

**RELEVANTE
SALA DE CASACIÓN PENAL**

M. PONENTE	: LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
NÚMERO DE PROCESO	: 44890
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP14851-2015
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 28/10/2015
DELITOS	: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años
FUENTE FORMAL	: Ley Estatutaria 270 de 1996 art. 12 / Constitución Política de Colombia art. 1, 7 y 246

ASUNTO:

Corresponde a la Sala determinar si se vulneró o no la garantía fundamental de DACR a ser juzgado por el juez natural en atención al fuero indígena que reclama.

TEMA: CASACIÓN - Es viable analizar la falta de competencia aún cuando se ha decidido la misma por la autoridad competente dentro del trámite

«Para que se active tal jurisdicción se requiere la constatación de los siguientes elementos:

- (i) Personal, concerniente a la pertenencia del sujeto activo de la ilicitud a la comunidad indígena.
- (ii) Territorial, referido a la ocurrencia de los hechos en el ámbito espacial indígena.
- (iii) Objetivo, relativo a la naturaleza del sujeto o víctima sobre la cual recayó el injusto y su pertenencia al grupo social minoritario.
- (iv) Institucional u orgánico, atinente a la existencia de instituciones, usos, costumbres y procedimientos que fijen el actuar de las autoridades tradicionales, que permitan determinar al interior de la población étnica: (a) un cierto poder de coerción social, (b) un concepto genérico de nocividad social, (c) la protección de las víctimas y, (d) la preexistencia de un debido proceso.
- (v) Congruencia, esto es, la no contradicción del orden jurídico tradicional con el dispuesto en la Constitución Política o la Ley.

Sólo ante el cumplimiento de las anteriores condiciones, la justicia ordinaria deberá ceder en sus atribuciones jurisdiccionales y asentir que las personas amparadas por el fuero indígena sean procesadas bajo las normas y parámetros instituidos al interior de la comunidad a fin de maximizar su autonomía».

JURISDICCIÓN INDÍGENA - Elementos: institucional u orgánico

«En el caso concreto, según lo advirtieron los no recurrentes en sus intervenciones, no hay duda frente a la satisfacción de los tres iniciales presupuestos, esto es, el personal, objetivo y territorial, por cuanto en la actuación se acreditó que victimario y víctima son miembros del Resguardo Indígena de Cañamomo y Lomaprieta y que los hechos objeto del ilícito sucedieron en la jurisdicción territorial del mismo, al interior de la vivienda de la prima del sentenciado y amiga de la ofendida

No sucede lo mismo con el factor institucional, que desde una perspectiva más amplia demanda la comprobación «de la capacidad de esas autoridades de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción conforme a usos tradicionales. Esto es, puede existir un reconocimiento formal de resguardo y cabildo, pero no darse materialmente los supuestos de la jurisdicción, por carencia de normas y prácticas específicas de control social, por ausencia de procedimientos de juzgamiento, o porque las autoridades tradicionales han dejado de ejercer ese tipo de funciones.».

Si bien, ese aspecto no puede observarse a partir de la existencia de un sistema normativo escrito asimilable al empleado por la jurisdicción ordinaria, o la aceptación del mismo por la cultura mayoritaria, sí debe considerarse bajo un mínimo de previsibilidad que permita constatar su existencia, en punto a definir la capacidad de coerción de la conducta atentatoria, su propia regulación y la garantía de los derechos de las víctimas.

[...]

Ese criterio fue desarrollado luego en sentencia T-617 de 2010 y acogido por esta Corporación en sentencia CSJ SP3004-2014, al señalarse que es "un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso -límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios-, y constituye una garantía primordial para la eficacia de los derechos de las víctimas. Este elemento, además, permite conservar la armonía 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 y que no se produzcan venganzas internas entre miembros y/o familias de la comunidad."

[...]

En tal virtud, para el estudio de este componente resulta importante examinar que el modelo de investigación y sanción autónomo comporte la efectiva respuesta a las víctimas, sin que ello implique la validación externa del mismo, sino simplemente que la comunidad indígena a través de sus instituciones sea capaz de atender los derechos a la verdad, justicia y reparación, máxime en casos como el presente donde las calidades de la agredida, mujer indígena menor de 14 años,

confieren un plus de protección al convertirlas en sujetos merecedores de especial amparo.

[...]

