

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SP15508-2015
Radicación 46556
Aprobado Acta N° 398

Bogotá, D. C., noviembre once (11) de dos mil quince
(2015).

VISTOS

Emite la Sala el fallo de casación dentro del trámite adelantado a HELMER AUGUSTO TAPASCO, luego de que fuera admitida la demanda de casación promovida por su defensor contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2015 por el Tribunal Superior de Manizales, modificatoria del fallo condenatorio emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio que lo declaró responsable como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años.

HECHOS

Fueron narrados en la sentencia de segunda instancia así:

Tal y como se desprende del escrito de acusación, tuvieron ocurrencia al finalizar la jornada escolar del día 20 de noviembre de 2012 en las instalaciones de la Institución Educativa Riosucio, Sede Tumbabarreto, ubicada en el municipio caldense de Riosucio, y se contraen a que los menores T.P.D, J.D.R.C y J.A.C.R de 11, 12 y 12 años de edad respectivamente, fueron objeto de tocamientos lascivos por parte del señor Helmer Augusto Tapasco.

Persona que era su profesor y que valiéndose de tal condición, invitó al trío de niños a ingresar de forma individual al aula donde se dictaba la cátedra de informática para efectuarles aparentemente un test visual, el cual aprovechó como excusa para realizarles manoseos, primero a nivel de la pierna y luego en su región genital.

Dichos comportamientos fueron narrados prontamente por los alumnos agraviados en sus respectivos hogares y además a una de sus profesoras, siendo las madres de éstos quienes acudieron ante el CTI para colocar en conocimiento el acontecer delictual que dio lugar a esta causa penal.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Por los hechos antes narrados, la Fiscalía General de la Nación, el 30 de enero de 2013, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías, formuló imputación a HELMER AUGUSTO TAPASCO como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de 14

años agravado, en concurso homogéneo sucesivo, la que fue rechazada por el procesado.

En la misma fecha y ante el mismo funcionario, el ente persecutor solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión, la cual fue decretada por el juez de garantías.

2. El 20 de marzo siguiente se presentó escrito de acusación en el que se reiteró el cargo endilgado en la audiencia preliminar de imputación y su formulación se llevó a cabo el 3 de mayo de 2013, en audiencia desarrollada por el Juez Penal del Circuito del municipio de Riosucio – Caldas.

3. En junio de ese año, el resguardo indígena de «*Nuestra Señora Candelaria de la Montaña*», solicitó que el proceso fuera remitido a la dicha jurisdicción debido a que el implicado y las víctimas pertenecían a dicha comunidad.

Fue así que al suscitarse el conflicto de jurisdicciones, el Consejo Superior de la Judicatura lo dirimió en decisión de 25 de septiembre de 2013, disponiendo que el caso continuara bajo el conocimiento de la justicia ordinaria representada en ese momento por el Juez Penal del Circuito de Riosucio, ya que el proceso se encontraba en etapa de juicio.

4. Dicho despacho agotó las audiencias preparatoria y de juicio oral, y el 25 de septiembre de 2014 profirió sentencia de primera instancia en la que condenó al acusado

como autor del concurso delictivo de actos sexuales con menor de 14 años agravado en la modalidad de tentativa, imponiéndole la pena principal de 6 años y 6 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Se dispuso que HELMER AUGUSTO TAPASCO continuara privado de su libertad, ante la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

5. Contra la sentencia de primer grado, la Fiscalía, el representante de víctimas y el defensor, interpusieron el recurso de apelación. Los dos primeros con el objeto de que se condenara al procesado como autor de una conducta consumada y no tentada, y el tercero para que se tuviera el comportamiento del acusado como atípico, pues, sostuvo, el simple tocamiento de las piernas de los menores no comporta un acto sexual.

En ese orden, al resolver el Tribunal Superior de Manizales el recurso interpuesto contra el fallo del a quo, decidió modificarlo y declaró que la conducta cometida por HELMER AUGUSTO TAPASCO fue consumada y no tentada, a consecuencia de lo cual le irrogó las penas de 13 años de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo.

6. Contra el fallo de segundo grado el defensor del acusado recurrió en casación, siendo admitida la demanda mediante auto de 18 de agosto pasado y surtida el 19 de octubre siguiente la audiencia de sustentación.

LA DEMANDA

Sostiene el libelista que con la impugnación extraordinaria persigue el restablecimiento del derecho al debido proceso, concretamente de la garantía de ser juzgado por el juez natural, en la medida en que HELMER AUGUSTO TAPASCO debió ser procesado por la jurisdicción indígena, sin que tal aspecto fuera tenido en cuenta por los jueces de instancia.

Al señalar el cargo, opta por la causal descrita en el numeral 2° del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, precisando que en desarrollo del trámite surgió un «*conflicto de competencia*» entre la Fiscalía 2ª Seccional de Riosucio (Caldas) y la Gobernadora del resguardo indígena, el cual fue resuelto en primera instancia por el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Riosucio, autoridad que en decisión adoptada en audiencia de 22 de agosto de 2013 decidió que la jurisdicción competente para conocer el caso era la indígena y no la ordinaria.

Informa que tal determinación fue impugnada por el ente acusador y por el representante de víctimas, motivo por el que el Consejo Superior de la Judicatura, en auto de 25 de septiembre de 2013, asignó el conocimiento del caso a la

jurisdicción ordinaria, decisión con la que el censor muestra su desacuerdo, habida cuenta que los elementos para que el fuero indígena tenga aplicación, se cumplen a cabalidad en este asunto.

