de trabajo comunitario, cumplidos entre el día del juicio y el dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012), que fue cuando el señor Juan fue capturado por las autoridades de la justicia ordinaria.

En torno al juzgamiento de delitos por parte de las autoridades de la comunidad indígena, manifestó que su justicia involucra un elemento material y un elemento espiritual, estando el primero a cargo de las autoridades políticas del cabildo y el segundo en manos de las autoridades espirituales, que se enfocan en el manejo de la relación con la naturaleza a través de ritos y prácticas culturales, cuyo objetivo es el equilibrio y armonización del universo. Luego de evaluada esta situación, se procede a un juicio público que consiste en una asamblea comunitaria donde se expone el resultado de las investigaciones realizadas por ambos tribunales. En dicha asamblea también está presente la persona sometida a juicio, quien luego de ser valorado con base en criterios como la reincidencia y el grado de arrepentimiento verdadero es sometida al veredicto.

A paso seguido, expuso el procedimiento por medio del cual se juzgó al señor Juan. Indicó que el veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012), la señora Jennifer interpuso una denuncia contra aquel, toda vez que descubrió que su hija estaba en estado de embarazo fruto de relaciones sexuales con el señor Juan. Con base en ello, las autoridades tradicionales del cabildo iniciaron una investigación en relación con la familia, que estaba compuesta por siete miembros desplazados por la violencia, que habían salido del resguardo en búsqueda de trabajo por temporadas y luego regresaban, por lo que se encontraban viviendo por fuera del resguardo cuando se tuvo conocimiento de los hechos. A su vez, expresó que luego de cuatro (4) meses de investigación, donde se tomaron declaraciones, se llegó a juicio ante la asamblea comunitaria, en el cual fue condenado el señor Juan y se le impuso sanción. Expresan que la condena del resguardo deberá cumplirla una vez salga de la cárcel. De otro lado, señalan que el conjunto de autoridades tradicionales y ancestrales presentó su culpabilidad ante la asamblea, que decidió aprobar

dicha decisión de forma democrática y, en este caso, unánime.

#### 9.2.2. Respuesta de la Defensoría del Pueblo-Regional Valle del Cauca

El diecisiete (17) de febrero de dos mil quince,[58] Carlos Hernán Rodríguez, Defensor del Pueblo-Regional Valle del Cauca, remitió oficio por medio del cual dio cuenta de la inspección realizada al señor Juan. En relación con las condiciones de reclusión, el informe señala que luego de su ingreso al centro de detención, el comunero adujo haber sido víctima de maltratos, pues lo habrían golpeado. Indica además que en su celda, que es compartida con otro interno, tiene colchón y sábanas, que el sitio donde habita se encuentra en un pasillo, el cual posee duchas, baterías sanitarias, lavamanos y orinales. Sin embargo, manifiesta que desde el diez (10) de febrero se encuentra castigado por las autoridades étnicas del pasillo por haber consumido licor los días veinticuatro (24) y treinta y uno (31) de diciembre. La sanción impuesta habría consistido en permanecer por un periodo de dos (2) meses en el pasillo treinta y uno (31) del patio cuatro, donde se encuentra con internos diferentes a los de su identidad étnica, sin celda, sin colchoneta, durmiendo en el piso del corredor, en hacinamiento y durante el día se encuentra en el patio, con acceso a agua deficiente.

En cuanto al estado de salud del señor Juan, el reporte indica que el comunero tiene dificultad para respirar en las noches desde hace varios días, situación respecto a la que se habría informado a la guardia. También manifiesta que le duele el pecho de manera permanente, situación que debe ser tratada por su médico tradicional y no por los médicos del centro de detención.

En cuanto al enfoque diferencial de la reclusión, se expresa que pese a tener el cabello largo al momento de ingresar al centro de reclusión, no le fue cortado debido a su adscripción étnica. Se manifiesta que se encuentra asignado al pasillo 4D, que es el designado para población indígena. A su vez, pese a que considera no haber sido víctima de discriminación, el recluso aduce que cuando habla su lengua, sus compañeros de reclusión se burlan. También señala que a sus familiares no les es permitido ingresar a la cárcel las yerbas con que trata su dolor de pecho y que cuando logran hacerlo no puede realizar los rituales necesarios para su tratamiento.

Así mismo, se menciona que de acuerdo con el comunero, ya había sido juzgado por las

autoridades de su pueblo y que de la pena impuesta había cumplido con los quince (15) fuetazos y un (1) mes de trabajo forzado.

### 9.2.3. Respuesta de la Comisaría de Familia de Puerto Escondido

Por medio de memorial allegado el dieciocho (18) de febrero de dos mil quince (2015),[59] la Comisaría de Familia de Puerto Escondido dio respuesta al oficio. Respecto al mismo indicó que tanto la niña Mariana como su hijo Sebastián se encuentran bajo el cuidado de su hermana, la señora Mabel, quien reside al interior del Cabildo Indígena Colombia, al paso que anexó copia de la queja interpuesta por el tío de la niña, quien fue el denunciante de los hechos de acoso, y la resolución N° 085-08-2012, por la cual se decretó medida de protección de derecho en favor de la niña Mariana, mediante su ubicación en su familia extensa.

El trece (13) de febrero de dos mil quince (2015), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respondió al oficio y adjuntó, en calidad de préstamo el expediente de radicado T-76001-22-04-000-2014-00171-00, correspondiente a la acción de tutela interpuesta por Juan contra la Fiscalía 54 de Puerto Escondido y el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali.

Del expediente se deriva que la tutela fue interpuesta por el comunero en contra de la Fiscalía 54 de Puerto Escondido y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, con base en hechos similares a los que dieron lugar a la acción de tutela que en este momento se revisa por parte de esta Corporación, para proteger su derecho al debido proceso y a no ser juzgado dos (2) veces por el mismo delito. También consta en el expediente que al mismo se vinculó al Cabildo Indígena Colombia, al Consejo Superior de la Judicatura y a las víctimas del proceso de origen, por medio de auto nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014), proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

### 9.2.5. Respuesta de EPMSC Cali

EL EPMSC Cali-Centro Carcelario Villahermosa no respondió al oficio enviado por la Corte.

### 9.2.6. Respuesta de las personas vinculadas

La señora Jennifer no respondió al oficio enviado a nombre propio ni a nombre de su hija. El señor Juan tampoco remitió respuesta.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

La Sala es competente para revisar el fallo de tutela referido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Planteamiento del caso y problemas jurídicos

2.1. De conformidad con los antecedentes expuestos, le corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si el Consejo Superior de la Judicatura violó los derechos fundamentales a la jurisdicción especial, a la autonomía y la diversidad étnica y cultural del Cabildo Indígena Colombia, toda vez que al resolver el conflicto de jurisdicciones suscitado en relación con el juzgamiento del señor Juan aquella Corporación decidió que el conocimiento del proceso fuese asumido por la justicia ordinaria con el fin de garantizar los derechos de la niña afectada por la conducta antijurídica.

2.2., En segundo lugar, deberá analizarse si se violó el derecho fundamental del señor Juan a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (Non bis in ídem), al iniciarse en su contra un proceso penal ante la jurisdicción ordinaria por la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, pese a que ya existía una sanción penal en su contra por los mismos hechos, proferida por el Cabildo Indígena Colombia.

2.3. Para dar solución a estos interrogantes, en primer lugar, se harán algunas consideraciones sobre la jurisdicción especial indígena y el principio de respeto por la diversidad étnica y cultural. Luego, se estudiará el precedente constitucional sobre jurisdicción especial indígena y juzgamiento de casos penales por delitos contra la integridad sexual de niños. A paso seguido, se abordará el principio de non bis in ídem. Más tarde, se explorará este último principio en relación con la jurisdicción especial indígena. Finalmente, se analizará el caso concreto.

### 3. Jurisdicción especial indígena y respeto por la diversidad étnica y cultural

Son múltiples las disposiciones constitucionales que sirven de base normativa para el respeto por la diversidad étnica y cultural como principio fundante de la democracia en Colombia. Para empezar, el art. 1 de la Carta establece que la forma de la república será unitaria, al paso que declara a la misma participativa y pluralista.[60] De igual manera, el art. 2 indica que constituye un fin esencial del Estado permitir la vigencia de un orden justo.[61] Por su parte, el art. 7 declara que la diversidad étnica y cultural de la Nación son reconocidos y protegidos,[62] situación luego reforzada por el art. 8 que establece un deber a cargo del Estado de proteger las riquezas culturales existentes al interior de las fronteras. De igual forma, el art. 10 manifiesta que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios, por lo que la enseñanza en estas zonas será bilingüe. Asimismo, el art. 13 garantiza la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación motivada por la raza, la lengua y la religión, así como por cualquier otro criterio.[63] En consonancia, el art. 96 reconoce como nacionales colombianos a los miembros de los pueblos indígenas que habitan en territorios de frontera.[64] Además, el art. 171 crea una circunscripción especial para los pueblos indígenas en el Senado de la República,[65] y el art. 246 faculta a las autoridades indígenas para el ejercicio de facultades jurisdiccionales al interior de sus territorios.[66] Igualmente, el art. 286 reconoce como entidades territoriales a los territorios indígenas.[67]

En el caso de Colombia, para entender la importancia de este principio es preciso remitirse a los procesos históricos de poblamiento, colonización y organización del territorio que dieron lugar al surgimiento del Estado. La existencia de múltiples grupos humanos con distintas formas de vida, tradiciones, sistemas morales y prácticas cotidianas, es el resultado de complicados procesos sociales de resistencia ante la dominación que, a su vez, hacen imperioso que aquellos elementos propios de los grupos étnicos no solo se reconozcan sino que se entiendan como merecedores de protección.[68]

De acuerdo con la Constitución, es un fin imperioso el garantizar la persistencia en el tiempo de las distintas identidades culturales que conforman la nación, ello en la medida que a lo largo de nuestra historia la negación de dichas formas de vida ha generado enormes pérdidas para la sociedad y el Estado. Procesos de colonización basados en entendimientos de las culturas autóctonas de América como atrasadas, salvajes, e

incivilizadas dieron lugar a la extinción física de muchos pueblos en la América colonial. Los procesos de aculturación forzosa a la que fueron sometidos los grupos indígenas y de procedencia africana, que en buena medida se mantienen vigentes, han llevado a que sus identidades se desvanezcan en el tiempo, en detrimento de la existencia física y moral de las mencionadas comunidades, lo que significa una gran pérdida para la nación entera. Por lo tanto, el respeto por la diversidad étnica y cultural se encuentra íntimamente ligado a otros contenidos constitucionales, como es el caso del derecho a la identidad cultural.[69]

Esta Corporación ha reconocido a la diversidad étnica y cultural como el elemento fundante de la identidad nacional Colombiana, lo que a su vez da origen al deber del Estado de reconocer, promover y proteger los distintos legados culturales existentes en el país. Adicionalmente, se ha establecido también que esta protección que la Carta otorga a la diversidad étnica entraña un derecho a la identidad de estos pueblos, así como la posibilidad de, en cuanto colectividad, ser titulares de derechos fundamentales.[70] Sobre este punto "(...) la jurisprudencia ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Ciertamente, cada comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos."[71]

De lo anterior se concluye que el principio constitucional de respeto por la diversidad étnica y cultural parte de un entendimiento de la valía intrínseca de las tradiciones, costumbres, creencias religiosas, prácticas ancestrales, lenguajes, instituciones sociales y políticas de los múltiples pueblos que habitan en el territorio. Puede decirse, por lo tanto, que este principio es una exaltación de las distintas identidades del Estado pluralista, de tal forma que pretende un diálogo que propicie el entendimiento entre unos y otros.

En consecuencia, no debe pensarse que el respeto por la diversidad étnica y cultural, tal como lo entiende la Constitución, propende por la separación de espacios y tradiciones de los grupos humanos, al mejor estilo de la existencia de sociedades paralelas que no se tocan ni interactúan (sociedad de guetos). Todo lo contrario, el propósito último de la protección de la diversidad étnica y cultural se encuentra en la expectativa de que los distintos grupos humanos encuentren espacios en común y se retroalimenten unos con

otros, de tal forma que puedan avanzar de forma conjunta aprovechando el conocimiento acumulado. Así las cosas, la promesa del multiculturalismo se encuentra dirigida hacia el diálogo intercultural y el aprendizaje mutuo.[72]

Es posible entender que existen ciertas razones por las que es de gran importancia reconocer la diversidad cultural como merecedora de protección. Dentro de estas se encuentran: (i) en nuestro país habitan un número importante de pueblos con culturas e identidades propias; (ii) el conjunto de estos legados culturales dan forma a la identidad nacional colombiana; (iii) existe un deber de dar un igual trato a todas las identidades étnicas; (iv) las distintas culturas existentes en el territorio deben preservarse en el tiempo.[73]

Una de las principales muestras de la forma en que nuestro sistema constitucional busca concretar el respeto por la diversidad étnica y cultural está dado por el otorgamiento de la función de administración de justicia a las autoridades indígenas, de tal suerte que se ha establecido una jurisdicción especial para dirimir aquellos asuntos que involucran intereses de los grupos étnicos. En este sentido, el ya mencionado art. 246 Superior declara que "(l)as autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional."[74]

Si bien las anteriores reglas han hecho carrera en la jurisprudencia constitucional, las mismas no dejan de ser problemáticas.[75] En este sentido, la primera de estas ha debido de ser matizada en el sentido de aclarar que la pérdida de las tradiciones de una comunidad no significa que per se la misma carezca de capacidad para administrar justicia. Asimismo, también debe mencionarse que en relación con la segunda regla, se tiene que en muchos casos existen tensiones entre el reconocimiento de la diversidad étnica y la garantía y vigencia de derechos fundamentales. Esta tensión, enfocada en determinar si los derechos humanos tienen realmente un carácter universal o, por el contrario, obedecen a un discurso relativo desde una perspectiva cultural no puede pasarse por alto. De la misma forma, es problemático que en la tercera regla se sugiera que es posible establecer una jerarquía de valores constitucionales de forma absoluta, sin consideración a condicionamientos específicos de un caso concreto.