En el asunto bajo estudio, se evidencia que la defensa desde la audiencia de formulación de acusación anunció que pretendería el traslado de las diligencias a la jurisdicción indígena, no obstante, pese a los aplazamientos concedidos por la autoridad cognoscente a fin de que se tramitara el procedimiento, ello no se dio ante la inexistencia de interés en evacuar el asunto por las autoridades tradicionales, como se evidencia de la constancia dejada por la Juez en auto del 22 de abril de 2014, según la cual el Gobernador del Resguardo, Efrén de Jesús Reyes Reyes, le informó “que para este tipo de asuntos no es pertinente asumir la competencia”, postura que dio lugar a que se continuara el procedimiento sin cuestionamiento alguno al factor competencia, hasta la culminación del juicio oral y público.

Sólo hasta el 27 de enero de 2014 se postuló la suspensión de la audiencia de lectura de fallo, momento en el cual el encartado y el nuevo Gobernador del Resguardo Indígena, CEGR, manifestaron la intención de obtener el cambio de jurisdicción en defensa de los derechos fundamentales consignados en el artículo 246 Superior.

[...]

A pesar de denotar el interés de la Comunidad indígena en validar su autonomía étnica y cultural a través de su jurisdicción, revelan que el Resguardo carece de la infraestructura u organización suficiente para investigar, juzgar y sancionar al procesado, al igual que para garantizar de manera efectiva los derechos de la menor víctima, como se concluye del análisis de las sub-reglas previamente referidas, por cuanto:

(i) La Comunidad étnica a través de su Gobernador y desde los albores de la etapa de juzgamiento negó su interés en adelantar el procedimiento, lo cual permitió evacuar las diligencias hasta la emisión del sentido condenatorio del fallo. Fue sólo después de conocerse que la sentencia era de carácter adverso que se activó esa intención de manera tardía.

(ii) Si bien es cierto que la compatibilidad entre el contenido del derecho propio de la comunidad indígena y los derechos de las víctimas, por regla general, implica un control posterior, no lo es menos que excepcionalmente, en casos como el presente, que revisten extrema gravedad al haberse trasgredido el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual a una víctima en situación de vulnerabilidad, es posible realizar tal juicio de manera previa a fin de constatar que los derechos de esta última a la verdad, justicia y reparación no sean trasgredidos.

En tal sentido, no se aprecia mención alguna en el “Mandato Mayor” de tales derechos, desde una concepción autónoma o externa y, menos, que sean objeto de protección o reconocimiento. Tampoco indica la pena específica a la cual se haría acreedor el responsable de una conducta como la reprochada a DACR, que permita ponderar la magnitud de la misma con la gravedad del delito, a fin de descartar impunidad al momento de aplicar la jurisdicción indígena.

Esos puntos niegan a su vez que en la práctica la sanción efectivamente se ejecute y, concurrente con ello, se garanticen los derechos a la verdad, justicia y reparación de quienes resultaron ofendidos con el actuar ilícito, como emanación del principio de tutela efectiva, dispuesto en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(iii) Sin desconocer el carácter dispositivo del ejercicio de la jurisdicción especial, no se aprecia que en casos similares al presente ya se hubiese intentado la abrogación de la competencia a la ordinaria, o que, pese a ello, se hubiera ofrecido razones para renunciar tal competencia, lo que resulta contrario al principio de igualdad.

(iv) Si bien el Mandato Mayor reconoce la nocividad de las violaciones a la vida, la libertad, la integridad y formación sexual y la necesidad de imponer sanciones privativas de la libertad en centro de resocialización en contra de los responsables, no se constata un respeto al derecho fundamental al debido proceso y al principio de legalidad, puesto que no se satisfacen los criterios de predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales, como que no se cuenta con al menos un antecedente operacional que permita identificar el acogimiento de un modelo procesal para sancionar a la población aforada; por el contrario, lo que se informa es que se ha relegado tal función a la jurisdicción ordinaria en pretéritas oportunidades y que carecen de recursos económicos para la puesta en marcha de la infraestructura que requieren.

En tal virtud, desacertado resulta pretender la mutación de la competencia hacia la jurisdicción especial indígena y por ello, la anulación del proceso, cuando no se constata el elemento institucional presente, dada la clara imposibilidad de la comunidad étnica para asumir procesos penales contra sus miembros a través de instrumentos que aseguren la sanción adecuada al acusado de acuerdo con la gravedad de la conducta enrostrada y la protección de los derechos de la agredida. En consecuencia, no se casará la sentencia objeto de reproche».

INDÍGENA - Pena

«En lo atinente a la petición elevada por la Delegada de la Fiscalía tendiente a la reclusión del sentenciado en un establecimiento penitenciario que consulte con su condición étnica, será en sede de ejecución de la pena que deberá analizarse tal asunto, de oficio o a petición de parte, según se ha indicado en proveídos CSJ AP5156-2015, AP1576-2014 y, AP 21 Ago. 2013, Rad. 41596».