Es así que se demostró la concurrencia de los elementos personal, territorial e institucional, toda vez que el procesado pertenece al resguardo indígena de «*Nuestra Señora Candelaria de la Montaña*», y los menores víctimas al resguardo de «*Cañamomo Lomaprieta*»; el hecho se cometió dentro de una institución educativa que hace parte del territorio de este último resguardo; y la comunidad indígena tiene un estamento que garantiza el juzgamiento del procesado, respetando el debido proceso, así como los derechos de los menores.

Añade que el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, acudió al criterio de la naturaleza del hecho, el cual no está contemplado en el artículo 246 de la Constitución Política como pauta para dirimir el conflicto entre la jurisdicción indígena y la ordinaria.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

DEFENSOR RECURRENTE

Como complemento a la demanda de casación, solicita a la Corte que se tengan en cuenta los argumentos expuestos en la sentencia C-463 de 2014 de la Corte Constitucional, al

momento en que se haga el estudio de los elementos orgánico y objetivo, los cuales son los que pueden resultar polémicos.

Pasa a referirse al elemento institucional, resaltando que el abogado de la comunidad indígena demostró que ésta cuenta con un cabildo, una junta directiva y un consejo de gobierno, órgano este último que decide sobre los conflictos que se suscitan al interior de la comunidad.

Aborda el factor objetivo, citando para el efecto la sentencia T-617 de 2010 del Tribunal Constitucional, en la que se sostuvo que la especial gravedad el hecho no puede ser un criterio para concluir que la colectividad indígena carece de capacidad para impartir justicia en determinado caso, pues debe darse prevalencia al principio de diversidad cultural.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-NO RECURRENTE

El delegado del ente acusador considera que se debe casar el fallo del Tribunal de Manizales.

Afirma en primer lugar, que de acuerdo con lo decidido en la sentencia 34465 de 2011 de esta Corporación, ningún asunto puede quedar exento de examen por el juez de casación, motivo por el que es necesario analizar la decisión que dirimió el conflicto de jurisdicciones y que asignó el conocimiento de este asunto a la justicia ordinaria.

En cuanto a los elementos que componen la jurisdicción indígena, considera que se cumplen a cabalidad, al igual que los del fuero, haciendo énfasis en el componente institucional, para lo cual cita la mencionada sentencia T-617 de 2010.

Señala que en este asunto, y ante el cumplimiento de los requisitos para cobijar con la garantía de fuero indígena al acusado, se debe dar prevalencia al principio de maximización de la autonomía de la jurisdicción indígena y a su identidad cultural.

Resalta que la gobernadora del resguardo reclamó la jurisdicción de su comunidad para conocer del caso, sin que criterios como la gravedad de la conducta, propios de la visión de la cultura mayoritaria, puedan servir de fundamento para desconocer la jurisdicción indígena, llamando la atención el delegado Fiscal acerca de que hechos de mayor gravedad han sido juzgados por ésta.

MINISTERIO PÚBLICO

Inicia por reseñar los derechos de los menores víctimas de delitos sexuales y, en general, los derechos de los niños, los cuales, afirma, deben ser garantizados sin distinción de su origen étnico. También pone de presente que el Estado debe salvaguardar los derechos de los acusados y condenados.

Al conceptuar sobre el cargo propuesto en la demanda, afirma que aunque pareciera que el mismo no está llamado

a prosperar por razón de la decisión proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, es lo cierto que la misma no es obstáculo para que se pueda revisar el tema, pues está relacionado con la garantía del debido proceso.

Aborda los requisitos de la jurisdicción y del fuero indígena, concluyendo que en este caso se cumplen y que el Consejo Superior de la Judicatura, excepcionó la norma privilegiando los derechos de los niños por el riesgo que representa el procesado para los menores de su comunidad.

Solicita que se declare próspero el cargo propuesto y, en consecuencia, se anule toda la actuación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Lo primero que debe advertir la Sala es que si bien el recurrente no planteó en las instancias la nulidad que presenta como única censura en la demanda de casación, en todo caso es viable acudir a la sede extraordinaria, en orden a hacer efectivos los fines del recurso de casación, tales como la efectividad del derecho material, dado la índole de la controversia que aquí se discute, en tanto se trata de establecer si se vulneró el principio del juez natural, lo cual de verificarse, implicaría la invalidez de trámite penal desde su inicio.

En este orden de ideas, corresponde a la Corte analizar la prosperidad del cargo propuesto en la demanda por la senda de la causal segunda, prevista en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal.

2. Sea oportuno recordar que en orden a definir la cuestión planteada en casación, es necesario abordar el estudio de la decisión de 25 de septiembre de 2013, proferida en el presente asunto por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que resolvió el conflicto de jurisdicciones suscitado entre la indígena y la ordinaria, asignándole el conocimiento del proceso a esta última.

Sobre el particular la Sala desde la sentencia de 8 de noviembre de 2011, proferida dentro del radicado 34461, referido a un caso de fuero indígena, luego de hacer un recuento de fallos que datan de la década de los años 80, en los que se indicaba que decisiones definitivas de la competencia o jurisdicción se constituían en ley del proceso y, por tanto, no podían ser objeto de controversia a menos que surgieran supuestos de hecho nuevos, recogió dicho criterio indicando lo siguiente:

«En conclusión: si en desarrollo del recurso de casación la Corte ejerce el control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, inclusive de oficio, nada en el trámite procesal puede estar exento de examen. La resolución de un conflicto de jurisdicciones dentro de la actuación, en particular, no es un tema extraño al objeto de la impugnación extraordinaria. Esa determinación, por tanto, debe decirse claramente, no cierra de manera definitiva una fase procesal, no tiene el carácter de ley del proceso y si bien es cierto soluciona

una diferencia en su curso, no es intocable para el Tribunal de casación, aún si luego de su proferimiento no surge una circunstancia fáctica o jurídica que conduzca a modificar la competencia».