En torno al alcance de la facultad que el art. 246 de la Constitución otorga a las autoridades indígenas, se tiene que esta Corporación ha manifestado sus elementos esenciales, los cuales estarían dados por la posibilidad de: (i) tener autoridades judiciales propias; (ii) disponer normas y procedimientos judiciales propios, siempre con sujeción a la Constitución y a la ley. A su vez, el legislador retiene la facultad de determinar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial y ordinaria y a falta de desarrollo legislativo, la coordinación deberá llevarse a cabo con respeto de los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, también se ha establecido que la sujeción de la jurisdicción especial a la Constitución y la ley es un asunto que debe ser tratado con cautela, toda vez que sostener que dicha sujeción es completa e irrestricta a todas las normas legales significaría dejar vacío de contenido el derecho de los pueblos indígenas a ejercer jurisdicción al interior de sus territorios.[76] Una situación como aquella planteada no sería conforme al principio de maximización de autonomía de las comunidades. Ahora bien, ha dicho la Corte que en situaciones en las que los elementos que dan lugar al conflicto jurídico pertenecen al entorno cultural del grupo étnico, la intervención estatal tendiente a verificar el ajuste del ejercicio de jurisdicción debe corresponder a unos elementos mínimos, estando comprendidas situaciones particularmente excepcionales, dentro de las cuales están: (i) protección del derecho a la vida; (ii) prohibición de esclavitud; (iii) prohibición de tortura; (iv) garantía del debido proceso.[77] En relación con el derecho al debido proceso, la jurisprudencia ha derivado criterios adicionales para velar por los intereses de las víctimas y del procesado, dentro de las cuales se encuentran: (i) respeto por el principio de legalidad en materia penal, tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal; (ii) garantía de la presunción de inocencia; (iii) derecho de defensa; (iv) la prohibición de responsabilidad objetiva y principio de culpabilidad individual; (v) respeto por el non bis in ídem; (vi) no obligatoriedad de segunda instancia; (vii) proporcionalidad y razonabilidad de sanciones.[78]

La existencia de una jurisdicción especial indígena ha dado paso a que pueda hablarse de la existencia de un fuero indígena que, además del derecho de la comunidad a ejercer jurisdicción, también representa un derecho de la persona a ser juzgada conforme a sus usos y costumbres.[79] En cuanto a la activación de la jurisdicción especial ocurre con base en un conjunto de criterios decantados por la jurisprudencia constitucional. Así, se ha

hablado de la necesidad de tomar en consideración cuatro tipos de factores: (i) el personal;<sup>[80]</sup> (ii) el geográfico;<sup>[81]</sup> (iii) el objetivo;<sup>[82]</sup> y (iv) el institucional.<sup>[83]</sup>

Para entender con mayor profundidad cada uno de estos factores, así como la forma en que la Corte los ha utilizado en casos relacionados con actos sexuales que involucran niños, es preciso retomar algunos pronunciamientos de la Corporación en este sentido, por constituir el precedente constitucional aplicable al caso concreto.

#### 4. Precedente constitucional sobre la competencia de la jurisdicción especial indígena para juzgar casos que involucren la integridad sexual de niños

Para empezar, en la sentencia T-617 de 2010<sup>[84]</sup> la Corte conoció una acción de tutela interpuesta por el gobernador indígena de una comunidad en contra del Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que consideró que aquel organismo vulneró los derechos fundamentales de la comunidad a la autonomía y a la diversidad cultural, así como el derecho al debido proceso y a la diversidad étnica de uno de sus comuneros. De acuerdo con el relato de la tutela, uno de sus miembros fue acusado de incurrir en actos de acceso carnal violento en contra de una niña, que también pertenecía al grupo. El caso empezó a ser investigado por la fiscalía del lugar, ante lo cual el cabildo solicitó que se trasladara el caso, toda vez que este debía ser juzgado por la jurisdicción especial, situación que generó un conflicto positivo de competencias entre el cabildo y un juzgado penal de la zona que, a su vez, fue resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura en favor de la jurisdicción ordinaria, toda vez que consideró que de lo contrario podrían afectarse los derechos de la niña afectada y que el supuesto responsable conocía y diferenciaba su cultura de la mayoritaria. La Corte tuteló los derechos fundamentales alegados, revocó la decisión del Consejo Superior de la Judicatura y ordenó la remisión del caso al cabildo mencionado. Adicionalmente, ordenó dejar sin efectos las actuaciones de la Fiscalía y las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por la jurisdicción ordinaria en torno al caso.

En un primer momento, la Corte se refirió al principio del interés superior de niños pertenecientes a comunidades indígenas, advirtiendo que la labor del juez constitucional no debe restringirse a evaluar bajo la perspectiva de la cultura mayoritaria la situación del niño, sino que debe tener en cuenta que aquel es un “(...) guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991, pues

constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia.”[85]

Igualmente, la providencia se encargó de establecer el alcance de los aspectos que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena, así como los elementos estructurales del fuero indígena. En este sentido, la Corte estableció que si bien, en principio, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura resolver los conflictos de competencia que se susciten entre la justicia ordinaria y la jurisdicción especial, toda vez que no existe una ley de coordinación entre las jurisdicciones, corresponde a la Corte definir el alcance del art. 246 Superior, debido al carácter fundamental que asiste al principio de autonomía de los pueblos indígenas.

De manera específica, la decisión introdujo consideraciones importantes respecto al factor objetivo, referido este a la naturaleza del conflicto jurídico y desarrollado con base en la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura. Empero, al referirse al mismo la Corporación estimó que su definición resultaba vaga, por no determinar qué tipo de objetos o sujetos involucrados en el litigio han de ser considerados determinantes para definir el alcance de la jurisdicción especial. Así las cosas, la providencia trató de precisar el criterio objetivo e indicó que el mismo puede “(...) definirse de manera más precisa el elemento objetivo como la condición de indígena del sujeto afectado, o del titular del bien jurídico ofendido; o, la naturaleza cultural del bien jurídico afectado.”[86]

La Sala advirtió que el denominado criterio objetivo ha dado lugar a más dudas que certezas,[87] luego de examinar a alguna de las maneras en que ha sido entendido, y concluyó “(...) 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...”[88]

Señaló además que, en situaciones en que el bien jurídico afectado concierna tanto a la comunidad indígena como a la cultura mayoritaria, el criterio objetivo no resulta decisivo para definir la competencia, debiéndose en este último tipo de eventos consultarse las particularidades del caso y los demás elementos que definen la competencia de la justicia

indígena.

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

En cuanto al primero asunto, la Corte estimó que no podía el Consejo Superior pretermitir el análisis del elemento institucional, debido a la importancia que el mismo tiene a efectos de definir la protección de los derechos de las víctimas y del acusado. En torno al segundo asunto, la Corporación estableció que el Consejo Superior acogió una lectura del elemento objetivo como un umbral de nocividad a partir del cual la jurisdicción especial carece de competencia para tramitar un asunto. Esta postura, de acuerdo con la decisión, no resulta conforme a los postulados constitucionales toda vez que se basa en un universalismo cultural que dista del relativismo ético moderado que se encuentra incorporado en la Carta. Por último, en relación con el tercer punto, la providencia señaló que este partía de una comprensión de acuerdo con la cual existía una tensión entre los arts. 44 y 246 de la Constitución en el caso concreto. Empero, la sentencia concluyó que la decisión del Consejo Superior no ponía (en términos fácticos) de presente la razón de la aparente tensión, que al parecer devendría del "(...) supuesto de que en la jurisdicción indígena no se respetan los derechos de niños y niñas, lo que constituye un prejuicio y una actitud discriminatoria frente a los pueblos originarios." [90] Por lo dicho, en aquella ocasión se estimó que se había incurrido en sendos defectos fáctico y sustantivo.

A paso seguido, la Corte procedió a establecer la competencia jurisdiccional en el caso concreto. En un primer momento determinó que al haberse acreditado pertenencia a la comunidad del procesado, el elemento personal se encontraba satisfecho. En torno al elemento territorial, este también se consideró cumplido, toda vez que durante la definición de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura no se contravirtió la afirmación de la parte accionante, de acuerdo con la cual los hechos ocurrieron dentro del

territorio del resguardo. Asimismo, se estimó acreditado el factor objetivo, toda vez que la niña afectada por los hechos hacía parte de la comunidad indígena y que el hecho de ser este un caso de actos sexuales con una niña no generaba de por sí que la jurisdicción especial no tuviese competencia para conocer el asunto, toda vez que la integridad sexual de los niños es un bien jurídico compartido con el sistema jurídica mayoritario, además de que debía tomarse en cuenta el análisis del criterio institucional.

Ahora bien, la Sala estimó que en este caso se presentaba una tensión entre la garantía del interés superior de la niña y el fuero indígena, toda vez que la familia de la víctima había señalado que podrían existir razones de peso para mantener el caso en la jurisdicción ordinaria, relacionadas con la desconfianza en las instituciones de la comunidad. Empero, también estimó la providencia que al someter el conflicto a la técnica de la ponderación, se obtenía como resultado que la afectación potencial de los derechos de la niña carecía de certeza, por lo que en el caso concreto debía primar la garantía de la autonomía de la comunidad y del debido proceso del procesado. En conclusión, se estimó que la jurisdicción especial indígena sí tenía competencia para juzgar los hechos. Finalmente, la Corte estableció el alcance del amparo e indicó que en este caso resultaba necesario revocar la decisión del Consejo Superior de la Judicatura y disponer que el expediente fuese remitido al cabildo, por ser estas las competentes para conocer del proceso.

Esta regla de decisión fue reiterada en la sentencia T-002 de 2012.[91] En aquella ocasión, la Corte conoció dos casos en los que el Consejo Superior de la Judicatura había negado la competencia de la jurisdicción especial indígena para conocer de delitos sexuales cometidos contra niños. La sentencia reiteró que la protección del interés superior del niño indígena no puede hacerse de espaldas al valor de la diversidad, puesto que es necesario entender que el niño es gestor de una cultura propia.[92]

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha hecho énfasis en que “la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva “occidental”, la situación del menor indígena”.[93] Esto significa que, si bien las decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores son expresión de la lucha que libra el Estado desde la administración de justicia para salvaguardar la integridad, la salud y la supervivencia del menor, cuando se trata de menores indígenas esta lucha no puede librarse en términos que excluyan la diversidad. En otras palabras, el juez constitucional no puede perder de vista el

hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia.

En relación con el primero de los casos revisados, la Sala logró establecer que en el caso concreto, la comunidad indígena contaba con autoridades instituidas que podían aplicar el derecho propio de la zona y que no había razón para pensar que en este caso se encontrarán en riesgo la garantía del debido proceso del acusado ni los derechos de la niña víctima, por lo cual adujo que “(...) (a)l no existir esa prueba, no puede la Sala sino concluir que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura se basó en el supuesto de que la jurisdicción especial indígena es per se una jurisdicción protectora e indulgente, supuesto que, en opinión de esta Sala, constituye una interpretación errónea del artículo 246 Superior.”[94] De esta manera, la Corporación descartó que pueda hablarse de una colisión de los arts. 44 y 246 de la Constitución analizados en abstracto.[95] Concluyó, por tanto, que en este caso existía un defecto sustantivo por interpretación errónea del art. 246 de la Constitución Política.

A continuación, la providencia procedió al análisis del segundo proceso en revisión, respecto al cual señaló que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura careció de motivación, pues se restringió a señalar que era necesario asignar la competencia jurisdiccional a la justicia ordinaria, mas no indicó la razón de esta asignación, restringiéndose a reproducir algunos apartes normativos.[96] De forma adicional, la Corte también consideró que la providencia incurrió en un defecto sustantivo debido a que interpretó de forma errónea el art. 246 Superior, por las mismas razones que en el otro proceso acumulado.

Por último, la Corte definió el conflicto de jurisdicciones que acaeció en cada caso concreto. Al realizar este análisis, señaló que los elementos personal, geográfico y objetivo se cumplían en ambos procesos. Al analizar el elemento institucional, la Sala encontró que en primer caso este se encontraba acreditado, toda vez que no solo había autoridades dispuestas a aplicar un derecho propio de la comunidad, sino que no existían razones para pensar que pudieran afectarse los derechos del procesado o de la víctima. Así mismo, si bien la Corte determinó que podría existir un conflicto entre los principios de respeto por la autonomía de la comunidad y el interés superior de la niña víctima, al ponderar dichos

intereses se obtenía como resultado que el segundo habría de ceder, toda vez que no existía certeza en relación con el potencial peligro que podría derivarse para este de asignarse el conocimiento del proceso a la jurisdicción especial indígena.

Por su parte, al evaluar el elemento institucional en el segundo proceso, la Sala encontró que dichos reglamentos solo designan sanciones para faltas leves, más no para infracciones graves. Así mismo, la asamblea del cabildo consideraba que el caso debía ser juzgado por la justicia ordinaria, pues ellos no contaban con las condiciones necesarias para hacer justicia en el caso concreto. Por lo dicho, al analizar el elemento institucional para determinar la competencia en el caso concreto, la Corte estimó que la misma habría de corresponder a la jurisdicción ordinaria, puesto que en este caso sí existía certeza respecto a la afectación de los derechos de la niña víctima, de dejarse el caso en manos de la jurisdicción especial indígena.

La línea de decisión expuesta se consolidó en la sentencia T-921 de 2013, en la que la Corte Constitucional conoció una acción de tutela interpuesta por un comunero de un resguardo indígena quien se encontraba retenido y procesado por la jurisdicción ordinaria por sostener relaciones sexuales con una joven de trece (13) años, integrante de la comunidad, pese a que la comunidad indígena había reclamado competencia para tramitar el asunto. El Consejo Superior de la Judicatura decidió el conflicto positivo de competencias a favor de la jurisdicción ordinaria. Por su parte, la Corte Constitucional decidió tutelar los derechos fundamentales del accionante, por lo cual dejó sin efectos la providencia del Consejo Superior de la Judicatura que decidió el conflicto positivo de jurisdicciones y ordenó remitir el caso y entregar al acusado a las autoridades indígenas.