JURISDICCIÓN INDÍGENA - Llamado al Estado para proporcionar a las comunidades indígenas los recursos para juzgar a sus miembros

«En el propósito de que la libre autodeterminación de los pueblos culturalmente diferenciados sea una realidad, los artículos 1, 7, 9, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330 Superiores, propenden porque las comunidades étnicas se den sus propias instituciones, autoridades de gobierno, normas, costumbres y cosmovisión del mundo y adopten las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines, siempre que respeten los límites de la Constitución y la ley, sobre todo, el derecho a la dignidad humana. (CC T-973 de 2009)

[...]

En este sentido, las autoridades indígenas tienen la capacidad jurídica para desplegar la actividad jurisdiccional, sin apelar a la ley de coordinación entre jurisdicciones, hasta ahora no expedida por el Congreso, y, en ese contexto, de reclamar a la justicia ordinaria, la remisión de los procesos promovidos contra los miembros de sus comunidades.

El fenómeno de constitucionalización del derecho, el principio de maximización de la autonomía y el postulado de efectividad de las normas sustanciales u objetivas demandan de las instituciones públicas el desarrollo, en el ámbito de sus competencias, de todas las gestiones tendientes a que la jurisdicción especial indígena sea una realidad.

[...]

De este modo, si las autoridades étnicas comparecen al proceso penal para hacer valer su derecho, constitucionalmente reconocido, a juzgar, conforme a sus usos y costumbres, el comportamiento de uno de los miembros de su grupo minoritario, pero, el motivo, como en este caso, para declinar tal pretensión es el incumplimiento del factor institucional, porque la falta de recursos económicos ha impedido la implementación de los ritos y procedimientos previstos por el resguardo o cabildo cognoscente para el enjuiciamiento del inculpado, no se estará promoviendo el derecho superior a la libre autodeterminación de los pueblos aborígenes.

Recuérdese que el factor institucional de competencia, indaga por la existencia de un sistema de derecho propio conformado por los usos, costumbres y procedimientos tradicionales conocidos y aceptados por la comunidad -principio de predecibilidad o previsibilidad-, capaz de evidenciar un concepto genérico de nocividad social y de garantizar el núcleo básico del debido proceso al acusado y la satisfacción de los derechos de las víctimas, -por lo menos, en sus contenidos mínimos-.

Además, según la Corte Constitucional (CC T-002 de 2012), una de las expresiones de este presupuesto es, precisamente, la manifestación, por parte de un grupo étnico, de su intención de impartir justicia conforme a sus propios reglamentos.

No obstante, si, pese a la clara expresión de la voluntad de las autoridades ancestrales, en el sentido de juzgar las conductas criminales de sus miembros, concurre la imposibilidad material de tramitar el asunto, de acuerdo con su sistema de justicia, derivado de la incapacidad logística o presupuestal, es claro que aunque la jurisdicción ordinaria no puede dar por satisfecho el presupuesto institucional, si está obligada a procurar, conforme al principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, que los entes gubernamentales se ocupen de instituir los mecanismos de inclusión y reconocimiento de la diversidad cultural y el fortalecimiento institucional, necesarios para que la jurisdicción especial indígena no gravite en el plano eminentemente retórico.

En ese sentido, de un lado, a nivel ejecutivo, se tiene que, si bien los Ministerios de Cultura, de Justicia y del Derecho y del Interior y, de otro, el Consejo Superior de la Judicatura, han diseñado, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, una serie de políticas y normas encaminadas a salvaguardar tal compromiso estatal, casos como el que nos ocupa, demuestran que el propósito no ha sido cabalmente satisfecho.

Acorde con lo anterior, se exhortará a las referidas autoridades judiciales y administrativas, así como al nuevo Consejo de Gobierno Judicial, en tanto nuevo administrador de la rama judicial, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, proyecten, desarrollos e implementen los mecanismos idóneos para que tanto las autoridades del Resguardo Cañamomo Lomaprieta, como de todas aquellas comunidades indígenas empoderadas de un sistema de derecho propio - usos y costumbres-, cuenten con las herramientas de orden físico y presupuestal para el enjuiciamiento de sus connaturales».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: T-522/03 | Tema: JURISDICCIÓN INDÍGENA - Elementos: institucional u orgánico

Rad: T-617/10 | Tema: JURISDICCIÓN INDÍGENA - Elementos: institucional u orgánico

Rad: SP3004-2014 | Tema: JURISDICCIÓN INDÍGENA - Elementos: institucional u orgánico