En tal medida, se deberá establecer si fue acertada la determinación del Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria, al concluir que no se satisfacían la totalidad de los requisitos para cobijar con el fuero indígena a HELMER AUGUSTO TAPASCO, ejercicio de constatación en el que resulta necesario acudir al desarrollo jurisprudencial sobre el tema, tanto de esta Corte de casación como del Tribunal Constitucional.

En la decisión objeto de análisis, el Consejo Superior de la Judicatura asignó el conocimiento de este proceso a la jurisdicción ordinaria, atendiendo al interés superior de los derechos de los niños, por ser las víctimas tres menores de edad y al hecho de haberse cometido en una institución educativa por uno de sus profesores, quien pese a pertenecer a la comunidad indígena, es una persona mayor de edad con formación como técnico en sistemas.

Con base en tales circunstancias en la decisión del 25 de septiembre de 2013, se afirmó que era necesario que el caso lo asumiera la jurisdicción ordinaria, con el fin de evitar la comisión de hechos futuros de la misma naturaleza, protegiendo de esta forma a los menores que acuden a la misma escuela.

También porque el proceso se encontraba en una fase avanzada cuando la jurisdicción indígena reclamó su conocimiento, *«no obstante estar el comunero recluido en un centro carcelario por cuenta de la justicia mayoritaria, lo cual permite inferir que de disponerse la continuación del proceso ante la jurisdicción ordinaria no se afectaría gravemente la autonomía indígena ...»*

Sin mayor dificultad se concluye que el criterio contemplado para descartar el fuero indígena que favorece al aquí acusado, está por fuera de aquellos fijados por la jurisprudencia a lo largo de dos décadas y desde su reconocimiento por el constituyente de 1991, cuyo desarrollo fue claramente remembrado por la Corte Constitucional en la sentencia T 975 de 18 de diciembre de 2014, el cual se inició desde la sentencia T-496 de 1996 y se ha extendido hasta el fallo T-002 de 2012, donde se describen los presupuestos que actualmente se tienen en cuenta para concluir si un miembro de una comunidad nativa que ha infringido la ley penal, puede ser cobijado con el fuero indígena.

Es así que en la citada sentencia (T-975 de 2014), los criterios definitorios del fuero indígena se establecieron de la siguiente manera:

(i) El elemento personal en el que se hace necesario que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo haga parte de una comunidad indígena y respecto al que se determinan 2 supuestos de hecho: *“(i) si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional “en principio,*

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

Por lo anterior, se estableció que se observan como elementos orientadores que permitan definir la competencia los siguientes: “(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica”¹.

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

(iii) El elemento institucional u orgánico, en el que se hace necesaria la existencia de una

¹ «Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez».

² «Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub».

institucionalidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; lo anterior significa que: (i) existe un poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) adicionalmente un concepto genérico de nocividad social. Adicionalmente este elemento se conformaría por 3 criterios de interpretación: “La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado³; La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos⁴ y La satisfacción de los derechos de las víctimas”⁵.

(iv) El elemento objetivo a través del cual se puede analizar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.⁶ (Resaltado hace parte del texto)

Igualmente, en la sentencia C-463 de 2014 que estudió la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 89 de 1890 «*Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los*

³ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “1. La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado: 1.1. La manifestación, por parte de una comunidad, de su intención de impartir justicia constituye una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas. 1.2. Una comunidad que ha manifestado su capacidad de adelantar un juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes sin otorgar razones para ello. 1.3. En casos de “extrema gravedad” o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión, la vigencia del elemento institucional puede ser objeto de un análisis más exigente”

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “2. La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos: 2.1. El derecho propio constituye un verdadero sistema jurídico particular e independiente. 2.2. La tensión que surge entre la necesidad de conservar usos y costumbres ancestrales en materia de resolución de conflictos y la realización del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena debe solucionarse en atención a la exigencia de predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas dentro de las costumbres de la comunidad, y a la existencia de un concepto genérico de nocividad social”

⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “3. La satisfacción de los derechos de las víctimas: La búsqueda de un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de sus comunidades debe propender por la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados”. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada», se adoptó una definición de jurisdicción especial indígena y de fuero indígena, distinguiendo ambos conceptos y reiterando los elementos que componen a cada uno, citando para el efecto la sentencia T-552 de 2003. Lo siguiente fue lo que se señaló sobre el particular:

A partir de este fallo se evidencia también que la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad pero no poseen el mismo alcance y significado.

El fuero es por una parte un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional.

La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con las jurisprudencia constitucional. Entre esos elementos, el fuero indígena ocupa un papel de especial relevancia, aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que esta se define (también) en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad.

De lo anterior se colige que no basta entonces constatar los elementos del fuero indígena, sino también los que conforman esta jurisdicción especial, en orden a contar con mayores elementos que permitan definir en cada caso, si determinado asunto debe dejarse en manos de las

autoridades indígenas, pudiendo también acudir el intérprete para la solución de los asuntos concretos, a criterios como los principios de maximización de la autonomía de las autoridades indígenas, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y mayor conservación de la identidad cultural.

Y sobre los elementos que componen la jurisdicción indígena, en diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional los determinó así:

“...la jurisdicción indígena comporta:

— Un **elemento humano**, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.

— Un **elemento orgánico**, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.

— Un **elemento normativo**, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.

— Un **ámbito geográfico**, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.

— Un **factor de congruencia**, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades

*no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley*⁷.

La línea desarrollada por la Corte Constitucional ha sido seguida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en plurales decisiones como, en CSJ SP, 8 Nov. 2011, rad. 34461; CSJ SP, 13 Feb. 2013, rad. 39444 y CSJ SP, 12 Mar. 2014, rad. 42287.