La sentencia se refirió al principio del interés superior del niño, precisando las condiciones para que una decisión pueda fundamentarse en él, a saber: "(1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este

principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.”[97]

De otro lado, la sentencia también se refirió al interés superior del niño cuando este se analiza en relación con miembros de comunidades indígenas. En torno a esto se dijo que, en estas situaciones, los derechos de los niños deben conciliarse con los principios de identidad étnica y cultural, así como de pertenencia a una determinada comunidad, ello de acuerdo al principio de enfoque diferencial.[98]

En este orden de ideas, la sentencia señala que la garantía del interés superior del niño indígena requiere que se propenda por: (i) el desarrollo integral del niño; (ii) la efectividad de todos sus derechos fundamentales; (iii) que no sea expuesto a riesgos prohibidos; (iv) que sus derechos se encuentren en equilibrio con los de sus padres; (v) que el mismo tenga un ambiente familiar apto; (vi) que la intervención estatal en las relaciones familiares se justifique en razones poderosas. Así las cosas, la protección de la integridad física, mental y emocional del niño indígena víctima de situaciones de abuso sexual no puede pretenderse de espaldas a la diversidad y al pluralismo.[99]

Adicionalmente, la sentencia también se refirió a los estándares constitucionales respecto a la privación de la libertad de las personas indígenas. En cuanto a esto se indicó que las personas indígenas tienen derecho a mantener su identidad y su cultura aun en situaciones de privación de la libertad. Así, se afirmó que las personas indígenas condenadas a pena privativa de la libertad no deberían ser recluidas en establecimientos penitenciarios comunes, por lo que esto desconoce sus valores culturales y su identidad étnica. Lo dicho no resulta menos cierto en aquellos casos en que el fuero indígena no resulte aplicable al caso concreto, toda vez que los estándares constitucionales para la reclusión de personas indígenas deben ser acatados aunque no se haya dado aplicación al fuero.[100]

Una vez hechas estas consideraciones, la Corte procedió a realizar el estudio del caso concreto. Al analizar los criterios establecidos para que pueda darse aplicación al fuero indígena, la Corporación llegó a la conclusión que se cumplían todos los factores precisados para que el caso pudiese ser conocido por la jurisdicción especial. Con todo, la providencia prosiguió con su análisis y se centró en determinar si al ser este un caso donde se

comprometieron derechos de una persona menor de edad, ello tenía efectos en la aplicación del fuero indígena en el caso concreto. Respecto a este asunto, la Sala estableció que el interés superior de la niña no resultaba incompatible con la aplicación del fuero penal indígena, pues la jurisdicción especial también tiene el deber de velar por el cumplimiento de los mandatos constitucionales, incluidos los derechos de los niños. En concordancia se aseveró que “(e)n este sentido, de ninguna manera puede afirmarse que remitir el proceso a la jurisdicción indígena afecta el interés superior, sino que, por el contrario, hacerlo podrá hacer velar porque efectivamente las autoridades del Resguardo Embera - Chamí puedan salvaguardar dicho interés de acuerdo a los parámetros de la diversidad, tal como lo ordenó la Sentencia T-002 de 2012.”[101]

De lo anterior, relata la providencia, se desprendió la configuración de un defecto por violación directa de la Constitución, al no haberse remitido el proceso a la jurisdicción especial indígena. Adicionalmente, la providencia estimó que el accionante fue afectado en su dignidad al no haberse considerado su adscripción étnica a efectos de darle un enfoque diferencial a su detención.[102] Por último, se establecieron un conjunto de reglas aplicables a situaciones en las que la justicia ordinaria procese a una persona perteneciente a una comunidad indígena, ello con el fin de garantizar los derechos del este a la identidad.[103] Con esto visto, se procerá a abordar el principio de non bis in ídem.

## 5. Principio de non bis in ídem

César interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali y la Fiscalía Seccional Puerto Escondido, toda vez que consideró que estas autoridades vulneraron los derechos fundamentales de la comunidad indígena que el accionante representa al iniciar en contra de Juan, uno de sus miembros, un proceso penal por unos hechos que ya habían sido juzgados por las autoridades del cabildo. Toda vez que de los hechos alegados en el amparo se desprende que podría estar comprometido el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, la Sala estima necesario referirse al principio constitucional de non bis in ídem. A continuación, se procede a dicho análisis.

De acuerdo con el art. 29 de la Constitución, toda persona tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Esta prohibición de doble juicio recibe el nombre de non bis

in ídem, y ha sido reconocido por este tribunal constitucional como un derecho fundamental autónomo.[104] El mismo implica que es contrario a la Constitución iniciar un nuevo proceso sancionatorio en contra de una persona que ya fue juzgada por esos mismos hechos, por lo que se prohíbe una nueva investigación, juicio o condena en contra de la persona que ya fue sometida al poder punitivo del Estado.[105]

El mencionado principio no tiene aplicación solo en materia penal, en cambio que irradia distintos tipos de procesos, extendiéndose incluso a aquellos en los que el poder sancionatorio del Estado se ejerce en sede administrativa. En este orden de ideas, este derecho se encuentra vinculado de manera estrecha con el principio de seguridad jurídica, y los derechos a la defensa, la presunción de inocencia y a la prevalencia de un orden jurídico justo.[106] Así las cosas, el principio de non bis in ídem, se encuentra ubicado en el centro de las garantías procesales comprendidas por el derecho al debido proceso.

Ahora bien, la prohibición de doble juicio no se extiende a situaciones en las que una misma conducta da lugar a una pluralidad de sanciones con distinta finalidad. No contradice el principio de non bis in ídem que una misma conducta sea sancionada con pena privativa en sede penal y con destitución de un cargo público, debido al carácter de estos dos tipos de consecuencias jurídicas.[107]

El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho se erige como una limitación al poder sancionatorio estatal que guarda estrecha relación con el principio de legalidad, pues aquel presume la existencia de determinadas normas de rango legal que den un estatus jurídico particular a los hechos objeto de censura. Si bien lo anterior hace del principio de non bis in ídem un elemento fundamental de la relación entre el Estado y quienes habitan al interior de sus fronteras, ello no quiere decir que esta garantía sea absoluta. Existen situaciones en las cuales otros valores constitucionales de igual o mayor importancia en un caso concreto pueden oponérsele, lo que hace necesario que se proceda a la ponderación de los intereses en conflicto para dar soluciones que conduzcan de manera efectiva a la justicia material.[108]

Ahora bien, en relación con el alcance real y efectivo del derecho al non bis in ídem, la Corte Constitucional en la sentencia C-870 de 2002[109] hizo un análisis dogmático de la norma establecida en el art. 29 de la Constitución, de acuerdo con la cual: “Quien sea sindicado

tiene el derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.[110] En relación con la expresión “sindicado”, la Corte estableció que si bien la misma pareciera ubicar al mencionado principio en el ámbito del derecho penal, la jurisprudencia constitucional ha extendido su campo de aplicación a otros regímenes sancionatorios. En cuanto a ello se adujo “(...) que cuando la finalidad de un régimen es regular las condiciones en que un individuo puede ser sancionado personalmente en razón a su conducta contraria a derecho, este principio es aplicable.”[111] En relación con la palabra “derecho” se afirmó que no existe duda de que la prohibición de doble juicio es un derecho fundamental de aplicación inmediata y directa, cuyo contenido incluye la prohibición de ser sometido a múltiples sanciones o juicios sucesivos por unos mismos hechos. Sobre la expresión “juzgado”, se tiene que la misma comprendería no solo la posibilidad de ser condenado, sino cualquier etapa procesal necesaria para que se llegue a una decisión de fondo que pueda imponer una sanción. De igual forma, la expresión “dos veces” incluiría cualquier número de procedimientos sancionatorios superiores a uno. Por último, en relación con la expresión “hecho”, se tiene que la misma incluye situaciones fácticas y no las categorías jurídicas que pueden utilizarse a la hora de catalogar dichas conductas.

De forma adicional, la mencionada sentencia también tuvo oportunidad de señalar que para dar aplicación al principio de non bis in ídem, es necesario que ocurra una triple correspondencia de elementos entre uno y otro proceso a saber: (i) la identidad física de la persona debe ser la misma; (ii) el hecho por el cual se le juzga ha de corresponder con aquel por el cual se surtió el proceso previo; (iii) el motivo que dio lugar al nuevo proceso ha de corresponderse con aquel que dio lugar al proceso inicial.[112] Lo anterior, permite ver que el principio guarda una estrecha correspondencia con la institución de la cosa juzgada, al punto de poder afirmarse que el nombrado principio se erige como la forma a través de la cual la cosa juzgada se inserta dentro de los procesos sancionatorios y, especialmente, penales.

En vista de las anteriores consideraciones, está por más decir que el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos puede ser protegido por el juez constitucional en sede de tutela, puesto que su violación puede afectar intereses de un altísimo rango constitucional, como lo es la libertad personal. Con estas cortas consideraciones se procederá a abordar la jurisprudencia constitucional sobre el principio de non bis in ídem en el juzgamiento de hechos constitutivos de delito por parte de personas

pertenecientes a comunidades indígenas.

En la sentencia T-266 de 1999, la Corporación conoció el caso de un comunero indígena arhuaco, a quien se le acusó de haber asesinado a su cónyuge, también perteneciente a dicha comunidad. Luego de ser investigado y juzgado por los Mamos y las autoridades indígenas, fue hallado inocente y liberado de toda responsabilidad por los hechos que condujeron a la muerte de su compañera sentimental. Superada esta situación, el tutelante se trasladó a una localidad del departamento del Magdalena, donde fue capturado por tener una orden de detención en su contra, debido a que fue condenado en ausencia por un juzgado penal de Valledupar a dieciocho (18) años de prisión por el homicidio de su cónyuge. Ante esta situación, el enjuiciado interpuso tutela, la cual fue denegada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar, toda vez que aún estaba por decidirse un recurso de revisión. El accionante, posteriormente, interpuso una nueva acción de tutela para que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa técnica, al considerar que al haberse resuelto desfavorablemente el recurso de revisión, no le asistía ningún otro mecanismo de defensa judicial, además de que se habían desconocido sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa técnica, toda vez que fue condenado como reo ausente, pese a que fácilmente le hubiesen podido localizar para el juicio. La Corte Constitucional procedió a conceder el amparo deprecado y a salvaguardar los derechos del actor y del pueblo indígena arhuaco. Además, el juez constitucional procedió a anular el proceso penal en contra del accionante que se surtió ante la jurisdicción ordinaria, desde que se declaró reo ausente al actor y dispuso que se diera traslado del expediente y entrega del detenido al pueblo arhuaco para que ellos resolvieran el asunto de acuerdo con sus costumbres.

Además de las consideraciones relativas a la indebida declaración de reo ausente y a la ausencia de prueba de la imputabilidad del actor en el proceso penal efectuado ante la jurisdicción ordinaria, la Corte tuvo oportunidad de señalar que debido a que los hechos que rodearon la muerte de la cónyuge del accionante tuvieron lugar en el territorio arhuaco y que el actor era miembro activo de la comunidad arhuaca, al negarse a reconocer la jurisdicción y competencia de los Mamos para decidir sobre el fallecimiento de la cónyuge del tutelante y juzgar a este último, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar vulneró los derechos del peticionario al juez natural, así como del pueblo arhuaco a la jurisdicción especial.

Ahora bien, en relación con la vulneración del derecho del actor a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, la Corte descartó dicha posibilidad, toda vez que la sentencia que declaró la inocencia del actor tuvo lugar en el año de mil novecientos ochenta y ocho (1988), antes que se hubiese reconocido facultad jurisdiccional a las comunidades indígenas, situación que ocurrió al consagrarse este derecho en la Constitución Política de 1991.

De otro lado, en la sentencia T-866 de 2013 se decidió una acción de tutela interpuesta por el gobernador de un cabildo indígena de Bosa quien, actuando como agente oficioso de un comunero, interpuso acción de tutela contra un juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad de Fusagasugá, toda vez que consideró que se estaban vulnerando los derechos al debido proceso, diversidad étnica y cultural, a la igualdad y al non bis in ídem de aquel. Según relata la tutela, un miembro de la comunidad fue procesado por la justicia ordinaria por incurrir en el delito de hurto en concurso con porte ilegal de armas debido a que participó de la sustracción de varios elementos de una finca. Lo dicho llevó a que fuese condenado a veinte (20) meses de prisión por la justicia ordinaria, todo ello pese a que, debido a su calidad étnica, ya había sido juzgado por aquellos hechos al interior de su comunidad, siendo condenado en esta instancia a diez (10) años de trabajo comunitario y prohibición de salir de territorio indígena. Luego de la detención del condenado, las autoridades del cabildo interpusieron derecho de petición solicitando al Juzgado accionado que trasladara al indígena a su territorio, toda vez que aquel ya había sido condenado y había purgado buena parte de su pena en aquella sede, a lo que el mencionado juzgado se negó. Lo anterior llevó a que se interpusiese acción de tutela con el fin de lograr que se ordenara la libertad del comunero retenido y ratificar que el juez natural de este caso era su autoridad tradicional. Por su parte, la Corte Constitucional decidió negar el amparo en relación con el derecho fundamental al juez natural del procesado, pero concederlo en relación con el derecho al debido proceso por vulneración del principio al non bis in ídem. Así mismo, declaró la nulidad del acta del cabildo indígena, por la cual se había sancionado al comunero y declarar la carencia actual de objeto en este caso.

En aquella ocasión, en primer lugar, la Corporación se refirió al alcance de la jurisdicción especial indígena, a la cual caracterizó como una forma de reparación por injusticias históricas de las que han sido víctimas algunos grupos tradicionalmente excluidos. Adicionalmente, se pusieron de presente cuatro (4) elementos centrales que se desprenden

de la consagración de la jurisdicción especial indígena en el art. 246 de la Constitución Política, a saber: (i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de aquellos pueblos; (ii) la facultad de dichas comunidades para establecer normas y procedimientos propios; (iii) el sometimiento de esta jurisdicción a la Constitución y la ley; (iv) la prerrogativa para el legislador para establecer la forma de coordinación de la justicia indígena y la ordinaria.