En las situaciones que fueron objeto de análisis en los mentados fallos, se asignó el conocimiento del asunto a la justicia indígena pese a que en un momento dado el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Disciplinaria, concluyó lo contrario, aspecto que fue nuevamente examinado por el juez de casación, quien señaló que los criterios referidos en párrafos anteriores concurrían a cabalidad, por lo que debía aplicarse el principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas sin que se condicionara el reconocimiento del fuero a la gravedad del hecho cometido, a la calidad de la víctima o a la naturaleza del bien jurídico.

Así se indicó expresamente en CSJ SP, 8 nov. 2011, rad. 34461:

La competencia jurisdiccional de las comunidades indígenas, como se vio, se encuentra determinada por los elementos personal, territorial, objetivo e institucional. El Consejo Superior de la Judicatura, en su análisis, consideró concurrentes los dos primeros. No así el objetivo, compuesto en su criterio por la existencia de las

⁷ SCC, T-364 de 2011. En el mismo sentido, SCC, T-349 de 1996, T-030 de 2000, T-728 de 2002 y T-811 de 2004.

autoridades indígenas habilitadas para administrar justicia en su propio territorio y por "la materia objeto de la controversia litigiosa", es decir, el tipo de delito. Como en el presente asunto se trató de una conducta de tráfico de drogas, "del orden transnacional" que "afecta los intereses de una universalidad" y no sólo los propios de la comunidad indígena, la llamada a conocer del caso era la justicia ordinaria, concluyó la citada Corporación.

Ese entendimiento del elemento objetivo, conforme al cual se excluyen definitivamente de la jurisdicción indígena asuntos graves o de trascendencia universal, traduce una restricción indebida a la autonomía de las comunidades indígenas y obviamente el incumplimiento del acuerdo intercultural consagrado en el artículo 246 de la Constitución Nacional. (Negrilla fuera de texto original)

Se precisa lo anterior, toda vez que la gravedad o naturaleza de la conducta, o la condición especial de la víctima, (menores, mujeres o personas en estado de vulnerabilidad), ha servido de soporte para concluir en forma equivocada que la jurisdicción especial indígena y el reconocimiento del fuero a algún miembro de esas comunidades, no ofrece una respuesta adecuada y justa para castigar a quien ha infringido la ley penal en las referidas hipótesis, como sí sucede en la comunidad mayoritaria con la aplicación de la pena prevista para determinado delito en el Código Penal.

Fue justamente esa la motivación expuesta en CSJ SP, 28 may. 2014, rad. 38242, que negó el fuero indígena al procesado por haber cometido el delito de acceso carnal violento contra una menor nativa que quedó en estado de embarazo.

Sea entonces esta la oportunidad para precisar los alcances de dicha decisión, en orden a que se fije un criterio homogéneo que permita adoptar una solución similar a casos análogos, tal y como sucede en el presente, que también corresponde a un delito sexual cuyas víctimas son niños menores de 14 años que pertenecen a un resguardo indígena.

En el fallo referido se señaló que el elemento personal no se cumplía como tampoco el factor de congruencia. El primero, ingrediente del fuero indígena, por cuanto mal podría considerarse que el agresor perteneciera a la comunidad debido a que en éste había tenido lugar el fenómeno de la aculturación -pérdida de la identidad cultural- dado su nivel educativo como bachiller pedagógico, con estudios universitarios en ciencias sociales e integrante de la planta de personal de la Secretaría de Educación Departamental, lo que derivó en que constituyera un estrecho vínculo, durante largo tiempo, con la cultura dominante, *«de modo que no puede afirmarse de manera alguna que el delito de acceso carnal violento por el cual se le acusó fuera ajeno a su comprensión, o peor aún, que sea propio de su particular cosmovisión nativa del mundo»*.

Y en cuanto al factor de congruencia, componente de la jurisdicción indígena, se sostuvo que como quiera que la víctima era una mujer menor de edad y aborígen indígena, estas circunstancias la hacían sujeto de especial protección, cuyos derechos a la verdad, justicia y reparación no iban a ser garantizados por la justicia indígena, en tanto el acusado no se haría merecedor a una sanción proporcional a la

gravedad de la ofensa. En sustento de tal aserto se citó el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas de consagración constitucional.

Sobre el fenómeno de la aculturación debe sostener la Corte que el mismo no se da por el simple hecho de que el indígena reciba instrucción del sistema educativo de la comunidad mayoritaria o establezca vínculos laborales o profesionales con ésta, puesto que aun así puede continuar integrado a la colectividad de la que proviene, ejerciendo prácticas propias de ambas culturas sin que pierda su identidad como indígena. La aculturación solo se da en casos en los que se rompe todo nexo con la comunidad nativa y el individuo adopta por completo los usos y costumbres de la sociedad dominante, por fuera del territorio indígena.

Al respecto es procedente citar la sentencia T-764 de 2014, en la que se analizó un caso de homicidio doloso y lesiones personales dolosas en donde el fuero indígena del procesado fue negado por los jueces de conocimiento por razón de su nivel educativo dada su condición de docente, por lo que se afirmó que no concurría el factor personal. Este argumento fue desvirtuado por la Corte Constitucional, que se pronunció así:

*«Si bien el referido indiciado posee un cierto grado de instrucción académica como “normalista”, **no puede concluirse que esa situación, u otras afines, configuren una renuncia a los valores y tradiciones ancestrales del Resguardo al que pertenece**, pues su desarrollo se encuentra protegido ampliamente por la Constitución y la ley, tal y como se precisa en esta providencia, habida cuenta que buena parte de la*

*especial protección constitucional que se prodiga a los grupos étnicos deviene, precisamente, de "... la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)..."*⁸.