A paso seguido, la sentencia abordó el derecho al debido proceso y, en especial, se concentró en analizar los principios del juez natural y del non bis in ídem. En cuanto al primer asunto, este tiene como fundamento el respeto por las competencias orgánicas que la Constitución dispone para el juzgamiento de determinados asuntos. Así las cosas, el uso de poder jurisdiccional se encuentra reglado en términos de asignación de competencia a ciertos funcionarios judiciales para conocer conflictos. De otro lado, el principio de non bis in ídem obtiene consagración a nivel Constitucional y convencional, según lo relata la providencia. El mismo tiene como contenido básico la prohibición de: (i) investigar, juzgar o sancionar a una persona por un delito por el cual ya se le había juzgado previamente; (ii) investigar, juzgar o sancionar a una persona por un hecho respecto al cual ya se le había absuelto por medio de sentencia ejecutoriada; (iii) imponer una sanción por un hecho que ya había dado lugar a la imposición de una pena; (iv) agravar la pena a imponer con base en una circunstancia que ya había sido considerada como elemento constitutivo del tipo penal.

Al resolver el caso concreto, la Corte estimó que en esta ocasión se incumplían tanto el elemento territorial como el elemento objetivo para que el juez competente para decidir el asunto fuese el de la jurisdicción especial. Por lo anterior, encontró que no se había vulnerado el derecho al debido proceso en relación con el principio de respeto por el juez natural. Empero, la providencia estimó que al haberse ejecutoriado la segunda decisión se lesionó el principio de non bis in ídem, toda vez que existían dentro del ordenamiento jurídicos dos sanciones impuestas por la comisión de un mismo delito. A su vez, la providencia estimó que no había lugar a considerar que la violación de este principio se encontraba subsanada toda vez que la jurisdicción especial carecía de competencia para decidir el caso, puesto que la vulneración de dicha garantía tuvo como fundamento el actuar negligente del juez ordinario, que se abstuvo de desatar el conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura en el momento oportuno, pues no

indagó sobre la identidad indígena del procesado. Ahora bien, debido a que al momento de proferirse la sentencia ya el condenado había purgado la sanción impuesta en ambas jurisdicciones, la Corporación no tuvo más remedio que declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

Ahora bien, la mencionada sentencia, también tuvo oportunidad de referirse a la obligación de juzgar a las personas pertenecientes a comunidades indígenas de acuerdo a un criterio de enfoque diferencial, en aquellos eventos en los que los mismos sean procesados por la jurisdicción ordinaria. De igual manera, se aclaró que dicha obligación se extiende a garantizar que el cumplimiento de la pena impuesta se haga, tomando en cuenta la identidad étnica del condenado, de tal suerte que se de aplicación al criterio mencionado.[113]

Con base en las consideraciones expuestas, se procede a analizar el caso concreto.

## 7. Análisis del caso concreto

El señor César, actuando en calidad de gobernador del Cabildo Indígena Colombia, interpuso acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales de la comunidad que representa, debido a que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali y la Fiscalía 154 Seccional de Puerto Escondido-Valle del Cauca, asumieron el juzgamiento e investigación, respectivamente, en relación con el señor Juan por el concurso homogéneo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravado, pese a que la jurisdicción especial indígena tenía competencia para tramitar el asunto, de tal suerte que ya había juzgado y condenado al procesado por estos hechos. El actuar de las entidades accionadas, por su parte, tendría como base la providencia del Consejo Superior de la Judicatura, fechada el dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), que resolvió el conflicto positivo de jurisdicciones desatado entre las autoridades indígenas y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, y que falló a favor de este último.

Si bien la tutela en un inicio no se dirigió contra el Consejo Superior de la Judicatura, en instancia dicha Corporación fue vinculada como parte accionada, pues se consideró que la acción constitucional estaría dirigida a atacar el contenido de la providencia que resolvió el conflicto positivo de jurisdicciones mencionado.

De esta forma, para resolver el caso concreto, la Sala primero se referirá a las condiciones de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial y luego establecerá si las mismas se cumplen en el caso concreto. De encontrar satisfechos tanto los requisitos formales como materiales del amparo, habrá de asignar la competencia jurisdiccional en el caso concreto. Por último, deberá determinarse si en la situación objeto de análisis se lesionó el derecho del señor Juan a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

### 7.1. Condiciones de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial

En profusa jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha referido a los supuestos que permiten por medio de acción de tutela controvertir decisiones judiciales. Estas condiciones particulares tienen como fundamento la necesidad de preservar el principio de autonomía judicial y de garantizar la seguridad jurídica. Así, se han establecido una serie de requisitos formales que han de cumplirse para que pueda entrarse al estudio de fondo de la petición elevada en sede constitucional, dentro de los cuales se encuentran: (i) que el asunto alegado en la tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios antes de interponer la acción; (iii) que se satisfaga el requisito de inmediatez, en consonancia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) que si se ataca un problema de naturaleza procesal, este haya tenido incidencia directa en la decisión que lesiona las garantías fundamentales del accionante; (v) que la acción identifique de manera razonable los hechos que vulneran derechos fundamentales y estos hayan sido alegados dentro del proceso judicial ordinario; (vi) que la decisión atacada no sea un fallo de tutela.[114]

Adicionalmente, se tiene que la jurisprudencia constitucional también ha precisado el cumplimiento de, por lo menos, una causal material de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial para que la misma se torne procedente, en relación con las cuales se han señalado ocho (8) causales, a saber: "(i) Defecto orgánico que se presenta "cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello"; en segundo lugar (ii) el Defecto procedimental absoluto "que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido"; en tercer término (iii) el 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"; en cuarto lugar (iv) el Defecto material o sustantivo "como son los casos en que se decide con base

en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”; en quinto lugar (v) 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”; en sexto término(vi) 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”; en séptimo lugar (vii). Desconocimiento del precedente cuando “(...) la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variarían, si hubiera atendido a la jurisprudencia; en octavo lugar (viii) Violación directa de la Constitución, en eventos, “... en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”.”[115]

7.2. En el caso concreto se cumplen las condiciones de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial

A continuación, se pasa a analizar si en el caso concreto se cumplen con las condiciones formales y materiales de procedibilidad de tutela contra providencia judicial en relación con la decisión del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria que decidió el conflicto de jurisdicciones suscitado entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali y las autoridades del Cabildo Indígena Colombia.

### 7.2.1. Legitimación para actuar

Algunas de las partes han puesto en duda la legitimación del señor César para interponer la acción de tutela, toda vez que consideran que en este caso no se le está violando derecho fundamental alguno al gobernador del cabildo ni a su comunidad, pues de considerarse que una garantía constitucional se encuentra comprometida, la misma estaría radicada en cabeza del señor Juan, por lo que sería este quien debería apelar al amparo constitucional. Es decir que se estima que el señor César carece de legitimación para actuar.

Sea lo primero señalar que en el presente caso el gobernador César no solo solicita el amparo de los derechos fundamentales del comunero Juan, sino también el derecho al reconocimiento de la jurisdicción indígena de la comunidad a la que representa. Por tal

razón, el argumento que le niega legitimación para actuar parte de una premisa errada.

En materia de legitimación para actuar, el art. 10 Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, establece que este requisito se encuentra satisfecho en una de cuatro circunstancias, a saber: (i) cuando la tutela la interpone la víctima de la violación; (ii) cuando aquella obra por medio de representante; (iii) en situaciones donde el amparo lo solicita un agente oficioso; (iv) cuando, en desarrollo de sus funciones, el Defensor del Pueblo o las personerías piden la protección.[116] Esta ocasión, la tutela es deprecada por el gobernador del cabildo indígena como representante legal de la comunidad indígena que gobierna y como agente oficioso del señor Juan, es decir que estamos en presencia de los supuestos dos (ii) y tres (iii).

Ahora bien, en relación con la situación del comunero privado de la libertad, se tiene que el accionante tiene capacidad para obrar como agente oficioso del mismo, al considerar que el señor Juan se encuentra privado de la libertad en un establecimiento carcelario que es ajeno a su cultura. Es indudable que esta situación de indefensión da lugar a que proceda la agencia oficiosa para la interposición del amparo, aún más si se tiene en cuenta que el gobernador del Cabildo Indígena no solo ha de velar por los derechos de la comunidad sino de sus integrantes.

#### 7.2.2. Ausencia de temeridad

De las respuestas presentadas por las autoridades accionadas se colige que podría plantearse que en este caso existe temeridad, toda vez que según el Fiscal 154 Seccional Puerto Escondido se habrían presentado múltiples acciones de tutela previas en relación con estos hechos. De las pruebas aportadas en sede de revisión se desprende que antes de ser interpuesta la acción constitucional que da lugar a esta revisión por parte de la Corporación, el señor Juan presentó una acción de tutela en contra de la Fiscalía 54 de Puerto Escondido y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali para proteger sus derechos al debido proceso y a no ser juzgado dos (2) veces por los mismos hechos, la cual fue conocida por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal. A esta acción luego fueron vinculados el Cabildo Indígena Colombia, así como las víctimas del proceso penal de origen y el Consejo Superior de la Judicatura. El aducido

proceso llegó a término por medio sentencia de veinticuatro (24) de abril de dos mil catorce (2014), que negó por improcedente el amparo deprecado.

De esta forma, podría pensarse que en este caso se presenta una situación de cosa juzgada, que impediría un segundo pronunciamiento de fondo por estos hechos, toda vez que las situaciones que fundamentaron el proceso de tutela anterior, así como sus partes, serían idénticas. Con todo, la Sala estima que este no es el caso debido a que el objeto de ambos procesos no es el mismo, como se pasa a explicar.

La sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema identifica como problema jurídico el determinar si se lesionó el derecho al debido proceso del señor Juan al haberse juzgado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años en sede de justicia ordinaria, pese a haber sido condenado por esta misma razón en la jurisdicción especial indígena. Es decir, el problema jurídico consiste en analizar si se lesionó el derecho fundamental al non bis in ídem del comunero. Con todo, al estudiar la sentencia de manera detenida, tenemos que la misma no aborda ni tiene en cuenta las potenciales vulneraciones de los derechos fundamentales de la comunidad indígena, que juzgó al comunero. Así, no se evalúa si se lesionó su derecho a la autonomía, a la diversidad étnica y cultural o al ejercicio de la jurisdicción especial.

Al no haberse considerado estos problemas jurídicos, referidos a la potencial vulneración de los derechos de la comunidad indígena, la Sala estima que no existe correspondencia entre el objeto del primer proceso de tutela y aquel que en esta ocasión se revisa, máxime si se considera que la acción de tutela interpuesta por César pretende la garantía de las prerrogativas propias de la comunidad. Al faltar identidad en el objeto, se tiene que no se presenta en este caso la configuración del fenómeno de la cosa juzgada, por lo que puede procederse a un pronunciamiento de fondo, que en este caso versará exclusivamente sobre la alegada infracción del derecho de la comunidad indígena y de sus integrantes a que sea reconocida la validez de las decisiones jurisdiccionales proferidas por sus autoridades.

En cuanto a las demás acciones de tutela que supuestamente habrían sido presentadas por otros miembros de la comunidad, se tiene que si bien las autoridades accionadas mencionan que habrían respondido a varias solicitudes de amparo previas, no proveen los datos que permitan su identificación ni señalan la forma en que fueron resueltas. Además,

luego de realizar un rastreo en los buscadores de procesos de la Corte Constitucional, no se hallaron rastros de las mismas, por lo que no fue posible confirmar su interposición. Así las cosas, debido a que fue imposible verificar la existencia de otros procesos judiciales previos en torno al asunto que ahora se debate, la Sala ha de continuar con el estudio del cumplimiento de los demás requisitos de procedibilidad.

### 7.2.3. Relevancia constitucional

En primer lugar, no cabe duda de que la situación expuesta por el accionante en su tutela tiene relevancia constitucional, toda vez que la autonomía y el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia al interior de sus territorios se encuentran consagrados en la Carta Política. Así mismo, al encontrarse en juego el respeto por el juez natural, el interés superior del niño, la garantía de non bis in ídem, y la preservación de la diversidad étnica y cultural, este caso reviste una gran importancia desde la perspectiva de los valores que fundan la Carta Política. Por lo dicho, se tiene por cumplido este requisito.

### 7.2.4. Agotamiento de medios de defensa judicial

Resulta patente que en el caso concreto se han agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la comunidad accionante, por cuanto se surtió el procedimiento establecido en la ley para resolver el conflicto de jurisdicciones desatado entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali y el Cabildo Indígena Colombia, el cual concluyó con la resolución del mismo por parte del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional, instancia de cierre de este tipo de decisiones.[118] Así, esta condición se encuentra acreditada.

### 7.2.5. Inmediatez

La decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que resolvió el conflicto de jurisdicciones fue tomada el dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), mientras que la acción de tutela se interpuso en mayo de dos mil catorce (2014), alrededor de ocho (8) meses después de haberse emitido la providencia del Consejo Superior de la Judicatura. Si bien en principio, podría plantearse que en este caso el requisito de inmediatez no se encuentra satisfecho, la Sala recuerda tres situaciones que hacen inaceptable dicha conclusión en el caso concreto: (i) la Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que no puede

establecerse un término de caducidad para la tutela, luego del cual se entiende que se ha incumplido el requisito de inmediatez; (ii) este requisito debe analizarse de acuerdo a los criterios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad; (iii) en este caso, los derechos fundamentales cuya vulneración se denuncia corresponden a una comunidad indígena, que goza del estatus de sujeto de especial protección constitucional, al haber sido históricamente discriminados y excluidos.