Así las cosas, la condición de (...) frente a la comunidad indígena de Yascual, su calidad de "regidor del cabildo" y de docente, más allá de la comprensión que este tenga de los asuntos propios de la "cultura mayoritaria", debe ser interpretada como un avenimiento con su etnicidad. Luego, entiende la Sala que, sobre ese particular, se estructura el cumplimiento del factor personal o subjetivo para ser depositario del fuero indígena».

Por otra parte, el factor de congruencia, integrante de la jurisdicción indígena, que no del fuero, impone que el orden jurídico de estas comunidades minoritarias no sea contrario a la Constitución y la ley. Tal contradicción no viene dada por la diferencia entre las sanciones que la justicia indígena prevé, respecto de las que establece el Código Penal, que en la gran mayoría de los casos impone la pena privativa de la libertad y que se justifica sobre todo en los delitos que protegen bienes jurídicos de prevalente interés para el Estado como la vida, la dignidad humana, la libertad y formación sexuales, entre otros.

La diferencia entre el sistema sancionatorio que cada una de las culturas establece para una conducta reprochada por ambas sociedades, es un asunto que corresponde estudiarse en sede del elemento institucional como componente del fuero indígena, puesto que es el que permite

⁸ «Sentencia T-282 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva».

establecer si los derechos de las víctimas son garantizados a través de los procedimientos y sanciones allí fijadas.

En SC-463 de 2014, citada páginas atrás, se hizo un especial análisis de este elemento por considerar el juez constitucional que su verificación exigía mayor rigurosidad que los demás, dado su complejo y abundante contenido, así como su carácter definitorio en casos en los que el bien jurídico tutelado es de especial interés para la cultura mayoritaria como también para la indígena. Al respecto se indicó:

Esa institucionalidad es un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso -límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios- y para la eficacia de los derechos de las víctimas. Este elemento permite también conservar la armonía dentro de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas depende que se restaure el equilibrio interno de la comunidad y que no se produzcan venganzas internas entre sus miembros o familias.

(...)

La Corte consideró que la resolución de conflictos mediante los instrumentos previstos por cada comunidad, como elemento de garantía y conservación de las culturas aborígenes y medio para la satisfacción de los derechos de las víctimas, requiere la existencia de un mínimo poder de coerción social por parte de las autoridades del resguardo.

En lo atinente al contenido de los derechos de las víctimas, recordó este Tribunal que la jurisprudencia constitucional y regional (es decir, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ha establecido que estos derechos comprenden la verdad, la justicia y

la reparación⁹, e indicó que dentro de la jurisdicción especial indígena esos derechos deben entenderse a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

(...)

En algunos procesos conocidos por esta Corporación en sede de revisión de tutela, ha sido posible constatar que ciertos sistemas jurídicos de los pueblos originarios contemplan formas para acercarse a la verdad basados en la reconstrucción colectiva de la memoria; otras, utilizan procedimientos o rituales destinados a la solución de un conflicto con la participación de toda la comunidad, y prevén un amplio espectro de posibilidades de resarcimiento y armonización entre el agresor, la víctima y la comunidad.

(...)

Pero la Corte ha insistido en que esas formas de derecho, independientemente de sus profundas diferencias con el derecho nacional deben ser respetadas y protegidas, de manera que el juez del sistema nacional que deba acercarse a su contenido no debe concebirlo como una forma incipiente del derecho occidental o mayoritario, sino que debe asumir esa aproximación con el mismo respeto con el que persigue obtener conocimiento del derecho de otro país. (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Con anterioridad la Corte Constitucional se había pronunciado sobre el punto, fijando unas sub-reglas para

⁹ «Sobre los derechos de las víctimas, la Sala remite a las sentencias C-228 de 2002 (MMPP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. APV Jaime Araújo Rentería), C-578 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. AV Rodrigo Escobar Gil), C-370 de 2006 (MMPP Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. SV Humberto Antonio Sierra Porto. SV Alfredo Beltrán Sierra. SV Jaime Araújo Rentería), C-823 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis. Unánime), C-979 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño. AV Jaime Araújo Rentería), SU-254 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva. AV Mauricio González Cuervo. SPV Luis Guillermo Guerrero Pérez) y C-579 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV Jorge Iván Palacio Palacio, AV María Victoria Calle Correa, SPV Mauricio González Cuervo. AV Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV Alberto Rojas Ríos. SPV Nilson Pinilla Pinilla. AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)».

verificar el elemento orgánico, esto es, la naturaleza del bien jurídico agredido, concretamente, si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria, indicando que en casos de infracciones graves al ordenamiento punitivo, el elemento objetivo no define el asunto, como sí el institucional. Las sub-reglas interpretativas del elemento objetivo son las siguientes:

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

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

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

(S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la subregla (S-xv), la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juez, en cambio, debe efectuar un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima”¹⁰. (Resaltado fuera de texto)

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En esta ocasión, debe sostener la Sala que el tipo de respuesta punitiva que instituye la jurisdicción indígena en relación con la gravedad del hecho y la naturaleza del bien jurídico, no puede constituirse en un criterio para impedir que imparta justicia en un asunto en el que los elementos del fuero y de la jurisdicción indígena concurren, puesto que es suficiente con que se establezca que su sistema normativo prevé un procedimiento en el que se verán satisfechos los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación.

La efectividad de dichas garantías para la víctima no viene siempre asegurada con la imposición de una pena privativa de la libertad por varios años al interior de un centro de reclusión y bajo un régimen penitenciario, como se tiene previsto en el derecho de la mayoría. Afirmar que solo la prisión es la respuesta adecuada para el delito y para hacer efectivas las garantías de víctimas y perjudicados, sería desprestigiar de tajo las sanciones que contempla la autoridad indígena que cuenta con la capacidad de hacerlas cumplir (poder de coerción), satisfaciendo las funciones de la pena de retribución justa, prevención general y especial y resocialización, debido al efecto que para el indígena infractor y para su comunidad produce la sanción irrogada por sus autoridades.

En un caso de delito sexual contra una menor de edad (acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por haberse producido embarazo), en SCC T-921 de 5 diciembre de 2013, se tuteló el derecho al debido proceso del accionante, dejando sin efecto la decisión del Consejo

Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, que al asignar el conocimiento del asunto a la justicia ordinaria tuvo en cuenta: *«(a) la prevalencia del interés del menor sobre el reconocimiento de fueros especiales, (b) teniendo en cuenta el grado de culturización y el nivel académico del imputado no es posible aseverar su arraigo y obediencia ciega a los usos y costumbres que rigen las comunidades indígenas sin que por ello se haya dejado de pertenecer a las mismas; (c) la víctima es menor de 13 años y el victimario tiene 26 años y grado universitario y que las relaciones sexuales no serían consentidas».*

La Corte Constitucional en dicha decisión de tutela sostuvo que los argumentos utilizados por la autoridad que dirimió el conflicto de jurisdicciones, desconocían máximas constitucionales como la autonomía de los pueblos indígenas, la diversidad étnica y cultural, el respeto al pluralismo y la dignidad humana.

Al mismo tiempo se ocupó de hacer un rastreo de sus decisiones acerca de los límites que se han fijado a la jurisdicción indígena, precisando los siguientes:

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

(i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos.

(ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa.

(iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas.

(iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana.

Y sobre los principios a los que puede acudir el intérprete en casos difíciles, en los que se presenten tensiones entre ambas jurisdicciones, luego de reseñar varios fallos de tutela y sentencias de unificación, se identificaron los siguientes:

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

En el mismo sentido esta Corporación en SCC T-196 de 17 de abril de 2015, al revisar un caso de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por haberse producido embarazo, dejó sin efectos el proceso penal que por tal suceso adelantando la justicia ordinaria contra el procesado, pese a que ya había sido condenado por la

jurisdicción indígena, en donde la Corte Constitucional protegió la autonomía de los pueblos indígenas.

En últimas, la Sala ahora quiere significar que cuando se juzguen hechos de mayor gravedad, atentatorios contra bienes jurídicos de especial interés constitucional para la cultura mayoritaria y que a su vez incumben a la comunidad indígena, como, por ejemplo, las ofensas contra la libertad y formación sexuales de menores de edad, el elemento institucional, siempre que se cumplan los restantes, cobra particular importancia para definir el conflicto de jurisdicciones, sin que resulte determinante el hecho de que la justicia indígena contemple un castigo distinto a la pena de prisión fijada por el legislador.

Luego en tales eventos, resulta improcedente aducir que el sistema sancionatorio de los indígenas comporta un tratamiento débil y permisivo generador de impunidad, pues un razonamiento de tal naturaleza implica el desconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas y la imposición del sistema penal de la sociedad dominante que de entrada y en forma genérica perfila a la jurisdicción indígena como incapaz de aplicar justicia a los infractores que ejecutan delitos de cierta gravedad, dejando en el ámbito de tal jurisdicción delitos menores o conductas que no le interesan al Estado.

También insiste la Corte en que el elemento personal no se desvirtúa por el hecho de que el indígena reciba educación de cualquier institución perteneciente a la cultura

mayoritaria y adopte un estilo de vida propio de la comunidad dominante, pues mientras mantenga el vínculo con su colectividad originaria, practique sus usos, costumbres y cometa el hecho punible en concurrencia de los elementos que componen el fuero indígena (personal, territorial, objetivo e institucional) y se cumpla los requisitos para activar la jurisdicción indígena (humano, orgánico, normativo, geográfico y de congruencia), debe ser cobijado con la garantía de este fuero especial para que sea juzgado y sancionado por las autoridades indígenas, en orden a hacer efectivos los principios de maximización de la autonomía de las autoridades indígenas, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y mayor conservación de la identidad cultural.

Así las cosas, esta Corporación precisa su jurisprudencia en el entendido de que en casos en los que la afectación al bien jurídico sea grave en la visión de la cultura mayoritaria y la jurisdicción indígena solicite para sí el juzgamiento del presunto responsable, debe ser el elemento institucional el que defina si se cumplen los presupuestos para reconocer el fuero especial, es decir, si el sistema de justicia de la comunidad indígena ofrece mecanismos que hagan efectivos el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas de modo que no se genere impunidad, sin que la ausencia en la justicia indígena de la pena de prisión que contempla el Código Penal, pueda servir de criterio orientador para fijar la efectividad de los derechos de los afectados con el delito dentro del procedimiento previsto por las leyes indígenas.

3. Para el presente caso corresponde determinar inicialmente si se constatan los factores que componen la **jurisdicción indígena**.

En primer lugar, en lo que atañe al **elemento humano**, se advierte que existe una comunidad indígena denominada «*Embera-Chami*» de la cual hacen parte los habitantes de los resguardos «*Nuestra Señora Candelaria de la Montaña*» y «*Cañamomo Lomapieta*».

En segundo término, también se verifica el **elemento orgánico**, esto es, la existencia de autoridades tradicionales que ejercen una función de control social en sus comunidades, por cuanto la Gobernadora del resguardo, certificada como tal por el Ministerio del Interior¹¹, al solicitar la remisión de este proceso a su jurisdicción, informó que la comunidad está constituida por un cabildo representativo de todas las agrupaciones que habitan el territorio del resguardo, una junta directiva liderada por un miembro de la colectividad elegido por votación directa, un consejo de gobierno compuesto por los indígenas mayores que han sido gobernadores, quienes asumen como segunda instancia y varias áreas, entre ellas, la denominada «*comisión de justicia propia*».