En razón de lo dicho, la Sala estima que el momento de presentación de la tutela se ajusta al requisito de inmediatez, debido, en primer lugar, a que el comunero Juan en la actualidad continúa privado de la libertad en cumplimiento de una medida de aseguramiento impuesta por la jurisdicción penal ordinaria, con desconocimiento, según alega, de su derecho a ser juzgado de su propia comunidad. En segundo lugar, para evaluar el requisito de la inmediatez en este caso han de considerarse las dinámicas organizativas y los tiempos propios de una comunidad indígena, para decidir de manera colectiva sus estrategias de defensa, que en este caso implicaban, además, superar las limitaciones para entrar en contacto con el comunero, por encontrarse este privado de la libertad en un establecimiento carcelario por fuera del territorio. Exigir a la comunidad indígena afectada actuar con mayor rapidez al solicitar el amparo no hubiese sido proporcionado tomando en cuenta las condiciones materiales que rodean el caso objeto de análisis, por lo que la se considera cumplido este criterio.

#### 7.2.6. Identificación de los hechos que vulneran derechos fundamentales

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la identificación de los hechos vulneratorios de derechos fundamentales por parte de la comunidad también debe analizarse de conformidad con el principio de razonabilidad, exigiéndose que los mismos hayan sido puestos de manifiesto en el proceso judicial que dio lugar a la providencia atacada.

En relación con la situación que se ventila, se tiene son dos las condiciones que dan lugar la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad: (i) que la jurisdicción para resolver el asunto se haya asignado a la justicia ordinaria, ello aun cuando ya existía una decisión judicial tomada por las autoridades del Cabildo en contra del acusado; (ii) que se haya retenido e iniciado un proceso penal en contra del señor Juan, con base en la providencia del Consejo Superior de la Judicatura reseñada. Las situaciones descritas

también dan cuenta de una potencial vulneración del derecho al debido proceso del comunero detenido, por la vía de desconocerse su derecho al juez natural y al non bis in ídem.

Se da por descontado que en este caso las situaciones que dieron lugar a la vulneración se alegaron durante el proceso judicial que concluyó con la providencia del Consejo Superior, toda vez que fue la misma solicitud del Cabildo Indígena Colombia, la que dio pie a que el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali remitiese el expediente del proceso a la Alta Corporación para que zanjase la disputa presentada entre ambas autoridades judiciales. Otro tanto puede decirse en relación con la detención del comunero Juan y el inicio de un proceso penal en su contra, pues fue con base en la decisión del Consejo Superior que la justicia ordinaria procedió a ejercer sus facultades en relación con el mencionado comunero. En vista de lo dicho, se considera que este requisito también se encuentra cumplido.

#### 7.2.7. Que la decisión judicial impugnada no sea una tutela

La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que no resulta procedente interponer una acción de tutela contra la decisión judicial que resuelve otra acción constitucional del mismo tipo. Lo dicho tiene como fundamento los principios de economía procesal, respeto por el debido proceso, seguridad jurídica, así como de respeto por el carácter excepcional de la tutela. En el caso concreto, la providencia atacada corresponde a una decisión por medio de la cual el Consejo Superior de la Judicatura resolvió un conflicto de jurisdicciones, por lo que no es este un caso de tutela contra tutela.

Toda vez que la Sala encuentra que se han satisfecho los requisitos formales para la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, se procede a analizar si se encuentra acreditada alguna causal material de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Para ello es preciso retomar la decisión del Consejo Superior de la Judicatura y analizar si la misma adolece de alguna falla.

#### 7.2.8. La decisión del Consejo Superior de la Judicatura desconoció el precedente constitucional e incurrió en una violación directa de la Constitución

Como ya se mencionó, la providencia del Consejo Superior de la Judicatura-Sala

Jurisdiccional Disciplinaria del dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), por medio de la cual se resolvió el conflicto positivo de jurisdicciones suscitado entre el Cabildo Indígena Colombia y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, tuvo como principio fundante y eje conductor el principio del interés superior del niño. En relación con el mismo, la Alta Corte hizo mención al art. 44 de la Constitución[119] y a los arts. 1º y 19 de la Convención de los Derechos del Niño.[120] De forma concomitante, la providencia hizo eco de los arts. 13 y 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que se refieren a la necesidad de garantizar los derechos de los niños indígenas, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y formas de organización social, así como al derecho de todos los niños a ser protegidos contra todas las formas de violencia, incluida la violencia sexual.

Ahora bien, luego de evaluar las particularidades del caso concreto,[121] la decisión señala que “(...) (e)s decir, la futura ocurrencia de tales hechos no se descarta, de ahí la necesidad de la intervención estatal para juzgar la totalidad de los hechos investigados y procurar evitar la continuidad en el maltrato de la menor de edad, ahora madre de un hijo de su “padraastro”, quien –se reitera- es padre del Gobernador de la comunidad indígena donde la víctima, desarrolla su proyecto de vida en conjunto con su familia.”[122] Con fundamento en ello, la autoridad estimó que era necesario excepcionar la autonomía de la comunidad indígena, por estar en juego los derechos de la niña.

Adicionalmente, el Consejo Superior de la Judicatura señaló que si bien en otras ocasiones la Corporación había sostenido que al existir un pronunciamiento de fondo en una de las jurisdicciones, era procedente inhibirse de desatar la colisión, en este caso ello no resultaba viable, toda vez que no se podía determinar qué hechos fueron objeto de juzgamiento por parte de la jurisdicción especial, lo que impedía que se encontrara acreditada la configuración de la cosa juzgada.

A su vez, la providencia enfatizó que en este caso se está frente a una situación de violencia de género, por tratarse de una mujer que fue accedida sexualmente por parte del compañero permanente de su madre, quien también tiene otra hija. Lo dicho, a juicio del Consejo Superior, resultaba de especial importancia, toda vez que los jueces han de proferir fallos con perspectiva de género, en los cuales se reconozca el derecho de las mujeres a vivir sin violencia, según lo declaran múltiples instrumentos internacionales.

De lo anterior, la Alta Corte concluyó que por tener estas conductas una relevancia que trasciende la esfera de la comunidad indígena, por afectarse los derechos prevalentes de una niña, por no tener claridad sobre qué conductas fueron objeto de juzgamiento por parte de las autoridades indígenas y porque la protección de la víctima no está garantizada, no existía más remedio que dar el conocimiento del proceso a la jurisdicción ordinaria.

Al confrontar la decisión del Consejo Superior de la Judicatura con los precedentes constitucionales aplicables al caso, lo primero que salta a la vista es que la misma no toma en cuenta los criterios constitucionales para la determinación de la competencia de las autoridades indígenas para tramitar procesos judiciales. Como ya se mencionó, la Corte Constitucional desarrolló una serie de criterios o elementos para determinar cuando las autoridades propias de una comunidad indígena pueden asumir el trámite de un determinado proceso judicial. Así, se ha hablado de la existencia de cuatro factores estructurales del fuero indígena, a saber: (i) subjetivo; (ii) geográfico; (iii) objetivo; e (iv) institucional. Del texto proferido por el Consejo Superior, se tiene que el mismo no aborda ninguno de estos criterios para asignar la jurisdicción del proceso penal en contra del señor Juan.

La Sala estima que la decisión objeto de controversia incurrió en defecto por desconocimiento del precedente, al apartarse de los mencionados cánones. Específicamente, la mencionada providencia desconoció lo establecido por esta Corporación en las decisiones T-617 de 2010, T-002 de 2012 y T-921 de 2013, que por su similitud fáctica con la situación que aquí se ventila constituyen el precedente aplicable a la situación objeto de discusión.

El carácter del precedente que tienen las mencionadas decisiones se desprende de la correspondencia fáctica con el caso que se decide en esta oportunidad, por cuanto: (i) los casos señalados se ocupaban de actos sexuales con niños; (ii) en todo ellos se trataba de niños indígenas; (iii) en aquellos se plateaban conflictos de jurisdicción entre la justicia ordinaria y la propia de las comunidades indígenas. Por su parte, en las tres decisiones mencionadas, el conflicto de jurisdicciones fue resuelto por la Corte con base en el análisis de si se cumplían o no los criterios jurisprudenciales señalados. Al haber desconocido estas decisiones y su contenido, el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en un desconocimiento del precedente constitucional en la materia.

Ahora bien, al analizar el contenido de la providencia del Consejo Superior se tiene que el mismo se centró en las características de la víctima, el tipo de conducta y los bienes jurídicos en juego, para concluir que el caso habría de corresponder a la jurisdicción ordinaria. De lo anterior se colige que la decisión tomó como punto central aquello que la jurisprudencia constitucional ha denominado factor objetivo. Resulta claro que la asignación de jurisdicción a la justicia ordinaria radicó en que la afectada es una niña, que al ser este un caso de violencia de género debe ser de conocimiento de la justicia ordinaria, pues esta ha de proferir fallos con perspectiva de género, y que como resultado de los hechos la niña quedó en situación de embarazo, lo que hace del hecho particularmente grave.

En relación con este punto, la Sala se permite proceder al análisis de dos (2) ideas que de forma consistente se asocian con la aplicación del criterio objetivo y que, llegado el caso, pueden dar lugar a un uso del mismo contrario a los mandatos constitucionales. Estas serían: (i) los derechos de los niños y de las mujeres son bienes jurídicos de la sociedad mayoritaria y no de los pueblos indígenas, por lo cual de acuerdo al art. 246 de la Constitución los asuntos relacionados con estos valores deben ser tramitados por la jurisdicción ordinaria; (ii) existe un umbral de nocividad, a partir del cual es deseable que sea la justicia ordinaria -y no la indígena- la que juzgue una determinada conducta, lo que restringe la autonomía dada a estas comunidades para administrar justicia.

Ambas premisas se oponen de manera frontal a los valores que inspiran la Carta Política y la manera como ellos han sido interpretados por esta Corporación en las decisiones que constituyen precedente para el caso. En relación con el primer asunto, se tiene que suponer que el bienestar infantil y la igualdad de género no resultan de interés para los pueblos indígenas responde a una comprensión estereotipada de los mismos, que desconoce las variopintas cosmovisiones que estas comunidades tienen en torno a sus relaciones con los otros. Así mismo, ello parte de una idealización apresurada de la postura y acciones de la sociedad mayoritaria en torno a estos mismos valores, en el sentido de entender que existe un respeto real y efectivo por estos intereses en el entorno cultural dominante, situación que no se corresponde con la realidad puesto que en este último contexto las mujeres son víctimas de maltrato de manera persistente.

A juicio de esta Corte, el bienestar infantil y la igualdad de género son dos objetivos primordiales de la Carta que no pueden entenderse como un bien jurídico propio de la

cultura mayoritaria sino de todos los pueblos que conforman el Estado pluricultural. Tanto el entorno social dominante como aquel en donde se conservan las tradiciones culturales de los indígenas se preocupan por proteger a sus niños y a las mujeres. La diferencia entre uno y otro espacio está más centrada en torno a la forma en la que estos valores se llevan a la práctica. La anterior sería, por lo tanto, una diferencia que tiene más que ver con los medios a través de los cuales se persigue la materialización de estos intereses, que con los fines perseguidos.

Sostener que es posible dividir los valores sociales y jurídicos entre aquellos que conciernen a la sociedad mayoritaria y los que resultan de interés para los pueblos indígenas parte de una concepción del multiculturalismo que se aleja de aquella adoptada por la Constitución, pues presume que la nación puede dividirse en grupos que coexisten sin tocarse, interactuar o incidirse de forma mutua. Como fue objeto de mención, la visión de respeto por la diversidad étnica y cultural que abraza la Carta tiene como sustento una postura filosófica y política que se cimenta en la idea del diálogo intercultural, como medio ideal para regir las relaciones entre las sociedades mayoritaria e indígenas.

Lo anterior significa que el fin último de la diversidad cultural no está dado por apartar a un grupo de otro, sino por facilitar las herramientas necesarias para que puedan acercarse y nutrirse de esta simbiosis cultural. Por lo dicho, resulta inadecuado hablar de la existencia de valores sociales o bienes jurídicos pertenecientes a una u otra cultura. De esta manera, la protección de la dignidad de la persona, el respeto por la vida, la protección de los niños, la evitación de la violencia, la primacía del bienestar general y el respeto por el medio ambiente, entre otros, son elementos comunes que permiten establecer dicho diálogo intercultural, pese a que la forma en que cada pueblo decida llevar a la práctica estos valores sea contingente.

Así las cosas, suponer que los derechos de los niños y de las mujeres son bienes jurídicos exclusivos de la sociedad mayoritaria puede llevar a la formulación de falsas dicotomías en casos como el que se encuentra bajo estudio, pues podría pensarse que es necesario elegir entre salvaguardar los derechos de los niños o preservar la autonomía de las comunidades a las que estos pertenecen. La incongruencia de esta elección radica precisamente en que la garantía de los derechos de los niños indígenas requiere que se respeten los derechos de sus comunidades, pues es este el entorno cultural del que hacen parte, que les da su

cosmovisión y llena de sentido su identidad individual y como miembros de una colectividad.

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

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

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

En cuanto al umbral de nocividad, la Corte en su jurisprudencia ha indicado con claridad que “(e)sta regla se muestra incompatible con la jurisprudencia constitucional, tal como ha sido sistematizada en esta providencia, pues la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena de asuntos de especial nocividad social o de trascendencia universal, comporta una restricción injustificada de la autonomía de las comunidades indígenas, basada en un universalismo cultural que se opone al “relativismo ético moderado” adoptado por la Constitución Política de 1991 (sobre el concepto, ver sentencia T-254 de 1994), de acuerdo con el cual la forma de vida de cada cultura es igualmente respetable y, en el caso de las comunidades indígenas, sus normas de control social son válidas, siempre que no excedan los límites impuestos por los derechos fundamentales...”[123]

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

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

En cuanto a esto, conviene recordar que las sentencias T-617 de 2010, T-002 de 2012 y T-921 de 2013 ya habían advertido que en casos en los que han de juzgarse conductas de gran nocividad social, lo que debe analizarse para saber si el juicio puede llevarse a cabo frente a la jurisdicción especial es: (i) que de acuerdo con el principio de razonabilidad el procedimiento no concluirá con impunidad; y que (ii) el derecho propio establezca medidas de protección para la víctima.[124] Al contrastar esta consideración con el proceder del Consejo Superior al definir el conflicto positivo de jurisdicciones, se tiene que el mismo no se ajusta a ella, toda vez que la Alta Corte no verificó si el Cabildo Indígena Colombia cumplía con el elemento orgánico y por tanto podía decidir de fondo la acusación contra el comunero Juan.