¹¹ A folio 20 del cuaderno en el que está la actuación del Consejo Superior de la Judicatura –Sala Disciplinaria, obra certificación suscrita por la coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas y Minorías del Ministerio del Interior, en la que se informa que Marta Luz Motato Suárez es la gobernadora del cabildo indígena del resguardo Nuestra Señora Candelaria de la Montaña.

Dicha comisión se integra por líderes reconocidos por el cabildo en pleno que se encarga de impartir justicia a través de procedimientos orales en casos de alteración de la armonía familiar, social, comunitaria, ambiental y territorial, previéndose como sanciones la reparación y reivindicación de la víctima y la imposición de trabajos comunitarios, también la pérdida de algunos derechos, expulsión de la comunidad indígena, arrestos de fin de semana y prisión en los casos más graves, en el centro de resocialización indígena.

Lo anterior también permite concluir la concurrencia del **elemento normativo**, puesto que la comunidad se rige por una serie de reglas, tradiciones y costumbres utilizadas para resolver los conflictos que se presentan al interior de la colectividad.

En relación con el **elemento geográfico**, se acreditó en la actuación que el resguardo de «*Nuestra Señora Candelaria de la Montaña*» es de origen colonial, siendo creado el 15 de marzo de 1627, titulado como resguardo el 14 de agosto de 1759, título que fue registrado el 28 de octubre de 1914 en la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos del municipio de Riosucio (Caldas) en el que se ubica el territorio del resguardo.

Por último, frente al **factor de congruencia** tampoco se discute su concurrencia en el presente asunto, puesto que el método descrito por la gobernara del cabildo como el utilizado para administrar justicia en los conflictos que se

susciten entre sus miembros, no contraría la ley o la Constitución, puesto que preserva la dignidad humana y el debido proceso.

Ahora, en lo que atañe al **fuero indígena**, sus requisitos también se cumplen a cabalidad, puesto que en el procesado y las víctimas concurre el **elemento personal**, toda vez que pertenecen a la comunidad «*Embera Chami*», nativo y residente el primero del resguardo «*Nuestra Señora Candelaria de la Montaña*», y los segundos, en el resguardo «*Cañamomo-Lomaprieta*»¹²

Lo mismo se predica del **elemento territorial**, habida cuenta que los hechos que se le atribuyen a HELMER AUGUSTO TAPASCO tuvieron lugar en una escuela rural ubicada dentro del territorio del resguardo indígena.

Respecto del **elemento objetivo**, la conducta atentatoria contra el bien jurídico de la libertad y formación sexuales de los menores afectados, es objeto de reproche tanto por las autoridades indígenas, toda vez que las víctimas hacen parte de su colectividad, luego es interés de la misma reprimir este tipo de comportamientos; como por la cultura mayoritaria.

Y por último, en lo que concierne al **factor institucional u orgánico**, la gobernadora del resguardo al que pertenece HELMER AUGUSTO TAPASCO, al reclamar la

¹² Certificación expedida por el gobernador suplente del resguardo Cañamomo-Lomaprieta. Folio 22.

jurisdicción para conocer de este asunto, expuso y demostró con claridad que en su comunidad cuentan con autoridades para administrar justicia, incluso en segunda instancia y que dentro de su sistema punitivo se contemplan sanciones privativas de la libertad, trabajo comunitario y reparatorias, entre otras.

Aquí corresponde indicar que este es un caso en el que se genera tensión entre la sociedad mayoritaria y la comunidad indígena, habida cuenta que se trata de una situación en la que los hechos son calificados como de mayor gravedad por la primera, habida cuenta que presuntamente se atentó contra la libertad sexual de tres indígenas menores de edad, motivo por el que, como se indicó en páginas precedentes, es el elemento institucional sobre el objetivo, el que define el asunto.

Es así que por un lado, deben protegerse los derechos de los niños pertenecientes a una minoría vulnerable en razón del interés superior que le asiste y de consagración constitucional y, por otra parte, la garantía de los pueblos indígenas de ejercer con autonomía sus leyes y costumbres como manifestación de un Estado pluralista e incluyente.

En un caso similar por un delito sexual contra una menor indígena perteneciente a la etnia «*Embera-Chami*», la Corte Constitucional en sede de tutela señaló que si bien el Estado debe inclinarse por salvaguardar de manera preponderante los derechos de los menores de edad, su protección no se ve desconocida por el hecho de que la

jurisdicción indígena asuma el conocimiento de este tipo de casos, y el interés del Estado en perseguir a los ejecutores de tales conductas puede desconocer la diversidad cultural. En SCC T-921 de 5 de diciembre de 2013, ya citada, se indicó:

8.3.2.3 *Específicamente, en materia de derechos sexuales, esta Corporación ha señalado que las **decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores no pueden excluir la consideración sobre la diversidad**: “Esto significa que, si bien las decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores son expresión de la lucha que libra el Estado desde la administración de justicia para salvaguardar la integridad, la salud y la supervivencia del menor **cuando se trata de menores indígenas esta lucha no puede librarse en términos que excluyan la diversidad**. En otras palabras, el juez constitucional no puede perder de vista el hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia”¹³.*

(...)

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

8.3.2.6 **En este sentido, de ninguna manera puede afirmarse que remitir el proceso a la jurisdicción indígena afecta el interés superior, sino que, por el contrario, hacerlo podrá hacer velar porque**

¹³ «Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez».

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. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Tal elemento institucional surge claro en el caso del procesado HELMER AUGUSTO TAPASCO, por cuanto el resguardo al que pertenece cuenta con un sistema de justicia que propende por los derechos de las víctimas menores integrantes de su colectividad, brindando una respuesta represiva a conductas como la endilgada al mencionado, de donde el interés superior de los niños afectados no se ve desconocido porque el caso lo decida la jurisdicción indígena, pues sus derechos no solo se defienden a través de la imposición de la pena de prisión que contempla el ordenamiento jurídico nacional, sino también a través de otras medidas alternativas que prevé el sistema de justicia del resguardo «*Nuestra señora Candelaria de la Montaña*».