De lo expuesto es posible concluir que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura

utilizó al factor objetivo como elemento preponderante para definir el conflicto de jurisdicciones y no hizo un mayor análisis del criterio institucional. La anterior situación, a juicio de la Sala, permite ver que la providencia judicial incurre en dos de los requisitos materiales de procedibilidad de tutela contra decisiones judiciales. De una parte, la misma constituye una violación directa de la Constitución, puesto que desconoció el art. 246 de la Carta al señalar que las autoridades del Cabildo Indígena Colombia no tenían competencia para juzgar al señor Juan por los actos sexuales en que incurrió con la hija de su compañera permanente. Esta interpretación del art. 246 de la Constitución resulta en extremo limitada, al punto que puede entenderse como una violación directa de la Carta Política.

Por su parte, también considera la Sala que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, que resolvió el conflicto de jurisdicciones entre las autoridades indígenas y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Cali, incurrió en un desconocimiento del precedente constitucional, toda vez que no acogió las reglas de decisión expuestas en las sentencias T-617 de 2010, T-002 de 2012 y T-921 de 2013, que por su similitud fáctica con el caso en comento constituían pauta obligada para la decisión, toda vez que la providencia acusada no solo utilizó como base primordial para su decisión del criterio objetivo, sino que se abstuvo de analizar el factor institucional, según lo habían establecido las sentencias reseñadas.

## 8. Resolución del conflicto positivo de jurisdicciones

Al haberse satisfecho los requisitos formales y materiales de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte procederá a resolver el conflicto jurisdiccional desatado entre las autoridades indígenas y de la justicia ordinaria, para luego indicar las potenciales violaciones a derechos fundamentales y disponer de los remedios judiciales necesarios para conjurarlas.

### 8.1. Elemento subjetivo

Al estar el elemento personal vinculado a la pertenencia del acusado a una comunidad indígena, se tiene que este se encuentra acreditado en el caso concreto por tenerse dentro del expediente una certificación expedida por el Cabildo Indígena Colombia de la pertenencia del señor Juan al Cabildo Indígena Colombia.[125]

## 8.2. Elemento geográfico

El Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali,[126] en respuesta a la acción de tutela, señaló que al parecer los hechos por los cuales se procesó al señor Juan habían ocurrido por fuera del Cabildo, pues para la época de la ocurrencia de los hechos tanto él como la niña Mariana al parecer residían por fuera del perímetro del mismo.[127]

Si bien en principio ello significaría que se está frente a la ausencia de uno de los elementos necesarios para que el caso sea juzgado por la jurisdicción especial, es preciso recordar que el factor territorial no solo se refiere al lugar geográfico delimitado del resguardo indígena, sino que implica una noción mucho más amplia, referida al ámbito territorial, entendido este como el lugar donde se desarrolla la cultura del pueblo indígena.

Conforme a esta concepción, se tiene que de acuerdo con el registro investigativo aportado por la Fiscalía, la vivienda donde habrían ocurrido los hechos estaría ubicada en la Vereda Aguaclara del municipio de Puerto Escondido[128] y que el Cabildo indígena tendría como domicilio al municipio de Pueblo Azul, que resulta ser colindante con el anterior. La cercanía territorial entre el lugar de los hechos y aquel donde se encuentra ubicado el Cabildo Indígena Colombia, parece indicar que los hechos delictivos pudieron haber ocurrido en el ámbito territorial del cabildo.

Adicionalmente, se tiene que en la decisión que desató el conflicto positivo de jurisdicciones, el Consejo Superior de la Judicatura, al referirse al lugar donde habrían ocurrido los hechos, señaló que "(...) la futura ocurrencia de tales hechos no se descarta, de ahí la necesidad de la intervención estatal para juzgar la totalidad de hechos investigados y procurar evitar la continuidad en el maltrato de la menor de edad, ahora madre de un hijo de su "padraastro", quien -se reitera- es el padre del Gobernador de la comunidad indígena donde la víctima, desarrolla su proyecto de vida junto con su familia." [129] (Negritas propias). Adicionalmente, la misma providencia indica que "(s)umado a ello, este juez del conflicto no puede dejar pasar por alto que subyace en el tema objeto de análisis un aspecto relacionado con la violencia de género (desde la óptica del maltrato de la mujer accedida sexualmente, de una señora adulta cuyo compañero permanente sostuvo relaciones sexuales con una de sus hijas en su lugar de residencia donde también habita su

otra hija, ubicado en la comunidad indígena cuyo Gobernador es hijo del presunto agresor)..."[130] (negritas propias). Así las cosas, la Sala entiende que el Consejo Superior de la Judicatura concluyó que la vivienda se encontraba comprendida dentro del territorio de la comunidad indígena, pese a estar ubicada por fuera de los límites del cabildo.

De forma adicional, del escrito remitido por el gobernador del Cabildo Indígena Colombia en sede de revisión se desprende que la razón por la cual los hechos que dieron lugar al proceso penal no hubiesen ocurrido dentro del territorio del cabildo consistiría en que los integrantes de la familia son personas en situación de desplazamiento, que abandonan de forma regular el cabildo en búsqueda de oportunidades laborales. Sin embargo, ello no obsta para que mantengan los vínculos comunales y de reconocimiento de sus autoridades, como se expresa en el hecho de que la madre de la menor acudiera a las autoridades indígenas del cabildo para denunciar los hechos ocurridos y de este modo activar el ejercicio de su jurisdicción propia. Así, se tiene que el trabajo de los miembros de la comunidad indígena haría parte del desenvolvimiento de su cultura y no se opone al mantenimiento de vínculos con sus autoridades propias. Por tanto, las situaciones de desplazamiento episódico por motivos laborales no desvirtúan la concurrencia del factor territorial que define la competencia de la jurisdicción indígena.

### 8.3. Elemento objetivo

Por su parte, el criterio objetivo se refiere al estatus del sujeto y del bien jurídico afectado. Si bien la Corte reitera lo señalado en la sentencia T-617 de 2010, en cuanto a los problemas que entraña este factor, estima que el mismo se encuentra satisfecho, toda vez que el sujeto pasivo de la acción por la que se sancionó a Juan fue una niña perteneciente a la misma comunidad indígena que él, cuya pertenencia al grupo étnico no se ha puesto en duda. Así mismo, al analizar el tipo de bien jurídico comprometido por la conducta penal, la misma recayó sobre lo que podría identificarse como integridad sexual de la niña Mariana, situación que nos permite afirmar que el bien jurídico comprometido, tal como se explicó, pertenece tanto a la sociedad mayoritaria como al pueblo indígena. En vista de lo anterior, se tiene que este requisito no es decisivo, máxime porque, como se examinará a continuación, no existen elementos que permitan a la Sala concluir que los derechos de la niña se encontrarían desprotegidos en caso de reconocer la competencia de la jurisdicción de la comunidad indígena a la que pertenece.

#### 8.4. Elemento institucional

En cuanto al factor institucional, se tiene probado dentro del proceso que el pueblo indígena que reclama jurisdicción tiene usos, costumbres y normas que regulan el tipo de situaciones que dan lugar a esta controversia, así como autoridades con suficiente capacidad de coerción para hacerlas valer. Prueba de ello es que en este caso los hechos por los cuales se quiere procesar al señor Juan ante la justicia ordinaria ya fueron objeto de juicio y sanción por parte de las autoridades del cabildo, de tal suerte que al acusado se le condenó a cumplir con una pena que, entre otras cosas, ya había empezado a purgar al momento de su detención. En este orden de ideas, la justicia de la jurisdicción especial no solo operó de forma efectiva, sino que hizo con una prontitud que difícilmente habría podido ser igualada por la justicia ordinaria. En este sentido, se tiene que la justicia eficaz es la justicia pronta.

De lo anterior también se sigue que, en el caso concreto, los derechos de la víctima se han hecho valer, pues el responsable fue juzgado y condenado por lo ocurrido. Similarmente, según señala el gobernador del cabildo en su tutela, la decisión de las autoridades indígenas no solo dispuso una pena para el responsable, sino que contempló una serie de medidas adyacentes, dentro de las cuales están: (i) que el responsable permanezca en la comunidad por el tiempo que la niña Mariana lo defina; (ii) una prohibición absoluta para el condenado de acercarse a la niña; (iii) el deber de velar por la manutención de aquella y su hijo a cargo del responsable; (iv) que la responsabilidad de cuidar a la niña recaerá sobre el cabildo.

Adicionalmente, la Corte encuentra que en este caso no solo el cabildo ha señalado que se encuentra en condiciones de asumir el juzgamiento del caso, al desplegar la conducta inequívoca de juzgar y sancionar al señor Juan de acuerdo a sus procedimientos y costumbres, sino que también la misma víctima y su madre han expresado su deseo de que las autoridades indígenas se encarguen de resolver este asunto. En cuanto a esto, en el expediente obra prueba de la denuncia formulada por la señora Jennifer, en la que aquella solicita que el personero municipal de Pueblo Azul: “Reafirme su legalidad ante el Cabildo como máxima autoridad de los pueblos indígenas y la sentencia condenatoria proferida por el Cabildo.”[131] (sic) De igual manera, al ser entrevistada por la Fiscalía General de la Nación, la niña víctima indicó que “Yo estoy aquí porque quiero quitar esa demanda porque

esta no es la ley de nosotros la ley de nosotros es la indígena porque yo soy indígena y no quiero decir nada más”,[132] y a paso seguido continuó: “Si yo no voy a volver a esto porque yo ya me estoy presentando ante el gobernador del cabildo que es la ley de nosotros.”[133] Así mismo, al recibir la entrevista, la propia Fiscalía General de la Nación dejó constancia, según la cual: “Es de anotar que la niña manifiesta que es indígena y que ella quiere que su ley sea la que tome la decisión de lo sucedido.”[134] Así las cosas, no existe duda de que incluso las personas que habrían resultado dañadas por las conductas que se censuran indican que el caso debe ser conocido por la jurisdicción indígena, situación que constituye una muestra innegable de respeto por sus costumbres y derecho propio, así como un signo de confianza respecto a la institucionalidad de la administración de justicia indígena.

Una situación similar sucede con los derechos del procesado. A juicio de la Sala no existe razón para pensar que el ejercicio de la potestad de administrar justicia en cabeza de la comunidad indígena presente un riesgo real para los derechos del acusado, quien, como se indicó, ya fue juzgado y condenado por las autoridades propias de su pueblo.

Ahora bien, de los documentos que obran dentro del expediente, podrían identificarse dos situaciones que podrían resultar problemáticas desde el punto de vista del elemento institucional. El primero tiene que ver con el hecho de que el hijo del responsable sería el gobernador del Cabildo Indígena Colombia, mientras que el segundo estaría referido al hecho de que de la decisión proferida por las autoridades indígenas no podría conocerse cuales fueron las conductas objeto de juzgamiento en aquella ocasión.

Respecto al primer asunto, la Sala estima pertinente retomar el texto de la tutela, en el cual el señor César indica que “(...) como para la época el gobernador del cabildo era el señor Iván, hijo de la persona sindicada por decisión de la directiva yo en mi calidad de gobernador suplente fui designado para llevar el caso de investigación del señor Juan. Investigación que asumí hasta el 14 de julio de 2012 cuando se llevó a cabo la AUDIENCIA COMUNITARIA, en esta audiencia la fue ratificada en firme la decisión de que en mi calidad de gobernador fuera el responsable de presidir la asamblea y el gobernador principal se mantuviera al margen del proceso.”[135]

De este modo, se tiene claridad de que si bien el antiguo gobernador del cabildo era el hijo

del acusado, las autoridades de la comunidad dispusieron que para efectos de este proceso era el señor César quien habría de llevar a cabo las actividades procesales tanto de investigación como de otro tipo, de tal suerte que el vástago del sindicato no desplegó actividad alguna dentro del proceso que lleve a inferir la existencia de una ruptura de las condiciones de imparcialidad y neutralidad que deben cumplirse en todo trámite judicial, respetándose así principio de igualdad entre las partes procesales. Por ello, la Sala estima que el elemento institucional no se ve afectado por la relación de parentesco mencionada, puesto que se dispusieron de medidas para evitar que la misma afectara el correcto desarrollo del juicio del señor Juan.

En torno al segundo asunto, relativo a que del acta de juzgamiento provista por la comunidad no se puede saber con certeza que hechos fueron objeto de juzgamiento, la Sala encuentra que la mencionada acta menciona: “Se da inicio a las 10, am el juicio de sanción al comunero: JUAN mayor de edad con Cédula de ciudadanía N° XXXXXXX. Por el delito de Acceso carnal contra la menor de 14 años: MARIANA.”[140]

Estima la Sala que la referencia hecha en el acta sí permite conocer que los sucesos por los cuales se juzgó al comunero ante la jurisdicción especial son los mismos por los cuales se le pretende juzgar ante la justicia ordinaria, toda vez que se conoce la víctima, el momento de juzgamiento y el tipo de hecho a juzgar. De igual manera, se advierte que quizá la dificultad en entender el contenido del documento se deriva de una expectativa de acuerdo con la cual las decisiones de la justicia indígena han de constar por escrito y cumplir el estándar de claridad perteneciente al sistema jurídico mayoritario. En cuanto a esto, la Sala estima que el respeto por la diversidad étnica y cultural implica el deber de respetar los modos por medio de los cuales los usos y costumbres que constituyen el derecho propio de los pueblos indígenas se representan y ejercen, lo que significa que no puede exigirse que las actuaciones procesales que se presenten en un determinado juicio o proceso se ajusten a los estándares del derecho mayoritario. En consecuencia, se considera que la falta de una determinación fáctica detallada de la situación objeto de juzgamiento no hace suponer que se carece del criterio institucional necesario para que caso sea conocido por la jurisdicción especial, pues podría incluso ser el caso en que no se tuviere constancia escrita de la actuación desplegada por el cabildo, sin que ello afecte el cumplimiento del mencionado factor para definir la jurisdicción. En cualquier caso, de existir dudas por parte de la autoridad encargada de resolver el conflicto de competencias, estas debieron ser resueltas

disponiendo la práctica de pruebas conducentes a despegar las dudas, entre ellas, por ejemplo, de un peritaje antropológico que permitiera contar con elementos para traducir el ejercicio de jurisdicción indígena ocurrido en este caso a términos que fueran inteligibles para el juez que resolvía el caso. En consecuencia, y al tener en cuenta que las autoridades del cabildo informaron que ya habían juzgado al comunero por los mismos hechos por los que pretende ser enjuiciado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, se puede aseverar que sí existe claridad en relación con los hechos por los cuales se juzgó previamente al señor Juan.

En virtud de lo anterior, la Sala da por satisfecho el elemento institucional, por lo que dispone que las autoridades del Cabildo Indígena Colombia tienen competencia para juzgar al señor Juan por las conductas sexuales desplegadas por este en relación con la niña Mariana.

Ahora bien, no pasa inadvertida para la Sala de decisión que ya son varias las oportunidades en las que el Consejo Superior de la Judicatura desconoce el precedente constitucional en relación con la asignación de competencia jurisdiccional en casos que involucran la integridad sexual de menores de edad. Como fue objeto de mención, esta Corporación ha señalado que el mero hecho de que la víctima sea un niño o que el crimen cometido lesione la integridad sexual del mismo no implica de por sí que el asunto escape a la competencia de la jurisdicción especial, pues habrá de evaluarse la institucionalidad propia de las autoridades indígenas para verificar si esta es suficientemente fuerte como para garantizar los derechos del acusado y de sus víctimas. Por su parte, para el Consejo Superior de la Judicatura los casos penales que afecten la integridad sexual de niños no pueden ser conocidos por la justicia indígena, debido a que considera que el factor objetivo es determinante en estos casos para asignar la competencia jurisdiccional.

Resulta patente entonces que existe un abierto y consistente desconocimiento del precedente constitucional de esta Corte por parte del Consejo Superior de la Judicatura, en relación con la asignación de competencia en causas penales que se sigan por delitos contra la integridad sexual de niños. Si bien la Corte Constitucional ha indicado que es viable para las demás autoridades judiciales apartarse del precedente constitucional si tienen razones legítimas para ello, en este caso se tiene que los motivos expuestos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no cumplen con dichos parámetros, toda vez que las mismas

han sido rechazadas de forma reiterativa por esta Corporación, por considerarlas discriminatorias, paternalistas y no respetuosas del principio de la diversidad étnica y cultural, así como de la autonomía de las autoridades indígenas.

Por lo dicho, la Sala recuerda que el no acatamiento de las reglas de decisión desarrolladas por esta Corporación puede eventualmente constituir una falta disciplinaria o incluso penal. Máxime si se tiene que en casos penales, la aludida rebeldía tiene consecuencias materiales en la garantía del derecho de los ciudadanos a la libertad personal. Por lo anterior, la Sala conminará al Consejo Superior de la Judicatura para que acate el precedente constitucional relativo a la asignación de competencia jurisdiccional en casos penales en los que se procesen conductas delictivas que lesionan la integridad sexual de los niños.

De otra parte, la violación del derecho de la comunidad indígena y de sus integrantes a que la validez de sus decisiones adoptadas en ejercicio de su jurisdicción propia sea reconocida por las autoridades estatales, se ve reflejada, además, en el hecho que la jurisdicción ordinaria, pese a la existencia de un proceso penal que concluyó con decisión condenatoria, decidiera iniciar una nueva investigación por el mismo delito. Bajo este entendido, y por considerar que ya existe una decisión válida sobre este caso, proferida por las autoridades del cabildo indígena accionante, la Sala procederá a dejar sin efecto el proceso penal surtido ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali en contra del señor Juan por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravado en concurso homogéneo y sucesivo con la niña Mariana, por lo que se deberá proceder a la entrega inmediata del señor Juan a las autoridades del Cabildo Indígena Colombia, para que allí el mismo purgue la condena que le fue impuesta por la jurisdicción especial. Las autoridades del Cabildo deberán velar de manera especial por cumplir las medidas que fueron impuestas para garantizar los derechos de la niña, que se vieron reflejados en las órdenes de impedir al condenado acercarse a esta y el deber de asumir su manutención y del hijo concebido.

Ahora bien, tomando en cuenta que el señor Juan se encuentra retenido en cumplimiento de una medida de aseguramiento de detención preventiva en la cárcel Villa Hermosa de Cali desde el mes de agosto del año dos mil doce (2012), la Sala sugerirá a las autoridades del cabildo que tomen en cuenta el tiempo que el comunero ha pasado recluido en la cárcel a efectos de conmutarla con la condena que el mismo ha de pagar de acuerdo a la decisión

de la jurisdicción especial.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Revisión revocará la sentencia del treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014) proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria que declaró improcedente el amparo solicitado por el señor César, en representación del Cabildo Indígena Colombia y dispondrá de medidas para garantizar los derechos fundamentales de la comunidad y del señor Juan.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- TUTELAR los derechos fundamentales del Cabildo Indígena Colombia a la autonomía, al respeto por la diversidad étnica y cultural, y al ejercicio de la jurisdicción especial indígena.

Segundo.- REVOCAR la sentencia del treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014) proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria que declaró improcedente el amparo solicitado por el señor César, en representación del Cabildo Indígena Colombia.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTO la providencia del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria del dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), donde se resolvió el conflicto de jurisdicciones suscitado entre las autoridades del Cabildo Indígena Colombia y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, en relación con el juzgamiento del señor Juan.

Cuarto.- DEJAR SIN EFECTO el proceso penal que se lleva frente al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali en contra del señor Juan por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

Quinto.- ORDENAR a la Directora del EPMSC Cali-Centro Carcelario Villahermosa que proceda a la entrega física inmediata del señor Juan, identificado con cédula de ciudadanía 4649665 a las autoridades del Cabildo Indígena Colombia.

Séptimo.- CONMINAR al Consejo Superior de la Judicatura para que en desarrollo de la facultad conferida por el art. 256.6 de la Constitución se sujete a las reglas constitucionales establecidas por esta Corporación en materia de jurisdicción de las autoridades indígenas para juzgar hechos que involucran derechos de menores de edad.

Octavo.- Por la Secretaría General, DEVUÉLVASE al juzgado de origen el proceso de tutela de radicado 76001-22-04-000-2014-00171-00 que fue enviado en calidad de préstamo por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.

Noveno.- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Con el fin de proteger los derechos a la intimidad de los niños y niñas cuyos derechos se habrían vulnerado en este caso, se han cambiado los nombres de las personas involucradas en los hechos que dieron lugar a la acción de tutela y de los lugares donde ocurrieron.

[2] Expediente, folio 13. En adelante, siempre que se haga referencia a un folio, se entenderá que el mismo se refiere al cuaderno principal, salvo que se haga indicación en contrario.

[3] Folio 1.

[4] Folio 2.

[5] Folio 2.

[6] Folio 2.

[7] Folio 2.

[8] Folio 3.

[9] Folio 3.

[10] Folio 5.

[11] En este derecho de petición, la denunciante relata los hechos que dieron lugar al proceso penal. Así mismo, se señala un conjunto de hechos constitutivos de abuso por parte de la fuerza pública y su hermano, dentro de los cuales se cuentan: (i) fue detenida de forma arbitraria, contra su voluntad y sin orden judicial; (ii) fue obligada a firmar un documento donde denunciaba los hechos ante la jurisdicción ordinaria, bajo amenaza de cárcel y entrega de sus hijos al ICBF.

[12] Folio 6.

[13] Folio 7.

[14] Folios 12 y 13.

[15] Folio 14.

[16] Consejo Superior de la Judicatura, providencia del dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), M. P. María Mercedes López Mora. A. V. Henry Villaraigosa Oliveros y Angelino Lizcano Rivera. Folios 27 a 60.

[17] Folios 38 y 39.

[18] Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[19] Folio 38.

[20] Folios 15 al 20.

[21] Folio 61.

[22] Folios 69 a 71.

[23] Corte Constitucional, sentencia C-619 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[24] Folios 76 a 79.

[25] Folios 82 y 83.

[26] Folios 99 y 100.

[27] Folios 101 a 103.

[28] Folios 104 a 106.

[29] Folios 107 a 111.

[30] Folio 112.

[31] Folios 113 y 114.

[32] Folios 115 a 117.

[33] Folios 120 a 125.

[34] Folios 131 y 132.

[35] Folios 136 a 141.

[36] Folios 160.

[37] Folios 164 y 165.

[38] Folios 166 y 167.

[39] Folios 168 y 169.

[40] Folios 170 a 172.

[41] Folios 173 y 174.

[42] Folios 175 a 177.

[43] Folios 185 y 186.

[44] Folio 187.

[45] Folio 188.

[46] Folios 194 y 195.

[47] Folios 196 y 197.

[48] Folios 213 a 216.

[49] Folios 216 y 217.

[50] Folios 237.

[52] Folios 246 a 252.

[53] Folios 276 y 277.

[54] Folios 279 a 302.

[55] Cuaderno de revisión, folios 3 a 5.

[56] Cuaderno de revisión, folios 10 a 13.

[57] Cuaderno de revisión, folios 21 a 30.

[58] Cuaderno de Revisión, folios 32 al 35.

[59] Cuaderno de revisión, folios 38 a 46.

[60] Constitución Política de 1991, art. 1.

[61] Constitución Política de 1991, art, 2.

[62] Constitución Política de 1991, art. 7.

[63] Constitución Política de 1991, art. 13.

[64] Constitución Política de 1991, art. 96.

[65] Constitución Política de 1991, art. 171.

[66] Constitución Política de 1991, art. 246.

[67] Constitución Política de 1991, art. 286.

[68] Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169, “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, 1989.

[69] “(e)l derecho a la identidad cultural otorga a las comunidades indígenas prerrogativas como las siguientes: (i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de

producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole.” Corte Constitucional, sentencia C-882 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[70] Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[71] Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[72] Pérez Escuredo, Tirma Lina, “El diálogo intercultural como gestión de la multiculturalidad: un reto por alcanzar”, CIP-FUEHM.

[73] Corte Constitucional, sentencia C-208 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[74] Constitución Política de 1991, art. 246.

[75] “En definitiva, tanto en su formulación inicial como en el entendimiento propuesto a partir de la sentencia T-514 de 2009, el criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” carece de justificación constitucional, salvo alguna excepción, no ha sido empleado como regla de decisión efectiva, y además plantea más problemas de los que soluciona. En virtud de esta problemática que motiva mi aclaración de voto, estimo fundamental que se unifique la comprensión de este principio, e incluso se considere el abandonarlo.” T-659 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. A. V. María Victoria Calle Correa.

[76] “Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente.” Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[77] Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[78] “En primer lugar, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia medular del respeto por el principio de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas al interior de los ordenamientos jurídicos indígenas, pero entendiendo tal principio de legalidad como un requisito mínimo de previsibilidad en las actuaciones de las autoridades propias, aunado a un requisito de internalización de las prohibiciones, sanciones y procedimientos por parte de los miembros de la comunidad o pueblo indígena correspondiente (...)5.6.3.2. Respeto por la presunción de inocencia. Durante el desarrollo de procesos punitivos, las autoridades indígenas deben respetar la presunción constitucional de inocencia que ampara a los acusados; esto implica que la culpabilidad individual debe ser establecida a través de los materiales probatorios que las autoridades ancestrales consideren relevantes y suficientes, y también implica que no son admisibles las decisiones adoptadas en forma arbitraria y sin un mínimo respaldo en evidencias que acrediten la responsabilidad individual. 5.6.3.3. Garantía del derecho de defensa. En repetidas oportunidades la Corte Constitucional ha exigido que en el ejercicio de la jurisdicción propia, las autoridades tradicionales indígenas deben respetar plenamente el derecho fundamental de defensa de las personas sujetas a procesamiento punitivo, que implica su derecho a intervenir en el curso del proceso en defensa de sus intereses[78]. Ahora bien, dadas las especificidades socioculturales de los pueblos indígenas colombianos, en cuyas cosmovisiones y ordenamientos culturales se atribuye una importancia diferenciada a lo colectivo, la Corte Constitucional ha admitido que en casos concretos tal derecho de defensa sea ejercido por los familiares de la persona que está siendo procesada[78]. También en atención a la diversidad sociocultural que caracteriza al país, la Corte ha admitido que dicha defensa no tiene que ejercerse necesariamente a través de un abogado defensor, cuya presencia no constituye por ende un requisito obligatorio para el procesamiento punitivo de personas por la jurisdicción indígena. Proscripción de la responsabilidad objetiva y principio de culpabilidad individual. La jurisprudencia constitucional también ha exigido que las decisiones punitivas de las autoridades indígenas se basen en una determinación de la responsabilidad o culpabilidad individual, prohibiendo así la imposición de responsabilidad objetiva en este ámbito. Garantía del principio de non bis in idem. Las autoridades tradicionales indígenas también deben abstenerse de sancionar dos veces a una persona por una misma conducta proscrita bajo sus ordenamientos ancestrales. No obligatoriedad de la segunda instancia. Ante la jurisdicción indígena no es obligatorio garantizar la segunda instancia frente a las decisiones sancionatorias, según lo ha admitido la jurisprudencia

constitucional, dado que en el marco de los ordenamientos ancestrales indígenas existen autoridades cuyo rango sociocultural excluye la impugnación de sus decisiones. Proporcionalidad y razonabilidad de las penas. La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que además de las prohibiciones constitucionales expresas de cierto tipo de penas (como las de destierro, tortura[78], etc.), las autoridades tradicionales indígenas no pueden imponer sanciones o penas que resulten desproporcionadas ni irrazonables; y ha explicado a este respecto que son desproporcionadas, por ejemplo, las penas que trasciendan a la persona del infractor, que afecten su mínimo vital, que sean irredimibles, o que impliquen un cercenamiento cultural.” Corte Constitucional, sentencia T-523 de 2012.

[79] “El fuero indígena ha sido definido como un derecho de los miembros de las comunidades indígenas que se adquiere por el hecho de pertenecer a las mismas, y que consiste en la posibilidad de ser juzgados por las autoridades indígenas, con arreglo a sus normas y procedimientos, y cuyo objeto es el juzgamiento acorde con los usos y costumbres de dichas comunidades.” Corte Constitucional, sentencia T-097 de 2012.

[80] “Con el factor personal se determinan los sujetos de juzgamiento y de la relación procesal, activa y pasiva. La Corte ha señalado que las comunidades indígenas deben ocuparse del juzgamiento de sus propios integrantes. Es más, para la Corte, la pertenencia a una comunidad otorga a sus miembros un fuero especial conforme al cual deben ser juzgados por sus propias autoridades y según el derecho propio. El fuero de jurisdicción garantiza el respeto por la particular cosmovisión de las comunidades indígenas...” Corte Constitucional, sentencia T-449 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo.

[81] “El factor territorial, de otra parte, permite que cada comunidad juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial y aplicar su sistema jurídico dentro del mismo.[81] La jurisprudencia ha considerado que este elemento se refiere de manera concreta a la existencia de una comunidad indígena organizada, con vocación de pertenencia sobre la tierra que ocupa y con su convivencia regida por su cultura.” Corte Constitucional, sentencia T-449 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo.

[82] “El factor objetivo, finalmente, hace referencia a las materias sobre las que versan las controversias que deben ser dirimidas. La Corte ha sostenido que las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia que suscite la aplicación de

su derecho propio.” Corte Constitucional, sentencia T-449 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo.

[83] “el elemento institucional (a veces denominado orgánico) se refiere a la existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social.” Corte Constitucional, sentencia T-617 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

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

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

[87] En este sentido, señaló la sentencia: “A pesar de la precisión obtenida a partir de las consideraciones de la autoridad judicial citada, una revisión somera de su jurisprudencia permite concluir que del elemento objetivo han surgido más inquietudes que certezas. Así, en algunos fallos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura en el escenario que nos ocupa, la competencia se definió exclusivamente, con base en los factores personal y territorial; en otras sentencias, la pertenencia de la víctima al resguardo se estableció como requisito de procedencia del fuero, en atención al elemento objetivo; en algunos pronunciamientos, la Corporación sostuvo una posición un poco más débil, señalando que si bien es relevante determinar la pertenencia de la víctima a la comunidad, de ahí no se deriva una regla definitiva de exclusión de la competencia de la jurisdicción especial indígena; lo anterior, dejando de lado que la víctima en ocasiones se ha ubicado como parte del elemento personal. Una última formulación, cuya relevancia parece aumentar en el Consejo Superior de la Judicatura, presenta el elemento objetivo en función de la gravedad de la conducta. De acuerdo con esta posición, existiría un umbral de nocividad, a partir del cual un asunto trasciende los intereses de la comunidad por tratarse de un bien jurídico universal y, por lo tanto, es excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena. Esa posición ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a sustraer a la jurisdicción especial indígena del conocimiento de asuntos relativos a tráfico de estupefacientes, secuestro, abuso de menores, y delitos o crímenes de lesa humanidad de manera general.” Corte Constitucional, sentencia T-617 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas

Silva.

[89] En relación con este punto, la Corte tuvo oportunidad de manifestar que: “El Consejo Superior de la Judicatura es el órgano competente para efectuar la interpretación de las normas aplicables a los conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones (artículos 256.6 de la Constitución Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia); sin embargo, cuando la autoridad judicial referida dirime conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria interpreta y aplica directamente la Constitución Política, pues el Congreso de la República no ha proferido la ley de coordinación interjurisdiccional pertinente. Por esa razón, este Tribunal ha sostenido que, hasta que se promulgue esa ley, las reglas para la solución de conflictos entre jurisdicción especial indígena y jurisdicción ordinaria son fijadas, de forma conjunta, por la jurisprudencia de esta Corporación y la del Consejo Superior de la Judicatura.” Corte Constitucional, sentencia T-617 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

[91] Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[92] Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[93] Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[94] En este sentido se indicó que “(f)rente a la prevalencia del elemento objetivo, fundamentado en la existencia de un umbral de nocividad a partir del cual la jurisdicción indígena carece de competencia, la Sala insiste en la incompatibilidad de este planteamiento con la jurisprudencia constitucional, pues la exclusión de la jurisdicción especial indígena de asuntos de especial nocividad social es una postura que desconoce injustificadamente la validez del control social realizado por las comunidades indígenas, al tiempo que riñe con el “relativismo ético moderado” adoptado por la Constitución.” Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[95] “Así, la Sala estima que no puede considerarse en abstracto que el artículo 44 de la Constitución, que consagra el carácter prevalente de los derechos de los niños, esté en conflicto con el artículo 246 Superior, ni que dicho conflicto se soluciona mediante la

supresión de uno de los dos principios enfrentados. De ahí la necesidad de abordar el análisis de los conflictos entre normas constitucionales en el marco de situaciones específicas, teniendo en cuenta que la eficacia de un principio no puede lograrse de forma absoluta sin limitar otro mandato(s) constitucional(es). Por esta razón, la Sala insiste en que la falta de motivación del elemento institucional por parte de la entidad accionada redundó en la ausencia de las razones específicas por las cuales consideró que el respeto por los derechos de “Gina” entra en tensión con la aplicación del derecho propio del resguardo La Montaña. Así, el yerro en el que incurre el Consejo Superior de la Judicatura al interpretar el artículo 246 consiste en suponer que la consecuencia necesaria del ejercicio de la jurisdicción indígena en casos que involucran la integridad sexual de los menores es el irrespeto por los derechos de niños y niñas, lo que constituye, a ojos de esta Sala, una actitud prejuiciosa y discriminatoria frente a los pueblos originarios, así como una desconfianza injustificada sobre sus procedimientos.” Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[96] “Tratándose de un requisito cuyo análisis se impone de cara al caso concreto, la Sala advierte que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura se limitó a reiterar el concepto de colisión de competencias, insertar una extensa cita de la sentencia C-139 de 1996 y copiar los artículos 8 y 44 de la Constitución, para finalmente concluir que los derechos de los niños “tienen establecida su protección de manera predominante”; y enseguida agrega “Bajo esta directriz, la Sala debe optar por decidir el conflicto de jurisdicción aquí analizado, asignando el asunto a la Jurisdicción Ordinaria Especial”. Ciertamente, los artículos mencionados y la sentencia citada son pertinentes en el asunto en cuestión; sin embargo, la simple sumatoria de artículos y citas no constituye, en opinión de esta Sala, una argumentación sólida o suficiente, pues las providencias judiciales no pueden ser construidas a la manera de una colcha de retazos[96]. Teniendo en cuenta que en la parte considerativa de la sentencia no se observa prácticamente ningún párrafo que pueda tomarse como resultado del ejercicio argumentativo del juez, esta Sala no puede sino admitir que el cargo está llamado a prosperar. Si bien esta Corte ha dicho que “las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho”[96], el juez es responsable de proveer sus sentencias con un contenido argumentativo mínimo que la sentencia en cuestión no satisface, sin que tal exigencia pueda considerarse una intromisión en la autonomía del funcionario judicial.” Corte Constitucional, sentencia T-002

de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[97] Corte Constitucional, sentencia Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[98] Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[99] “Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad[99].

Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos, incluyen aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, pero no se agotan en éstos. Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápite anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así

justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica.” Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[100] “En consecuencia, en todo proceso penal debe tenerse en cuenta la condición de indígena en el momento de determinar el lugar y las condiciones especiales de privación de su libertad, independientemente de que no se aplique el fuero penal indígena, pues si ésta no se tiene en cuenta, se afecta su derecho a la identidad cultural y su dignidad humana.” Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[101] Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[102] “En este sentido, la Corte Constitucional no puede pasar por alto que el accionante fue recluido en un establecimiento penitenciario y carcelario ordinario, sin estar en un pabellón o establecimiento especial, afectándose de manera grave su identidad cultural, situación que también padecen cientos de indígenas en todo el territorio nacional, tal como ha señalado la Defensoría del Pueblo en el informe denominado “Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC”, en el cual señaló que no se reúnen las condiciones para que vivan dignamente de acuerdo con su diversidad étnica y cultural, lo que implica una grave amenaza contra estos valores que gozan de reconocimiento constitucional y que no se respeta su diversidad cultural.” Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[103] “En virtud de lo anterior, en caso de que un indígena sea procesado por la jurisdicción ordinaria se deben cumplir las siguientes reglas con el objeto de evitar que se siga presentando el desconocimiento del derecho a la identidad de los indígenas al ser reclusos en establecimientos ordinarios sin ninguna consideración relacionada con su cultura: Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante. De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En

ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993. Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993. Teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, este procedimiento también será aplicable a todos los indígenas que se encuentren en la actualidad privados de la libertad, quienes con autorización de la máxima autoridad de su comunidad podrán cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su resguardo, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de ésta. La solicitud para la aplicación de esta medida podrá ser presentada ante el juez que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación harán un seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia.” Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[104] “(...) (e)n cuanto al alcance de este derecho, en desarrollo de la interpretación constitucional del artículo 29 de la Carta, la Corte ha identificado el principio non bis in ídem como un derecho fundamental de aplicación inmediata, que hace parte del debido proceso, que protege a cualquier sujeto activo de una infracción de carácter penal, disciplinario, o administrativo mediante la prohibición de dos o más juicios y sanciones por un mismo hecho...” Corte Constitucional.

[105] Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1992.

[106] Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1992.

[107] “El principio de non bis in ídem prohíbe que se imponga a una persona más de una sanción de la misma naturaleza por la comisión de un mismo hecho. Dicho principio constituye una garantía esencial del derecho penal contemporáneo e integra, sin duda, el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, está proscrito al legislador sancionar, a través de distintos tipos y en una misma rama del derecho, una misma e idéntica conducta. No obstante, dicho principio no prohíbe que una persona pueda ser objeto de dos o más sanciones de naturaleza diferente -vgr. pecuniaria, disciplinaria, administrativa o penal- por la comisión de un mismo hecho. En este sentido, por ejemplo, la Corte ha establecido que la posibilidad legal de que un funcionario público resulte sancionado penal y disciplinariamente por haber incurrido en un delito que, al mismo tiempo, constituye falta administrativa, no vulnera el principio mencionado.” Corte Constitucional, sentencia T-260 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[108] “El principio constitucional del non bis in ídem no tiene carácter absoluto, puesto que desde la perspectiva del derecho interno existen motivos de orden superior que justifican su atenuación, cuando se trata de defender intereses de inapreciable valor para la sociedad como son los relacionados con la soberanía nacional, la existencia y la seguridad del Estado, en cuya promoción está comprometido el mismo Estado.” Corte Constitucional, sentencia C-554 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[109] Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[110] Constitución Política de 1991, art. 29.

[111] Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[112] “Ahora bien, la Corte Constitucional ha explicado que el principio no prohíbe de manera absoluta la existencia de juzgamientos diversos por el mismo hecho, por ejemplo, cuando una conducta es objeto de reproche penal y disciplinario. La evaluación sobre el respeto por este derecho supone determinar si se presenta una triple identidad de persona, causa y objeto en las sanciones supuestamente concurrentes. Para que tal derecho se consolide se requiere mucho más que la simple identidad en la situación de hecho que sirve de punto de partida a esas diversas actuaciones, circunstancia que explica por qué la

jurisprudencia y la doctrina, recogiendo decantadas elaboraciones, exijan la triple identidad de objeto, causa y persona entre dos actuaciones para afirmar la vulneración del principio non bis in ídem. La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole. La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza. La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos. También ha manifestado la Corte que la prohibición de doble enjuiciamiento es compatible con diversas investigaciones y sanciones, cuando estas tengan distintos fundamentos normativos, finalidades, y alcances de la sanción. Esta consideración constituye un desarrollo más amplio de la identidad de causa, a la vez que plantea la necesidad de revisar la naturaleza de la sanción como presupuesto para evaluar si una medida legislativa desconoce el principio non bis in ídem.” Corte Constitucional, sentencia C-914 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. S. P. V. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[113] En este sentido se enfatizó: “(e)s importante aclarar que, independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”. T-866/13.

[114] Corte Constitucional, sentencia T-617 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[115] Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, replicando aquello consagrado en la sentencia C-590 de 2005.

[116] Decreto 2591, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, art. 10.

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

[118] Folios 27 a 40.

[119] Constitución Política de 1991, art. 44.

[120] Convención sobre los Derechos del Niño, art. 1.

[121] “(...) (i) se trata de una menor de edad, cuyos derechos son prevalentes a los de las demás personas y en tal virtud a los de la misma comunidad a los que pertenece, (ii) producto de los hechos la menor resultó en estado de embarazo, (iii) el presunto victimario es el compañero permanente de su señora madre, con quien conviven en un núcleo familiar, (iv) expuso la menor en su entrevista que con su padrastro la une un vínculo de “noviazgo” el cual ocultaban a su señora madre (compañera del procesado), (v) según se ha puesto de presente en las diligencias, el señor Juan es el padre del Gobernador del Cabildo que reclama para la Jurisdicción Indígena el proceso objeto de estudio, (vi) del contenido de la decisión aportada por esa comunidad (en la cual supuestamente se juzgó al señor Juan) no es posible establecer a cuales conductas se refiere, más aún si se tiene en cuenta que la menor indicó en su entrevista que habían sostenido relaciones sexuales en múltiples ocasiones, cuando no había nadie en la casa...” Folio 33.

[122] Folios 33 y 34.

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

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

Ernesto Vargas Silva.

[125] Folio 113.

[126] Folio 123.

[127] Folio 30.

[128] Folios 203 al 205.

[129] Folios 33 y 34.

[130] Folio 35.

[132] Folio 277.

[133] Folio 277.

[134] Folio 277.

[135] Folios 1 y 2.

[136] Folios 104 a 106.

[137] Folio 13.

[138] Folio 101.

[139] Folios 1 al 5.

[140] Folio 107.