Así las cosas, la decisión del Consejo Superior de la Judicatura adoptada en este asunto, ignoró la diversidad que caracteriza nuestra sociedad y que fue reconocida expresamente por el constituyente de 1991, al pretender dar prevalencia al interés superior del menor, acudiendo a criterios como la naturaleza de la ofensa y del bien jurídico afectado, lo cual lo llevó a sentar la presunción según la cual los pueblos indígenas son incapaces de salvaguardar a sus niños y niñas, así como de sancionar a quienes los agredan, cometido que solo puede cumplir la sociedad mayoritaria.

Si bien es cierto, el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Disciplinaria, en sustento de su decisión, acudió a algunos argumentos expuestos en la SCC T-002 de 2012, cabe precisar que allí se acumularon dos procesos para revisar sendos fallos que se produjeron como consecuencia de las acciones de tutela impetradas contra igual número de decisiones del Consejo Superior de la Judicatura en las que asignó el conocimiento de los procesos a la justicia ordinaria, a pesar de que la jurisdicción indígena por conducto de los resguardos «Los Guayabos» y «La Montaña», habían reclamado jurisdicción.

En el caso del resguardo «Los Guayabos», la decisión del Consejo Superior de la Judicatura fue mantenida por la Corte Constitucional en sede de tutela, toda vez que las propias autoridades del resguardo a pesar de que inicialmente habían solicitado la remisión del asunto, con posterioridad reconocieron que su sistema de justicia no ofrecía los instrumentos necesarios para reprimir un hecho como el investigado (acceso carnal abusivo con menor de 14 años), por cuanto sus normas solo contemplaban sanciones pecuniarias para conductas poco lesivas, motivo por el que la Corte Constitucional concluyó que no se cumplía el elemento institucional, ratificando que el caso debía ser conocido por la jurisdicción ordinaria como en su momento, pero por otros motivos, lo ordenó la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Conclusión diversa adoptó la Corte Constitucional frente al otro caso objeto de revisión, el cual fue cometido por

un indígena de la comunidad «*Embera-Chami*», en territorio del resguardo «*La Montaña*», contra una niña indígena de 14 años de edad, por cuanto esa comunidad sí cumplía los presupuestos para activar la jurisdicción indígena y, además, en el procesado concurrían los elementos del fuero indígena, motivo por el que la decisión que dirimió el conflicto de jurisdicciones fue dejada sin efectos por el juez de tutela, quien asignó el conocimiento del caso a las autoridades indígenas del resguardo «*La Montaña*».

Como se observa fue equivocada la interpretación que de dicho fallo de tutela hizo el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Disciplinaria en la decisión del 25 de septiembre de 2013, puesto que aunque en aquella se hicieron importantes consideraciones sobre el interés superior del menor, que son las que cita dicha corporación, en manera alguna las mismas constituyen la *ratio decidendi* del pronunciamiento de la Corte Constitucional, puesto que simplemente integraron el marco normativo necesario para que esa colegiatura adoptara una decisión que solucionara los casos concretos, sin que el juez constitucional hiciera prevalecer el interés superior del menor sobre la autonomía de los pueblos indígenas como se pretende hacer ver en la mentada decisión.

En tal medida, la mencionada determinación fue equivocada y contribuyó a que en la actuación penal que desde su inicio asumió la jurisdicción ordinaria se continuara trasgrediendo el debido proceso de HELMER AUGUSTO TAPASCO, por desconocimiento del principio de juez

natural, toda vez que no obstante se verifica en este asunto los elementos, tanto de la jurisdicción indígena como del fuero especial, la jurisdicción ordinaria se arrogó el conocimiento pese a la solicitud expresa que hizo la autoridad aborígen, debidamente sustentada y acreditando todos los requisitos para el efecto.

Así las cosas, el cargo propuesto en la demanda prospera, debiéndose casar la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, en consecuencia, se decretará la nulidad de todo lo actuado por la justicia penal de la jurisdicción ordinaria, sobreviniendo necesariamente la excarcelación del procesado, por lo que la Corte ordena su inmediata liberación, quedando a partir de la fecha a disposición de las autoridades del resguardo indígena de «*Nuestra Señora Candelaria de la Montaña*» para que éstas definan su situación¹⁴.

Así mismo, se dispone remitir las diligencias al cabildo de dicho resguardo, cuyo domicilio se ubica en el municipio de Riosucio-Caldas, para que las autoridades indígenas asuman el conocimiento de este caso.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹⁴ Así lo ordenó en caso similar la Corte Constitucional en sentencia T-921 de 2013.

RESUELVE

PRIMERO: CASAR la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de fecha 9 de marzo de 2015, por el único cargo propuesto en la demanda de casación presentada por el defensor de HELMER AUGUSTO TAPASCO.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado por la justicia penal de la jurisdicción ordinaria.

TERCERO: REMITIR las diligencias al cabildo del Resguardo Indígena «*Nuestra Señora Candelaria de la Montaña*».

CUARTO: ORDENAR la libertad inmediata de HELMER AUGUSTO TAPASCO, quien quedará a disposición de las autoridades indígenas.

QUINTO: Informar al Tribunal Superior de Manizales y a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura lo aquí decidido.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

11 NOV. 2013

11 NOV 2013
4:40 PM

Rad: 46556
Helmer Augusto Tapasco
Ley 906 de 2004

Comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSE LUIS BARCELÓ GAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EXCUSA JUSTIFICADA

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria