

NOTA EXPLICATIVA

Teniendo en cuenta las diversas citas que se hacen en algunos de los trabajos precedentes, creemos oportuno transcribir algunas de las sentencias citadas. Se trata de decisiones de tribunales del Perú y de la Corte Constitucional de Colombia.

Las primeras son interesantes porque su lectura permite percibir, aunque parcialmente, las dificultades que se presentan para aplicar correctamente el artículo 149 de la Constitución y el artículo 15 del Código Penal. La cuestión planteada es el condicionamiento cultural de procesados y la manera de tenerlo en cuenta al momento del juzgamiento. Teniendo en cuenta la parquedad de los argumentos presentados, así como de la descripción de los hechos por parte de los vocales supremos, insertamos la sentencia recurrida en nulidad y el dictamen fiscal. De esta manera, tratamos de mejor informar a los lectores, lo que les permitirá, por un lado, darse cuenta de las lagunas y deficiencias de las sentencias presentadas y, por otro, comprender que si en los comentarios no se proporcionan detalles de los hechos o argumentos, esto se debe a que no siempre es posible obtener las sentencias de las instancias inferiores o los dictámenes fiscales, documentos que no son, desgraciadamente, publicados. A pesar de su importancia, no incorporamos las sentencias relacionadas con las rondas campesinas, que fueran publicadas en el *Anuario de derecho penal 2005*, en el que se trató la temática relativa a la interpretación de la ley penal. Además, en el trabajo de Raquel Irigoyen, se transcribe y comenta profundamente una de ellas.

Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia son de gran importancia tanto por los problemas abordados como por la manera amplia y fundamentada de la argumentación. Su análisis atento y crítico proporciona una rica información y, dada la similitud de las cuestiones planteadas tanto en Colombia como en el Perú, permite una apreciación comparativa muy provechosa. Esta comparación no debe ser efectuada teniendo en cuenta el nivel del órgano que dicta la sentencia o formula la acusación. La declaración de la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de

una disposición legal, por ejemplo, requiere ser ampliamente fundamentada. Sin embargo, debido a la trascendencia de toda decisión judicial o acusación fiscal con respecto a los derechos de las personas, todas deben ser emitidas con la debida y suficiente fundamentación. Esto no sucede, en general, con los documentos peruanos insertos en estos anexos. Entre dichas cuestiones, cabe indicar la del conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, la imputabilidad por diversidad sociocultural, la legitimidad de las autoridades indígenas y la protección de los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas.

Los textos de las resoluciones colombianas han sido tomados del portal oficial de la Corte Constitucional de Colombia: <http://www.ramajudicial.gov.co>. Los textos peruanos han sido obtenidos en fotocopias. Por ello, no se dan referencias bibliográficas y, por tanto, no tienen valor oficial, aunque constituyen versiones fieles de los originales.

ANEXO I
SENTENCIAS DE TRIBUNALES DEL PERÚ

**1. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R. N. N° 1836-2006
AMAZONAS**

Lima, cuatro de julio de dos mil seis.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Marisa Izquierdo Quijano, José Manuel Rivas Tenorio y Gelimer Omar Montalvo Izquierdo contra la sentencia de fojas seiscientos ochenta y cuatro, su fecha trece de diciembre de dos mil cinco; y CONSIDERANDO: Primero: Que la acusada Izquierdo Quijano en su recurso formalizado de fojas setecientos sostiene que no aparecen en autos elementos probatorios que justifiquen su condena por delito de secuestro, que no se ha determinado que su conducta fue dolosa, que actuó justificadamente, acorde a lo dispuesto por el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, porque intervino como miembro de una ronda urbana amparada en el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Estado; que los acusados Rivas Tenorio y Montalvo Izquierdo en su recurso formalizado de fojas setecientos dos alegan —en el mismo sentido— que la aprehensión de los agraviados Enrique Noriega Campos y Elmer Castro Montalvo —conocidos delincuentes de la provincia de Utcubamba— la efectuaron en su condición de ronderos, por lo que su actuación se encuentra amparada en el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Estado. Segundo: Que se imputa a los recurrentes que, en concurrencia los acusados ausentes Faustino Delgado Quintos, Dante Manzanares Izquierdo, Adelmo Arias Fernández, Gabriel Rodríguez Vélchez, Augusto Tirado Guerrero, Guillermo Fernández Cabrera y Hermógenes Idrogo Sequen —miembros de la ronda urbana del sector San Martín-Bagua Grande—, privaron de su libertad a los agraviados Noriega Campos y Castro Montalvo el ocho de marzo de dos mil tres, como a las once de la noche, luego de lo cual los sometieron a maltratos físicos en su local ronderil, y los acusaron de haber sustraído víveres, los retuvieron hasta el día siguiente en dicho lugar y, luego, en horas de la noche, los sancionaron con la llamada «cadena ronderil» y los castigaron físicamente en las bases

ronderas de los caseríos: La Tabla, Vista Hermosa, Alto Perú, El Verde, Nueva Zelandia, Berlín, Rosapampa, El Balcón y San Juan de Chota, para finalmente liberarlos y ponerlos a disposición de las autoridades el veintisiete de marzo de dos mil tres. Tercero: Que los acusados aseguran que la detención y sometimiento a la denominada «cadena ronderil» a los agraviados se encuentra amparada en el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Estado, que estatuye «Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona [...]», con lo cual de acuerdo a lo dispuesto en el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal están exentos de responsabilidad penal. Cuarto: Que el enunciado constitucional reseñado permite concluir que: (i) la Comunidad Campesina o Nativa ejerce funciones jurisdiccionales acorde con su propio derecho consuetudinario; (ii) el auxilio en el ejercicio de estas funciones corresponde a la ronda campesina o comunal; (iii) la intervención de la ronda campesina o comunal supone la presencia de una Comunidad Campesina o Nativa, de suerte que su existencia como tal no requiere, necesariamente, su constitución formal como persona jurídica; (iv) la conducta que reprimen debe realizarse en su ámbito territorial; y (v) el derecho consuetudinario que apliquen no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Quinto: Que del tenor del acta de sesión extraordinaria de fecha quince de enero de dos mil tres, de fojas ciento cuarenta, se aprecia que un grupo de vecinos y autoridades de la ciudad de Bagua Grande-sector San Martín, en atención a la necesidad de hacer frente a delincuencia existente acordó la organización y funcionamiento de una ronda urbana, junta vecinal o comité de autodefensa, a cuyo efecto se optó por la primera de las denominaciones para la agrupación que constituyeron; que, en este sentido, la ronda conformada por los acusados, aunque forma parte de la Federación Provincial de Rondas Campesinas y Urbanas de Utcubamba y Federación Sub Regional de Rondas con sede en Jaén, no se homologa a la ronda campesina o comunal, célula primaria de organización cuyo derecho consuetudinario el Estado está obligado a resguardar y respetar en reconocimiento del pluralismo jurídico que existe en el país; que, en tal virtud, la exención de responsabilidad prevista en el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal no es aplicable al presente caso, dado que los acusados restringieron la libertad de los agraviados por veinte días sin que estuvieran amparados en el ejercicio de ningún derecho. Sexto: Que, sin embargo, merece resaltarse que los encausados actuaron bajo la creencia de que se encontraban bajo el amparo la eximente de culpabilidad prevista en el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, al haber conformado una organización con la apariencia externa de una ronda campesina, célula comunal a la cual el Estado le otorga la facultad de su derecho consuetudinario, al punto que formaron parte de la Federación Provincial de Rondas Campesinas y Urbanas de Utcubamba y Federación Sub Regional de Rondas con sede en Jaén, todo lo cual conlleva a afirmar que incurrieron en un error de prohibición indirecto de carácter vencible, que en aplicación a lo dispuesto en el último párrafo del artículo catorce del Código Penal permite la imposición de una pena atenuada, tal como en efecto lo consideró la sentencia recurrida. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas seiscientos ochenta y cuatro, su fecha

trece de diciembre de dos mil cinco, que condena a Gelimer Omar Montalvo Izquierdo, José Manuel Rivas Tenorio y Marisa Izquierdo Quijano como autores del delito contra la libertad - secuestro en agravio de Enrique Noriega Campos y Elmer Castro Montalvo a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años y fija en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a cada uno de los agraviados de forma solidaria; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S. SIVINA HURTADO - SAN MARTÍN CASTRO - VALDEZ ROCA - LECAROS CORNEJO - CALDERÓN CASTILLO

VR/vmdr

2. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R. N. N° 3598-2003 CONO NORTE

Lima, cinco de octubre de dos mil cuatro.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Señora Fiscal Superior Adjunto contra la sentencia absolutoria de fojas trescientos setenta y nueve, su fecha veintinueve de octubre de dos mil tres; y CONSIDERANDO: Primero: Que está probado y la propia sentencia recurrida así lo admite, que el acusado tuvo trato sexual continuado con la menor agraviada, de trece años de edad aproximadamente; que el acusado ha manifestado que llegó a conocer la edad de la agraviada porque ella se lo comunicó, lo que por lo demás era evidente tanto porque era inquilino en el inmueble de propiedad de la madre de la agraviada cuanto porque alega que tuvo una relación convivencial con la víctima, la cual incluso era tolerada por la denunciante; que, sin embargo, es de tener presente que la agraviada niega el vínculo amoroso que sostenía y afirma que fue intimidada por el encausado todas las veces que le hizo sufrir el acto sexual. Segundo: Que el imputado es natural del Distrito de Margos, Provincia de Ambo, Departamento de Huánuco, pero vino a radicar a Lima desde hace más de tres años antes de ocurridos los hechos; que el Tribunal de primera instancia, sin fundamento científico alguno, ni pericial, en el fundamento jurídico sexto considera que el imputado actuó como lo hizo en función a su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito geográfico cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen sexualmente a muy temprana edad; que a ello se agrega que no ha explicado, lo que incluso deviene imposible por la falta de una evaluación antropológica, por qué el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue invencible y, por ende, por qué se descarta el error vencible; que, de conformidad con el artículo ciento sesenta del Código de Procedimientos Penales, debe nombrarse peritos cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales; que esta norma se ha incumplido en el caso de autos, pues la evaluación del condicionamiento cultural del imputado requiere informe pericial. Tercero: Que, por otro lado, es de precisar —en función al voto singular—, dado el supuesto fáctico del que se parte, que los hechos de la causa solo harían factible sostener en función a la procedencia cultural del imputado —aunque es de rigor confirmarlo o descartarlo a partir de una pericia—, la presencia de lo que un sector doctrinal denomina «condicionamiento cultural»; que esto último tendría su génesis en un conflicto

cultural, que puede ser extrasistémico o intrasistémico; que, en el primer caso, se trata de un conflicto producido en personas que, como podría ser el caso del encausado, provienen de un medio culturalmente diverso; que, en el segundo caso, que es al que alude el voto singular —no recogido expresamente en el artículo quince del Código Penal—, se sustenta en una concepción discrepante o de conciencia disidente y significa que el individuo sabe y comprende el carácter delictuoso de su acto pero que a su vez discrepa conscientemente de la norma y de su carácter imperativo, supuesto que en modo alguno se presenta en el caso de autos. Por estos fundamentos, y estando a lo dispuesto en el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos penales: declararon NULA la sentencia de fojas trescientos setenta y nueve, su fecha veintinueve de octubre de dos mil tres; MANDARON se realice otro juicio oral por otro Colegiado, previa actuación de una pericia antropológica; en el proceso seguido contra Raúl Fernández Gonzáles por delito contra la libertad - violación de la libertad sexual en agravio de M. I. R. A.; y los devolvieron.

SAN MARTÍN CASTRO - PALACIOS VILLAR - BARRIENTOS PEÑA - LEGAROS CORNEJO - MOLINA ORDÓÑEZ

csm/mpa

3. Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Segunda Sala Penal – Reos Libres

a) Sentencia N° 58

EXP. n.º 2001-1575 - Independencia, veintinueve de Octubre del año dos mil tres

VISTOS: En Audiencia Privada la causa seguida contra: MODESTO EUGENIO FERNÁNDEZ GONZÁLES, natural de Margos, Provincia de Ambo, Departamento de Huancayo, de veintiséis años, nacido el siete de abril de mil novecientos setenta y seis, hijo de don Epifanio Fernández y doña Marcelina Gonzáles, soltero, sin hijos, grado de instrucción primero de primaria, sin antecedentes penales, domiciliado en Manzana «F», Lote «cuarenta y nueve» de la Urbanización Brisas de Santa Rosa del Distrito de San Martín de Porres; por delito contra la Libertad -Violación de la Libertad Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor de iniciales M. I. R. A.; RESULTA DE AUTOS: Que, a mérito de la denuncia y demás recaudos de fojas uno al doce, la Señora Fiscal Provincial formaliza denuncia penal conforme es de verse de fojas trece y catorce, disponiendo el Juzgado la apertura de instrucción contra el procesado antes citado por auto de fojas quince y quince vuelta; tramitándose la causa de acuerdo a nuestro ordenamiento legal así como a su naturaleza, vencido el término de instrucción se emitieron los Informes Finales de ley conforme consta de fojas ciento noventa y cinco a ciento noventa y ocho, con los que se elevaron los autos al Superior, remitido que fue al Señor Fiscal Superior emitió su dictamen-acusatorio conforme es de verse de fojas doscientos nueve a doscientos once, dictándose el Auto Superior de Enjuiciamiento a fojas doscientos doce, habiéndose emitido sentencia a fojas doscientos veintinueve a doscientos cincuenta y cinco, la misma que fue declarada nula mediante ejecutoria suprema de folios doscientos sesenta y cuatro y doscientos sesenta y cinco, ordenándose que se realice nuevo juicio oral por otra Sala, señalándose día y hora para la verificación del juicio oral, el mismo que se ha llevado a cabo en la

forma, modo y circunstancias que constan en las actas de su propósito, oída que fue la Requisitoria Oral del Señor Fiscal Superior, así como los Alegatos de la Defensa, se recepcionaron las conclusiones de ambos Ministerios por escrito; obviadas las Cuestiones de Hecho, el estado de la causa es el de expedirse Sentencia, y; CONSIDERANDO: PRIMERO: Se incrimina al procesado Eugenio Modesto Fernández González el delito contra la Libertad Sexual - Violación Sexual de Menor en agravio de la menor de iniciales M. I. R. A., exponiendo como hechos los siguientes: Que, el procesado abusó sexualmente de la menor agraviada en el interior de su habitación ubicado en la Asociación Santa María del Valle, manzana G, Lote diez del distrito de San Martín de Porras, actos ilícitos que practicaba en repetidas ocasiones y aprovechando de que la menor estaba sola en su domicilio, toda vez que su progenitura María Astonitas Estela trabajaba en lugar distante que no le permitía recogerse en las noches a su domicilio. Los hechos se habrían producido bajo amenaza con objeto contundente como es un cuchillo y de ser victimada, sin embargo la menor puso en conocimiento de una señora que la cuidaba durante el día llamada «Consuelo» quién dio aviso a la progenitura de la menor agraviada. SEGUNDO.- La agraviada en su manifestación contenida en el atestado policial de folios uno a diecinueve, y en su declaración preventiva, de folios setentisiete, refiere que conoció al procesado desde diciembre de año mil novecientos noventinueve, a consecuencia de haber ingresado como inquilino al domicilio de su señora madre, sito en Santa María del Valle, manzana G, Lote diez del distrito de San Martín de Porras, donde llegó a ocupar una habitación en la segunda planta habiendo mantenido relaciones amorosas hasta dos semanas antes de ser denunciado, o sea hasta el mes de abril del año dos mil uno, relata que mantuvo relaciones sexuales desde diciembre del año dos mil contra su voluntad, es decir por la fuerza y bajo amenaza de ser victimada, e intimidándola en otras ocasiones con un cuchillo siendo la última vez en el mes de abril del año dos mil uno, y solo pudo contar lo sucedido a una señora llamada Consuelo Carrasco Ramos cuya declaración testimonial obra de folios ochentiuno. TERCERO.- Por su parte el procesado tanto en su manifestación policial como al prestar su declaración instructiva, y en los debates orales, en forma resuelta y con normalidad confiesa que en efecto practicó en reiteradas veces relaciones sexuales, durante más de ocho meses con la agraviada, toda vez que era su conviviente, así lo consideraban los vecinos de barrio y lógicamente tenía que conocer su madre quién prestó su consentimiento, tanto es así que lo trataba como a su hijo político y él a ella como a su suegra, incluso le tenía mucha confianza, tanto es así que le entregaba dinero para realizar trabajos de refacción en el inmueble, para cuyo efecto realizó contratos como los que aparece en folios doscientos veintisiete y doscientos veintiocho que no han sido cuestionados. Finalmente, refiere que en forma inexplicable la madre de la agraviada cambió de parecer y lo denunció obligando a su menor hija a sostener una versión distinta para perjudicarlo. CUARTO.- Se ha acreditado que el procesado en efecto alquiló una habitación en la segunda planta del inmueble de propiedad de María Orfelina Astonitas Estela, ubicado en la Asociación de Vivienda Santa María del Valle, manzana G, Lote diez del distrito de San Martín de Porras, donde también vivía la agraviada pero en la primera planta y luego de varios meses de conocerse llegaron a mantener relaciones sentimentales, así lo admite la propia menor en su preventiva y en presencia del

Fiscal Provincial Alejandro Pérez Villacorta, manifestando que eran enamorados y con posterioridad convivientes con anuencia de la madre de la menor, así se puede inferir de las fotografías de folios ciento cincuenticuatro a ciento cincuentisiete y doscientos veintidós, donde aparece con la hermana y familiares del procesado. QUINTO.- Está probado que en la época de los hechos la menor contaba con trece años de edad aproximadamente, no se ha determinado la fecha precisa de la primera relación sexual, la agraviada sostiene que fue en el mes de diciembre del año dos mil, mientras que el procesado refiere que fue en el mes de mayo del año dos mil, por tanto considerando que la menor nació el veinticuatro de diciembre de mil novecientos ochentisiete, tenía edad superior a doce años de edad, sin embargo a simple vista representaba una contextura física correspondiente a una edad de entre quince y dieciséis años. SEXTO.- Está probado que el procesado nació en el distrito de Margos de la Provincia de Ambo en el Departamento de Huánuco, donde es costumbre la unión de parejas a temprana edad por factores diversos como el medio ambiente tropical, una cultura especial que contrasta con la vida en ciudad como Lima, de modo que el procesado se ha desarrollado en medio de una cultura especial de una zona como Margos, donde las parejas que se unen a temprana edad lo hacen con suma naturalidad, y por tanto en su concepto, tener relaciones íntimas con la agraviada le parecía lo más natural, así se ha reflejado en la diligencia de confrontación entre la agraviada y su progenitura con el procesado; el hecho de que haya arribado a la ciudad de Lima con la finalidad de encontrar nuevas oportunidades de trabajo no significa que en poco tiempo haya podido asimilar una nueva cultura o se haya puesto a nivel de la nueva cultura, es lógico pensar que se encontraba en proceso de adaptación en su nuevo conglomerado social donde no podía comprender las nuevas costumbres con suma facilidad, de modo que es comprensible una conducta como la motiva este proceso. En suma el procesado no estaba en la posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión cuyas condicionantes son de carácter cultural y de costumbres, que en este caso le favorecen conforme determina el artículo quince del Código Penal; para admitir el error culturalmente condicionado, no es requisito indispensable el lugar de realización de los hechos sino el lugar donde se desarrolló el procesado como ser humano, sus costumbres y demás condiciones; por estas consideraciones el procesado debe ser eximido de responsabilidad en atención a los fundamentos ya expuestos. Por otro lado, no es posible considerar como un error de tipo o de prohibición, toda vez que el procesado tenía conocimiento de la edad de la menor y le parecía muy natural su convivencia, es más, se ha podido advertir que inclusive se siente agraviado cuando dice «mi suegra me quiere separar de su hija para entregarlo a otro joven». SÉTIMO.- El Certificado Médico Legal de fojas diez, refiere que la menor presenta himen complaciente, lo cual releva de estos comentarios tanto más si el procesado acepta haber tenido frecuentes prácticas sexuales; finalmente tanto la agraviada como el procesado tienen una personalidad normal en su desenvolvimiento a simple vista, conforme refiere la pericia psiquiátrica de fojas ciento veintiuno a ciento veintitrés con respecto al procesado. Fundamentos por los cuales la Segunda Sala Especializada en lo Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, valorando los hechos y las pruebas actuadas con criterio de conciencia que la ley autoriza, administrando Justicia a nombre del Pueblo; FALLA POR

MAYORÍA: ABSOLVIENDO de la acusación Fiscal al ciudadano MODESTO EUGENIO FERNÁNDEZ GONZÁLES por delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor de iniciales M. I. R. A.; MANDARON: Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se anulen los antecedentes policiales y judiciales generados por la presente causa, con aviso al juez que corresponda. ROZAS ESCALANTE. Pdte. y DD. - AYALA FLORES. Vocal - COTOS LÓPEZ. Vocal RUTH ANA YALTA GRANDEZ. Secretaria de actas

b) Voto singular

EL SECRETARIO QUE SUSCRIBE CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL DOCTOR CÉSAR COTOS LÓPEZ ES COMO SIGUE: PRIMERO: De las actas de audiencia en las que obran la declaración de la menor agraviada de folios trescientos cincuentiuno a trescientos cincuenticinco; el examen del acusado de folios trescientos cuarentitrés a trescientos cincuenta; la diligencia de confrontación de ambas partes de fojas trescientos sesenta a trescientos sesenticinco; además del reconocimiento médico legal y pericias psicológicas forenses a las que fue sometida la menor agraviada de fojas diez y treinticinco respectivamente; ha quedado establecido que el acusado Eugenio Modesto Fernández Gonzales sometió a trato sexual a la agraviada desde el mes de diciembre del año dos mil hasta abril del año dos mil uno, esto es, cuando aquella contaba con apenas trece años de edad, según se desprende del acta de nacimiento de fojas once. SEGUNDO: Que la conducta del acusado no puede ser eximida de responsabilidad, dado que si bien el error de prohibición recae sobre la potencial comprensión de la antijuridicidad de la conducta, se trata de un asunto que se debe delimitar, teniendo en cuenta no solo las características personales del autor (grado de instrucción, medio cultural, técnica legislativa al redactar la ley, etcétera) sino también el contexto social en que el hecho se produjo; por lo que estimando que el acusado radica en Lima desde el mes de julio de mil novecientos noventinueve, a criterio del suscrito su condicionamiento cultural da lugar a una «conciencia disidente o autoría por conciencia», es decir, que ha obrado como resultado de un esquema general de valores diferentes al nuestro, lo que faculta la atenuación de la pena dado que la posibilidad de su comprensión se haya disminuida. TERCERO: Para los efectos de la graduación de la pena y reparación civil ha determinarse conjuntamente con esta, debe tenerse en cuenta que en aplicación del principio de favorabilidad, la pena mínima que le corresponde es la de diez años, a tenor de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo ciento setentitrés del Código Penal, modificado por la Ley veintisiete mil cuatrocientos setentidós, por la cual se deroga los Decretos Legislativos ochocientos noventiséis y ochocientos noventisiete, sanción que debe ser atenuada en atención a lo expuesto en el punto anterior; en tanto que la reparación civil nacida del delito debe comprender la restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor y la indemnización por los daños y perjuicios materiales y morales, lo que se debe sopesar estimando la condición económica del acusado. Por las consideraciones expuestas apreciando los hechos y las pruebas actuadas con el criterio de conciencia conforme a lo establecido en el artículo doscientos ochentitrés del Código Penal, en aplicación de los artículos doce, quince, veintitrés, veintinueve, cuarenticinco, cuarentiséis, cuarentisiete, noventidós, noventitrés y el inciso tercero del artículo ciento

setentitrés del Código Penal, estando a lo dispuesto por el artículo doscientos ochenticinco del referido Código Adjetivo, MI VOTO ES: QUE SE CONDENE al ciudadano Eugenio Modesto Fernández González como autor del delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor de iniciales M. I. R. A., a SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD efectiva, la misma que con el descuento de la carcelería sufrida desde el diecinueve de abril del año dos mil uno conforme a la notificación de detención obrante a fojas doce, hasta el diez de diciembre del año dos mil uno, vencerá el día siete de marzo del año dos mil nueve; FIJA: el monto de la Reparación Civil en la suma de CUATRO MIL NUEVOS SOLES que deberá pagar el sentenciado a favor de la agraviada; ORDENA: su INTERNAMIENTO en la cárcel pública que determine el Instituto Nacional Penitenciario, oficiándose con tal fin; MANDA: Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se expidan los testimonios y boletines de condena correspondiente para su inscripción donde corresponda; archivándose los de la materia donde corresponda, con aviso del Juez de la causa.
CÉSAR COTOS LÓPEZ. Vocal - RUTH ANA YALTA GRANDEZ. Secretaria de actas

c) Decisión

EXP. N° 2001-1575

D. D. DR. FRANCISCO ROZAS ESCALANTE

Independencia, veintinueve de Octubre del año dos mil tres, a la hora señalada por el Colegiado.

Con la concurrencia de los Señores Vocales Doctores: FRANCISCO ROZAS ESCALANTE - PRESIDENTE Y DIRECTOR DE DEBATES - LEONOR EUGENIA AYALA FLORES - VOCAL y CÉSAR COTOS LÓPEZ - VOCAL, en reemplazo de la Doctora Iris Pacheco Ruancas por disposición superior, se CONTINUÓ la Audiencia Privada en la causa seguida contra MODESTO EUGENIO FERNÁNDEZ GONZÁLES por delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor de iniciales M. I. R. A.

Presentes la Fiscal Adjunta Superior Doctora Eneida Aguilar Solórzano, el acusado Modesto Eugenio Fernández González asesorado por su abogada la doctora Sara Miriam Guerrero Morales; y el doctor Leovigildo Hernández Cienfuegos en representación de la menor agraviada y parte civil. Se procedió a firmar el acta anterior luego de leída y aprobada que fue, sin observación alguna. Preguntado el acusado Modesto Eugenio Fernández González, si se encontraba conforme con el alegato formulado por su abogada o si tenía algo más que agregar, DIJO: Que, se encuentra conforme. Suspendida y reabierta que fue la audiencia, se procedió a dar lectura a la Sentencia que; FALLA POR MAYORÍA: ABSOLVIENDO de la acusación Fiscal al ciudadano MODESTO EUGENIO FERNÁNDEZ GONZÁLES por delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor de iniciales M. I. R. A.; MANDARON: Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se anulen los antecedentes policiales y judiciales generados por la presente causa, con aviso al juez que Acto seguido se procede a dar lectura al voto singular del señor Vocal CÉSAR COTOS LÓPEZ es como sigue: QUE SE CONDENE al ciudadano Eugenio Modesto Fernández González

como autor del delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor de iniciales M.I.R.A., a SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD efectiva, la misma que con el descuento de la carcelería sufrida desde el diecinueve de abril del año dos mil uno conforme a la notificación de detención obrante a fojas doce, hasta el diez de diciembre del año dos mil uno, vencerá el día siete de marzo del año dos mil nueve; FIJA; el monto de la Reparación Civil en la suma de CUATRO MIL NUEVOS SOLES que deberá pagar el sentenciado a favor de la agraviada; ORDENA: su INTERNAMIENTO en la cárcel pública que determine el Instituto Nacional Penitenciario, oficiándose con tal fin; MANDA: Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se expidan los testimonios y boletines de condena correspondiente para su inscripción donde corresponda; archivándose los de la materia donde corresponda, con aviso del Juez de la causa.-Consultada la Fiscal Adjunta Superior; DIJO: Que, interpone recurso de nulidad. La Sala dio por interpuesto el recurso de nulidad, concediendo el plazo perentorio de diez días hábiles contados a partir del día siguiente de la fecha de expedición de la presente sentencia, a efectos de que cumpla la señorita Fiscal Superior con fundamentar el recurso de nulidad interpuesto, bajo apercibimiento de ser declarada inadmisibile. Con lo que concluyó la audiencia, firmándose la presente luego de leída y aprobada que fue, sin observación alguna.

d) Dictamen de Fiscal Provincial
DICTAMEN N° 416.01
EXPEDIENTE N° CNLD 15281
INGRESO N° 342-01
OCTAVO JUZGADO PENAL
SUMARIO

VIOLACIÓN SEXUAL MENOR

Viene esta fiscalía para su pronunciamiento la instrucción a fs.105, seguida contra RAÚL FERNÁNDEZ GONZÁLES como presunto responsable del delito contra la Libertad Sexual - VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL DE MENOR DE CATORCE AÑOS en agravio de M. I. R. A.

Se desprende de la denuncia formulada por este ministerio y, que corre a fs.13/14, que se le atribuye al imputado el cargo de haber sostenido en diversas oportunidades relaciones sexuales con la menor agraviada, desde que esta tenía 12 años de edad.

Con los instrumentos probatorios acopiados a lo largo de la presente instrucción, como son: las declaraciones policiales de fs.5/6, 7/9, el certificado médico legal perteneciente a la agraviada fs. 10, la partida de nacimiento perteneciente a agraviada de fs. 11, la instructiva de fs.16/20, examen pericial de psicología forense perteneciente a menor agraviada de fs.35, la diligencia de ratificación de los médicos legistas de fs.51, la declaración preventiva de fs.77/80, la testimonial de MARÍA ORFELINDA ASTONITAS ESTELA de fs.81/85, el certificado médico perteneciente a la agraviada respecto a los resultados del análisis de contenido vaginal de fs. 86 y, la declaración testimonial de MARÍA CONSUELO CARRASCO RAMOS de fs.101/104; se ha corroborado plenamente que el encausado FERNÁNDEZ GONZÁLES de 23 años de edad, en distintas oportunidades desde el mes

de mayo de 2000 hasta el día 11 de abril del año en curso, es decir, desde cuando la adolescente solo contaba con 12 años de edad hasta los 13 años, ha venido sosteniendo relaciones sexuales con ella, lo cual se ha probado con los elementos de prueba antes glosados, y más precisamente con su partida de nacimiento, las declaraciones de ambas partes y, las testimoniales existentes; hecho que realizaba aprovechando su condición de inquilino en el domicilio de la menor y, en horas de la noche en ausencia de los familiares de la agraviada. Por tales razones y, cumpliendo mis funciones, como en uso de las facultades que me confiere el artículo 159 de la Constitución Política del Estado, la Ley Orgánica del Ministerio Público y, de conformidad al artículo 2° de la Ley N° 27472 de fecha de publicación 05-06 01; y, con estricta legalidad de conformidad a los artículos 11, 12, 23, 23, 92, 93 y 173 inciso 3 del Código Penal ACUSO a RAÚL FERNÁNDEZ GONZÁLES como autor del delito Contra la Libertad Sexual VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL DE MENOR DE CATORCE AÑOS en agravio de M. I. R. A.; demandando a la judicatura se le condene a DOCE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD como medida de represión por la infracción a la ley penal e imponiéndosele al pago DOS MIL NUEVOS SOLES a favor de la menor agraviada, por concepto de reparación civil.

Cono Norte, 27 de junio de 2001

Zonia Villegas Amado

Fiscal provincial penal

4. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R. N. N° 2786 - 2006 UCAYALI

Lima, diez de agosto de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Teddy Moisés Miqueas Pérez contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos cuarenta y ocho, del nueve de mayo de dos mil seis; y CONSIDERANDO: Primero: Que la defensa del encausado Miqueas Pérez en su recurso formalizado de fojas doscientos cincuenta y siete sostiene que es de aplicación el artículo quince del Código Penal, que su patrocinado ha expresado en sede preliminar y en el acto oral que desconocía que mantener relaciones sexuales con menores de edad es delito, que la costumbre en su comunidad es que las chicas desde los trece o catorce años tienen relaciones sexuales y que los padres se ponen de acuerdo para entregar a sus hijas como esposas, que una investigación del Ministerio de Salud establece que la vida sexual de las mujeres del pueblo Shipibo - Konibo puede empezar a las once años pero lo usual es a partir de quince años y, en cuanto al matrimonio, este se produce alrededor de los diecisiete años, por lo que la conducta que se imputa a su defendido no es reprochable desde sus patrones culturales.

Segundo: Que el encausado Miqueas Pérez de diecinueve años de edad, miembro de la Comunidad Nativa de Nueva Luz, vecino del Barrio Flores de la Comunidad Miraría, del Distrito de Sepahua, de la Provincia de Atalaya - Ucayali, en el mes de diciembre de dos mil tres, hizo sufrir el acto sexual a la menor K. M. G. K., de trece años de edad —véase partida de nacimiento de fojas ciento cuarenta y uno—, a quien conoció porque él concurría a visitar a sus tíos, vecinos —al igual que ella— del Barrio Las Palmeras de la

Comunidad Nativa de Nueva Luz del Distrito de Echarati, el mismo que la abordó y a su insistencia aceptó tener relaciones sexuales, a consecuencia de lo cual resultó embarazada y dio a Luz una niña —certificado médico de fojas siete e historias clínicas de fojas sesenta y nueve a ciento quince—; que está probado que el encausado tiene educación secundaria completa y que la agraviada igualmente ha seguido estudios en el Colegio de la Comunidad, así como que todo ocurrió a espaldas de los padres de la víctima, ambos docentes que ejercen en la localidad; que, asimismo, el imputado es integrante de la Comunidad Nativa de Sepahua y pertenece al grupo étnico Yine - Piro, según la constancia de fojas ciento noventa y cinco expedida por la autoridad comunal respectiva. Tercero: Que el acusado Miqueas Pérez —instructiva de fojas ciento cuarenta y tres y declaración en el acto oral de fojas doscientos quince— reconoce haber tenido relaciones sexuales, en una sola ocasión, con la menor agraviada —también admite que tiene otro proceso penal porque hizo lo mismo con una menor de trece años de edad, su actual conviviente, con la que se unió luego que fue rechazado por los padres de la agraviada— y que no sabía que tener trato sexual con una menor es delito porque las costumbres en dicha Comunidad es que las mujeres tienen vida sexual desde los doce años de edad, aunque contrariamente, primero, dice que la víctima era su enamorada y, luego, aduce que creía que tenía dieciocho años de edad; que las dos últimas explicaciones no tienen el menor sustento, puesto que la agraviada menciona que solo lo conocía de vista y que una vez la abordó y tuvieron relaciones sexuales de mutuo acuerdo, aunque a su insistencia —véase referencial de fojas ciento treinta y uno—, y el hecho que sabía que la menor estudiaba en el colegio descarta una confusión o error respecto a su edad; que el Tribunal de Instancia aplicó el artículo quince del Código Penal bajo el entendido que el imputado por su cultura o costumbres se hallaba disminuida la posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su acto de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por lo que le impuso una pena por debajo del mínimo legal, de cinco años de privación de libertad. Cuarto: Que, en principio, es de descartar la presencia de un error de prohibición —invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal: artículo catorce, párrafo dos, del Código Penal— porque aún cuando el imputado pertenece a una Comunidad Nativa de la etnia Yine - Piro, por su grado de instrucción: quinto año de secundaria, no es razonable estimar la presencia de una deficiente asimilación de las reglas oficiales respecto a la edad de una mujer para tener trato sexual con ella; por tanto, bajo ese entendido del conocimiento de las normas que identifican ese acto como penalmente antijurídico, se rechaza el error de prohibición —el imputado estaba en condiciones de conocer los alcances de la prohibición penal—. Quinto: Que el artículo quince del Código Penal incorpora un caso particular de incapacidad —más precisamente de inimputabilidad— de las personas que cometen un delito, subordinándola al hecho que el agente pertenezca a una cultura diferente, que sus patrones culturales —diferentes de los que forman la base del Código Penal— afectan gravemente su concepto de la realidad, en cuya virtud se le exime de pena —más allá que no sepa que comete un hecho antijurídico— porque está en la imposibilidad de comportarse conforme a cánones culturales que le son extraños; que, en el presente caso, no se está ante un conflicto cultural absoluto entre el sistema de valores que sustentan el Código Penal y los de su grupo étnico porque el grado de integración del imputado se ha relativizado como consecuencia de su escolaridad

y consecuente integración en el sistema oficial —incluso conoce el idioma oficial y así se ha conducido procesalmente—; que, sin embargo, se está ante un conflicto relativo pues en atención a lo expuesto no puede desconocerse por completo las diferencias culturales y el conflicto que ello suscita —pese a su grado de escolaridad y nivel de integración con la cultural oficial—, en consecuencia, es de aplicación —tal como ha sido aplicado por el Tribunal de Instancia— el último extremo del citado artículo quince del Código Penal; que, empero, la pena impuesta deber ser proporcionalmente disminuida dada las características del hecho antijurídico perpetrado, las condiciones personales del imputado y porque la infracción penal se cometió en el propio ámbito geográfico de la comunidad a la que pertenecen imputado y agraviada; que, en tal virtud, es compatible con la prevención especial suspender la ejecución de la pena, en tanto se trata de una persona joven, sin antecedentes y que no existen fundamentos razonables para estimar que esta medida no cumplirá su finalidad: evitar que cometa un nuevo delito; que, por otro lado, no es del caso fijar pensión de alimentos para el niño habido producto de las relaciones sexuales impuestas por el encausado porque no existe recurso acusatorio que comprenda esa omisión. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas doscientos cuarenta y ocho, del nueve de mayo de dos mil seis, en cuanto condena a Teddy Moisés Miqueas Pérez como autor del delito contra la libertad - violación de la libertad sexual - violación sexual de menor en agravio de K. M. G. K., y le impone tratamiento terapéutico, así como fija en cuatro mil nuevos soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene; declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que impone a dicho encausado cinco años de pena privativa de libertad; reformándola: le IMPUSIERON cuatro años de pena privativa de libertad cuya ejecución se suspende por el plazo de un año bajo las siguientes reglas de conducta: a) comparecer cada cuatro meses al juzgado para justificar sus actividades; b) prohibición de ausentarse de la Comunidad donde reside sin conocimiento del Juez; c) cumplir con el pago de la reparación civil y pasar alimentos mensualmente a su menor hijo; y, d) someterse al tratamiento terapéutico, previo examen médico o psicológico que dispondrá el Juez de Ejecución; DISPUSIERON su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista orden de detención emanado de autoridad competente; y los devolvieron.

S. S. SIVINA HURTADO - SAN MARTÍN CASTRO - VALDEZ ROCA - LEGAROS CORNEJO - CALDERÓN CASTILLO

SMC/jsa

5. Corte Superior de Justicia de Ucayali

SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL PERMANENTE

EXP. N° 2004-0083-242502-JX1P

PROVIENE JUZGADO MIXTO DE LA PROVINCIA DE ATALAYA

D. D. LLANOS CHÁVEZ

SENTENCIA

Pucallpa, nueve de mayo del Dos mil seis.

VISTA; en audiencia privada la causa penal seguida contra TEDDY MIQUEAS PÉREZ, por el delito Contra la Libertad Sexual - Violación Sexual de Menor de catorce años, en agravio de la menor K. M. G. K. de trece años de edad, ilícito penal previsto y penado en el artículo 173 inciso 3) del Código Penal; RESULTA DE AUTOS: Que, por el mérito de la denuncia formalizada de fojas quince al dieciséis, interpuesta por el señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de Atalaya - Ucayali, recaudada con las diligencias efectuadas con relación al Atestado Policial 079-VI-DIRTEPOL-U/RPNP/CA-SEINCRS, de folios uno al diez, mediante auto de folios diecisiete al dieciocho, integrado mediante auto de folios ciento cincuenta y nueve, el señor Juez del Juzgado Mixto de la Provincia de Atalaya, dictó el correspondiente auto de apertura de instrucción; dictándose contra el procesado mandato de detención, haciéndose presente el procesado ante la autoridad jurisdiccional con fecha once de julio del dos mil cinco, conforme se verifica de su inestructiva de folios ciento treinta y cinco y siguiente, disponiéndose su traslado al establecimiento penal de ciudad; tramitándose la presente causa dentro de los lineamientos procesales señalados por ley; y vencido el plazo ordinario y ampliatorio de la instrucción, la causa fue remitida a la Sala Superior con el respectivo dictamen del Fiscal Provincial e Informe del Juez Penal; cursados los autos al Despacho del Señor Fiscal Superior para su correspondiente pronunciamiento, mediante Dictamen acusatorio de folios ciento setenta al ciento setentidos, el Representante del Ministerio Público, acusa al procesado por el delito Contra la Libertad Sexual - Violación sexual de menor en agravio de la menor K. M. G. K., ilícito previsto y sancionado en el artículo 173 inciso 3° del Código Penal; expidiéndose el auto superior de enjuiciamiento de folios ciento noventa, declarando Haber Mérito para pasar a Juicio Oral contra el acusado, señalándose fecha para realización de la audiencia pública; iniciado el Juicio Oral, se desarrolló de acuerdo a las normas procesales vigentes; que interrogado el procesado TEDDY MOISÉS PÉREZ (Reo en cárcel) respecto del delito que se le imputa, agotados que fueron los debates orales; formulada la requisitoria oral del Señor Fiscal Superior así como los alegatos de los Abogados de la Defensa; presentadas las respectivas conclusiones que se tienen a la vista; discutidas y votadas las cuestiones de hecho, y encontrándose expedita la presente causa para dictar sentencia; y, CONSIDERANDO: PRIMERO: Que, para dictar una sentencia condenatoria no es suficiente el convencimiento subjetivo del Juez, sino que el mismo debe apoyarse en una mínima actividad probatoria de cargo producida con las garantías procesales y especialmente, con respeto absoluto a los derechos fundamentales, tendientes a desvirtuar la presunción de inocencia, de tal forma que el resultado de la misma puede obtenerse la convicción judicial acerca de la culpabilidad del procesado; y, en caso de duda, de acuerdo a los Principios Constitucionales que orientan todo proceso, se debe presumir su inocencia conforme a lo previsto en el literal «e» del inciso vigésimo cuarto del artículo segundo de la Constitución Política del Perú; que sentadas estas premisas, en el presente proceso, a la luz de las pruebas incorporadas al proceso se ha podido establecer lo siguiente: SEGUNDO.- Que, sentadas estas premisas, debemos señalar que se imputa al procesado Teddy Moisés Miqueas Pérez, que en el mes de diciembre del año dos mil tres, mantuvo relaciones sexuales vía vaginal con la menor agraviada de iniciales K. M. G. K., quien

contaba con trece años de edad, en el distrito de Sepahua - Atalaya, teniendo conocimiento que aquella tenía menos de catorce años de edad, pues cursa estudios primarios en la Comunidad Nativa de Nueva Luz, habiendo quedado embarazada la menor agraviada, siendo que al tomar conocimiento de tal hecho sus progenitores la condujeron al Puesto de Salud El Rosario de Sepahua, para efectos de que se le practique el debido reconocimiento, habiendo sido diagnosticado por el Médico Cirujano primigesta de treinta y siete semanas pro Fur en trabajo de parto, hemorragia del tercer trimestre, gestante en alto riesgo obstétrico.

TERCERO.- Que, se acusa a Teddy Moisés Miqueas Pérez por delito Contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual - Violación Sexual de menor de catorce años, en agravio de la menor de iniciales K. M. G. K. quien contaba con trece años de edad, ilícito previsto y penado en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal.

CUARTO.- Que el ilícito sub materia se produjo en el mes de diciembre del año dos mil tres, por lo que teniendo en cuenta que la Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible, conforme lo dispone el artículo 8 del Código Penal, corresponde aplicar el tipo penal descrito en Artículo 173 Inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley 27507, que establece que: «El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad será reprimido con las siguientes pena privativas de la libertad: 3. Si la víctima tiene de años a menos de catorce, la pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años».

QUINTO.- A través de secuela del proceso el acusado ha señalado pertenecer a la Comunidad Nativa del Sepahua, que tenía desconocimiento de lo ilícito de su conducta por que en su comunidad nativa sus costumbres son distintas; al respecto debe de tenerse en cuenta:

- a) El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Tribales, aprobado mediante Resolución Legislativa Número 26253 señala en su artículo 8 numeral 1): «Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario [...]»; asimismo el artículo 9 numeral 2): «Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia»; La actual Constitución Política en su artículo 2º numeral 19) ha cumplido con reconocer el derecho a la identidad étnica y cultural como un derecho fundamental de las personas.
- b) En tal sentido el artículo 15 del Código Penal establece: «El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena»; por lo que a efectos de resolver los hechos sub materia resulta necesario tener en cuenta no solo las costumbres, tradiciones, creencias y valores socioculturales del agente, conforme lo establece el segundo párrafo de la Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas.
- c) En tal sentido el procesado ha señalado a través de la secuela del proceso pertenecer a la comunidad nativa de Sepahua, al grupo étnico Yine-Piro, corroborando su dicho con la copia certificada de su Carnet que lo identifica como Comunero de la Comunidad Sepahua, obrante a folios ciento noventa y cuatro, asimismo las Constancias de Comunero de folios ciento noventa y cinco, ciento noventa y seis y ciento noventa y siete, con lo cual se tiene acreditada su condición de nativo, sin embargo debe establecerse si por tal condición

no puede comprender el carácter delictuoso de sus actos o determinarse de acuerdo a esa comprensión o si por tal razón dicha posibilidad se halla disminuida.

d) En tal sentido se tiene que el acusado indica en su continuación de declaración inestructiva que «en las comunidades desde los doce años ya hacen relaciones, no es como en las ciudades [...]», asimismo en el acto de Juicio Oral indica estar arrepentido de «no saber que tener relaciones sexuales con menor era delito», refiriendo que sus costumbres son distintas a las de la ciudad, que los curacas acostumbran tener varias mujeres, acto en el cual señaló que habla dialecto Yina Piro y procedió a hablar algunas palabras en una lengua distinta al castellano; sin embargo debe tenerse en cuenta que las costumbres en las comunidades nativas no avalan el acto sexual del varón con una menor de manera irrestricta, sino que tales hechos se producen dentro de una conocida por los progenitores de la menor incluso la entregan en una ceremonia comunal a su futuro cónyuge, conforme el procesado lo ha aceptado en su declaración en el acto de juicio oral, «entrega» que no se ha producido en el caso sub iudice.

e) Más aún la relación sexual sostenida por el procesado con la agraviada fue ocultada a los progenitores de aquella, conforme se aprecia de la declaración testimonial de Eliana Kategari de Gonzáles, madre de la menor agraviada, obrante a folios ciento treinta y ocho y siguiente, quien señala que se enteró de la violación sexual de su menor hija cuando descubrió que aquella se encontraba embarazada; asimismo dicho acto sexual fue ocultado a los tíos del procesado conforme lo reconoce el procesado en el acto del juicio oral, debiendo tenerse en cuenta que la conducta del procesado evidencia un accionar oculto o subrepticio, lo cual resulta contradictorio con lo señalado por aquel respecto a que la relación sostenida con la agraviada se encuentra arreglada a sus costumbres, más aún al ser preguntado en el acto del Juicio oral de por que motivo fue denunciado por los progenitores de la menor entra en contradicción, pues señala que quizá lo denunciaron por amargura entre comunidades, sin embargo en dicho acto afirma «sus padres me la iban a entregar después, ellos estaban de acuerdo para que me la entreguen [...]», lo cual es contradictorio con la denuncia formulada en su contra ante el Teniente Gobernador de Nueva Luz por Colatino Gonzáles Vargas y Eliana Kategari Santos, padres de la agraviada, obrante a folios seis.

f) Por lo expuesto se tiene que el procesado conocía de lo reprochable de su conducta, advirtiéndose además que no se desarrolló entre su persona y la menor agraviada una relación de acuerdo a su cultura como pretende, tan es así que los progenitores de aquella formulan denuncia en su contra por tal motivo, asimismo no se verifica que hayan sostenido una relación de pareja, pues si bien aquel señala haber sido enamorado de la menor agraviada, aquella no ha señalado tal situación, sin embargo se advierte que el procesado se ha conducido condicionado por las costumbres del medio en el cual se ha desarrollado, por lo que su capacidad de interiorizar la norma penal se encuentra disminuida, esto en atención a que ha internalizado desde niño las pautas de conducta asociadas con las costumbres de su comunidad, por lo cual se encuentra disminuida su comprensión de la antijuridicidad de su conducta, al haber obrado como resultado de un esquema general de valores diferentes del nuestro, situación que no lo exime de responsabilidad, sin embargo en caso de ser encontrado responsable penalmente tal situación deberá ser tomada en cuenta a efectos de la pena.

SEXTO.- Del análisis de lo actuado se determina la responsabilidad penal del acusado TEDDY MOISÉS MIQUEAS PÉREZ, como autor del delito Contra la Libertad Sexual

- Violación de la Libertad Sexual de menor de catorce años, en agravio de la menor de iniciales K. M. G. K. de trece años de edad, al evaluarse los siguientes elementos de juicio:

a) A folios ciento treinta y uno obra la Declaración Referencial de la menor agraviada Katia Melina Gonzáles Kategari, quien señala que su fecha de nacimiento es el tres de setiembre de mil novecientos noventa, refiere que conoce al procesado mucho antes de que sucedan los hechos materia de autos, por que aquel llegaba a su comunidad Nueva Luz, distrito de Echati, Provincia de la Convención, a visitar a sus tíos, quienes son vecinos de aquella, que en una oportunidad viajaron hacia Camisea cada uno representando a sus respectivos colegios, de lo cual se colige que el acusado tenía conocimiento de la edad de la agraviada.

b) En su acotada declaración la menor agraviada señala que mantuvo relaciones sexuales con el acusado, lo cual se produjo cuando aquella se dirigía a sacar agua al puerto, que le insistió para tener relaciones sexuales por lo que aquella aceptó, que fue la primera vez, que no ofreció resistencia, de lo cual se tiene que la menor agraviada imputa al procesado haber mantenido relaciones con su persona, agrega que ha procreado una hija con el procesado, y que aquel se preocupa de sus necesidades básicas y que desea que siga manteniendo a su menor hija.

c) A folios siete obra el Certificado Médico practicado con fecha tres de agosto del dos mil cuatro a la menor agraviada en el cual se diagnostica: «Primigesta de treinta y siete semanas por FUR en trabajo de parto, hemorragia del tercer trimestre d/c placenta previa, gestante de alto riesgo obstétrico», con lo cual se acredita que la menor agraviada mantuvo relaciones sexuales en noviembre o diciembre del año dos mil tres y como consecuencia de ello quedó embarazada, por lo que teniendo en cuenta que aquella ha señalado haber nacido el tres de setiembre de mil novecientos noventa, se tiene que dichas relaciones sexuales se produjeron cuando contaba con trece años de edad.

d) A folios ciento veintinueve al ciento treinta obra la Diligencia de ratificación del Informe del Doctor Luis Aduato Chuquillanqui, quien se ratifica en el Certificado Médico de folios siete, que a la paciente se le diagnostico «primigesta de treinta y siete semanas por fecha de última regla en trabajo de parto [...] cuando se diagnostica gestante de alto riesgo obstétrico es por la edad de la gestante trece años de edad», con lo cual se corrobora el embarazo de la agraviada como consecuencia del abuso sexual sufrido contando con trece años de edad.

e) De folios setenta al ochenta y cinco y ochentiséis al ciento dieciséis obra la Epicrisis de recién nacido y la Epicrisis de la menor agraviada, con los cuales se acredita el estado de embarazo y posterior parto de la menor agraviada.

f) Respecto a la de la menor agraviada se tiene que a folios ciento cuarenta y uno obra el Acta de Nacimiento de la menor agraviada, la cual consigna como fecha de su nacimiento el tres de setiembre de mil novecientos noventa, si bien es una copia simple, no ha sido impugnada o tachada por las partes, siendo concordante con lo señalado por la menor agraviada, asimismo de su Epicrisis de folios ochenticuatro y siguientes se consigna su edad trece años, siendo que en la diligencia de Ratificación de folios ciento veintinueve el Médico Luis Aduato Chuiquillanqui señala que la menor agraviada se le diagnosticó alto riesgo obstétrico en atención a su edad de trece años.

g) A folios ciento treinta y ocho y siguiente obra la declaración testimonial de Eliana Kategari de Gonzáles, madre de la menor agraviada, quien señala que se enteró de la violación sexual de su menor hija cuando descubrió que aquella se encontraba embarazada, que su esposo Colatino Gonzáles hizo la denuncia ante el Teniente Gobernador de la Comunidad y de ahí fue derivado al Juzgado de Paz no Letrado de Sepahua; que su menor hija solo ha tenido relaciones con el acusado y como consecuencia de tales hechos la menor quedó embarazada, habiendo procreado a su menor hija Sally Carmela; versión que corrobora los cargos imputados al acusado.

h) De folios ciento treinta y cinco y siguiente y a folios ciento cuarentitrés al ciento cuarenta y cinco obra la declaración instructiva y continuación de declaración instructiva del procesado Teddy Moisés Miqueas Pérez, quien reconoce haber mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada en una oportunidad, en circunstancias que aquella iba a lavar al río y como consecuencia de aquel acto sexual han procreado una menor quien nació el cuatro de agosto del año dos mil cuatro, de lo cual se tiene que el procesado acepta haber practicado el acto sexual con la agraviada, a quien conocía desde antes de que se produjeran los hechos e incluso habían viajado ambos a Camisea en una oportunidad representando a sus colegios, conforme lo señala la menor agraviada a folios ciento treinta y uno, por lo que se colige que tenía conocimiento de su minoría de edad.

i) El acusado en su continuación de declaración instructiva así como en el acto de Juicio Oral reconoce haber sostenido relaciones sexuales con la menor agraviada señalando que era su enamorada y que el acto se produjo con el consentimiento de aquella, siendo que la agraviada en su declaración reconoce que el acto sexual se produjo con su consentimiento, sin embargo tal hecho no enerva la responsabilidad penal del procesado por cuanto en este tipo de delitos no entra en consideración el consentimiento de la menor agraviada, quien no tiene la edad suficiente para prestar un consentimiento válido en tal sentido, protegiéndose su sano desarrollo sexual y psicológico.

l) La Jurisprudencia Nacional se ha pronunciado: «En el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el “futuro”. De allí que para la realización del tipo penal no entre en consideración el consentimiento del menor, pues este carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la incapacidad de los menores para consentir válidamente».¹

k) De la compulsa de los medios probatorios expuestos se tiene que el acusado, efectivamente, es autor del delito imputado, pues pese a tener conocimiento de que la agraviada tenía menos de catorce años de edad, practicó el acto sexual con aquella, conforme lo ha referido la agraviada en su declaración referencial, hecho que el procesado ha aceptado en su declaración instructiva y en el acto de juicio oral, corroborado con la declaración testimonial de doña Eliana Kategari de Gonzáles, madre de la menor agraviada, como consecuencia

1 R. N. Nº 63-04. La Libertad - Primera Sala Penal Transitoria, Corte Suprema de Justicia - Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema - Diálogo con la Jurisprudencia -Página 243.

de lo cual dicha menor quedó embarazada conforme el Certificado Médico de folios siete, ratificado a folios ciento veintinueve al ciento treinta, habiendo nacido con fecha cuatro de agosto del año dos mil cuatro su menor hija conforme se acredita con las Epicrisis de folios setenta al ciento dieciséis, lo que demuestra la responsabilidad penal del acusado.

OCTAVO.- Que, de la compulsa de los autos y evaluación de los medios probatorios, este Colegiado ha llegado a la convicción que la conducta imputada al acusado se subsume al tipo penal del delito de Violación de la Libertad Sexual de menor de catorce años, tipificado en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por Ley 27507.

NOVENO.- Que, con relación a la pena a imponerse al acusado debe tenerse en cuenta que resulta de aplicación al procesado lo previsto en el artículo 15 del Código Penal respecto a la atenuación de la pena en atención a que por su cultura o costumbre su posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión se haya disminuido, por lo que reducirse prudencialmente la pena a imponerse, merituando además las condiciones personales del agente, quien no registra antecedentes penales ni judiciales conforme se verifica de folios cincuenta y cinco y ciento ochentinueve, asimismo se debe considerar la conducta asumida por el procesado a través de la secuela del proceso, quien ha aceptado haber practicado el acto sexual con la menor agraviada, debiendo además considerarse lo previsto en el artículo 45 del Código Penal, respecto a que el Juez al momento de fundamentar y determinar la pena deberá tener en cuenta las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres y los intereses de la víctima; Si bien es cierto la pena con la cual se sanciona el delito materia de autos es de larga duración, cuyo carácter irreversible de prisionización por el largo encierro genera la despersonalización del agente, desintegrando su sociabilidad y toda su vida, separándolo de su ambiente familiar, laboral y afectivo, lo que por lo general termina causando perturbaciones mentales o alteraciones en su personalidad más o menos profundas, resulta procedente en el caso reducirle la pena por debajo del mínimo legal, todo ello concordante con los principios de resocialización y fines de la pena.

DÉCIMO.- Que, para fijar el monto de la reparación civil se tiene que tener en cuenta la magnitud del daño ocasionado, si bien es cierto en el caso materia de autos dicho daño es inapreciable económicamente, siendo que además como consecuencia del injusto la agraviada ha procreado a su menor hija, de lo cual se tiene que tal situación le ha generado gastos a la agraviada, más aún se ha presentado «alto riesgo obstétrico» en la menor conforme el Certificado Médico de folios siete ratificado a folios ciento veintinueve, ello debido a su minoría de edad, por lo que estando a lo expuesto debe fijarse por concepto de reparación civil un monto prudencial debiendo tenerse en cuenta además las posibilidades económicas del obligado.

UNDÉCIMO.- Que, las pruebas actuadas y no glosadas en nada enervan los considerandos de la presente sentencia, habiéndose acreditado el delito y la responsabilidad penal del acusado; con sujeción a la Constitución y a la Ley; en aplicación de los artículos once, doce, quince, veintitrés, veintinueve, cuarenta y cinco, cuarentiséis, noventidós, noventitrés y ciento setentitrés inciso tercero del Código Penal modificado por Ley 27507. Administrando Justicia a nombre de la Nación y con el criterio de conciencia que la Ley faculta LA SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR

DE JUSTICIA DE UCAYALI FALLA: CONDENANDO a TEDDY MOISÉS MIQUEAS PÉREZ (reo en cárcel), cuyas generales obran en autos, como autor del delito Contra La Libertad - Violación de la Libertad Sexual - Violación Sexual de menor, en agravio de la menor K. M. G. K.; a CINCO AÑOS de pena privativa de la libertad de carácter efectiva, la misma que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el once de julio del dos mil cinco, conforme se aprecia de folios ciento cuarenta, vencerá el día diez de julio del dos mil diez. FIJARON en la suma de CUATRO MIL NUEVOS SOLES, el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el sentenciado a favor de la agraviada. ORDENARON que el condenado sea sometido a un tratamiento terapéutico de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178-A del Código Penal. MANDARON: Que consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se remitan los boletines y testimonios de condena a que refiere el artículo trescientos treintidós del Código de Procedimientos penales se inscriba en-el registro judicial respectivo; y fecho archívese definitivamente la causa. S. S. Padilla Vásquez. Presidente - Llanos Chávez. Vocal y DD. - Cucalón Coveñas. Vocal

6. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R. N. N° 2348-2004 JUNÍN

Lima, cuatro de octubre de dos mil cuatro.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor fiscal superior contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos treinta, su fecha veintiséis de mayo de dos mil cuatro; y CONSIDERANDO: Primero: Que el Señor Fiscal cuestiona el quantum de la pena impuesta al acusado Carlos Edilberto Palomino Fieta por considerarla muy benigna frente a la gravedad de los hechos: violación sexual de menor edad, ilícito ocurrido en el Caserío de Zungaroyali del Distrito de Puerto Bermúdez, Provincia de Oxapampa, a la vez que alega que no es aplicable el artículo quince del Código Penal porque el imputado ha tenido un desarrollo vivencial de tipo occidental. Segundo: Que si bien el imputado, miembro de la Comunidad Nativa Ashaninka Tres Unidos - San Pablo, según la constancia de fojas ciento noventa y dos, reconoce —aún cuando tiene conviviente y tres menores hijos—, haberse relacionado sexualmente con la menor agraviada —cuyo padre es miembro de la Comunidad—, no solo el día de los hechos sino en otras tres oportunidades anteriores, rechaza que la haya forzado, enfatiza que el acto sexual siempre fue de mutuo acuerdo, a la vez que señala que tales hechos forman parte de sus vivencias culturales, al punto que tenía decidido juntarse con ella pues en su Comunidad está permitido tener de dos a tres mujeres, aunque luego menciona que hizo mal. Tercero: Que como quiera que la exposición del imputado radica en que actuó conforme a sus pautas culturales, y que la sentencia recurrida no realiza una concreta valoración de la realidad de esas costumbres en función al hecho concreto, tanto más sí el Fiscal Superior cuestiona la aplicación del artículo quince del Código Penal, resulta imperativo a tenor de lo dispuesto por el artículo ciento sesenta del Código de procedimientos Penales, contar con apoyo pericial para determinar la aplicación de dicha norma sobre bases firmes, por lo que es del caso aplicar lo dispuesto por el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos, y de conformidad con el artículo doscientos noventa y ocho, inciso uno, del Código de Procedimientos Penales: declararon NULA la sentencia de fojas doscientos

treinta, su fecha veintiséis de mayo de dos mil cuatro, e INSUBSISTENTE todo lo actuado hasta fojas ciento sesenta y seis inclusive; MANDARON ampliar la instrucción por el plazo de treinta días, a fin que se realice una pericia antropológica respecto a la situación cultural del imputado, se tome la preventiva de la agraviada y la declaración de sus padres, así como se lleven a cabo otras diligencias necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos; en el proceso penal seguido contra Carlos Edilberto Palomino Fieta y otro por delito de violación de la libertad sexual en agravio de menor de edad; y los devolvieron. SAN MARTÍN CASTRO - PALACIOS VILLAR - BARRIENTOS PEÑA - LEGAROS CORNEJO - MOLINA ORDÓÑEZ
SMC-cga.

7. Corte Superior de Justicia de Junín

a) Sentencia Sala Mixta Descentralizada de La Merced

Procedencia. Oxapampa. EXP. N° 2002-533.

La Merced, veintiséis de mayo del Dos Mil Cuatro.

VISTOS: El expediente número 2002 - 533 seguido contra Carlos Edilberto Palomino Fieta y Juan José Puñiro Castro por el delito de Violación de la Libertad Sexual en agravio de una menor de edad cuya identidad se mantiene en reserva por mandato legal;

RESULTA DE AUTOS:

En mérito del atestado policial de fojas uno y siguientes, denuncia formalizada de fojas veinte y veintiuno, por auto de fojas veintidós y veintitrés se apertura instrucción contra CARLOS EDILBERTO PALOMINO FIETA y JUAN JOSÉ PUÑIRO CASTRO por el delito de violación de la libertad sexual, en agravio de una menor de edad cuya identidad se mantiene en reserva, con mandato de detención, vencido el término ordinario de instrucción así como el ampliatorio de fojas ciento seis y de fojas ciento cuarentiuno, se emiten los dictámenes de fojas ciento veintiséis y siguientes y el de fojas ciento cincuentiséis, y los informes finales de fojas ciento treintidós y siguientes así como el de fojas ciento sesentiuno, elevados los autos a esta Superior Sala Mixta, previa acusación escrita del señor Fiscal Superior de fojas ciento sesentiséis, se dicta el auto de enjuiciamiento de fojas ciento sesentinueve por el que se declara Haber Mérito para pasar ajuicio oral, la misma que se lleva a cabo conforme a las actas que obran en autos, y oído la requisitoria oral del señor Fiscal Superior y el alegato de la defensa y la defensa de hecho realizada por el encausado presente, el estado de la causa es el de expedir sentencia, habiendo presentado sus conclusiones por escrito tanto el señor Fiscal Superior como el abogado defensor, y propuestas, discutidas y votadas las cuestiones de hecho; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- DE LOS CARGOS IMPUTADOS

De la formalización de la denuncia así como de la acusación escrita de fojas ciento sesentiséis, se incrimina a los imputados Carlos Edilberto Palomino Fieta y Juan José Puñiro Castro la autoría del delito de Violación de la libertad sexual en agravio de una menor de edad cuya identidad se mantiene en reserva, quien al prestar su manifestación policial en presencia de su padre biológico César Sovero López, refiere haber sido agredida sexual-

mente a las doce horas del día trece de octubre del dos mil dos, en circunstancias en que se encontraba estudiando sola en su domicilio ubicado en el sector de Zungaroyali del Distrito de Puerto Bermúdez, haciendo su ingreso en forma repentina el acusado Palomino Fieta y a viva fuerza contra la voluntad de la menor le bajó su falda y prenda íntima, la tomó de las manos y le tapó la boca, se sacó la truja que llevaba puesto y le introdujo su pene en la vagina hasta lograr eyacular, procediendo luego a retirarse, quedándose la menor llorando, posteriormente hizo su aparición el acusado Juan José Puñiro Castro quien ingresó a su cuarto a donde esta se había dirigido y bajo amenaza de muerte también le bajó su falda y ropa interior procediendo a introducirle su pene en la vagina hasta eyacular, procediendo luego a retirarse.

SEGUNDO.- DE LA DECLARACIÓN DE LOS PROCESADOS

a) El inculpado Carlos Edilberto Palomino Fieta al prestar su instructiva a fojas treintidós y siguiente se ratifica de su declaración policial de fojas nueve al doce y ampliatoria de fojas diecinueve; acepta conocer a la menor agraviada desde hace dos años con quien mantuvo relaciones sexuales en tres o cuatro oportunidades, y que la primera vez tuvo lugar en el dos mil uno cuando se realizó una fiesta social en el caserío de Zungaroyali, y el primero al igual que las otras fueron en el campo y la última vez el trece de octubre del dos mil dos a las once de la mañana aproximadamente cuando se apretaban a pescar con su coaculpado Juan José Puñiro Castro, quien le indicó que la menor estaba sola por lo que ingresó a su domicilio, encontrando a la menor estudiando y de mutuo acuerdo sostuvieron relaciones sexuales y luego de quince minutos retornó a su canoa encontrándose con su coaculpado, quien posteriormente también se constituyó al domicilio de la menor, demorándose media hora, advirtiéndole que al parecer había forcejeos, ya que pudo escuchar golpes y empujones, y al preguntarle a su coaculpado si había practicado el acto sexual con la menor le respondió que no; y agrega que en su condición de ashaninka no sabe que es delito mantener relaciones sexuales con un menor de catorce años; finalmente señala que la menor debe tener unos trece años de edad.

b) En lo que respecta al acusado Juan José Puñiro Castro, este tiene la condición de reo ausente y no ha prestado ninguna declaración en sede de investigación preliminar como judicial.

TERCERO.- LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

La agraviada, cuya identidad se mantiene en reserva, sostiene que el día de los hechos fue agredida sexualmente por palomino Fieta quien ingresando a su domicilio le tapó la boca, le sacó la ropa e introdujo su pene en su vagina, y que luego se retiró; y posteriormente cuando se había ido a ver la yuca que se encontraba cocinando apareció Puñiro Castro quien a empujones la llevó a la cama donde la agredió sexualmente. Sin embargo la agraviada ingresa en una contradicción al contestar la pregunta trece cuando señala que con Palomino Fieta sintió fuerte dolor pero de Puñiro Castro no ha sentido dolor pero que en ningún momento realizaron o abusaron sexualmente sin su consentimiento. Para esclarecer este tema ha sido citada debidamente y reiteradas veces tanto en sede judicial como en el juicio oral sin embargo no ha concurrido ya que en un inicio señala que Palomino Fieta le propinó un puñete pero luego señala que dio su consentimiento, lesión que el médico legista no pudo advertir tal vez porque concurrió al examen de reconocimiento después de una semana.

CUARTO.- DOCUMENTOS RECEPCIONADOS

A) Acta de registro personal de fojas catorce practicado en la persona de Carlos Edilberto Palomino Fieta.

B) Reconocimiento Médico Legal de fojas quince donde se señala que la menor *agraviada* presenta Himen, Desgarro completo Antiguo a horas VI y IX, de una semana aproximadamente, expedido por la medico cirujano Rosemary Malpartida Tunear, ratificado a fojas sesenta.

C) Reconocimiento médico practicado a Carlos Edilberto Palomino Fieta de fojas dieciséis, por el médico Roberto Borja Mena, ratificado a fojas ciento veinticuatro.

D) Certificado de antecedentes penales negativo de Carlos Edilberto Palomino Fieta.

E) Carta de fojas cincuentisiete remitido por Luis Fernández Llosa, Jefe de la Comunidad Nativa Tres Unidos San Pablo en la que señala que Palomino Fieta es indígena que pertenece al grupo étnico ashaninka.

H) Constancia de buena conducta de fojas cincuentiocho, repetido a fojas noventitrés expedido por el jefe de la comunidad nativa Tres Unidos San Pablo del Distrito de Puerto Bermúdez, provincia de Oxapampa.

G) Constancia de trabajo de fojas noventicuatro.

I) Memorial de fojas noventicinco suscrito por los dirigentes y comuneros de tres unidos San Pablo que señalan que el encausado es comunero activo, conviviente y que tiene tres hijos.

I) Partida de nacimiento de fojas noventisiete, noventiocho. Noventinueve, correspondiente a los menores hijos del encausado Palomino Fieta.

J) Partida de nacimiento de la menor agraviada de fojas ciento dos que acredita que nació en Zungaroyali, Distrito de Puerto Bermúdez, Provincia de Oxapampa, departamento de Cerro de Pasco, con fecha 25 de junio de mil novecientos ochentiséis, es decir a la fecha de los hechos contaba con trece años y tres meses de edad.

K) Certificado de antecedentes penales negativo de Juan José Puñiro Castro de fojas ciento once.

L) Constancia de fojas ciento noventidós emitido por Misael Mendoza Ucayali, Jefe de ANAP en Ja que hace constar que el acusado Palomino Fieta es de la Comunidad Nativa Tres Unidos, San Pablo, Puerto Bermúdez que hace énfasis en la ley 22175 sobre el reconocimiento de la aplicación del derecho consuetudinario indígena y del pluralismo jurídico y de la multiculturalidad jurídica y que la acotada ley señala que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características sociales, económicas y culturales.

M) Declaración jurada de Norfelia Castro Mena conviviente del encausado con quien señala tener tres menores hijos de edad.

QUINTO.- De todos los medios probatorios validamente incorporados al proceso compulsados adecuadamente ha sido posible determinar lo siguiente:

A) El día trece de octubre del dos mil dos en circunstancias que la menor agraviada se encontraba estudiando al interior de su domicilio y estando sola en razón de que sus padres se encontraban de viaje y sus hermanos menores habían ido a bañarse al río hizo su aparición el encausado Palomino Fieta, quien forzando a la menor logró mantener

relaciones sexuales con esta para luego retirarse al río donde se encontraba su canoa; y posteriormente ingresó al domicilio Puñiro Castro, quien también mantuvo relaciones sexuales con la menor, hecho que se encuentra corroborado con el certificado médico, la declaración de la agraviada y del propio encausado, así como la edad de trece al momento de consumarse los hechos se encuentra acreditada con la partida de nacimiento.

B) El hecho imputado se encuentra previsto en el artículo ciento setentitrés inciso tercero del código penal que sanciona a aquel que mantiene el acto sexual u otro análogo con una menor de catorce años siendo irrelevante que sea con o sin el consentimiento de la agraviada ya que en este tipo de delitos lo que se protege es la indemnidad sexual, es decir, que el normal desarrollo de la sexualidad de los menores de catorce años en relación con los mayores; es decir, se sanciona el ejercicio de la sexualidad con menores en la medida que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

SEXTO.- Para efectos de calificar el grado de responsabilidad o irresponsabilidad penal del encausado y de ser el caso imponer la sanción que corresponda ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

A) El encausado pertenece activamente a la comunidad nativa de Tres Unidos San Pablo, así como la agraviada también ha nacido en el centro poblado de Zungaroyali del Distrito de Puerto Bermúdez. En este sentido el artículo quince del código penal regula la figura del error de comprensión culturalmente condicionado, el cual posibilita atenuar la pena.

B) En este orden de ideas ha de tenerse en cuenta el convenio número 169 de la OIT relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independiente firmado en Ginebra el veintisiete de junio de mil novecientos ochentinueve y aprobado por el Perú con Resolución Legislativa N° 26253 del dos de diciembre de mil novecientos noventitrés, ratificado el diecisiete de enero de mil novecientos noventa y cuatro con fecha de entrada en vigencia para el Perú el dos de febrero de mil novecientos noventa y cinco y concordante con la ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, ley número veintidós mil ciento setenta y cinco del diez de mayo de mil novecientos setentiocho. Este citado cuerpo normativo señala en su artículo diez lo siguiente:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

C) En este orden de ideas el error de comprensión culturalmente condicionado procura eliminar un trato indebido a los indígenas y nativos de la selva en virtud de que por su cultura o sus costumbres no pueden internalizar la ilicitud del hecho. El profesor argentino Raúl Eugenio Zaffaroni, inspirador de este dispositivo penal, señala este error recae sobre la ilicitud del hecho y precisa que cuando es directo concierne el conocimiento de la norma penal, su vigencia y su aplicabilidad. Villavicencio Terreros hace referencia a que el infractor se desarrolla en una cultura distinta a la nuestra y que ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura, y da como ejemplo el caso de un miembro de una comunidad nativa de la *amazonia* que practica actos sexuales con una menor de catorce años pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de

catorce años. (Citas tomadas del artículo de José Hurtado Pozo, artículo 15 del código penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?; en Anuario de ciencias penales, 1993, pág. 357 y sts.)

D) Sin embargo para el miembro de una comunidad nativa solo existe un sistema cultural y actúa conforme a sus normas, salvo que se trate de una comunidad que tiene suficientes contactos con el sistema oficial, gracias a la actividad de misioneros, turistas, comerciantes, medios de comunicación, etc., y que por tanto sus miembros ya conocen que el comportamiento en cuestión está prohibido conforme a las reglas ajenas a su cultura, caso en el que de cometer el acto prohibido lo harán porque consideran legítimo seguir comportándose según las pautas culturales propias. En el caso materia de autos si bien el encausado pertenece a una comunidad nativa ashaninka, la misma que acepta dentro de sus patrones culturales y consuetudinarios las relaciones sexuales con menores de edad de catorce años pues es lícito para ellos dicho comportamiento desde que la menor ingresa a la menarquía, es de tener en cuenta que la cultura occidental ha captado parte de su estructura cultural y psíquica del encausado quien habla el idioma castellano, ha cursado el quinto año de secundaria, se entera de las noticias a través de los medios de comunicación en especial la televisión, por lo que el error como IW factor que determina la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento es relativo en este caso.

E) En este caso estamos frente a un error de comprensión culturalmente condicionado vencible, el mismo que a tenor del artículo quince del código penal no exime de responsabilidad penal a su autor pero atenúa su responsabilidad, hecho que deberá tenerse en cuenta al graduar la responsabilidad.

SÉPTIMO.- Ha de tenerse en cuenta la confesión sincera con la que ha venido actuando el encausado, instituto jurídico que a decir del profesor colombiano Velásquez Velásquez es de abolengo anglosajón que busca introducir un derecho premial supuestamente encaminado a fortalecer la justicia, invitando a los sindicatos a sincerarse ante la autoridad. Derecho penal, parte general, página seiscientos veintitrés citado por Prado Saldarriaga, Víctor, La determinación judicial de la pena; en Revista doctrina y jurisprudencia penal, tomo 1, página quinientos sesentitrés. Siguiendo a Prado Saldarriaga en el citado artículo señala que el confeso se hace acreedor no a una atenuante por un menor injusto o una menor culpabilidad, sino a un beneficio que opera como reducción de la penalidad y se justifica por la ayuda que él ofrece, con su confesión debidamente sustentada, a la eficiencia de la administración de justicia.

OCTAVO.- Para efectos de fijar el monto de la reparación civil debe tenerse en cuenta la magnitud del daño ocasionado, así como también las posibilidades económicas con las que cuenta el encausado, poblador de la ciudad de Satipo, de ocupación agricultor, con otros menores hijos, sin bienes de fortuna.

NOVENO.- De conformidad con el artículo ciento setentiocho guión A y para efectos de la resocialización del encausado debe tenerse en cuenta que en este tipo de delitos se exige previamente a un examen médico y psicológico un tratamiento terapéutico, es decir una medida de seguridad fundada en criterios de prevención especial y en la necesidad de prevenir delitos de la misma naturaleza frente a un sujeto peligroso y sobretodo a efectos de facilitar su readaptación social.

DÉCIMO.- En cuanto se refiere al acusado ausente este debe de reservarse en virtud del inciso doce del artículo ciento treintinueve de la constitución que proscribe el juzgamiento en ausencia, debiendo ordenarse su ubicación captura e internamiento en el establecimiento penal de esta ciudad.

POR TODO LO EXPUESTO:

La Sala Mixta Descentralizada de La Merced - Chanchamayo, administrando justicia a nombre de la Nación, evaluando los hechos y las pruebas con el criterio que faculta el artículo doscientos ochentitrés del código de Procedimiento Penales, y estando a lo previsto en el artículo doscientos ochenticinco de mismo código adjetivo:

FALLA:

PRIMERO.- Encontrando responsable a CARLOS EDILBERTO PALOMINO FIETA por la comisión del delito contra la libertad en la modalidad de violación sexual de menores en agravio de una menor cuya identidad se mantiene en reserva; consecuentemente lo condenaron y le impusieron CUATRO de pena privativa de libertad, de las cuales dos años y tres meses es efectiva, y los restantes de un año y nueve meses se SUSPENDEN CONDICIONALMENTE al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta:

- a) No frecuentar lugares de dudosa reputación ni consumir licor.
- b) No ausentarse del lugar de la localidad de su residencia sin autorización del juez.
- c) Concurrir obligatoriamente al juzgado a firmar y justificar sus actividades.
- d) No poseer instrumentos que faciliten la comisión de otro delito.

Todas las reglas de conducta bajo apercibimiento de revocársele la condicionalidad de la pena.

SEGUNDO.- FIJARON en un año y nueve meses el periodo de prueba.

TERCERO.- FIJARON en la suma de quinientos nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá abonar el sentenciado con sus bienes propios y libres en ejecución de sentencia.

CUARTO.- RESERVARON el juzgamiento del reo ausente JUAN JOSÉ PUÑIRO CASTRO, hasta que sea habido o se presente voluntariamente, debiéndose reiterar las órdenes de captura e internamiento en el centro penitenciario de esta ciudad.

QUINTO.- ORDENARON que consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se remitan copias pertinentes para su inscripción en los Registros correspondientes.

SEXTO.- DISPUSIERON tratamiento psicológico previo examen Psicológico del condenado, para tales efectos cúrsese oficio al Centro de salud de Puerto Bermúdez.

Ss. RUEDA FERNANDEZ - GUERRERO LÓPEZ - CARVQ CASTRO

b) Dictamen Fiscal

Expediente N° 2002-533. N° 187 -2004. Delito: Violación Sexual. Juzgado Penal de Oxapampa. Reo en Cárcel.

Por auto de fs.22 y 23 se abre instrucción contra CARLOS EDILBERTO PALOMINO FIEU y JUAN JOSÉ PUÑIRO CASTRO, por delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de Violación sexual de una menor cuya identidad se guarda en reserva; dictándose contra los citados imputados mandatos de detención.

ANÁLISIS DE LOS HECHOS

Conforme aparece del atestado policial N°. 024-VIIIPNP-SRCHYO/JPO-CPB, de fs. 01 y siguientes, denuncia formalizada por el Fiscal Provincial y por los demás actuados se inculpa a los imputados Carlos Edilberío Palomino Fetía y Juan José Puñiro Castro, la autoría del delito instruido en perjuicio de la menor agraviada, quien al prestar su manifestación policial de fs.06: en presencia de su padre biológico César Sovero López, refiere haber sido agredida sexualmente, aproximadamente a las 12.00 horas del día 13OCT2002, en circunstancias que se encontraba estudiando en su domicilio situado en el Sector Zün-garoyali jurisdicción de Puerto Bermúdez - Oxapampa y se encontraba sola toda vez que sus padre se encontraban ausentes y sus dos menores hermanos se habían dirigido al río a bañarse, haciendo su ingreso en forma repentina el primero de los encausados y a viva fuerza contra la voluntad de la menor la cogió procediendo a bajarle su falda y prenda íntima y al tratar de defenderse la empujó, así como la tomó de las manos; y le tapó la boca, luego se bajó la trusa deportiva que llevaba puesto y sacando su pene le introdujo en su vagina hasta lograr eyacular y una vez consumado el hecho se bajó de su encima y se dirigió hacia el Puerto, quedándose llorando la menor, posteriormente hizo su aparición el encausado Juan José Puñiro Castro, quien ingresó hasta su cocina a donde esta se había dirigido y a empujones la llevó hasta su cuarto donde le hizo echar en su cama y bajo amenaza de muerte también le bajó su falda y ropa interior logrando introducirle su pene en su vagina hasta eyacular y concluido dicho acto ilícito se retiró con dirección al Puerto, hechos que se hallan corroborados con el reconocimiento médica legal de fs. 15, cuya conclusión es «Desfloración antigua», debidamente ratificada a fs. 60 y declaración ampliatoria del propio procesado Garios Edilberto Palomino Fieta obrante a fs. 19, en presencia del representante del Ministerio Público donde admite con lujo de detalles la forma y circunstancias en que perpetró el evento delictivo, así como con su instructiva de fs.32 y 33, partida de nacimiento de la menor, agraviada de fs.102 con b que se acredita que esta en la época de los hechos frisaba 13 años con 04 meses de edad.

Por su parte el inculpado Garios Edüberío Palomino Reta, de 27 años de edad natural de la Comunidad Nativa de San Pablo del Distrito de Puerto Bermúdez - Oxapampa, conviviente católico, con quinto de secundaria, agricultor, domiciliado en la en la Comunidad Nativa de San Pablo del Distrito de Puerto Bermúdez y demás generales de Ley que aparecen a fs. 9 al 12 y ampliatoria de fs. 19, acepta conocer a la menor agraviada desde hace dos años con quien mantuvo relaciones sexuales en 03 ó 04 oportunidades y que la primera vez tuvo lugar el 2001, cuando se realizó una fiesta social en el caserío de Zün-garoyali y la primera igual que las otras fueron en el campo y la última vez fue el 13OCT2002 a las 11.00 horas aproximadamente cuando se aprestaban a pescar con su co-incepado Juan José Puñiro Castro, quien le mencionó que la agraviada se encontraba sola, por lo que se dirigió a dicho domicilio ingresando encontrándose la menor y fue la menor quien se le acercó y se echó al piso comenzando a sacar su ropa interior y en forma natural practicaron el acto sexual y luego de 15 minutos retornó a su canoa encontrando a su coincepado, quien posteriormente también se constituyó al domicilio de la menor demorándose media hora advirtiendo que al parecer había forcejeos ya que pudo escuchar golpes y empujones y al preguntarle a su co-encausado sobre si había practicado el acto

sexual, agrega que no sabía la edad de la menor, pero por su apariencia física debe tener 13 años y como el deponente es ashaninka no sabe si es delito mantener relaciones con una menor de edad, pues en su comunidad no lo es, ya que mantienen relaciones sexuales desde los 09 años.

El inculpado Juan José Punirá Castro, no ha sido habido hasta la fecha por lo que se desconoce sus generales de ley y que se encuentra prófugo de la justicia.

ELEMENTOS PROBATORIOS:

Atestado policial N° 024-VIIIPNP-SRCHYO/JPO-CPB, análisis y conclusión de fs. 01 y siguientes, referencia policial de la menor agraviada en presencia de su padre biológico de fs. 6 al 8, así como la manifestación policial de fs. 09 al 12 y ampliatorio de fs. 19 reconocimiento médico legal de fs. 15, debidamente ratificados a fs. 60, cuya conclusión es «Desfloración antigua», debidamente ratificados a fs. 60, instructiva de fs. 32 y 33, partida de nacimiento de la menor agraviada de fs. 102.

ACUSACIÓN, PENA y REPARACIÓN CIVIL:

Por los fundamentos expuestos ACUSO Sustancialmente a los procesados CARLOS EDILBERTO PALOMINO FIETA y JUAN JOSE PUÑIRO CASTRO, como autores del delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de Violación de menor de Catorce años; en agravio de la menor cuyas identidad se mantiene en reserva, solicitando se le imponga 20 años de pena privativa de libertad, así mismo se fije el pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil, a favor de la menor agraviada, que deberá ser efectivizada por el acusado en forma solidaria con sus bienes propios y libres en vía de ejecución de sentencia de conformidad con lo dispuesto por los Arts. 1, 12, 23, 29, 45, 46, 92, 93, 95, y Art. 173 inc. 3 del Código Penal, este último restituido por Ley N° 27507.

La instrucción ha sido tramitada regularmente.

OTROSÍ DIGO: El acusado se halla internado en el penal de Oxapampa, desde el 23OCT2002, conforme se persuade del oficio de fs.30. Asimismo, conforme aparece de las certificaciones, de fs. 48 y 111, los procesados carecen de antecedentes penales.

OTROSÍ DIGO: Solicito a la Sala se sirva ordenar la verificación de las siguientes diligencias:

1. Se reciba la declaración instructiva del inculpado Juan José Puñiro Castro y encontrándose con mandato de detención oficiase a nivel nacional para su captura e internamiento en el establecimiento de procesados sin perjuicio de oficiarse a la División de Requisitorias de la PNP con sede en Lima.
2. Se recabe la declaración referencial de la menor agraviada, sin perjuicio de ser requerida para el reconocimiento médico ginecológico por los médicos Walter Guerrero Ciquero y Yedira Guevara Tejada, así como se practique su posterior ratificación conforme ha sido ordenado en autos.
3. Se reciba la declaración del representante legal de la menor agraviada.
4. Se practique la diligencia de inspección judicial conforme ha sido ordenado en autos y para su cumplimiento se notifique a los sujetos procesales.

La Merced, 16 de marzo del 2004

ANEXO II

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

1. Sentencia T-728/02

Sentencia T-728/02 JURISDICCIÓN INDÍGENA-Competencia ¿Qué sucede cuando durante el curso del proceso se propone o está pendiente de dirimir un conflicto positivo de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional: el juez ordinario decide, por su cuenta, ignorar la probable presencia del fuero indígena o dirime en su favor el conflicto, continúa conociendo del proceso y profiere sentencia condenatoria en contra del miembro de la comunidad indígena? Este es un común denominador de los dos procesos de la referencia. Así pues, de este suceso se deducen, al menos, estas consecuencias: 1a) el juez penal ordinario ha incumplido el deber de remitir el expediente a la autoridad facultada para dirimir el conflicto de competencia entre distintas jurisdicciones, la cual ya no podrá ejercer su función frente a procesos ya terminados con sentencia condenatoria o absolutoria; 2a) es factible que el indígena deba purgar una condena impuesta por autoridad no competente para fijarla; 3a) es factible la vulneración del derecho fundamental al debido proceso que asiste al indígena de ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (Código Penal, artículo 29); y 4a) es factible la vulneración del derecho fundamental de la autonomía de las comunidades indígenas y de la jurisdicción especial indígena. Así pues, este asunto trasciende de un debate de carácter procesal al escenario de la protección de derechos fundamentales al debido proceso, legalidad, juez natural, las formas propias de cada juicio y el derecho comunitario de la autonomía de las comunidades indígenas. FUERO INDÍGENA – Concepto. El fuero indígena es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional

y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al «ser» más que al «deber ser», apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas. FUERO INDÍGENA – Elementos. El fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, el personal «con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad» y el territorial «que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas». Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. Esta condición es inherente al debido proceso, uno de cuyos componentes es precisamente el del juez natural, tal como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución. VÍA DE HECHO POR DESCONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA - Defecto orgánico. No se le garantizó el debido proceso al no permitírsele ser investigado por su verdadero juez natural, de conformidad con las normas y procedimientos de su comunidad. Por lo tanto, al someter al mencionado indígena a las normas penales nacionales, se incurrió en el desconocimiento del derecho al debido proceso y a la jurisdicción especial de las comunidades indígenas, tal como lo señala el artículo 246 de la Constitución Política, con lo cual, estima la Sala, es procedente la acción de tutela interpuesta porque se incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico. ACCIÓN DE TUTELA - Oportunidad. Estima la Sala que la presentación de la tutela se hace dentro de un margen razonable, en atención al grado de conocimiento de la acción de tutela que le es exigible al accionante; al hecho de haber agotado oportunamente las diferentes etapas procesales de impugnación que le garantiza la legislación penal nacional, y al hecho de estar cumpliendo el accionante una condena de 25 años de prisión. No comparte la Sala el estricto conocimiento que el ad quem exige al miembro de la comunidad indígena en relación con el principio de inmediatez de la acción de tutela, máxime cuando fue investigado y juzgado por una jurisdicción distinta a la que la Constitución le garantiza y a que la tutela fue presentada un año después de proferirse el fallo de revisión por la Corte Suprema de Justicia. FUERO INDÍGENA - No se cumplió requisito para reconocerlo. En los casos en el que el delito se comete fuera del territorio de la comunidad, la jurisprudencia constitucional exige, para que se reconozca el derecho a ser juzgado por la jurisdicción especial indígena, que se tenga en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos. No es dable reconocerle a la actora el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser capaz de entender los valores de la conducta recriminada, no resulta inconveniente juzgarla de acuerdo con el sistema jurídico nacional. CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE JURISDICCIÓN INDÍGENA Y JURISDICCIÓN PENAL - Juez de

tutela está legitimado para pronunciarse. No se desconoce, sin embargo, que según la información que se encuentra en el expediente, las autoridades judiciales nacionales que investigaron y juzgaron a la actora omitieron surtir el trámite propio del conflicto de competencia positiva propuesto por el Gobernador de la Comunidad Indígena, lo cual repercute en la garantía del derecho fundamental al debido proceso. No obstante, el juez constitucional, al conocer de la tutela con posterioridad a la sentencia condenatoria, está legitimado en estos casos por los artículos 1º, 2, 4º, 5º, 86, 246 y 256-6 de la Constitución Política, para pronunciarse de fondo en relación con el cumplimiento de los requisitos del fuero indígena y evitar, de esta manera, anular todo lo actuado y remitir el expediente a la autoridad competente para que resuelva el conflicto de competencia entre diferentes jurisdicciones. Referencia: expedientes acumulados T-593713 y T-594894 Acciones de tutela instauradas por Hermógenes Prada Alape contra la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, y por Omaira Pancho Sancha contra la Fiscalía 23 Seccional y el Juzgado Único Penal del Circuito de La Plata - Huila. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil dos (2002). La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA en el proceso de revisión de las sentencias dictadas en los asuntos de la referencia por el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima – Sala Jurisdiccional Disciplinaria y el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria (Exp. T-593713) y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva – Sala de Decisión Penal (Exp. T-594894). I. ANTECEDENTES Expediente T-593713 1. Hechos y fundamentos de la solicitud de amparo En las horas de la mañana del 26 de marzo de 1994, en el sitio conocido como «El Chorro» de la quebrada Chenche, vereda Amayarco del municipio de Coyaima – Tolima, se produjo la muerte violenta del indígena Héctor Gentil Alape Poloche, miembro de la comunidad «Chenche Amayarco». Del hecho punible fue sindicado el ahora accionante Hermógenes Prada Alape, igualmente miembro de la comunidad indígena a la que pertenecía la víctima. El 17 de marzo de 1995, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación, Tolima, condenó al procesado a la pena de 25 años de prisión por el homicidio en la persona de Héctor Gentil Alape Poloche. El Tribunal Superior de Ibagué, Sala Penal, mediante decisión del 15 de junio de 1995, confirmó integralmente la sentencia de primera instancia. El 24 de abril de 2000, la apoderada del accionante ejerció acción de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en la causal 6ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de la época. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 21 de noviembre de 2000, inadmitió la demanda de revisión. El 22 de enero de 2002, el actor interpone acción de tutela contra la decisión de la Corte Suprema de Justicia y solicita que se protejan sus derechos al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia, juez natural y autonomía e integridad cultural, los cuales estima vulnerados por la jurisdicción penal ordinaria. Alega en su favor que él es un indígena de la Comunidad de Chenche Amayarco, donde siempre ha residido, que, en el momento de ser aprehendido, trabajaba como Alguacil en su comunidad, que el hecho por el cual fue procesado ocurrió dentro de ese territorio, contra otro

miembro de la comunidad. Considera que en su caso debió darse aplicación a los principios constitucionales sobre la jurisdicción especial indígena. 2. Decisiones judiciales objeto de revisión a) El Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, mediante decisión del 6 de febrero de 2002 decidió tutelar el derecho fundamental al debido proceso invocado por el accionante y, en consecuencia, declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso penal que siguió la jurisdicción ordinaria contra Hermógenes Prada Alape, por el homicidio de Héctor Gentil Alape Poloche. Además, ordenó que el expediente y el detenido fueran entregados al Gobernador Indígena de la Comunidad de Chenche Amayarco de Coyaima Tolima para que resuelvan conforme a las normas propias de su pueblo. Considera el Consejo Seccional que existe otra jurisdicción, a la que constitucionalmente se le dio plena autonomía para adelantar el juzgamiento de los indígenas, cuando el hecho tenga ocurrencia al interior del resguardo y los actores sean ambos indígenas. Siendo así, estima el Consejo, los jueces nacionales carecían de competencia para valorar y sancionar la conducta de Hermógenes Prada Alape, la cual, por cumplirse los requisitos del fuero indígena, constitucionalmente está atribuida a las autoridades de su comunidad. Por ende, al accionante no se le garantizó el derecho a un debido proceso, al no ser juzgado por su juez natural, conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena a la que pertenece. b) La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante decisión del 21 de marzo de 2002, decidió revocar la sentencia del 6 de febrero de 2002, proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima y, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de tutela por razones de oportunidad. Estima el Consejo Superior de la Judicatura que la acción de tutela, por la inmediatez que le es connatural, debe interponerse «en forma oportuna y razonable». Agrega que «En el sub lite, se manifiesta la inoportunidad con que el accionante interpuso la presente acción de tutela, si se advierte que a pesar de proferirse el auto que inadmitió la demanda de revisión el 21 de noviembre de 2000, tan solo fue atacado por esta vía el 22 de enero de 2002, esto es, pasado un año y más de la decisión de la Corte Suprema de Justicia y 7 años después del fallo de segunda instancia, decisiones que censura el actor, engendran una vía de hecho». (fl 6) Por lo tanto, concluye el ad quem, es improcedente la tutela de Hermógenes Prada Alape al ser presentada «en un tiempo que se erige demasiado alejado de aquel en que ocurrieron los hechos en desarrollo de los cuales [...] se produjo la vulneración de los derechos fundamentales». (fls. 6 y 7) Expediente T-594894 1. Hechos y fundamentos de la solicitud de amparo La Defensora del Pueblo - Regional Huila, interpone acción de tutela en nombre de Omaira Pancho Sancha, miembro del resguardo indígena de Santa Rosa, jurisdicción del municipio de Inzá - Cauca, para que se amparen sus derechos de petición y debido proceso, los cuales estima vulnerados por las autoridades judiciales nacionales. Expone los siguientes hechos y fundamentos: El 8 de junio de 2001 la señora Omaira Pancho Sancha fue aprehendida por el Cuerpo Técnico de Investigación Judicial del municipio de La Plata - Huila, acusada de cometer infracción penal a la Ley 30 de 1986 - Tráfico de Estupefacientes. Desde su exposición en la diligencia de indagatoria, la sindicada puso de presente su condición de indígena nacida y habitante del resguardo de Santa Rosa, jurisdicción del municipio de Inzá - Cauca. El 18 de junio de 2001, por iniciativa propia, la

sindicada manifiesta su deseo de acogerse a sentencia anticipada. El 28 de junio el gobernador indígena de Santa Rosa presentó petición escrita ante la Fiscalía 23 Seccional de La Plata, mediante el cual solicita remitir a la procesada para adelantar el proceso conforme a la ley indígena. El 3 de julio la defensora solicita que, antes de dar trámite a la petición de sentencia anticipada, se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordena vincular a la sindicada a indagatoria, argumentando que la justicia ordinaria carece de jurisdicción para conocer del caso y juzgar a la sindicada, por su condición de indígena. El 3 de julio la Fiscalía 23 Seccional resuelve desfavorablemente tanto la petición de nulidad planteada por la defensora como la petición del gobernador indígena, por considerar que no concurren los aspectos requeridos para determinar la competencia en la jurisdicción del resguardo indígena. Esta providencia fue recurrida y confirmada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva. El 3 de septiembre de 2001 el Juzgado Único Penal del Circuito de La Plata profiere sentencia condenatoria contra Omaira Pancho Sancha e impone pena de 64 meses de prisión, sin derecho a condena de ejecución condicional, en consideración a la existencia de circunstancias de agravación. El 1° de abril de 2002 la Defensora Regional del Pueblo interpone la acción de tutela para solicitar que se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso y de petición y, en consecuencia, se declare la nulidad de toda la actuación procesal surtida por los jueces nacionales contra Omaira Pancho Sancha. Estima que la Fiscalía 23 Seccional de La Plata - Huila y el Juzgado Penal del Circuito de la misma localidad, incurrieron en vía de hecho al no dar respuesta al derecho de petición que presentó el gobernador indígena, además de pretermitir las formas propias del juicio al no tramitar el conflicto de competencias que le planteaba la autoridad indígena y la defensora del pueblo. 2. Decisión judicial objeto de revisión La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en sentencia del 10 de abril de 2002, decidió denegar por improcedente la tutela de los derechos al debido proceso y petición reclamados por la Defensora del Pueblo - Regional Huila, en nombre de la reclusa Omaira Pancho Sancha. Estima el Tribunal que al haberse proferido la sentencia condenatoria contra la accionante, según lo manifiesta en la propia acción de tutela, ha fenecido la oportunidad para que las partes intervinientes en la actuación judicial reclamaran el restablecimiento de los derechos al debido proceso y de petición que estiman quebrantados. Según el Tribunal, no se evidencia la vulneración del derecho de petición puesto que en el escrito proveniente del Resguardo Indígena de Santa Rosa Cauca y suscrito por el Gobernador de esa comunidad, «no se invoca el derecho de petición para solicitar que el proceso abierto a Pancho Sancha pasara a manos del Gobernador de la parcialidad indígena». En el escrito tampoco se advierte la «provocación de una colisión de competencia conforme se arguye por la accionante, pues según el procedimiento indicado en el Estatuto Procesal Penal de la época –artículo 99- ella debía ser provocada de oficio o a solicitud de parte, sin que ninguna de las dos situaciones se advierta en su contenido, menos cuando [...] carecía el Gobernador indígena del carácter de sujeto procesal». Por lo tanto, la Fiscalía investigadora solo «procedió a dar curso a la solicitud de nulidad elevada por la defensora de la vinculada Pancho Sancha [...] pronunciándose sobre ese tópico en proveído de la misma fecha, la que tuvo oportunidad la misma peticionaria de interponer los recursos de ley, siendo decididos por el superior

funcional de la autoridad que lo dictó en resolución del 3 de agosto del año inmediatamente anterior». (Fls. 19 y 20) Con fundamento en lo anterior y al no advertir la ocurrencia de circunstancias que evidenciaran una vía de hecho, el Tribunal declaró improcedente la acción de tutela. Esta sentencia no fue impugnada. II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Lo que se debate 1. Los dos expedientes acumulados tratan sobre la oportunidad de intervención de la jurisdicción especial indígena por hechos punibles cometidos por miembros de comunidades indígenas. Cada acción de tutela se instaura con el fin de solicitar el amparo del derecho al debido proceso, en su versión del juez natural, que asiste a indígenas procesados por la jurisdicción penal nacional, para que se anulen las actuaciones procesales y se remita a los accionantes para que sean juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad a la cual pertenecen. En ambos casos los accionantes cumplen sentencia condenatoria proferida por la jurisdicción penal ordinaria. Para adelantar el proceso de revisión de las sentencias de tutela, la Sala procederá de la siguiente forma: en primer lugar, con el fin de establecer la procedencia de la tutela y la validez de la protección de los derechos fundamentales involucrados, se dará respuesta al debate planteado en torno al conflicto de competencia entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena; luego se hará referencia a los principios constitucionales sobre las comunidades indígenas; se señalarán los principios y fundamentos de la jurisdicción especial indígena y los requisitos del fuero indígena y, finalmente, se determinará la procedencia de la acción de tutela en cada caso. Conflicto de competencia entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena 2. En uno de los expedientes objeto de revisión, la Defensoría Regional del Pueblo alega, como vulneración del debido proceso, que las autoridades judiciales nacionales no surtieron el trámite propio del conflicto de competencia que les propuso el Gobernador Indígena, quien estimaba que esa era la jurisdicción que debía adelantar el respectivo juzgamiento. Adoptar una postura frente a esta impugnación es relevante para delimitar las facultades del juez constitucional en los eventos en que se sometan a su consideración tutelas por violación del debido proceso cuando las autoridades del sistema judicial nacional no tramitan, en debida forma, el conflicto de competencia positivo propuesto oportunamente por la jurisdicción especial indígena y, a pesar de ello, profieren sentencia condenatoria, cuya pena se cumple por el indígena al momento de instaurar la acción de tutela. 3. En este proceso de revisión se contraponen varios principios constitucionales: de una parte, el derecho fundamental al debido proceso, en lo que respecta a la observancia de las formas propias de cada juicio, y la competencia constitucional del Consejo Superior de la Judicatura para dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones (Código Penal, artículos 29 y 256 numeral 6) y, de otra parte, los derechos fundamentales al debido proceso, en su versión del juez natural, y a la jurisdicción especial indígena (Código Penal, artículos 29 y 246). De ahí que sea compleja la naturaleza del debate aquí suscitado, puesto que, entre las alternativas válidas de decisión con que dispone el juez constitucional, la solución que tome para amparar derechos fundamentales de los afectados, implicará, paradójicamente, el sacrificio de otros derechos igualmente fundamentales. Siendo así, el tema objeto de decisión es el siguiente: la Constitución le asigna expresamente al Consejo Superior de la Judicatura la facultad

de dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones (artículo 256-6). A su vez, la Constitución reconoce a la jurisdicción indígena como una jurisdicción especial (artículo 246). Por lo tanto, los conflictos de competencia que se presenten entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional —en este caso la jurisdicción penal ordinaria—, deberán ser dirimidos por el Consejo Superior de la Judicatura. Pero, ¿qué sucede cuando durante el curso del proceso se propone o está pendiente de dirimir un conflicto positivo de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, el juez ordinario decide, por su cuenta, ignorar la probable presencia del fuero indígena o dirime en su favor el conflicto, continúa conociendo del proceso y profiere sentencia condenatoria en contra del miembro de la comunidad indígena? Este es un común denominador de los dos procesos de la referencia. Así pues, de este suceso se deducen, al menos, estas consecuencias: 1a) el juez penal ordinario ha incumplido el deber de remitir el expediente a la autoridad facultada para dirimir el conflicto de competencia entre distintas jurisdicciones, la cual ya no podrá ejercer su función frente a procesos ya terminados con sentencia condenatoria o absolutoria; 2a) es factible que el indígena deba purgar una condena impuesta por autoridad no competente para fijarla; 3a) es factible la vulneración del derecho fundamental al debido proceso que asiste al indígena de ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (Código Penal, artículo 29); y 4a) es factible la vulneración del derecho fundamental de la autonomía de las comunidades indígenas y de la jurisdicción especial indígena (Código Penal, artículo 246). Así pues, este asunto trasciende de un debate de carácter procesal al escenario de la protección de derechos fundamentales al debido proceso, legalidad, juez natural, las formas propias de cada juicio y el derecho comunitario de la autonomía de las comunidades indígenas. De ahí que en situaciones como esta, en las que llega a conocimiento del juez de tutela la petición de amparo del derecho al debido proceso de un indígena que fue juzgado por la jurisdicción penal ordinaria, sin que se le haya garantizado el derecho a que la autoridad competente le definiera si estaba protegido o no por el fuero indígena, tal como lo ordenan las normas sustanciales y de procedimiento y, a partir de tal omisión, se profiere sentencia condenatoria, se presentan básicamente dos alternativas de decisión, excluyentes entre sí y apoyadas en diferentes criterios valorativos y de interpretación. La primera opción para el juez constitucional es tutelar el derecho al debido proceso, por incurrir las autoridades judiciales en vía de hecho al no tramitar en debida forma el conflicto de competencia positivo propuesto, y, en consecuencia, anular todo lo actuado en el proceso desde que se suscitó el conflicto, incluida la sentencia condenatoria, y remitir el expediente a la autoridad competente para que dirima el conflicto, asigne la competencia y ordene el reinicio de la investigación y el juzgamiento del indígena involucrado. Esta alternativa se fundamenta en el respeto del derecho fundamental al debido proceso, en la certeza para el procesado de ser juzgado y condenado por su juez natural, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Al acatar el debido proceso se respeta, además, la asignación constitucional de funciones en el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante lo anterior, esta decisión plantea este interrogante: ¿Qué sucede si el Consejo Superior de la Judicatura encuentra que la autoridad

competente para juzgar al indígena si era, efectivamente, la jurisdicción penal ordinaria, en cuanto en ese caso específico no concurren los requisitos del fuero indígena? Se infiere que la decisión del juez constitucional de anular todo lo actuado traerá como consecuencias que el sistema judicial nacional deba adelantar nuevamente el proceso penal, con el impacto que produzca en la oportunidad y eficiencia de la administración de justicia, más los costos adicionales en que deba incurrir el indígena en su defensa y la sociedad en el juzgamiento. La segunda alternativa de decisión para el juez constitucional consiste en verificar directamente si, en cada caso concreto, concurren o no los requisitos del fuero indígena. En caso que ellos no se cumplan, se confirmarán las decisiones proferidas por los jueces penales ordinarios. Por el contrario, si concurren los elementos del fuero indígena, se tutelarán los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía indígena, se anulará todo lo actuado por la jurisdicción penal ordinaria y se ordenará la entrega del indígena y de las pruebas obrantes en el expediente, para que sea juzgado de acuerdo con las normas y procedimientos de su comunidad. Esta decisión del juez constitucional es cuestionable frente a los casos en que no concurren los requisitos del fuero indígena, en la medida en que estaría avalando la sentencia condenatoria, la cual fue proferida sin que se le haya dado la oportunidad al procesado de tramitar en su oportunidad procesal y por la autoridad competente el conflicto planteado entre las dos jurisdicciones. No obstante los reparos que se enuncian, esta alternativa se legitima, ante todo, en los casos en que el indígena es condenado por la justicia penal ordinaria a pesar de concurrir en él los requisitos que lo hagan destinatario del fuero indígena. Se evitaría la vulneración de derechos fundamentales como el juez natural, la legalidad del delito, la legalidad del procedimiento y la legalidad de la pena; y el derecho fundamental de la autonomía indígena. Además de la prevalencia del derecho sustancial, se atenderían principios de eficiencia, eficacia, oportunidad y celeridad que caracterizan al derecho de acceso a la administración de justicia. Ante este panorama, esta Sala de Revisión privilegia la segunda alternativa, según la cual se asume por el juez constitucional la verificación de los requisitos del fuero indígena, pues es menor el sacrificio funcional que esta decisión reporta frente a las consecuencias negativas que se causan al sistema judicial cuando debe recorrer nuevamente todo el camino procesal que la decisión del juez constitucional le ha borrado, o a los efectos imprevisibles en la persona del indígena que debe enfrentar los trámites judiciales posteriores para concluir que en él concurren los requisitos del fuero indígena y que debe ser entregado a las autoridades de la comunidad indígena para ser juzgado conforme a sus normas y procedimientos. Téngase en cuenta además que el conflicto es un asunto de carácter procesal, que debe ser resuelto durante el desarrollo del proceso y que lo hace improcedente cuando opera el fenómeno de la cosa juzgada frente a las decisiones que pusieron fin al respectivo proceso. Contra estas sería oponible la vulneración del debido proceso, con fundamento en la vía de hecho, mas no la solicitud para que se resuelva el conflicto de competencias, pues, en este estado del proceso, el Consejo Superior de la Judicatura no dispondría de competencia para dirimir el conflicto. Una vez resuelto este aspecto, se hará referencia a los fundamentos constitucionales sobre las comunidades indígenas. Principios constitucionales sobre comunidades indígenas 4. El reconocimiento y protección de la diversidad de la población constituye un elemento

esencial del Estado social y democrático de derecho, pues la igualdad formal postulada por el Estado liberal tradicional no es prenda suficiente para asegurar la efectividad de los derechos individuales y las garantías sociales. De manera coherente con esta concepción de Estado, la Constitución colombiana contiene una serie de principios sobre las comunidades indígenas. En el Preámbulo establece que son fines de la organización político institucional, fortalecer la unidad de la Nación y asegurar la convivencia, la justicia y la igualdad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo. Por su parte, en el artículo 1º consagra, como uno de los principios constitucionales fundamentales, que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república, democrática y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana. Así mismo, con el fin de reforzar estos preceptos en relación con las comunidades indígenas, en el artículo 7º prescribe que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y en el artículo 70 agrega que la cultura, en sus diferentes manifestaciones, en fundamento de la nacionalidad, y que el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Por su parte, los artículos 286, 287 y 329 establecen que los territorios indígenas serán entidades territoriales, con autonomía para la gestión de sus intereses y el derecho a gobernarse por autoridades propias. Además, los artículos 171 y 176 prevén la participación política de las comunidades indígenas en el Congreso de la República, a través de la elección de dos senadores y de los representantes a la Cámara que determine la ley. El artículo 246 consagra los elementos de la jurisdicción especial indígena. Como se aprecia, la Carta Política consagra un marco regulatorio mínimo a partir del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, el cual incluye el reconocimiento político-geográfico de los territorios indígenas, de sus autoridades, usos y costumbres, de la jurisdicción especial indígena y de la participación en los escenarios democráticos nacionales y territoriales del Estado colombiano.

5. De otra parte, la evolución de la legislación penal indígena, hasta la Constitución de 1991, fue expuesta por esta Corporación en la sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En esa oportunidad se señaló: 2.3.1. Antecedentes legislativos. Tradicionalmente, el indígena era considerado como un menor de edad, un salvaje que por su clara posición de inferioridad ante el hombre blanco debía ser civilizado y sometido a una tutela paternalista. Dentro de esta perspectiva fueron promulgadas normas como la Ley 11 de 1821 que lo exoneraba de los costos que suponía un proceso, asimilándolo «a los demás ciudadanos considerados en la clase de miserables»; o la Ley 153 de 1887 que establecía, entre otras disposiciones, que los «bárbaros» que hubieran sido condenados a pena corporal y durante el cumplimiento de esta fueran catequizados y bautizados, podrían pedir rebaja de pena. La ley 89 de 1890, reafirmó la idea de minusvalía de estos pueblos, pero abrió la posibilidad de una legislación especial para los indígenas «que fueran reduciéndose a la vida civilizada». Para ello creó un fuero legislativo especial, cuya titularidad correspondía al gobierno y a la autoridad eclesiástica. Por lo tanto, se entendía que las leyes de la república no serían aplicadas a los indígenas, si no que estas comunidades debían quedar sujetas al régimen de misiones y a los convenios que celebraran el gobierno y la autoridad eclesiástica. Además se otorgó competencia a los cabildos indígenas para sancionar con penas correccionales, las faltas que cometieran

sus miembros contra la moral. Posteriormente fue expedida la ley 72 de 1892, que delegó a los misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal o judicial frente a los indígenas que fueran abandonando el estado «salvaje». Ahora bien, frente a estas dos últimas leyes surgió un conflicto de interpretación, pues como las únicas conductas que podían juzgar las autoridades indígenas (cabildos), eran los actos contra la moral (artículo 5 de la Ley 89 de 1890), se entendía que los indígenas responderían por los delitos comunes ante los jueces ordinarios. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 89 de 1890 y artículo 2 de la Ley 72 de 1892, en estos casos las conductas no debían ser analizadas a la luz de las leyes penales, pues estas no podían ser aplicadas a los indígenas, sino a través de los regímenes de misiones y convenios del Gobierno con la autoridad eclesiástica. Otro conflicto surgió con la expedición del anterior Código Penal (Ley 95 de 1936), que establecía la aplicación de la ley penal a todos los habitantes del territorio nacional, y dentro de ellos, obviamente se entendían incluidos los indígenas. Las inconsistencias señaladas, llevaron a la Corte Suprema de Justicia a emitir decisiones encontradas. Por ejemplo, en julio de 1948, admitió la competencia de los misioneros para juzgar a los indígenas, argumentando que tanto la ley 89 como la ley 72 se encontraban vigentes; y en fallo de mayo de 1970, señaló que no existía autoridad para juzgarlos y que no cabría la aplicación de la ley penal, ni la de ninguna otra norma. Ahora bien: en los proyectos previos al Código de 1980, era evidente la preocupación del legislador por regular la conducta de quien siendo indígena, cometiera un hecho delictuoso, debido a su particular cosmovisión. Sin embargo, la solución se inclinaba a declarar al indígena como inimputable. Por ejemplo, el anteproyecto de 1974 sostenía la inimputabilidad del indígena, en una norma penal especial, independiente de las categorías de trastorno mental e inmadurez psicológica, pero limitando esta calificación del sujeto a las circunstancias particulares del caso. El proyecto de 1976, en cambio, estableció una presunción general, en el sentido de que todos los indígenas no integrados a la colectividad debían ser considerados como inimputables. Aunque en el texto del actual Código Penal no se establecieron precisiones casuísticas sobre los sujetos que debían ser considerados como inimputables, en el artículo 96 se hizo una única referencia concreta a los indígenas: «Cuando se trate de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural» (negritas fuera del texto). 6. En suma, a partir de 1991 la Constitución privilegia, de manera significativa, la autonomía de las comunidades indígenas, una de cuyas expresiones es precisamente la jurisdicción especial indígena. El ordenamiento constitucional reconoce que la nacionalidad, como elemento esencial del Estado, se construye a partir de su realidad multiétnica y multicultural, fundada en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad, el pluralismo y la protección de las minorías. Esta concepción de la organización política, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, expulsa todo trato discriminatorio basado en la diversidad sociocultural de la nación colombiana. La jurisdicción especial indígena y los requisitos del fuero indígena 7. El artículo 246 de la Constitución contiene la norma en la que se reconocen las autoridades y procedimientos de las comunidades indígenas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Señala lo siguiente: Las 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. Son pues cuatro los elementos que contiene este artículo en relación con la jurisdicción especial indígena y la protección de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas: i) la existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas, que ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; ii) la potestad de los pueblos indígenas para establecer y aplicar normas y procedimientos judiciales propios; iii) la sujeción de dichas jurisdicción, normas y procedimientos a la Constitución y a las leyes de la república; y iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. La Constitución Política consagra entonces un derecho personal al juez natural —como elemento integrante del debido proceso— y otro derecho de carácter comunitario referente al ejercicio de la jurisdicción especial indígena. El ejercicio efectivo de estos derechos no está condicionado por el desarrollo legislativo a que alude el artículo 246 de la Constitución, pues, según lo prescrito en los artículos 29 y 85 de la Constitución, se trata de derechos de aplicación inmediata. Es decir que, aunque uno de los elementos señalados en el artículo 246 se refiere a la remisión a la ley para que establezca las formas de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, la omisión del legislador en esta materia no condiciona ni suspende el ejercicio efectivo de la jurisdicción indígena. Esta ha sido la interpretación dada por la Corte Constitucional desde la sentencia T-254 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se señaló que: «El ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionada a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la constitución y a la ley». 8. Por su parte, la ley estatutaria de la administración de justicia prescribe que la jurisdicción especial indígena ejerce función jurisdiccional, que las autoridades de los territorios indígenas hacen parte de la rama judicial del poder público y ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio, conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las leyes (artículos 11 y 12). 9. Igualmente, esta Corporación se ha referido en varias oportunidades a la jurisdicción especial indígena. Así por ejemplo, en la sentencia T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se exponen diferentes alternativas que se pueden presentar en los casos de juzgamiento de indígenas por los jueces nacionales, en consideración a la vinculación de la víctima y del victimario con la comunidad indígena y al lugar en que ocurren los hechos. Al respecto se señaló: Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo

de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso. En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo: a. Cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional. b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos. Las consideraciones expuestas en aquella sentencia han sido frecuentemente retomadas para dar solución a casos que en esta materia han sido objeto de revisión por la Corte. Así mismo, serán tenidos en cuenta en esta ocasión. 10. Así entonces, según lo indican la Constitución y la ley estatutaria, y lo desarrolla la jurisprudencia constitucional, los miembros de las comunidades indígenas están amparados por un fuero especial, que, dadas ciertas circunstancias, los somete a la jurisdicción especial indígena y no al sistema judicial nacional. El fuero indígena es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo

con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al «ser» más que al «deber ser», apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas. El fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, el personal «con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad» y el territorial «que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas». Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. Esta condición es inherente al debido proceso, uno de cuyos componentes es precisamente el del juez natural, tal como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución: «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». Casos concretos. A partir de las precedentes consideraciones la Sala procederá a revisar las sentencias de tutela proferidas en los procesos de la referencia. Expediente T-593713 11. Un miembro de la comunidad indígena de Chenche Amayarco, del municipio de Coyaima, departamento del Tolima, instaura acción de tutela para que se amparen sus derechos al debido proceso y al juez natural, los cuales estima vulnerados por la jurisdicción penal ordinaria que lo condenaron a la pena de 25 años de prisión. Solicita que se de aplicación al artículo 246 de la Constitución sobre la jurisdicción especial indígena, se anulen las sentencias proferidas por los jueces nacionales y se ordene su entrega a las autoridades de la comunidad indígena a la cual pertenece. 12. Según se señaló en las consideraciones generales, existen dos requisitos para el reconocimiento del fuero indígena: el elemento personal y el elemento territorial. Corresponde ahora determinar si se cumplen tales requisitos. En el caso objeto de revisión, se encuentra cumplido el primero de los requisitos, pues mediante escritos del 6 de julio y del 10 de octubre de 1994, dirigidos al Fiscal del Distrito 44 y al Juzgado Primero Penal del Circuito, respectivamente (fls. 19 y 28), la Gobernadora de la Comunidad Indígena de Chenche Amayarco del Municipio de Coyaima – Tolima, informa que Hermógenes Prada Alape es indígena de esa comunidad y directivo de su organización. En la segunda comunicación solicita, además, la aplicación de principios constitucionales y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, referentes al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Esta afirmación coincide con la comunicación de la Asociación de Cabildos Indígenas del Tolima ACIET Coyaima (fl. 27). Igualmente se configura el segundo requisito puesto que los hechos que son materia de investigación sucedieron en la quebrada Chenche, en la vereda Chenche Amayarco del municipio de Coyaima, tal como se registra,

entre otros documentos del expediente, en la denuncia formulada por la testigo Victoria Cumaco Cacaís y en la diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado Penal Municipal de Coyaima. (fl. 29) En el expediente se encuentra, así mismo, información que señala que el accionante y la víctima, además de ser miembros de la misma comunidad, residían en ella. Por lo tanto, en atención a los principios constitucionales sobre la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena, el Juez Penal del Circuito de Purificación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué estaban en la obligación de hacer efectivo reconocimiento del fuero que amparaba al accionante o, en su defecto, remitir el expediente para que se dirimiera el conflicto por el Consejo Superior de la Judicatura, según lo dispone el artículo 256 numeral 6 de la Carta Política. En desarrollo de la investigación penal se recaudaron suficientes elementos probatorios que les permitían apreciar que estaban juzgando a un miembro de una comunidad indígena, protegido constitucionalmente por un fuero especial. Se concluye entonces que a Hermógenes Prada Alape no se le garantizó el debido proceso al no permitírsele ser investigado por su verdadero juez natural, de conformidad con las normas y procedimientos de su comunidad. Por lo tanto, al someter al mencionado indígena a las normas penales nacionales, se incurrió en el desconocimiento del derecho al debido proceso y a la jurisdicción especial de las comunidades indígenas, tal como lo señala el artículo 246 de la Constitución Política, con lo cual, estima la Sala, es procedente la acción de tutela interpuesta porque se incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico. 13. Por su parte, esta Sala de Revisión considera que la Corte Suprema de Justicia no estaba obligada a valorar los argumentos expuestos por la accionante, referentes a la competencia de las autoridades indígenas para conocer de los hechos punibles objeto del proceso, pues su análisis se limitó a establecer la procedencia de la causal invocada en la revisión, es decir la contemplada en el artículo 232, numeral 6° del Código de Procedimiento Penal Anterior y según la cual la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas «cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria». Por ello, se comparte el fundamento de su decisión en la cual expresó que: «[...] no está de más señalar que el punto cuya discusión pretende la abogada demandante es marginal a la naturaleza misma de la acción de revisión. Esta no se encuentra instituida para el debate de cuestiones atinentes al trámite procesal, a su regularidad, al cumplimiento de las garantías debidas a las partes, como tampoco para el cuestionamiento de los supuestos de hecho de la sentencia ni de sus consecuencias jurídicas. El escenario previsto para ello es el propio proceso penal, sus instancias, y naturalmente la casación, siendo ese el marco donde debió haber tenido lugar la controversia sobre la competencia, que inexorablemente pretende la apoderada suscitar a través de la acción extraordinaria de revisión». 14. De otro lado, en relación con el principio de inmediatez para la presentación de la acción de tutela en que se fundamenta el Consejo Superior de la Judicatura para revocar la sentencia de tutela de primera instancia, debe tenerse en cuenta que aunque el constituyente o el legislador no hayan fijado el término judicial para interponer la acción, el juez constitucional deberá apreciar en cada caso, en consideración a sus circunstancias particulares, cuál es el término razonable máximo permitido para presentarla. En el caso objeto de revisión, estima la Sala que la presentación de la

tutela se hace dentro de una margen razonable, en atención al grado de conocimiento de la acción de tutela que le es exigible al accionante; al hecho de haber agotado oportunamente las diferentes etapas procesales de impugnación que le garantiza la legislación penal nacional, y al hecho de estar cumpliendo el accionante una condena de 25 años de prisión. No comparte la Sala, por lo tanto, el estricto conocimiento que el ad quem exige al miembro de la comunidad indígena en relación con el principio de inmediatez de la acción de tutela, máxime cuando fue investigado y juzgado por una jurisdicción distinta a la que la Constitución le garantiza y a que la tutela fue presentada un año después de proferirse el fallo de revisión por la Corte Suprema de Justicia. 15. De esta forma, es procedente la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía e integridad cultural del accionante y de su comunidad. En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y en su lugar se confirmará la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Expediente T-594894. 16. La Defensora del Pueblo, Regional Huila, instaura la acción de tutela en nombre de Omaira Pancho Sancha para que se amparen sus derechos de petición y debido proceso, vulnerados por las autoridades judiciales nacionales al no dar respuesta a la petición formulada por el Gobernador Indígena de la comunidad de Santa Rosa, en la cual solicita que le remitieran a la procesada para ser juzgada de acuerdo con las normas y procedimientos de su comunidad. 17. Procede entonces la Sala a determinar si en este caso se cumplen los requisitos personal y territorial del fuero indígena. Si ello acontece, se anularán las actuaciones surtidas por la jurisdicción penal ordinaria y se ordenará entregar a la accionante, junto con el expediente, a las autoridades de su comunidad indígena. En caso contrario, se confirmará la sentencia proferida por el juez de tutela. 18. En este proceso se encuentra cumplido el primero de los requisitos, pues se trata de una indígena, miembro de la comunidad de Santa Rosa, municipio de Inzá – Cauca, que reside en su comunidad. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el requisito territorial pues el punible por el que se juzgó y condenó, se consumó en lugar distinto al de la comunidad indígena, es decir en otro municipio y departamento. En los casos en el que el delito se comete fuera del territorio de la comunidad, la jurisprudencia constitucional exige, para que se reconozca el derecho a ser juzgado por la jurisdicción especial indígena, que se tenga en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos. En la sentencia T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se señaló al respecto que : «No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía

que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que esta es producto de una DIFERENCIA valorativa y no de una INFERIORIDAD en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades». Las condiciones antes indicadas no se evidencian en Omaira Pancho Sancha, según se deduce de las circunstancias en que se presentaron los hechos, los cuales fueron expuestos, de la siguiente forma, por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva, en su providencia del 3 de agosto de 2001: «Nótese que la referida jurisprudencia alude al aspecto volitivo de la conducta, en cuanto al conocimiento o comprensión por el indígena de su propia culpabilidad, circunstancia esta que aparece de relieve en este caso, dada la forma en que se planeó el delito, embaldando la droga adecuadamente y ocultándola en las partes íntimas de la menor, que se trata nada menos que se de propia hija con destino a un tal “Henry” [...] a quien se dirige la nota que se halló a la niña oculta en sus zapatos, de cuyo texto se infiere en sana lógica que no se trataba de la primera entrega clandestina, sino de una vieja relación comercial, cuyo hecho robustece la misma menor cuando alude que Henry los visita con frecuencia en su casa y lleva dinero». (fl 55) La Fiscalía agregó en su providencia que «Toda la secuencia aludida revela sin duda el conocimiento pleno de la ilicitud por parte de Omaira, sin que se pueda alegar su condición de indígena para desconocer esa realidad, pues recuérdese además que Omaira, según lo expresó en el acto de vinculación formal al proceso, cursó toda su primaria, y concurre habitualmente a la población de La Plata, incluso a visitar a su tía Myriam Pancho que se encuentra en prisión por hecho similar, lo que desde luego confirma el conocimiento y la comprensión de su conducta ilícita, independientemente de sus valores étnicos y culturales del resguardo al que pertenece». (fl. 56) A su vez, en la ampliación de indagatoria realizada el 10 de julio de 2001 por la Fiscalía 23 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de La Plata, se le preguntó a la sindicada: «¿Cuánto tiempo lleva usted viviendo fuera de la Colonia o del resguardo indígena? Contestó: Toda la vida he vivido en el Resguardo de Santa Rosa. Preguntado: ¿Qué tiempo lleva usted viajando hacia esta localidad? Contestó: Por ahí desde que tengo 22 años de edad (en la actualidad tiene 30 años), pero que yo baje así constante acá a La Plata no, por ahí cada tres meses». (fl. 38) Por su parte, en respuesta a la petición de nulidad de lo actuado, la Fiscalía 23 Delegada, en providencia del 3 de julio de 2001, expuso que «si la sindicada Pancho Sancha no comprendiera la ilicitud en que se encuentra, debido a su estado cultural indígena, sería preciso considerar la posibilidad de devolverla a su espacio geográfico y cultural, pero como se aprecia, no solo ha cursado un quinto año de primaria, sino que perfectamente conocía de la ilicitud en que incurría». (fl. 36) Así mismo, en el acta de la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, efectuada en el Juzgado Penal del Circuito de La Plata el 21 de agosto de 2001, se registró lo siguiente: «[...] le hace la Fiscalía los siguientes Cargos: “Como autora responsable del hecho punible de Infracción a la Ley 30 de 1986, Capítulo V, artículo 33, inciso 3º, modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997, por cuanto en vigencia de esta ocurrieron los hechos; sancionado a sus infractores con pena de prisión de 4 a 12 años, y multa en cuantía de 10 a 100 salarios mensuales legales vigentes, con la circunstancia de agravación prevista en

el Literal “a” del artículo 38 de la referida Ley. Respuesta de la Sindicada: “Si aceptó los cargos formulados en esta diligencia por la Fiscalía”. Solicita el uso de la palabra la señora Defensora del sindicado, concedida expone: “En consecuencia a lo manifestado por mi defendida, solicito al señor Juez concederle los beneficios de ley al momento de dosificar la pena. Es todo”». (fls. 42 y 43) Finalmente, en la sentencia condenatoria proferida el 3 de septiembre de 2001 por el Juzgado Penal del Circuito de La Plata, se dijo que «la prueba es concreta en señalarla como persona que si bien es indígena y aún reside en un resguardo, su racionalidad y cosmovisión es indicativa que su vida se desarrolla en un porcentaje en nuestro medio, lo cual incluso la ha llevado a no hablar ya la lengua nativa, aunque dice entenderla». (fl. 46) Por lo tanto, considera la Sala que no es dable reconocerle a Omaira Pancho Sancha el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser capaz de entender los valores de la conducta recriminada, no resulta inconveniente juzgarla de acuerdo con el sistema jurídico nacional. No se desconoce, sin embargo, que según la información que se encuentra en el expediente, las autoridades judiciales nacionales que investigaron y juzgaron a Omaira Pancho Sancha omitieron surtir el trámite propio del conflicto de competencia positiva propuesto por el Gobernador de la Comunidad Indígena de Santa Rosa del municipio de Inzá –Cauca, lo cual repercute en la garantía del derecho fundamental al debido proceso. No obstante, según las consideraciones expuestas en el acápite sobre conflicto de competencia, el juez constitucional, al conocer de la tutela con posterioridad a la sentencia condenatoria, está legitimado en estos casos por los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 86, 246 y 256-6 de la Constitución Política, para pronunciarse de fondo en relación con el cumplimiento de los requisitos del fuero indígena y evitar, de esta manera, anular todo lo actuado y remitir el expediente a la autoridad competente para que resuelva el conflicto de competencia entre diferentes jurisdicciones. De acuerdo con lo expuesto, se confirmará la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala de Decisión Penal, del 10 de abril de 2002. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE: Primero.- Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía e integridad cultural de Hermógenes Prada Alape y de su comunidad. En consecuencia, revocar la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y en su lugar confirmar la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. (Expediente T-593713) Segundo.- Confirmar la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala de Decisión Penal, del 10 de abril de 2002. (Expediente T-594894) Tercero.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General La Corte Constitucional señaló las características del conflicto de competencia, como uno de los elementos del debido proceso. En la sentencia C-057 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, señaló: «La competencia es

uno de los presupuestos esenciales del debido proceso y como tal, se han previsto mecanismos para su fijación. Uno de ellos consiste precisamente en la resolución de los conflictos que en relación con este presupuesto se puedan generar, bien porque dos funcionarios consideren tener la facultad para conocer de un asunto determinado —colisiones positivas de competencia— o cuando estos deciden no aprender su conocimiento por considerar que carecen de ella —colisiones negativas de competencia—. En estos casos, las reglas de procedimiento que son fijadas por el propio legislador, indican que salvo cuando se trate de conflictos suscitados entre funcionarios de distintas jurisdicciones, las colisiones han de ser decididas por un funcionario dentro la misma jurisdicción y que ostente una jerarquía superior a la de aquellos que se encuentren involucrados en el conflicto, teniendo como referente la estructura jerárquica diseñada para la administración de justicia, en donde la decisión que se adopte se convierte en regla del proceso. Sobre el particular, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. “No obstante tratarse de un aspecto procesal que en otras condiciones podría configurar un error de procedimiento susceptible de ser atacado en sede de casación en la forma que lo hace el actor en esta ocasión [...] es un hecho irrefutable que en este proceso debe descartarse, por virtud de la definición de competencia en la forma en que ella fue hecha. Atentaría contra la seguridad jurídica de las decisiones judiciales que han sido dictadas con apego a la legalidad, en obediencia de una decisión de superior jerárquico investido de la facultad de asignar competencia cuando hay dudas a ese respecto, y descalificaría los pilares de la administración de justicia el acogerse una censura que, fundada o no, actualice el mismo problema jurídico y los traslade al círculo vicioso al mismo punto en que tuvo su partida. Convertida en ley del proceso la asignación de competencia en un conflicto de jurisdicciones, todos los jueces con posterioridad que a ella intervengan en él, deben respetarla sujetándose a ella, salvo que surjan nuevos hechos que la modifiquen. Es el presupuesto de orden y de seriedad que garantiza el Estado a sus asociados, y la pauta de la organización jerárquica de la autoridad jurisdiccional que marca el mantenimiento de su prevalencia” (subrayas fuera del texto) (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, noviembre 22 de 1989. Magistrado ponente, doctor Jaime Giraldo Angel)». La Corte Constitucional, en sentencia C. 139/96 declaró inexecutable los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 189 de 1890, en comentario. En la sentencia C-370 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte declaró inexecutable los artículos 69, numeral 4, y 73 de la Ley 599 de 2000 —Código Penal. Estas normas contemplaban “La reintegración al medio cultural propio” como una medida de seguridad «cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural». En esta sentencia se reitera la línea jurisprudencial trazada por la sentencia T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en la cual se precisó lo siguiente: «es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no solo es inadecuado, si no que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la

sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse. “Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: “retraso mental cultural”». En: Hernán Darío Benítez. Tratamiento Juridicopenal del Indígena Colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad? Temis. Bogotá, 1988, pg. 119. En la Asamblea Nacional Constituyente se adoptó la articulación de la jurisdicción especial con el sistema judicial nacional, fijándole como límite a sus autoridades el respeto de los derechos humanos, con el fin de proscribir las prácticas tradicionales de penalización al interior de las comunidades y que eran atentatorias de los derechos de sus integrantes. Según lo señaló esta Corporación, «Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas —que se extiende no solo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”—, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad». Sentencia C-139 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz. «El derecho al debido proceso es un derecho fundamental de aplicación inmediata (Código Penal, artículo 85) y, por tanto, también lo es el artículo 246 Superior, en el que consagró la jurisdicción especial indígena». Sentencia T-266 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido, en la sentencia C-139 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se dijo que «No es cierto, entonces, como lo afirman los demandantes, que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de esta no depende de dicho acto del legislativo». Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz. *Ibidem* Si bien el accionante interpone la tutela solo contra la Corte Suprema de Justicia, en el Auto admisorio el Consejo Seccional de la Judicatura, de manera diligente y con el fin de integrar en debida forma el contradictorio, dispuso notificar de la iniciación del trámite de la acción de tutela al accionante, a su apoderada judicial, al Fiscal 44 de la Unidad Seccional de Purificación-Tolima, al Juez Penal del Circuito de Purificación, al Juez 2º Penal del Circuito de Espinal (funcionario que dictó la sentencia de primera instancia), a cada uno de los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué (que profirieron el fallo de segunda instancia), a dos magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y al Defensor Público para Indígenas del Tolima. (fl. 70) De conformidad con la doctrina constitucional sobre vías de hecho fijada

por esta Corporación, estas pueden presentar cuatro modalidades: «(1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental)». En criterio de la Corte «esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial». Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también las sentencias T-492 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y SU-429 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de noviembre de 2000. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Acta No. 196. A una conclusión semejante se llegó en la sentencia T-266 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Señaló la Corte en aquella ocasión: «Así, en este caso, es claro que los hechos por los cuales se sindicó al actor fueron cometidos dentro del territorio que controla el pueblo indígena Arhuaco y que el demandante es, además, miembro activo de dicho pueblo. Por tanto, cuando el Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar se negó a reconocer la jurisdicción y competencia de los Mamos para conocer de la muerte de Ana Nellys Robles Torres y para juzgar a Suárez Alvarez, violó a este último el derecho a ser procesado por su juez natural, y violó al pueblo Arhuaco su derecho fundamental a ejercer la jurisdicción especial que la Constitución asignó a sus autoridades tradicionales. Los fallos de instancia serán entonces revocados y, en su lugar, se otorgará la tutela del derecho del actor al debido proceso, y del derecho del pueblo Arhuaco a ejercer la jurisdicción especial consagrada en el artículo 246 de la Carta Política, inicialmente desarrollado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia». Cfr. Comunicaciones del 28 y del 29 de junio de 2001 dirigidas por el Gobernador de la comunidad de Santa Rosa a la Fiscalía 23 Seccional de La Plata – Huila. (fls. 33 y 34)

2. Sentencia C-370/02

Sentencia C-370/02. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Previo debate hermenéutico legal/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Juicio relacional/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Comprensión y análisis del contenido y alcance de disposición legal. Es cierto que la Constitución establece no solo que existe una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones sino que, además, los jueces gozan de autonomía funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones, pues solo están sometidos al imperio de la ley. Estos principios implican que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, pues tal función es propia de los jueces ordinarios. Sin embargo, el control constitucional es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, por lo cual es inevitable que el juez constitucional deba comprender y analizar el contenido y alcance de la disposición legal sometida a control. NORMA LEGAL - Problemas de interpretación/NORMA ACUSADA - Ámbito de aplicación COMUNIDAD

INDÍGENA - Características/COMUNIDAD INDÍGENA - Función judicial. En la situación actual del país, los pueblos indígenas son los grupos humanos que reúnen claramente las anteriores características de tener un medio cultural definido y autoridades propias reconocidas por el Estado. Así, no solo sus territorios son entidades territoriales y, por ende, esas comunidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias sino que, además, la Carta autoriza a esas autoridades a ejercer funciones judiciales. INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Ámbito personal de aplicación. Por el diseño de la medida de seguridad correspondiente (reintegro a su medio cultural previa coordinación con la autoridad de la cultura), es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que esta podría ser aplicable en otros casos, si se dan los presupuestos previstos por las disposiciones acusadas, a saber: (i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro. NORMA LEGAL - Problemas constitucionales - INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - No aplicación exclusiva a indígenas/INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Pueblos indígenas como referente y ámbito esencial de aplicación RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA - Proscripción constitucional/DERECHO PENAL DEL ACTO Y NO DE AUTOR - Previsión constitucional/NO JUZGAMIENTO SINO CONFORME A LEYES PREEXISTENTES AL ACTO QUE SE IMPUTA DERECHO PENAL DEL ACTO Y CULPABILIDAD - Importancia de opción constitucional DERECHO PENAL CULPABILISTA – Constitucionalización. Es claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues solo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD PENAL – Distinción. Como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no solo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva. De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que

al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, «esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)». REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD PENAL - Fundamento de diferenciación/PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD IMPRESCRIPTIBLES - Prohibición IMPUTABLE - Diferencia de regímenes - PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD - Diferencia en consecuencias jurídicas - PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD - Similitudes y diferencias. Esta Corte explicó en sentencia que las penas y medidas de seguridad en el ordenamiento colombiano tengan tanto similitudes como diferencias. Así ambas tienen fines de protección social, pues buscan evitar que quien cometió un hecho punible reitere su conducta. Las dos implican una restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del derecho penal. Pero obviamente, las penas y medidas de seguridad tienen también diferencias profundas, derivadas en gran parte del hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. Por ello los fines de las penas y las medidas de seguridad no son idénticos. PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD - Fines no idénticos - MEDIDAS DE SEGURIDAD - Término mínimo de duración vulnera la Constitución. Sentencias de esta Corporación concluyeron que violaba la Carta la fijación de términos mínimos de duración del internamiento de los inimputables, pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables. MEDIDAS DE SEGURIDAD - Vulneración de la Constitución por indeterminación INIMPUTABLE - Tiempo de internación IMPUTABLE E INIMPUTABLE - Regulación distinta no vulnera igualdad/PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD - Regulación distinta no vulnera igualdad CULPABILIDAD EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO PROBLEMA JURÍDICO - Reformulación INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Validez o no de sanción ante no comprensión de ilicitud de comportamiento DIVERSIDAD CULTURAL EN MATERIA PENAL - Grupo que no posee medio cultural propio definido ni autoridades propias reconocidas RESPONSABILIDAD PENAL - Imposibilidad de comprender ilicitud de comportamiento o de determinarse con base en esa

comprensión RESPONSABILIDAD PENAL - Persona de grupo sin medio cultural definido ni autoridades propias RESPONSABILIDAD PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - No sanción a persona de grupo sin medio cultural definido ni autoridades propias RESPONSABILIDAD PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - No sanción por error de prohibición RESPONSABILIDAD PENAL - Exclusión cuando se obre con error invencible de licitud de la conducta PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL - Indígena o persona que hace parte de una minoría cultural que cuenta con medio cultural definido y autoridad reconocida RESPONSABILIDAD PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Indígena o persona de minoría cultural con medio definido y autoridad reconocida sin que comprenda ilicitud de comportamiento INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Situación menos favorable de quienes no se aplica sanción INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Agravación de situación penal a pesar de protección constitucional especial PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL-Indígenas con medidas de seguridad respecto de personas que incurrir error de prohibición quienes son absueltas INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Discriminación a pesar de protección constitucional especial ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COMUNIDAD INDÍGENA JURISDICCIÓN INDÍGENA PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL - Sanción de miembro de comunidad indígena y absolución de colombiano o extranjero que realizó la misma conducta PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL - Tratamiento jurídico diverso de una misma situación fáctica PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL - Medida para indígena que no comprende ilicitud de comportamiento respecto de colombiano o extranjero que realiza el mismo comportamiento pero es absuelto PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O PROHIBICIÓN DE EXCESO/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA PODER PUNITIVO DEL ESTADO - Deber de evitar criminalización de conductas cuando existan medios menos lesivos/PRINCIPIO DE NECESIDAD EN DERECHO PENAL - Ultima ratio PODER PUNITIVO DEL ESTADO - Inconstitucionalidad de penalizaciones innecesarias POLÍTICA CRIMINAL - Exceso punitivo por legislador INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Exceso punitivo INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Inculpabilidad de agentes por error de prohibición culturalmente condicionado PLURALISMO EN INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Afectación INIMPUTABLE - Sesgo peyorativo. Como esta Corte lo había señalado en anteriores oportunidades, el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática. La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de disvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades. MINORÍA CULTURAL COMO INIMPUTABLE - Calificación vulnera carácter multiétnico y pluricultural

COMUNIDAD INDÍGENA - Modos de reflexionar diversos no equiparables a inmadurez psicológica o trastorno mental
COMUNIDAD INDÍGENA - Capacidad de autodeterminación conforme a sus valores
RESPONSABILIDAD PENAL - Exclusión por error de prohibición culturalmente condicionado/IGNORANCIA DE LA LEY COMO EXCUSA - Eliminación de prohibición de invocación
RESPONSABILIDAD PENAL-Error sobre licitud de comportamiento de quien no comprende la ilicitud por particular cosmovisión
DIVERSIDAD CULTURAL-No criminalización/RESPONSABILIDAD PENAL - Exclusión por error de interpretación cultural/RESPONSABILIDAD PENAL - Exclusión por particular cosmovisión que impidió comprender ilicitud de conducta
RESPONSABILIDAD PENAL - Exclusión por error de prohibición culturalmente condicionado debe considerarse por legislador
RESPONSABILIDAD PENAL - Ausencia cuando se obre por error invencible de licitud de la conducta
RESPONSABILIDAD PENAL - Error de prohibición debe ser invencible
INIMPUTABLE - Momento cognitivo y volitivo
INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Conjunto de situaciones es más amplio que la de comportamiento que configura un error de prohibición culturalmente condicionado
INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Indígena sin capacidad para comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión
INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Condicionamiento
SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA - Retiro del ordenamiento ocasiona una situación grave
PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL - Exclusión por error invencible de prohibición en indígena o miembro de minoría cultural. Por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto.
RESPONSABILIDAD PENAL - Exclusión de toda persona que incurra en error invencible de prohibición
CULTURA - Fundamento de la nacionalidad/CULTURA - Reconocimiento de igualdad y dignidad de todos.
INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Cosmovisión diferente
DIÁLOGO INTERCULTURAL EN PROCESO JUDICIAL - Personas con distinta cosmovisión
INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - No deriva de incapacidad de la persona sino de cosmovisión diferente. Si se precisa que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos.
INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Declaración y medida de seguridad no debe

tener carácter sancionatorio, ni de cura o rehabilitación sino de tutela o protección. INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Inconstitucionalidad de medida de seguridad de retorno al medio cultural DIVERSIDAD CULTURAL - No criminalización/DIVERSIDAD CULTURAL - Dispositivo irrespetuoso INIMPOTABLE POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Responde penalmente pero no se impone medida de seguridad/INIMPOTABLE POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL - Responsabilidad sin consecuencias penales PROCESO PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL – Finalidades. El proceso penal tendría varias finalidades: a) Un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las «víctimas» del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables. UNIDAD NORMATIVA - Integración Referencia: expediente D-3751 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil dos (2002). La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA I. ANTECEDENTES En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango presentó demanda contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia. II. NORMA DEMANDADA A continuación se transcribe el texto de la normas acusadas, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No 44097 del 24 de julio de 2000, y se subraya la parte acusada “LEY 599 DE 2000 (julio 24) «Por el cual se expide el Código Penal» El Congreso de Colombia DECRETA [...] Artículo 33. Inimputabilidad. Es imputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. [...] CAPÍTULO CUARTO. De las medidas de seguridad Artículo 69. Medidas de seguridad. Son medidas de seguridad: 1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada. 2. La internación en casa de estudio o trabajo. 3. La libertad vigilada 4. La reintegración al medio cultural propio. [...] Artículo 73. La reintegración al medio cultural propio. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la

respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca. Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección. En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito». III. LA DEMANDA. La actora considera que las disposiciones demandadas vulneran los artículos 13, 29, 226 y 246 de la Carta. La demandante explica que las normas acusadas suponen que la justicia estatal es competente para juzgar a los indígenas, a quienes se les reconoce como inimputables, si por su diversidad sociocultural no logran comprender la ilicitud de su conducta. Según su parecer, esa regulación desconoce las atribuciones de las autoridades indígenas, quienes, según el artículo 246 de la Carta, ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos. Considera entonces que «son las autoridades indígenas quienes investigan y juzgan las conductas presuntamente ilícitas de los miembros de su comunidad», y por ende esa potestad no puede ser trasladada a los jueces ordinarios. De otro lado, la demandante considera que las normas acusadas son discriminatorias y vulneran el pluralismo, puesto que consideran a los indígenas inimputables, solo por poseer «una cosmovisión diferente» y por no «no compartir los valores y sistema occidentales». Además, según su parecer, la reintegración del indígena a su medio sociocultural no puede ser considerada una sanción ya que «es un derecho constitucional fundamental del indígena hacer parte de su conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión». Igualmente, la actora argumenta que las disposiciones acusadas vulneran el debido proceso y el derecho a acceder a la justicia, ya que permiten que un indígena sea investigado y juzgado por la jurisdicción ordinaria, quienes no son sus jueces naturales. IV. INTERVENCIONES Y CONCEPTOS. Según constancia secretarial del 7 de noviembre de 2001, el término de intervención ciudadana venció en silencio. Por su parte, el magistrado sustanciador consideró que la decisión del presente asunto constitucional requería información especializada, por lo cual, mediante auto del ocho (08) de febrero de 2002, el Magistrado Ponente ofició a centros académicos y a expertos para que conceptuaran sobre varios aspectos. En primer lugar consultó si las normas acusadas afectaban o no el reconocimiento de la diversidad cultural. En segundo lugar, si la regulación bajo examen se aplicaba solo a integrantes de comunidades indígenas o también a otros grupos sociales o culturales. Asimismo, el Despacho solicitó ilustración sobre las posibles formas a través de las cuales el sistema jurídico podría manejar los problemas derivados de la comisión de delitos por parte de indígenas fuera de su territorio. En tercer lugar, fue solicitada información sobre la aplicación de normas similares tanto en Colombia como en otros países. Finalmente, el Magistrado Ponente solicitó cualquier información que los expertos consideraran relevante sobre el tema. La Corte recibió detallados conceptos de los siguientes expertos y centros académicos: del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, de los Departamentos de Psicología y de Antropología y de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, de los Departamentos de Psicología y Antropología de la Universidad de los Andes,

de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del doctor Carlos Vladimir Zambrano. A continuación, la Corte sintetiza los principales elementos de esas respuestas, pero, por razones de brevedad y claridad, esta Corporación no presentará el contenido de cada uno de los conceptos sino que los reagrupará temáticamente y efectuará una síntesis de los aspectos más relevantes para la decisión que será tomada en el presente caso. Según el concepto de uno de los expertos, el artículo 33 del Código Penal es exequible pues de lo contrario se suprimiría el reconocimiento de la diversidad sociocultural haciendo responsable al inimputable. En cuanto al aparte demandado del artículo 69, en criterio del interviniente, «procede la exequibilidad», porque las personas inimputables que cometen delitos deben ser sujetos de una medida de seguridad para gozar de la protección derivada de las consecuencias de su error cultural. El ciudadano considera también que el párrafo primero del artículo 73 es exequible, ya que concuerda con la inimputabilidad por diversidad sociocultural, pues esta no es un delito y no puede ser criminalizada. Los tres restantes párrafos son inconstitucionales ya que pueden afectar la jurisdicción especial indígena. Pero lo que es imperativo en este momento, según el experto, es que se incorpore la inculpabilidad de personas diversas socioculturalmente por «error de comprensión culturalmente condicionado» que deberá ser inscrito explícitamente en el artículo 32 del Código Penal. Según su parecer, solo así se descriminaliza la diversidad sociocultural. Para otros el artículo 33 del Código Penal debe ser declarado exequible bajo condicionamiento, el artículo 69.4 es inconstitucional porque da lugar a prácticas de segregación cultural y el artículo 73 es inconstitucional. Lo mejor que se puede hacer es incluir o interpretar dentro del artículo 32 del Código Penal (causales excluyentes de responsabilidad) la figura del error culturalmente condicionado como ocurre en otros países. Dos de los conceptos plantean por qué la demanda y el pronunciamiento del Procurador se refieran a indígenas, si las normas acusadas no los mencionan. Para uno de ellos, esto es un error, pues la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es sinónimo de la inimputabilidad indígena. Según esta apreciación, todos los colombianos somos diversos socioculturalmente y tenemos derecho a la protección que de ello se deriva. Por ello considera que, a pesar de las luchas indígenas, no se puede entregar un derecho, que es de todos los colombianos, a un solo sector de la población. La Corte deberá entonces, según su parecer, integrar a todos los colombianos en la diversidad pues de lo contrario solo se generarían vacíos. Por el contrario, el otro ciudadano considera que las normas se refieren a la población nacional que participa por lo menos de dos características: nacionales que tengan un medio sociocultural y autoridades propias que pertenecen a dicho medio sociocultural. Por ello considera que las disposiciones acusadas solo son predicables de las comunidades indígenas. Con todo, precisa el interviniente, los grupos étnicos son categorías sociales, agrupaciones que comparten características económicas, sociales, políticas y culturales, así como un territorio, lengua y nombre propios. La conciencia sobre la identidad cultural que los diferencia de otras agrupaciones sociales es criterio fundamental para determinar la existencia de estos grupos. Por ello concluye que en Colombia la categoría de grupo étnico podría aplicarse por

lo menos a los indígenas, afrocolombianos y gentes rom, pues su reproducción social depende de las características de su identidad y sus expresiones socioculturales son diferentes del resto de los colombianos. Concluye entonces este concepto que las normas demandadas presuponen el sujeto social al que se refieren y deben restringirse a los indígenas porque la Constitución les reconoció solo a ellos autoridades propias para sus territorios. Por el contrario, otro de los intervinientes argumenta que a pesar de que los indígenas son los únicos con jurisdicción reconocida, pueden tomarse medidas coordinadas con autoridades (determinadas por el peritaje antropológico) de comunidades negras, gitanas o desplazadas para tomar una decisión en cuanto a la medida de seguridad, por lo que las disposiciones acusadas no se aplican exclusivamente a los indígenas. En estos casos la prueba pericial antropológica no puede sustituirse por otra distinta y, según el profesor Zambrano, debe ser practicada por un antropólogo especialista en la cultura del sindicado y nacido en la jurisdicción donde se produce el caso; si ello no es posible, el antropólogo deberá tener por lo menos tres años de experiencia. Por su parte, algunos conceptos afirman que la inimputabilidad no es la única manera de resolver los casos de diversidad sociocultural y solo procede si en el proceso se descarta la inculpabilidad. Ser diferente por diversidad sociocultural no es una minusvalía, no es inmadurez psicológica ni incapacidad mental. Por ello estos conceptos consideran que es necesario introducir la inculpabilidad por diversidad sociocultural ya que todos los colombianos están expuestos a cometer errores de comprensión culturalmente condicionados, y es la alternativa adecuada par enfrentar estas situaciones. Igualmente, otro concepto resalta que el uso de la figura de la inimputabilidad puede resultar desproporcionada. Así, ese escrito considera que las normas acusadas criminalizan la diversidad a través del uso de la categoría de inimputabilidad para personas con diversidad cultural. Para sustentar su afirmación, el concepto recuerda que la inimputabilidad es utilizada por la dogmática penal para hacer referencia a la incapacidad de culpabilidad, lo cual hace que los individuos considerados inimputables sean sujetos de medidas de seguridad a fin de protegerlos, otorgarles tutela, reeducarlos y rehabilitarlos por medio de un tratamiento. Esto significa, según su parecer, que la conducta jurídica del imputable exige un juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, mientras que para el inimputable, el juicio es solo de tipicidad y antijuridicidad. Este esquema dualista crea una estructura del delito parcialmente distinta para uno y otro grupo de sujetos. Si se acepta la punibilidad de las conductas de un inimputable debe aceptarse forzosamente la idea de temibilidad social, pues se imponen medidas de seguridad a los sujetos de acuerdo con la peligrosidad que representan para los valores de la colectividad. En tales circunstancias, según su parecer, como en un Estado social de derecho, el derecho penal tiene una naturaleza subsidiaria, debe intervenir entonces solo si es estrictamente necesario y cuando no existe posibilidad de hallar otro mecanismo de intervención menos gravoso. Y por ello consideran que la imposición de una medida de seguridad para los sujetos calificados como inimputables por diversidad sociocultural viola los valores de los destinatarios, pues deben privilegiarse otros mecanismos no punitivos, como el diálogo intercultural o el reconocimiento de la inculpabilidad en esos eventos. Concluye entonces el concepto que es desproporcionado entonces que se reprima la diversidad a través de una intervención de este tipo pues lesiona la autonomía e identidad

de las minorías étnicas a través de la categoría de inimputabilidad y de la imposición de medidas de seguridad. Respecto a las preguntas formuladas por la Corte, los conceptos señalan: 1.- A la pregunta de si los artículos 33, 69 y 73 del Código Penal afectan el reconocimiento de la diversidad cultural, algunos intervinientes, como el profesor Carlos Vladimir Zambrano consideran que sí, porque criminalizan al portador de una cultura que se desplaza a un entorno cultural distinto. En el mismo sentido se pronunció María Victoria Uribe, directora del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, pues según su parecer, la Constitución, en su artículo 246, reconoce a las autoridades indígenas la competencia para ejercer funciones públicas jurisdiccionales en sus territorios. La redacción de los artículos acusados no hace claridad sobre la jurisdicción especial indígena y da lugar a que se entienda que la situación excepcional de indígenas desarticulados territorial y culturalmente es aplicable a la totalidad de la población indígena nacional. Por su parte, Juan Manuel Charry Urueña, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, considera que la aplicación de una medida de seguridad restaría eficacia al pluralismo, y por tanto el artículo 33 debe ser declarado exequible pero bajo la condición de que se entienda que la inimputabilidad se refiere a una racionalidad y cosmovisión diferentes. De otro lado, para este interviniente, los artículos 69 y 73 del Código Penal que consagran las medidas de seguridad, violan y desconocen la idiosincrasia y los valores de pueblos con diversidad cultural porque se dirigen a inimputables y sus funciones son «protección, curación, tutela y rehabilitación». Lo que debe hacerse entonces es reconocer que existe un error de comprensión culturalmente condicionado. Para otros conceptos, el establecimiento de una inimputabilidad por diversidad étnica no afecta el reconocimiento del pluralismo, pues lo que busca la disposición es analizar la situación particular y la investigación sobre el conocimiento de los pueblos indígenas. Además, la inimputabilidad no puede circunscribirse solamente a la inmadurez psicológica y al trastorno mental. 2.- Sobre la aplicación exclusiva o no de la normas acusadas a grupos indígenas, algunos intervinientes consideran que las normas cubren a todos los colombianos, dependiendo donde se encuentren. Así, la diversidad sociocultural debe ser aplicada tanto a indígenas como a otros grupos, pues este concepto no está sujeto a la definición de una jurisdicción especial. Según su parecer, es inconstitucional que no se reconozca esta diversidad a los gitanos y a los negros. Otro concepto muestra que esta medida tiene sentido si se trata de minorías étnicas caracterizadas por socializar individuos realmente diversos, con sus propios relatos de origen, ordenamiento cultural propio y orden legal propio. Este no es el caso de las comunidades afrocolombianas. Además, otros agregan que es aplicable para quienes padezcan trastornos mentales. Por el contrario, para María Victoria Uribe, directora del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, esta regulación es aplicable solamente a las personas de origen étnico indígena que incurran en la conducta punible y estén desarticulados de su medio sociocultural. 3.- Sobre regulaciones semejantes en otros países, Zambrano menciona que la aplicación más significativa es el Código Penal Peruano, que reconoce la no responsabilidad y la atenuación de penas, y establece una jurisdicción especial para campesinos e indígenas, pero no extiende la diversidad cultural a toda la nación. El equipo del Instituto Nacional de Medicina Legal anota que en Bolivia los indígenas también son tratados como inimputables, lo cual consideran obsoleto y

degradante. 4.- Sobre el recuento en derecho comparado, algunos intervinientes señalan el trato a los inmigrantes intraeuropeos, la constitución de nacionalidades culturales en España, el reconocimiento a los indígenas en Estados Unidos y Noruega, aparte del caso peruano ya expuesto. 5.- Entre las propuestas de regulación del tema, varios intervinientes, consideran que estos problemas son enfrentados más adecuadamente por medio de la figura del error culturalmente condicionado, en lugar de recurrir a la inimputabilidad, por cuanto esta última no solo implica un juicio de disvalor sino que además implica la realización de un proceso penal y la imposición de una medida de seguridad. Según muchos de estos intervinientes, habría que extender a todas las culturas la del país, la posibilidad de que sus miembros incurran en una forma de error culturalmente condicionado. V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. El señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, en concepto No. 2669, recibido el 20 de septiembre del año en curso, solicita a la Corte que condicione la exequibilidad de la expresión acusada del artículo 33 y del inciso primero del artículo 73, y que declare la inexecutable de los otros incisos de ese artículo, así como del numeral 4° del artículo 69, todos del Código Penal. La Vista Fiscal comienza por precisar que los artículos demandados solo se aplican a los delitos cometidos por los indígenas por fuera del territorio de su comunidad, pues si la conducta ocurrió dentro de dicho territorio, no tendría «sentido la previsión del legislador consistente en adoptar como medida para rehabilitar al infractor de la ley penal que ostente la condición anotada, la de reintegrarlo a su medio cultural». Según su parecer, una primera pregunta que surge es entonces si el fuero indígena cubre o no esos delitos cometidos fuera del ámbito territorial de la comunidad indígena. Para responder ese interrogante, el Procurador reflexiona sobre el alcance de la jurisdicción indígena, para lo cual se apoya en las sentencias T-496 de 1996 y T-344 de 1998. Según su parecer, la doctrina desarrollada en esas providencias indica que en principio los miembros de las comunidades indígenas gozan de un fuero especial, pero que eso no significa que siempre que un indígena realice una conducta punible, la jurisdicción especial indígena sea la competente para conocer del hecho, pues en este tema operan un fuero personal, «de acuerdo con el cual el individuo debe ser juzgado conforme a las normas y las autoridades de su propia comunidad», y otro fuero de carácter geográfico, «según el cual se permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia en su territorio». Por ello concluye que para determinar a quién corresponde la competencia para investigar las conductas delictivas de los indígenas hay que atender las circunstancias particulares de cada caso, pues «puede optarse por la jurisdicción especial indígena o por la nacional, según se atienda al fuero personal o al fuero territorial», tal y como lo señaló la sentencia T-496 de 1996. La Vista Fiscal transcribe entonces los apartes de esa sentencia, que indican los criterios que deben ser tenidos en cuenta para solucionar los posibles conflictos entre la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria. El análisis precedente lleva al Procurador a concluir que las normas acusadas vulneran el «principio fundamental de la diversidad étnica y cultural, que tiene en el fuero indígena, en materia penal, una de sus expresiones más significativas», puesto que la declaración de inimputabilidad supone la realización de un proceso penal por las autoridades nacionales «frente a una situación en la que en razón de la pertenencia del infractor a una comunidad indígena,

elemento subjetivo del fuero en mención, la competencia para investigarlo y juzgarlo radica en las autoridades de la comunidad». Sin embargo, la Vista Fiscal precisa que como se trata de casos en donde el indígena ha cometido un hecho punible fuera del territorio de su comunidad, entonces es inevitable una intervención de la autoridad judicial nacional. Según su criterio, dicha intervención debe limitarse a establecer si el indígena puede o no comprender la ilicitud de su comportamiento, y en este último caso, ordenar su reintegro a su medio cultural para que sea juzgado por las autoridades de su comunidad. El Procurador señala entonces que en estos eventos debe aplicarse el concepto de inimputabilidad libre de «todas sus consecuencias en materia sancionatoria, ya que esta figura de creación legal es propia del ordenamiento jurídico nacional y su aplicación al caso de las conductas antijurídicas en estudio, significa la imposición de reglas y valores jurídicos propios del ordenamiento jurídico de la cultura nacional mayoritaria». La Vista Fiscal concluye entonces al respecto: «Teniendo en cuenta que la condición de indígena no cabe dentro del marco de la inmadurez psicológica, ya que ser indígena no significa ser menor de edad o retrasado mental ni dentro del marco clínico del trastorno mental, tal condición no puede ser considerada por sí misma un factor de inimputabilidad. El artículo 33 establece una relación de causa a efecto entre la pertenencia a una cultura diferente y la realización de una conducta que por antijurídica para la cultura mayoritaria resulta reprochable, lo cual, según la misma tradición jurídica de esa otra cultura no es factor de inimputabilidad. Sin embargo, como la falta de comprensión de la antijuridicidad de la conducta es el elemento conceptual que configura la noción de inimputabilidad, haciendo la salvedad de que tal incomprensión no obedece a razones de minusvalía psicológica o mental del indígena, este Despacho considera que el artículo 33 del Código Penal podría considerarse acorde con la Carta, en la medida en que el concepto de inimputabilidad allí definido y que es objeto de examen, ha de ser entendido como el criterio que debe orientar la actividad del juez, para que en las circunstancias aquí expuestas, el indígena sea devuelto al seno de su comunidad, en aras de la preservación de su condición de tal y, a la vez, en defensa del ordenamiento jurídico nacional». El Procurador procede entonces a examinar la legitimidad de la medida de seguridad de reincorporación al medio cultural y concluye que es inconstitucional, debido a su carácter sancionatorio, por dos razones; porque en esos casos no corresponde imponer la sanción a la justicia ordinaria, que es incompetente para juzgar esos comportamientos, en razón del fuero «que cubre a las personas pertenecientes a las comunidades indígenas que han delinquido sin la conciencia de la naturaleza antijurídica de la conducta cometida». Y en segundo término, porque la consagración de la reincorporación al medio cultural como sanción es «irrespetuosa y desconsiderada con la idiosincrasia y los valores propios de los pueblos y culturas que conforman la diversidad cultural y étnica de nuestra Nación», por lo que con ella «se retorna a la legislación de épocas pretéritas, en las que la pertenencia a dichas culturas era calificada como un estado de inferioridad». La afectación al pluralismo es, según la Vista Fiscal, evidente, pues la función de esa medida de seguridad no podría ser otra sino que «el indígena se cure de su propia idiosincrasia, pues esta es precisamente la determinante de su incapacidad para comprender la naturaleza antijurídica de su conducta». Por ello, según su parecer, conforme a la Constitución, la finalidad de la reincorporación del indígena

infractor no puede tener una finalidad de rehabilitación o cura, sino únicamente «su juzgamiento por parte de la autoridad competente y con la finalidad de preservar su identidad cultural». Concluye entonces el Procurador: «El respeto por la diferencia cultural que se origina en razón de la diversidad étnica, debe estar correspondido por el respeto que a su vez deben guardar los integrantes de las distintas etnias y culturas diversas y minoritarias respecto de los valores y reglas de comportamiento de la cultura predominante, en virtud del consenso intercultural que debe presidir las relaciones entre unas y otras culturas. Por tratarse entonces de un respeto de doble vía, cuando se dé el quebrantamiento del ordenamiento jurídico nacional, por parte de los miembros de las comunidades indígenas, las autoridades judiciales ordinarias no solo pueden sino que deben salir en defensa de ese ordenamiento, solo que en razón de la competencia asignada por la Constitución a las autoridades de esas comunidades, en virtud del fuero constitucional aquí varias veces invocado, las diligencias que adelanten los funcionarios judiciales en defensa de ese orden, deben limitarse a devolver al infractor al seno de su comunidad de origen, en aras de preservar su especial conciencia étnica. Lo anterior se considera lo precedente siempre y cuando, claro está, que el infractor sea un individuo con sentido de pertenencia a dicha comunidad, que no se haya desarraigado de la misma, ya que si el infractor de la ley penal es un individuo que por su desarraigo y extrañamiento de la comunidad indígena de la cual es oriundo y su familiaridad con los usos y costumbres de la cultura mayoritaria, tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta por él cometida, como bien lo ha establecido la jurisprudencia de esa Corporación, es, a la jurisdicción nacional, a quien compete juzgarlo». Las anteriores consideraciones llevan al Procurador a concluir que el artículo 33 del Código Penal, que define al indígena como inimputable, es constitucional, si se entiende que el legislador no está presumiendo que el indígena deber ser tratado como enfermo mental o inmaduro psicológico, sino únicamente reconociendo «que por existir diversidad sociocultural, este no puede recibir el mismo tratamiento que debe darse a quien hace parte del mismo sistema de valores y principios». Por el contrario, según su parecer, la obligación de imponerle una medida de seguridad desconoce el pluralismo «pues no puede admitirse que la reintegración al medio cultural propio, pueda tratarse como una sanción para el indígena». La solución, concluye el Procurador, es entonces que el Estado se abstenga de hacer un juicio de responsabilidad al indígena pero que, para proteger tanto a la comunidad en general como al propio indígena, «proceda a devolverlo a la comunidad de donde proviene, previa coordinación con la respectiva autoridad de esta, para que tanto estos como el infractor de la preceptiva nacional, entiendan que tal conducta es reprochable y no permitida en la cultura mayoritaria». De esa manera se buscaría que los indígenas comprendan que la conducta desarrollada es reprochable y no permitida en la cultura mayoritaria para que en ese orden, «fuera de su territorio no la desplieguen, si esta es permitida en ella o lo juzguen de acuerdo a sus normas y procedimientos si dicha conducta es también objeto de reproche en su comunidad». Según la Vista Fiscal, esa perspectiva no sancionatoria de la reintegración a la comunidad, que es la única compatible con la Carta, implica que dicho retorno no está condicionado a máximos o mínimos, «dado que el indígena como tal debe permanecer en su comunidad y su permanencia en esta no puede estar supeditada a lo que disponga la autoridad nacional».

Por ello concluye que los incisos 2, 3 y 4 del artículo 73 y el artículo 69 del Código Penal son inconstitucionales, pues la reintegración no es una sanción sino una «medida de protección tanto para la comunidad que integra la cultura mayoritaria como para el indígena, y como tal, deber ser regulada». VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. Competencia 1- La Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de las acusaciones contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, en virtud del artículo 241 ordinal 4º de la Carta, pues se trata de una demanda ciudadana contra normas que hacen parte de una ley de la República. El asunto bajo revisión. 2- Las normas demandadas señalan que la diversidad sociocultural puede constituir un factor de inimputabilidad, y por ello establecen que si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud debido a ciertos factores culturales, entonces debe imponérsele una medida de seguridad consistente en el reintegro a su medio sociocultural. La actora considera que esa regulación se aplica esencialmente a los indígenas y vulnera las atribuciones de la jurisdicción indígena, pues es a ella, y no a la justicia estatal, a quien corresponde investigar los hechos punibles cometidos por los indígenas. Además, según su parecer, esas disposiciones son discriminatorias y desconocen el pluralismo, en la medida en que consideran inimputables a quienes, como los indígenas, no comparten integralmente los valores de la cultura mayoritaria. Algunos intervinientes comparten la tesis de la actora, al considerar que la calificación de los indígenas como inimputables vulnera el pluralismo, pues no solo implica un juicio de disvalor en contra de la cultura indígena, ya que prácticamente sus miembros son calificados de inmaduros psicológicos, sino que además posibilita la realización de un proceso penal y la imposición de una medida de seguridad en contra de aquellos individuos que no comparten los valores culturales dominantes. Es pues una forma de criminalización de la diversidad cultural. Por ello concluyen que las normas acusadas deben ser declaradas inexecutable, y que si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud, por tener otros referentes culturales, entonces la solución consiste en reconocer que ese individuo debe ser absuelto, pues ha incurrido en un error de prohibición culturalmente condicionado, que excluye la punibilidad. Por su parte, otros intervinientes consideran que las disposiciones acusadas deben ser declaradas executable, pues protegen adecuadamente la diversidad cultural. Es más, según su parecer, si la Corte acoge las pretensiones de la demandante y retira del ordenamiento esas normas, la situación de los indígenas y de otras minorías culturales se vería desmejorada, ya que se verían sujetos a penas por delitos cuya ilicitud no comprenden. Finalmente, otros intervinientes y el Ministerio Público asumen una posición intermedia. Así, estas interpretaciones comparten la argumentación de la demanda, según la cual una Constitución pluralista no admite que los indígenas sean tratados como inmaduros psicológicos o como enfermos mentales. Sin embargo consideran que la solución no es declarar la inexecutable de la inimputabilidad por diversidad sociocultural sino condicionar su alcance, a fin de que la figura pierda sus connotaciones peyorativas y sancionatorias. Por ejemplo, el Procurador propone que los jueces deben limitarse a comprobar si la particular cosmovisión del indígena le impidió comprender la ilicitud de su comportamiento. Si tal es el caso, las autoridades deberán retornar a la persona a su comunidad, pero no como una sanción sino para proteger a la comunidad en general y al propio indígena,

para que sean las autoridades indígenas quienes lo juzguen, y también para que esas autoridades comprendan que el comportamiento desarrollado por el indígena es reprochable y no permitido en la cultura mayoritaria, para que de esa manera, fuera de su territorio, no lo desplieguen. Fuera de lo anterior, varios intervinientes tienen posiciones encontradas sobre el alcance mismo de las disposiciones acusadas. Según algunos, estas pueden aplicarse a cualquier persona y a cualquier minoría cultural, puesto que los artículos impugnados no se refieren específicamente a los indígenas. Por el contrario, otros intervinientes argumentan que dichas normas solo se aplican a los indígenas, pues solo esas comunidades tienen autoridades propias, y la regulación acusada establece como medida de seguridad la reintegración del inimputable a su medio cultural, «previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca». 3- Conforme a lo anterior, el problema constitucional que plantea el presente caso es si desconoce o no el pluralismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena que las normas acusadas hayan previsto la diversidad sociocultural como un factor de inimputabilidad y consagrado la reintegración al medio cultural como la medida de seguridad apropiada para esos eventos. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, una segunda cuestión surge, y es la siguiente: ¿debe entonces la Corte declarar la inexecutable de esas disposiciones, como lo solicitan la actora y otros intervinientes? O, ¿la solución consiste en recurrir a una sentencia condicionada, que prive a la inimputabilidad por diversidad sociocultural de toda connotación peyorativa y punitiva, como lo sugieren el Procurador y otros participantes en este debate constitucional? Ahora bien, antes de afrontar ese debate constitucional, la Corte constata que existe también una disparidad de criterios sobre el alcance de las disposiciones acusadas, puesto que algunos sostienen que estas solo son aplicables a los indígenas, mientras que otros consideran que esas normas cubren a todas las personas y grupos que sean culturalmente diversos. Por tal motivo, esta Corporación comenzará por abordar ese debate hermenéutico legal, antes de emprender el examen constitucional. Así, es cierto que la Constitución establece no solo que existe una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones (Código Penal, artículos 234, 236 y 241) sino que, además, los jueces gozan de autonomía funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones, pues solo están sometidos al imperio de la ley (Código Penal, artículo 230). Estos principios implican que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, pues tal función es propia de los jueces ordinarios. Sin embargo, el control constitucional es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, por lo cual es inevitable que el juez constitucional deba comprender y analizar el contenido y alcance de la disposición legal sometida a control. Entra pues la Corte a analizar cuál es el ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas. Ámbito personal de aplicación de la inimputabilidad por diversidad sociocultural. 4- Una primera lectura de las disposiciones acusadas sugiere que tienen razón aquellos intervinientes que sostienen que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es exclusiva de las poblaciones indígenas. Dos elementos contribuyen a esa idea: de un lado, esas normas se limitan a regular una inimputabilidad por diversidad sociocultural, y en ningún momento mencionan a los indígenas, o restringen la aplicación de esa figura a esas poblaciones. De otro lado, la diversidad sociocultural no es

exclusiva de los pueblos indígenas, pues existen en Colombia otras comunidades y grupos sociales que poseen una cultura propia, y sus miembros podrían entonces, por esa diversidad cultural, no tener la capacidad de comprender la ilicitud de ciertos hechos punibles. Además, expresamente la Carta busca proteger la identidad y diversidad de todos los grupos culturales, y no solo aquella de los indígenas, como lo muestra no solo que la Carta reconoce y protege genéricamente la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (Código Penal, artículos 7 y 70) sino que también prevé derechos y tratamientos especiales para las comunidades negras del Pacífico o los raizales de San Andrés (Código Penal, artículos 311 y 55T). En principio nada se opone a que si la finalidad de las normas acusadas es reconocer y proteger la diversidad cultural, entonces esa inimputabilidad pueda ser aplicada a todos los grupos y personas que en Colombia, por diversidad sociocultural, no tienen la capacidad de comprender la ilicitud de un hecho punible establecido en la ley, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión. Habría entonces que concluir que las disposiciones acusadas se aplican no solo a los indígenas sino también potencialmente a todos los colombianos, o al menos a todos los miembros de grupos sociales que pudieran tener una cultura definida y distinta de la cultura nacional.

5- La anterior interpretación enfrenta empero el siguiente problema: el artículo 73 del estatuto penal regula la reintegración al medio cultural propio, y establece que esta es la medida de seguridad a ser adoptada para aquella persona que, siendo inimputable por diversidad sociocultural, cometa una conducta típica y antijurídica. Esa disposición señala entonces que la medida consiste en la reintegración de la persona a su medio cultural, «previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca». Esto significa entonces que la inimputabilidad por diversidad sociocultural solo puede aplicarse a aquellas personas que hagan parte de culturas que tengan no solo un medio cultural definido, sino que además posean autoridades propias. En efecto, el sentido de esta regulación es que la persona que sea inimputable por diversidad cultural, y cometa un hecho típico y antijurídico, pueda ser objeto de la medida de seguridad correspondiente, a saber su reintegro a su medio cultural, lo cual supone la coordinación con la autoridad de esa cultura. Y, como es obvio, debe tratarse de una autoridad reconocida y aceptada por el Estado colombiano, a fin de que pueda llevarse a cabo la correspondiente coordinación entre la autoridad judicial nacional y la autoridad de esa cultura.

6- En la situación actual del país, los pueblos indígenas son los grupos humanos que reúnen claramente las anteriores características de tener un medio cultural definido y autoridades propias reconocidas por el Estado. Así, no solo sus territorios son entidades territoriales (Código Penal, artículo 286), y por ende, esas comunidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias (Código Penal, artículo 287) sino que, además, la Carta autoriza a esas autoridades a ejercer funciones judiciales (Código Penal, artículo 246). Es pues claro que las disposiciones acusadas fueron diseñadas pensando esencialmente en las comunidades indígenas. Sin embargo, el hecho de que el Legislador no restringió explícitamente la aplicación de la figura a esas comunidades, pudiendo claramente hacerlo, no puede pasar inadvertido, pues si la intención del Congreso fue limitar la inimputabilidad por diversidad sociocultural a los pueblos indígenas, entonces lo habría dicho. Al no hacerlo, contrario senso, hay que concluir que la voluntad del Legislador fue que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural

puede eventualmente aplicarse a otros grupos sociales y culturales, y no exclusivamente a los indígenas. 7- El anterior análisis lleva a la Corte Constitucional a la siguiente conclusión: por el diseño de la medida de seguridad correspondiente (reintegro a su medio cultural previa coordinación con la autoridad de la cultura), es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que las normas demandadas no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que esta podría ser aplicable en otros casos, si se dan los presupuestos previstos por las disposiciones acusadas, a saber: (i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro. 8- Así precisado el ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas, procede entonces la Corte a estudiar los problemas constitucionales que ellas suscitan. Ahora bien, aunque esos artículos no se aplican exclusivamente a los indígenas, es evidente que, como se mostró en los fundamentos anteriores de esta sentencia, el diseño de la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural tiene en los pueblos indígenas su referente y ámbito esencial de aplicación. Esto explica por qué la presente sentencia privilegiará el examen de la eventual vulneración, por parte de las disposiciones acusadas, de los derechos de los pueblos indígenas, aunque también realizará consideraciones sobre la posible afectación del pluralismo en general y de los derechos de otras comunidades culturales. Entra entonces esta Corporación a examinar si la inimputabilidad por diversidad sociocultural, tal y como está prevista en las disposiciones acusadas, desconoce o no el pluralismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena. Para tal efecto, la Corte comenzará por recordar los alcances y las funciones que juegan las nociones de imputabilidad y culpabilidad, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, y en donde está por consiguiente proscrita la responsabilidad penal objetiva (Código Penal, artículos 1º, 5º y 29). Ese examen permitirá determinar cuál es la forma constitucionalmente más adecuada de enfrentar aquellas situaciones en donde una persona, por su diversidad sociocultural, no comprende la ilicitud de su comportamiento, o no puede determinarse de conformidad con dicha comprensión. Luego la Corte analizará la relación de esas situaciones con el reconocimiento constitucional del pluralismo cultural (Código Penal, artículos 7º y 70), para así evaluar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas. Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad penal. 9- En varias oportunidades, la Corte ha resaltado que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana (Código Penal, artículo 1º), la Carta proscribía la responsabilidad penal objetiva, y previó un derecho penal de acto y no de autor. En efecto, con claridad el artículo 29 superior establece que no puede haber delito sin conducta, al señalar que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa» (subrayas no originales). Esta Corporación ha precisado la importancia de esta opción constitucional por un derecho penal de acto y de culpabilidad, en los siguientes términos: «Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un

hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo solo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, solo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente». 10- Es pues claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues solo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba. 11- La constitucionalización de un derecho penal culpabilista suscita el siguiente interrogante: ¿qué hacer con aquellos comportamientos que son tan graves como un delito, en la medida en que afectan bienes jurídicos esenciales, y son típicos y antijurídicos, pero son realizados por personas que, por determinadas condiciones, no pudieron actuar culpablemente? Esta situación plantea difíciles interrogantes a los regímenes constitucionales fundados en la dignidad humana, pues esas personas no pueden legítimamente ser sancionadas penalmente por su conducta, ya que no actuaron con culpabilidad. Pero la sociedad debe también tomar medidas para evitar esos comportamientos que, a pesar de no ser realizados culpablemente, afectan gravemente bienes jurídicos esenciales, en la medida en que no solo son típicos y antijurídicos sino que, además, existe la posibilidad de que la persona pueda volver a realizarlos, en muchos casos, por las mismas razones por las que no tiene la capacidad de actuar culpablemente. 12- Para enfrentar el anterior dilema, y como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no solo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva (Código Penal, artículo 29). De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado

una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, «esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)». 13- Esta diferenciación de regímenes de responsabilidad penal tiene sustento expreso en el artículo 28 superior, que prohíbe las «penas y medidas de seguridad imprescriptibles». Pero incluso si esa disposición constitucional no previera esa diferencia entre penas y medidas de seguridad, ella encuentra claro sustento en los principios de igualdad y dignidad humana (Código Penal, artículos 1º y 13), que prohíben un trato igual, en materia punitiva, entre las personas que pueden comprender la ilicitud de su comportamiento, y orientar su conducta con base en esa comprensión, y aquellos individuos que no pueden hacerlo. Por ello, desde sus primeras sentencias, esta Corte había señalado que esta diferencia de regímenes para imputables e inimputables se ajustaba a la Carta. Así, la sentencia T-401 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 4, señaló al respecto: «La intención subjetiva presente en el momento de cometer el delito es el elemento que distingue las situaciones en que se ven comprometidos los imputables y que está ausente cuando la acción es realizada por los inimputables, incapaces de comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con dicha comprensión. La conducta y el agente conforman para la Ley Penal un conjunto unitario que, con base en el indicado elemento, es claramente distinguible según se trate del imputable o del inimputable, de modo que las consecuencias jurídicas —pena y medida de seguridad— son diferentes y ello es así pues se originan en presupuestos diversos. La distinción que opera la Ley Penal, a juicio de la Corte, no es arbitraria, máxime si el legislador al otorgarle mayor peso a la intencionalidad del acto ha buscado conferirle más severidad a la pena. De otra parte, la medida de seguridad —mirada no a partir de su presupuesto sino de su consecuencia— tiene entidad y singularidad propias, explicables por su finalidad rehabilitadora del enfermo». 14- Esta diversidad de regímenes explica a su vez que, como esta Corte lo explicó en la sentencia C-176 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, las penas y medidas de seguridad en el ordenamiento colombiano tengan tanto similitudes como diferencias. Así ambas tienen fines de protección social, pues buscan evitar que quien cometió un hecho punible reitere su conducta. Las dos implican una restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del derecho penal. Por ello, desde sus primeras decisiones, esta Corte ha señalado invariablemente que violan la Carta las medidas de seguridad indeterminadas, puesto que desconocen el principio de legalidad y la prohibición de las penas imprescriptibles. Pero obviamente, las penas y medidas de seguridad tienen también diferencias profundas, derivadas en gran parte del hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. Por ello, los fines de las penas y las medidas de seguridad no son idénticos. Por ejemplo, las penas tienen, entre otras, una cierta finalidad retributiva, de la cual están desprovistas las medidas de seguridad, pues sería contrario a la dignidad humana y a la libertad (Código Penal, artículos 1, 16 y 28) castigar a quien no logra comprender la ilicitud de su comportamiento. Por

ello, al referirse a las finalidades de estas medidas de seguridad, esta Corte señaló que estas «no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios». Y con base en esos criterios, las sentencias C-176 de 1993 y C-358 de 1997 concluyeron que violaba la Carta la fijación de términos mínimos de duración del internamiento de los inimputables, pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables. Dijo entonces esta Corte al respecto: «El tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento. Ahora bien, la rehabilitación psiquiátrica no tiene topes mínimos de duración sino que depende en cada caso del tratamiento científico pertinente. Es por ello que no se compadece con la preceptiva constitucional, particularmente con el valor y derecho a la libertad, el internar a un inimputable más tiempo del estrictamente necesario para lograr su rehabilitación. De allí la inconstitucionalidad de los plazos mínimos establecidos en los tres artículos estudiados». 15- Estas diferencias entre imputables e inimputables, y entre penas y medidas de seguridad explican que el ordenamiento prevea, en muchos aspectos, regulaciones distintas para unos y otros, sin que pueda aducirse un desconocimiento del principio de igualdad. Por ejemplo, el artículo 24 del Código Penitenciario y Carcelario (la Ley 65 de 1993) prevé la existencia de establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos especiales «destinados a alojar y rehabilitar personas que tengan la calidad de inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial». La sentencia C-394 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, declaró exequible esa disposición pues consideró que no violaba la igualdad ya que «es apenas natural que los inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial, tengan un tratamiento diferenciado, adecuado a sus circunstancias». 16- Una vez recordada la importancia de la culpabilidad en un Estado democrático, y la justificación constitucional de la existencia de un régimen dual de responsabilidad para imputables e inimputables, entra esta Corporación a examinar la legitimidad de las disposiciones acusadas. Y para tal efecto, la Corte considera que es posible reformular el problema suscitado por la demanda, en los siguientes términos: ¿es acaso válido constitucionalmente que las normas demandadas prevean una forma de inimputabilidad, con su correspondiente medida de seguridad, para aquellos eventos en que un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, con autoridad propia, cometan una conducta típica y antijurídica, pero no hayan podido actuar culpablemente, al no poder comprender, debido a su diversidad cultural, la ilicitud de su comportamiento? Diversidad sociocultural, pluralismo e imposibilidad de comprender la ilicitud de un comportamiento: ¿inimputabilidad o inculpabilidad? 17- Para responder el anterior interrogante, la Corte considera que es muy ilustrativo realizar el siguiente experimento mental: Supongamos que hay una persona, que no es indígena ni hace parte de un grupo cultural con autoridad propia reconocida

por el Estado; pensemos que ese individuo comete una conducta típica y antijurídica. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿qué podría sucederle, en nuestro ordenamiento constitucional y legal, a ese individuo, si al momento de realizar ese hecho, no tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural? Ahora bien, esa persona no podría ser considerada inimputable, conforme a la regulación prevista en las normas acusadas, puesto que, en caso de ser encontrada responsable, no podría aplicársele la medida de seguridad prevista por la ley. La razón es muy simple: ese individuo no podría ser reintegrado a su medio cultural con la previa coordinación con la autoridad de su cultura, puesto que, como se dijo, su cultura no tiene una autoridad reconocida ni un medio cultural definido. Esto significa que a una persona en esas circunstancias, las normas acusadas no le son aplicables, como ya se explicó anteriormente en esta sentencia. En efecto, en los fundamentos 6 y ss de esta providencia, la Corte anotó que las disposiciones acusadas no se aplican a todas las personas sino únicamente a los indígenas y a quienes hagan parte de grupo cultural que (i) posea un medio cultural propio definido, y (ii) tenga autoridades propias reconocidas por el Estado. Ahora bien: ¿significa lo anterior que esa persona, que no hace parte de un grupo cultural con esas características, y realiza una conducta típica y antijurídica, pero no comprende la ilicitud debido a su particular cosmovisión, debe entonces ser declarada culpable y ser condenada a la pena respectiva? Todo indica que la respuesta, desde el punto de vista de la dogmática penal, es negativa. En efecto, en ese evento la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de esa conducta, o determinarse con base en esa comprensión. Y en principio es razonable concluir que ese error era invencible, pues la persona, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta. En tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento, cuya ilicitud no comprendía. Una conclusión parece imponerse: teniendo en cuenta la naturaleza de la culpabilidad, y que el nuevo estatuto penal eliminó el mandato según el cual la ignorancia de la ley no excusa, y que el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando «se obre con error invencible de la licitud de la conducta», esa persona debería ser absuelta. 18- Ahora bien, supongamos que un indígena, o alguien que hace parte de una minoría cultural que cuenta con un medio cultural definido y con una autoridad reconocida por el Estado, se encuentra en una situación semejante. Imaginemos entonces que esa persona realiza también un comportamiento típico y antijurídico, pero no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural. En ese evento, y de conformidad con las disposiciones acusadas, dicha persona es no solo considerada inimputable sino que además debe ser declarada responsable por el juez penal, quien le impone la correspondiente medida de seguridad: su reintegro forzado a su medio cultural. 19- El anterior análisis muestra que la aplicación de las disposiciones acusadas conduce a la siguiente extraña situación: supuestamente la consagración de la inimputabilidad por diversidad sociocultural pretende proteger el pluralismo y

la diversidad cultural; sin embargo aquellas comunidades que en principio se verían beneficiadas por esa figura resultan en realidad en una situación menos favorable que aquellos individuos a quienes no se aplican dichas disposiciones. En efecto, quienes son considerados inimputables en virtud de las normas demandadas, como los indígenas, son declarados responsables y se les impone una medida de seguridad en caso de que cometan una conducta típica y antijurídica, pero no hayan sido capaces de comprender su ilicitud, debido a sus diversos referentes culturales. En cambio, en idénticas circunstancias, aquellas personas a quienes no se aplican los artículos acusados son absueltas, por cuanto su conducta no es culpable, al haber incurrido en un error de prohibición. La paradoja es evidente por las siguientes dos razones: de un lado, la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural, que es justificada como un mecanismo para proteger el pluralismo cultural, tiene como consecuencia una agravación de la situación penal de quienes supuestamente son beneficiados por sus mandatos. Y, de otro lado, ese empeoramiento de la situación penal recae primordialmente sobre aquellas poblaciones —como las comunidades indígenas— cuya diversidad e identidad cultural la Carta busca especialmente proteger. En efecto, conforme a la regulación acusada, si un colombiano o un extranjero incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado resulta absuelto; en cambio, si un indígena se encuentra en idénticas circunstancias, es condenado a una medida de seguridad, consistente en su forzoso reintegro a su medio cultural. 20- La situación descrita en los párrafos precedentes muestra que, en la práctica, y a pesar de sus loables propósitos, las disposiciones acusadas se traducen en una discriminación contra aquellas poblaciones y personas —como los integrantes de los pueblos indígenas— para quienes la Constitución ha ordenado precisamente una protección especial. En efecto, la Carta no solo establece que los territorios indígenas son entidades territoriales, y que dichos pueblos pueden tener sus autoridades propias, sino que además los autoriza a administrar justicia de conformidad a sus normas y procedimientos (Código Penal, artículos 246, 286 y 287). Esto significa que, en principio, las normas penales deben proteger preferencialmente la identidad y diversidad de los pueblos indígenas, pues no solo están en la obligación de respetar las competencias propias de la jurisdicción indígena, sino que, además, tienen que tomar en cuenta el lugar especial que la Carta previó para esos pueblos. En contravía con esos mandatos constitucionales, los efectos prácticos de las disposiciones acusadas podrían terminar siendo lesivos para esas comunidades indígenas, ya que sus miembros resultan criminalizados —por la vía de la imposición de una medida de seguridad— cuando efectúan ciertos comportamientos, mientras que la mayor parte de los colombianos o extranjeros que hubieran realizado esas mismas conductas resultan absueltos, por haber incurrido en un error de prohibición derivado de ciertos condicionamientos culturales. 21- Las anteriores consideraciones parecen llevar a la siguiente conclusión: las normas acusadas serían inconstitucionales, al menos por los siguientes dos factores: de un lado, por violar el principio de igualdad, puesto que para una misma situación fáctica, las disposiciones demandadas estarían previendo dos tratamientos jurídicos diversos, sin que exista una clara justificación para esa diferencia de trato. En efecto, conforme al actual estatuto penal, si un indígena, o un miembro de un grupo cultural que cuenta con una autoridad reconocida por el Estado, comete un hecho típico y antijurídico pero, por su

particular cosmovisión, no tuvo la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, entonces es declarado inimputable, y se le impone una medida de seguridad. En cambio, si otro colombiano o un extranjero, que no hace parte de una comunidad indígena, o de un grupo cultural con una autoridad reconocida por el Estado, realiza ese mismo comportamiento, entonces resulta absuelto, por haber incurrido en un error de prohibición culturalmente condicionado. 22- De otro lado, y como bien lo señalan algunos intervinientes, las disposiciones acusadas también podrían resultar violatorias de la Carta, por desconocer el principio de proporcionalidad y el carácter del derecho penal como última ratio. Así, esta Corte ha señalado que el principio de proporcionalidad o «prohibición de exceso» limita la libertad de configuración del Legislador en materia punitiva. Esta Corporación ha concluido entonces que «solo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas». Directamente ligado al principio de proporcionalidad, es claro que el Estado debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Y es que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (Código Penal, artículos 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales, para amparar los mismos bienes jurídicos. El derecho penal en un Estado social de derecho está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de última ratio. En consecuencia, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró recientemente esta Corte, en la sentencia C-647 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4º, en donde señaló que «el derecho penal en un Estado democrático solo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados». Ahora bien, en el presente caso, si la finalidad del Legislador al establecer la inimputabilidad era proteger la diversidad cultural, entonces podría considerarse que el Congreso incurrió en un exceso punitivo, puesto que hubiera podido obtener esos mismos propósitos con un dispositivo menos invasivo en términos de política criminal, en la medida en que bastaba reconocer la inculpabilidad de los agentes, cuando estos incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado. En efecto, la consagración de esa forma de inculpabilidad sustrae a las personas y grupos culturales diversos del ejercicio del poder penal, con lo cual, como bien lo señalan algunos intervinientes y doctrinantes, el Estado evita criminalizar la diversidad cultural. Por el contrario, el recurso a la figura de la inimputabilidad mantiene a la persona que no comparte los valores culturales mayoritarios en el ámbito del derecho penal, puesto que posibilita la imposición de medidas de seguridad a aquellos individuos que realizan una conducta típica y antijurídica, pero no culpable. 23- Fuera de lo anterior, podría añadirse que la consagración de una forma de inimputabilidad por diversidad sociocultural también afecta el pluralismo, que la Carta no solo ampara sino que estimula. En efecto, conviene recordar que la Constitución no solo reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la

Nación colombiana (Código Penal, artículo 7°) sino que además establece que es deber del Estado proteger las riquezas culturales de la Nación (Código Penal, artículo 8°). Y como si fuera poco, la Carta precisa igualmente que la «cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad» y que por ello el «Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país» (Código Penal, artículo 70). Estas disposiciones constitucionales muestran que la Constitución aspira a construir una nación, en donde todas las culturas puedan convivir en forma pacífica e igualitaria. Por consiguiente, una regulación legal que implique un juicio de minusvalía contra ciertas culturas, es contraria a la Carta. Ahora bien, como esta Corte ya lo había señalado en anteriores oportunidades, el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de

3. Sentencia T-552/03

Sentencia T-552/03 LEGITIMACIÓN POR ACTIVA EN TUTELA DE AUTORIDAD INDÍGENA COMUNIDAD INDÍGENA - Protección derechos fundamentales de sus miembros COMUNIDAD INDÍGENA - Autonomía política y jurídica PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL - Límites/PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL-Reconocimiento constitucional ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - Procedencia excepcional por vía de hecho judicial JURISDICCIÓN INDÍGENA - Reconocimiento constitucional JURISDICCIÓN INDÍGENA – Elementos. Los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Además de los anteriores elementos, señala la Sala, es necesario tener en cuenta el presupuesto antropológico que se encuentra en el punto de partida. La jurisdicción especial se establece por la Constitución en beneficio de los pueblos indígenas con el propósito de proteger su identidad. Esto es, para que proceda la jurisdicción indígena es necesario establecer, en primer lugar, que se está frente a una comunidad indígena. PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL - Alcance COMUNIDAD INDÍGENA - Criterio formal. Existe, en primer lugar, una dimensión formal. A ella pertenece el reconocimiento oficial de los resguardos (territorio) y de las autoridades (el cabildo y otras autoridades tradicionales). COMUNIDAD INDÍGENA - Criterio material. Hay un segundo criterio, de carácter material, que define tanto la existencia de una comunidad indígena, conforme a definición que debe tomarse de distintas fuentes, como la pertenencia o no a la misma de determinados individuos. JURISDICCIÓN INDÍGENA - Condiciones de procedencia. Para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que (i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito

territorial determinado. A los elementos ya reseñados de la Jurisdicción especial indígena, habría que agregar, entonces, (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley. JURISDICCION INDIGENA - Vocación de reafirmación de la comunidad. Para establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena es determinante la consideración, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales. La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y, tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlas como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su identidad. JURISDICCION INDIGENA - Dimensiones MAXIMIZACION AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA - Naturaleza/MINIMIZACION RESTRICCION AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA - Naturaleza COMUNIDAD INDIGENA - Límites a la autonomía JUZGAMIENTO DE INDIGENAS - Competencia COMUNIDAD INDIGENA - Determinación del grado de autonomía FUERO INDIGENA - Alcance/FUERO INDIGENA - Elementos JURISDICCION INDIGENA Y SISTEMA JUDICIAL - Ley de coordinación. La Constitución dispone que corresponde a la ley establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. Sin embargo, la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación. AUTORIDAD INDIGENA - Reclamación del ejercicio de la jurisdicción. Las autoridades indígenas pueden reclamar el ejercicio de la jurisdicción, en la medida en que estén capacitadas para hacerlo, porque cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social. Sin embargo la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de deberes y responsabilidades conforme a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización. La Corte, ha expresado, de manera categórica, que esta flexibilidad a la hora de determinar la autoridad competente para llevar a cabo el juzgamiento, no puede tenerse como una puerta hacia la impunidad que permita que una persona se acoja alternativamente a uno o a otro ordenamiento. JURISDICCION INDIGENA - Aplicación en conflictos interculturales. Otra materia que debe ser objeto de definición es la relativa a la aplicación de la jurisdicción indígena en el evento de conflictos de naturaleza intercultural, o que, en cualquier caso, se desenvuelvan por fuera de alguno o algunos de los elementos que se han identificado como determinantes de la procedencia de esa jurisdicción especial. Cuando se afecta a una persona ajena a la cultura cuyas autoridades se pretenden competentes sería necesario evaluar, en cada

caso concreto, las circunstancias para establecer si además de la localización geográfica de la conducta, es posible referirla también al ámbito cultural, o si, por el contrario, es una actuación ilícita que se ha desarrollado por fuera de ese ámbito y frente a la cual podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a las sanción de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional.

JURISDICCIÓN INDÍGENA - Aplicación en conflictos internos de las comunidades Si existe una doctrina constitucional consolidada es en torno a la procedencia de la jurisdicción indígena en los conflictos que se suscitan en torno asuntos que puedan catalogarse como puramente internos de las respectivas comunidades, porque tanto el agresor como la víctima pertenecen a la comunidad y la conducta se desarrolló dentro del respectivo ámbito territorial.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN JURISDICCIÓN INDÍGENA - Alcance **PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL** - Derecho a saber la verdad y a que se haga justicia **CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA** - Jurisdicción indígena y ordinaria/**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA** - Otorgó conocimiento de asuntos indígenas a la jurisdicción ordinaria **VÍA DE HECHO** - Incorrecta aplicación de la ley Esa decisión constituye una vía de hecho, por incorrecta aplicación de la Ley. Para justificar su determinación, el Consejo Superior de la Judicatura argumentó que la comunidad indígena carecía de normas tradicionales que definieran como ilícita la conducta, así como de normas de procedimiento para juzgar a los responsables y de normas que fijaran la sanción aplicable. Del hecho de que la comunidad no pueda presentar antecedentes recientes sobre el ejercicio de la jurisdicción en asuntos tales como el homicidio, aparte de que no fue una consideración expresa del Consejo, no puede derivarse la conclusión acerca de la incapacidad de la comunidad para adelantar el juzgamiento conforme a su ordenamiento tradicional, porque, por un lado, la inserción de la comunidad en la cultura y en el ordenamiento nacionales implicaba, necesariamente, que antes de 1991, las autoridades indígenas estaban en la obligación de remitir tales asuntos a la jurisdicción ordinaria, de manera que no cabe exigir, como presupuesto para el reconocimiento de la jurisdicción que la comunidad acreditase la existencia de antecedentes que habrían resultado contrarios al ordenamiento constitucional y legal previo a la Constitución de 1991. Por otro lado, esa inhibición en el ejercicio de la jurisdicción no puede tomarse como indicio de la ausencia de capacidad para ejercerla, sin un estudio antropológico que demostrase ese aserto.

VÍA DE HECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Aplicación errónea por el Consejo Superior de la Judicatura. La decisión del Consejo Superior de la judicatura constituye una vía de hecho, porque aplicó de manera equivocada el principio de legalidad al valorar la pretensión de las autoridades del Cabildo de ejercer la jurisdicción especial indígena y porque, sin soporte en un estudio científico, se descartó la capacidad de esa comunidad para asumir, a través de sus autoridades, el juzgamiento de uno de sus integrantes en un conflicto de naturaleza penal y de caracteres típicamente internos, sin tener en cuenta el cambio de paradigma que sobre esta materias se operó en 1991. Observa la Sala que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura conforme a la cual se resolvió a favor de la justicia ordinaria el conflicto que se la había planteado no solo se fundamentó en una premisa jurídicamente equivocada, sino que, además, se sustentó en consideraciones de hecho que no contaban con soporte en el proceso penal y que resultarían contrarias a las conclusiones

del estudio antropológico que se allegó al proceso de tutela. JURISDICCIÓN INDÍGENA - Aplicación a indígena sindicado en proceso penal. Los estudios antropológicos aportados en sede de tutela, así como la posterior decisión del propio Consejo Superior de la Judicatura en un caso similar, permiten concluir que la comunidad indígena de la etnia Yanacona está en capacidad de ejercer la jurisdicción especial indígena, que tiene, por consiguiente, derecho a ejercerla y que el indígena sindicado en el proceso penal está amparado por el fuero indígena. Referencia: expediente T-506199 Acción de tutela instaurada por Ever Quinayás Omen y otro contra el Consejo Superior de la Judicatura. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Bogotá, D. C., diez (10) de julio de dos mil tres (2003). I. ANTECEDENTES. Por Auto de febrero 1 de 2002, la Sala Quinta de Revisión de Tutela decidió abstenerse de efectuar la revisión de fondo de los fallos proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela de la referencia, por existir en el proceso una nulidad saneable derivada de falta de notificación a un tercero con interés legítimo. Saneado el vicio por inactividad de quien estaba habilitado para alegarlo, el expediente regresó a la Sala de Revisión. Al constatar que hacía falta uno de los cuadernos que integran el expediente, la Sala suspendió términos mientras se lograba la restitución del mismo. Para el efecto, por Secretaría de la Corte, después de diversas diligencias, se obtuvo que por el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, Cauca, se remitiese el cuaderno de copias del proceso penal que se adelanta en contra de Iván Majín Quinayas por los delitos de homicidio y de porte ilegal de armas de fuego, y la Sala reasumió el trámite de revisión de la tutela. 1. La solicitud. A través de apoderado, el Gobernador del Resguardo Indígena de Caquiona (de la etnia Yanacona), del municipio de Almaguer, Cauca, instauró acción de tutela en contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por una presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al juez natural, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural, cuando al dirimir un conflicto de competencias en el proceso que se sigue contra IVÁN MAJÍN QUINAYÁS por los delitos de porte ilegal de armas y homicidio en la persona de ÁLVARO QUINAYÁS QUINAYÁS, se resolvió a favor de la justicia ordinaria y en contra de la jurisdicción indígena. Después de desatarse por la Corte Constitucional el conflicto de competencias que se suscitó en torno al conocimiento de la acción, la tutela fue decidida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. 2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados. Mediante auto del 27 de septiembre de 2000, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán admitió la acción de tutela y ordenó la notificación de la misma a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Así mismo, la Sala Penal del Tribunal, mediante Auto de septiembre 28 de 2000, dispuso que se notificase de la acción al Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, quien venía adelantando en fase de juzgamiento el proceso objeto de la tutela. De conformidad con lo resuelto en el Auto de febrero 1 de 2002 de esta Sala de Revisión, la presente acción de tutela se puso en conocimiento de quien había obrado como parte civil en el proceso penal que se sigue contra Iván Majín Quinayas, para que si lo consideraba del caso plantease la nulidad que se había observado. Mediante auto de 29 de mayo de 2002, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán

declaró saneada la nulidad debido a que los terceros llamados a alegarla, advertidos de la existencia de la misma, se abstuvieron de hacerlo. 3. Oposición a la demanda Ni la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ni el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar se hicieron presentes frente a la demanda de tutela. 4. Los hechos. El 1 de enero de 1999, en la población de Caquiona, municipio de Almaguer (Cauca), en hecho materia de investigación, IVÁN MAJÍN QUINAYÁS dio muerte con arma de fuego a ÁLVARO QUINAYÁS QUINAYÁS. Habiéndose presentado voluntariamente Iván Majín Quinayás para responder por los anteriores hechos, la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar inició formal investigación penal en su contra, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas. Dentro del proceso penal, el 9 de junio de 1999, obrando mediante apoderado, el padre de la víctima, Heliodoro Quinayás Quinayás, se constituyó como parte civil. El Gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo Caquiona, reclamó para la comunidad indígena y ante la Fiscalía Delegada de Bolívar la competencia para investigar y juzgar a Iván Majín Quinayás como presunto responsable por la muerte de Álvaro Quinayás Quinayás. La Dirección General de Asuntos Indígenas planteó ante la Fiscalía la misma solicitud. A la pretensión del Cabildo y de la Dirección General de Asuntos Indígenas se opuso el apoderado de la parte civil. Igual oposición presentaron, separadamente, el padre y un hermano de la víctima. La Fiscalía Delegada no accedió a la solicitud del Gobernador del Cabildo Indígena y en consecuencia remitió la actuación a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que dirimiera el conflicto positivo de competencias suscitado entre la jurisdicción ordinaria y la especial indígena. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia de 28 de octubre de 1999, dirimió la colisión de competencias suscitada entre la jurisdicción ordinaria, representada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar y la Jurisdicción indígena del Cabildo y resguardo de Caquiona, declarando que corresponde a la primera seguir conociendo del proceso adelantado contra Iván Majín Quinayás, sindicado de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas. El Consejo Superior de la Judicatura fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones: .- El Gobernador del Cabildo Indígena del resguardo Caquiona (Cauca) había solicitado al Fiscal que adelantaba el proceso penal que dio lugar al conflicto de jurisdicciones que pusiese a su disposición al sindicado, por cuanto consideraba que de acuerdo con la Constitución, correspondía a la jurisdicción indígena su juzgamiento. Señaló al efecto el Cabildo que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional no se requiere que en las respectivas comunidades indígenas existan códigos escritos que contengan las distintas conductas punibles, y que «[e]n el resguardo Caquiona desde hace varios años venimos trabajando para recobrar la autonomía comunitaria y étnica y poco a poco hemos avanzados [sic] hacia ella mediante la realización continua de asambleas y la convocatoria a la prestación del Servicio Comunitario de Guardia Cívica, nos da la suficiente posibilidad y capacidad para realizar un trabajo en serio sobre el ejercicio de nuestra justicia y que la podemos iniciar con un caso en especial como el del señor Majín». .- Por su parte, la Fiscalía 1ª Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, con sede en Almaguer, Cauca, había negado la solicitud del Cabildo, por cuanto consideró que para que procediera la remisión a la

jurisdicción indígena no bastaba con acreditar la condición de indígenas del sindicado y de la víctima, y el hecho de haberse cometido la conducta en territorio del resguardo, sino que era necesario, además, que exista en la comunidad una normatividad acorde con sus usos y costumbres, conforme a la cual se pueda juzgar la conducta, circunstancia que, de acuerdo con su valoración de las pruebas recaudadas, no se da en este caso. - En ausencia de la ley que de acuerdo con la Constitución debe establecer las formas de coordinación de la jurisdicción ordinaria y la especial que ejerzan las autoridades indígenas, «[...] corresponde a la jurisprudencia tutelar de la Corte Constitucional y a la dirimente del Consejo Superior de la Judicatura, puntualizarlas [...]» conforme a las pautas que al efecto se han sentado por la Corte Constitucional. - De acuerdo con los criterios que en diversas providencias se han desarrollado por la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, para determinar la competencia de la Jurisdicción especial indígena en un caso concreto se han identificado los siguientes factores principales: a. Existencia de la autoridad indígena que reclame el conocimiento del asunto, debidamente constituida y reconocida; b. Pertenencia al grupo indígena de que se trate de la persona a quien se le imputa el delito investigado; c. El lugar de ocurrencia del hecho: que la conducta se haya cometido dentro del territorio del resguardo indígena; d. El elemento de carácter objetivo: que el sujeto pasivo o el objeto material de la conducta, pertenezca a la comunidad indígena. Señaló el Consejo que, adicionalmente, la Corte Constitucional, en Sentencia T-496 de 1996 señaló que «[...] del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo». El Consejo transcribió apartes de la precitada Sentencia de la Corte conforme a los cuales para dirimir el conflicto de jurisdicciones es necesario valorar la situación del individuo frente a dos ordenamientos, el nacional y el indígena. A partir de la aplicación de los anteriores criterios al caso concreto el Consejo Superior de la Judicatura concluyó que la colisión positiva de competencias que se le había planteado debía resolverse a favor de la jurisdicción ordinaria, por cuanto se pudo observar que el Cabildo que reclama la jurisdicción no tiene unas normas que describan como ilícita la conducta que se le imputa al sindicado, ni tiene previsto un procedimiento para la investigación de los hechos y para el juzgamiento de los autores, ni definidas las penas que cabría aplicarles. Por tal razón no es posible determinar, señala el Consejo, si el ordenamiento indígena que resultaría aplicable es contrario o no a la Constitución, a diferentes normas internacionales y a la ley penal. 5. Fundamento de la acción. Manifiesta el accionante que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura constituye una vía de hecho que desconoce los derechos de la comunidad Caquiona a su autonomía, a la diversidad étnica y cultural y al ejercicio de su propia jurisdicción sobre los asuntos que conciernan a sus miembros y se desarrollen en su territorio. Expresa que, igualmente, desconoce el derecho del sindicado al debido proceso, asociado al principio de la diversidad étnica y cultural, a la igualdad ante la ley y a ser juzgado por su juez natural. Pone de presente el accionante que el Resguardo Indígena de Caquiona, de la etnia Yanacona fue constituido como tal desde el año de 1700, y que cuenta con un gobierno propio,

representado en su Cabildo Indígena, que ha venido ejerciendo las funciones que le corresponden desde la creación del resguardo. Agrega que el hecho materia del proceso penal ocurrió en el territorio del resguardo, y que tanto el occiso como el sindicado son indígenas, según consta en las certificaciones que obran en el proceso. Señala que no obstante lo anterior, el Consejo Superior de la Judicatura se negó a reconocer la jurisdicción indígena con base en consideraciones que resultan contrarias a la Constitución y a la jurisprudencia de la Corte sobre la materia, en decisión que constituye una vía de hecho por defecto sustantivo y fáctico. Expresa que incurre en yerro el Consejo Superior de la Judicatura cuando fundamenta su decisión en el hecho de que el Cabildo Indígena Caquiona «[...] no tiene normas que describan como ilícita la conducta por la que se acusó a MAJÍN QUINAYÁS, y consagren el procedimiento a seguir para su juzgamiento», por cuanto los usos y costumbres de los pueblos indígenas no son normas positivas, sino consuetudinarias. Señala que la providencia del Consejo Superior desconoce que la oralidad de las actuaciones y de las pautas de control social interno es una característica fundamental de las comunidades indígenas. De este modo, sostiene, la decisión impugnada incurre en un defecto sustantivo, por una interpretación inconstitucional del derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena, y en un defecto fáctico, pues no se practicó una prueba antropológica, indispensable para determinar si en la comunidad Yanacona del Resguardo Indígena de Caquiona existen o no procedimientos de justicia oral de acuerdo con sus tradiciones. Agrega que también se incurrió en un defecto procedimental, pues se está privando al sindicado de la garantía constitucional de ser juzgado por su juez natural, de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad indígena a la que pertenece.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. Primera instancia. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante Sentencia de abril 4 de 2001, decidió «NEGAR por improcedente [...]» la tutela promovida por el Resguardo indígena de Caquiona contra el Consejo Superior de la Judicatura. Para su decisión la Sala tuvo en cuenta las consideraciones que se sintetizan a continuación:

1.1. No se «[...] encuentra que la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de atribuirle competencia a la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar para investigar al indígena IVÁN MAJÍN QUINAYÁS por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas constituya una vía de hecho, porque dicha Colegiatura llegó a esa conclusión dentro del marco de su competencia constitucional y con respaldo en un estudio serio de la situación fáctica que informaba el asunto, de la normatividad constitucional y legal aplicable al mismo y de los precedentes constitucionales referenciados en la decisión».

1.2. Del examen del asunto surge una clara disparidad de criterio entre el accionante y la corporación cuestionada en torno al contenido y el alcance de la jurisdicción especial indígena, pero no se encuentra probado ningún defecto fáctico, orgánico o procedimental que permita atribuirle a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura una vía de hecho violatoria de los derechos constitucionales invocados en la demanda de tutela.

2. Impugnación. El accionante, obrando mediante apoderado, impugnó el anterior fallo con base en las siguientes consideraciones: La providencia del Tribunal se refiere únicamente a los aspectos formales de la actuación del Consejo Superior de la Judicatura, pero no se examinó la vulneración de los derechos fundamentales,

ni la interpretación de los mismos se hizo a la luz de los tratados internacionales como lo exige la Constitución. Para fallar la tutela no se hicieron las consideraciones jurídico-antropológico-culturales que el asunto requiere. No se presentaba ninguna de las causales de improcedencia de la acción previstas en el Decreto 2591 de 1991. La providencia impugnada no resolvió los interrogantes que se generan con las decisiones conforme a las cuales el cabildo indígena no tiene normas que describan la conducta atribuida al procesado, ni procedimientos para juzgar a sus comuneros, asuntos cuya definición era imprescindible para establecer la jurisdicción aplicable. El propio Consejo Superior de la Judicatura, en providencia reciente sobre un caso muy similar, homicidio en la comunidad Caquiona, resolvió a favor de la jurisdicción indígena. 3. Segunda instancia. En segunda instancia conoció la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, quien decidió, con algunas precisiones en cuanto a la parte motiva, confirmar el fallo impugnado. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia realizó las siguientes precisiones: 3.1. Las autoridades del Cabildo indígena carecen de personería para representar los intereses del sindicado Iván Majín Quinayás, puesto que no se encuentran en ninguno de los supuestos de legitimación previstos en la ley para la interposición de la acción de tutela a favor de un tercero. 3.2. En tal virtud, la acción de tutela debió rechazarse en cuanto a las reclamaciones que se refiriesen a la violación de derechos personales del señor Iván Majín Quinayás, tales como el derecho al debido proceso, al juez natural, o a la igualdad. 3.3. Por las anteriores consideraciones «[...] la actuación realizada en esta acción por el Tribunal de Popayán, Sala Penal, únicamente es válida en lo atinente a la protección de la diversidad étnica y cultural de los comuneros del Resguardo Indígena de Caquiona, radicados en el municipio de Almaguer, departamento del Cauca, para lo cual sí tenían legitimidad e interés jurídico los poderdantes». 3.4. No obstante lo anterior, no cabe entrar a un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de los tutelantes, por cuanto para que proceda la acción de tutela frente a una providencia judicial se requiere que la misma constituya una vía de hecho, lo cual no ocurre con la providencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. No le es dado al juez de tutela «[...] inmiscuirse en la interpretación probatoria y de la ley que razonadamente efectuó la Sala Disciplinaria accionada [...]». III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE. 1. Competencia. La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991. 2. Procedencia de la acción de tutela 2.1. Legitimación activa. La tutela se interpuso, mediante apoderado judicial, por el Cabildo y el Resguardo Indígena de Caquiona, Municipio de Almaguer, Departamento del Cauca, para la protección de los derechos fundamentales de la comunidad indígena y del sindicato en el proceso penal. El apoderado obra según poder que le fuera conferido conjuntamente por Evert Quinayas Omen, en su calidad de Gobernador Principal del Resguardo Indígena de Caquiona y Tirso Chinganá, Gobernador Suplente del mismo resguardo. De acuerdo con la certificación expedida por el Jefe de la Comisión de Asuntos Indígenas del Cauca del Ministerio del Interior (Fl. 217 cuaderno del Tribunal) se tiene que: El Resguardo Indígena Caquiona, ubicado en el municipio de Almaguer, Departamento del Cauca,

es de origen colonial y tiene existencia legal, de conformidad con el título protocolizado en la Notaría Unica de Almaguer el 1 de octubre de 1940, bajo escritura pública No. 119. El Resguardo de Caquiona, de la etnia indígena Yanacona, siempre ha tenido como autoridad propia el Cabildo Indígena, el cual ha ejercido y ejerce funciones administrativas, jurisdiccionales, de gestión y de control social interno, entre otras. Para la fecha de la certificación, septiembre 29 de 2000, se desempeñaban como Gobernador Evert Quinayás Omen y Como Vicegobernador (Gobernador suplente) Tirso Chinganá. Por otro lado, se tiene que las autoridades del Cabildo tienen personería, de acuerdo con sus funciones, para promover en sede de tutela los derechos de la comunidad indígena. En cuanto tiene que ver con la solicitud de protección de los derechos del sindicado en el proceso penal, debe tenerse en cuenta que el apoderado de las autoridades indígenas expresó que interponía la tutela en beneficio del resguardo y para la protección de los derechos del sindicado (Páginas 25 y 26 de la demanda), y que este, que pertenece a la etnia Yanacona, en comunicación escrita dirigida al Gobernador del Cabildo, (Folios 52 y 53 del cuaderno del Tribunal) le había instado para que interpusiera la acción de tutela con ese propósito. A ese respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de segunda instancia, expresó que en la medida en que el sindicado era persona capaz y que la autoridad indígena no tenía facultades para representarlo, esta carecía de legitimación para actuar en nombre de aquel. Sin embargo, estima esta Sala que, de aceptarse la tesis esgrimida por la Sala Penal de la Corte Suprema, lo procedente no habría sido, como se hizo, limitar el radio de acción de la tutela a la discusión de los derechos que se predicasen exclusivamente del resguardo indígena como tal, puesto que el pronunciamiento que en ese escenario se hiciese por el juez de tutela, necesariamente, comportaría consecuencias, favorables o desfavorables, desde la perspectiva de los intereses procesales del sindicado y de los derechos fundamentales a ellos vinculados. Por consiguiente, si se consideraba que el sindicado no estaba debidamente representado, debió declararse la nulidad de lo actuado por falta de notificación a un tercero con interés legítimo. Sin embargo esta Corporación ha expresado que las autoridades indígenas están habilitadas para acudir a través de la acción de tutela en defensa, no solo de derechos propios de la comunidad o del Resguardo como tal, sino también de los de sus integrantes, supuesta, claro está la aquiescencia del interesado. En el presente caso el sindicado se dirigió por escrito al Gobernador del Cabildo para solicitar que iniciara el trámite de la tutela, luego la acción que en su nombre se inició por el apoderado del Cabildo puede entenderse legitimada, y la Sala, supuestas las demás condiciones de procedibilidad de la acción, se pronunciará sobre la totalidad de las solicitudes de amparo contenidas en la demanda.

2.2. Legitimación pasiva. La acción se interpuso frente a la actuación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, autoridad pública de carácter judicial, cuyas decisiones, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, pueden ser controvertidas en sede de tutela cuando constituyan vías de hecho.

2.3. Derechos constitucionales violados o amenazados. Los peticionarios solicitan la protección de los derechos constitucionales fundamentales a la diversidad étnica y cultural, de la comunidad indígena, así como el derecho de sus autoridades de ejercer funciones jurisdiccionales. Del mismo modo se estiman violados los derechos al debido proceso y al juez natural del sindicado en el

proceso penal, el indígena Iván Majín Quinayás, así como su derecho a la igualdad frente a otros indígenas que, en similares circunstancias, son juzgados por sus propias comunidades. Sobre el carácter de fundamentales que tienen los mencionados derechos de las comunidades indígenas la Corte ha señalado que: «[...] que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales». Y en ese sentido ha precisado que «[e]l reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural». Ha manifestado la Corte que «[...] los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (Código Penal, artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no solo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (Código Penal, artículos 1° y 7°) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (Código Penal, artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (Código Penal, artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios. Ha señalado la Corte que los anteriores derechos se desenvuelven dentro de un ámbito especial de autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, dentro del cual estas tienen la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus usos y costumbres, siempre y cuando estos no sean contrarios a la Constitución y a la ley (Código Penal, artículos 246 y 330). Sobre el alcance de estos derechos y de las instituciones constitucionales orientadas a garantizarlos la Corte, en la Sentencia SU-510 de 1998 manifestó: «48. La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones. Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (Código Penal, artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (Código Penal, artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (Código Penal, artículos 13 y 70). En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional». En la medida en que «solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural», el derecho al ejercicio de la jurisdicción, en los términos previstos en la

Constitución, es un derecho fundamental de las comunidades indígenas susceptible de protegerse por la vía de la acción de tutela. 2.4. Existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales. Contra la Sentencia mediante la cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto de competencias que da lugar a la presente acción de tutela, no cabe recurso alguno, razón por la cual la parte que se sienta lesionada en sus derechos fundamentales como consecuencia de la misma, carece de medio de defensa judicial alternativo. 2.5. La acción de tutela contra providencias judiciales. En reiteradas oportunidades la Corte ha señalado que no obstante que, en principio, la acción de tutela no cabe frente a sentencias judiciales, la misma sí procede cuando, bajo la apariencia de una providencia judicial, se esconde una vía de hecho. Los accionantes han planteado que en la providencia del Consejo Superior de la Judicatura existe un defecto sustantivo, por indebida aplicación o interpretación errónea de la ley, en cuanto parece exigir que para que proceda la jurisdicción indígena se requiere acreditar la existencia de normas sustantivas y procedimentales escritas; y un defecto fáctico, en la medida en que da por probados, sin estarlo, unos hechos, sin enunciar el soporte de su juicio y sin indagar sobre si la ausencia de documento escrito implica la ausencia de normas y de procedimientos tradicionales. Constatar si en el presente caso si están presentes o no los vicios señalados por los accionantes, implica que, previa consideración de todas las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala se adentre en el examen de fondo de la solicitud de amparo. 3. La materia sujeta a examen. En la tutela que es objeto de consideración por la Sala, es necesario establecer si la Sentencia del Consejo Superior de la Judicatura por medio de la cual se resolvió a favor de la jurisdicción ordinaria el conflicto de competencias que habían suscitado las autoridades del Cabildo Indígena de Caquiona en el proceso que por homicidio y porte ilegal de armas se adelanta contra Iván Majín Quinayás, constituye una vía de hecho por defecto sustantivo, porque desconoce el alcance que, tanto para la comunidad indígena como para el indígena sindicado, tiene el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, y por defecto fáctico, en la medida en que se sustenta en una consideración de hecho —la ausencia de normas sustantivas y procesales conforme a las cuales la Comunidad Indígena de Caquiona podría juzgar a uno de sus integrantes por las conductas de homicidio y porte ilegal de armas— que no se encontraría acreditada en el proceso. En ese contexto, la decisión de la que se afirma constituye una vía de hecho sería violatoria de los derechos de la comunidad indígena de Caquiona a la diversidad étnica y cultural y al ejercicio de la jurisdicción en su territorio, derechos que, como se ha dicho, conforme a la jurisprudencia de la Corte, tienen el carácter de fundamentales para las comunidades indígenas, así como de los derechos del sindicado Iván Majín Quinayás al juez natural, al debido proceso y a la igualdad. 4. Consideraciones de la Sala 4.1. La Jurisdicción indígena La Constitución de 1991 estableció como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7). La Corte Constitucional, de manera reiterada, ha señalado que esta clara opción del constituyente, tiene proyecciones sobre la totalidad del ordenamiento jurídico y exige de todas las autoridades públicas una actuación que resulte acorde con la necesidad de promover las condiciones que permitan que ese principio tenga cabal aplicación. La propia Constitución

contiene desarrollos y especificaciones de ese principio general. Así, en el artículo 70, se reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país y que son base de la nacionalidad; en el artículo 10, se dispone que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos tienen, también, carácter oficial en sus propios territorios; en el artículo 286 se establece el carácter de entidades territoriales de los territorios indígenas, con las consecuencias que ello implica a la luz del artículo 287 y dentro de las condiciones y previsiones especiales contenidas en los artículos 329 y 330, que comprenden, entre otras la calidad de propiedad colectiva y no enajenable de los resguardos, garantía que, con mayor amplitud, está prevista también en el artículo 63, y el derecho de las comunidades indígenas a gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres; en los artículos 171 y 176 se consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas y se establece la posibilidad de que la ley la establezca para la elección de representantes a la Cámara por los grupos étnicos. Dentro de esos desarrollos constitucionales cabe destacar el establecimiento de una jurisdicción especial indígena, por virtud de la cual las comunidades indígenas quedan habilitadas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Así, en el artículo 246 de la Constitución, se establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos: «Las 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 nacional». De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, «[e]l análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional». Además de los anteriores elementos, señala la Sala, es necesario tener en cuenta el presupuesto antropológico que se encuentra en el punto de partida. La jurisdicción especial se establece por la Constitución en beneficio de los pueblos indígenas con el propósito de proteger su identidad. Esto es, para que proceda la jurisdicción indígena es necesario establecer, en primer lugar, que se está frente a una comunidad indígena. De este modo, el reconocimiento de la jurisdicción indígena es un desarrollo del principio de diversidad étnica y cultural consagrado en la Carta, aspecto sobre el cual la Corte en la Sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, expresó: «[...] el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural que se consagra en el artículo séptimo del Estatuto Superior, presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía. Para superar el primero de los problemas resulta útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es este el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la

doctrina especializada, para considerar que existe una ‘etnia’ deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera: “[...] [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente. La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de ‘cultura’. Este término hace relación básicamente al ‘conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. [...] el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana”. En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos». En la Sentencia T-188 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte, para circunscribir el alcance de la protección de la diversidad étnica y cultural aplicable a las comunidades indígenas se apoyó en la definición contenida en el artículo segundo del Decreto 2001 de 1998, conforme al cual tales comunidades son «[...] los conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social que las diferencian de otras comunidades rurales». El Decreto 2164 de 1995, relativo al régimen de resguardos, para los efectos allí previstos, definió las comunidades indígenas como: «[...] el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que las distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes». El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y las distintas normas que desarrollan ese principio en favor de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas comportan, en muchos casos, el establecimiento de unos derechos especiales en función de la pertenencia a un grupo determinado. Los derechos para el grupo y para los individuos que lo conforman solo surgen a partir de la objetiva identificación del grupo con base en el elemento diferenciador previsto en la Constitución, en este caso el origen étnico. Establecido el conjunto de derechos que, en abstracto, se derivan, como derechos especiales de grupo, para las comunidades indígenas, es necesario determinar los criterios que permiten adscribir esos derechos a un determinado grupo, y a los individuos que lo conforman. Existe, en primer lugar, una dimensión formal. A ella pertenece el reconocimiento oficial de los resguardos (territorio) y de las autoridades (el cabildo y otras autoridades tradicionales). Cabe preguntar, entonces, si ese criterio formal es, en primer lugar, suficiente, y en segundo lugar, necesario, a efectos de adscribir los derechos, y en particular definir la jurisdicción indígena. Para responder esa pregunta debe tenerse en cuenta que hay un segundo criterio, de carácter material, que define tanto la existencia de una comunidad indígena, conforme a definición que debe tomarse de distintas fuentes, como

la pertenencia o no a la misma de determinados individuos. Para muchos de los derechos especiales que se derivan de la pertenencia a un grupo étnico, esta segunda aproximación es necesaria y suficiente. Así, basta con acreditar, mediante estudios antropológicos o etnológicos, que un individuo pertenece a una comunidad indígena, para que se manifiesten respecto de él distintos aspectos protectores del principio de diversidad étnica y cultural. Pero tratándose de la jurisdicción indígena, cabe un análisis especial, porque de la propia Carta parecería derivarse la necesidad de acreditar ciertas condiciones formales, en la medida en que, como presupuesto para la procedencia de la jurisdicción indígena, está la existencia de unas autoridades tradicionales y la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad. Así, por ejemplo, en materia penal, no bastaría con acreditar la condición de indígena de un sindicado para que quede amparado por el fuero derivado de la jurisdicción indígena, sino que habría que establecer, además, la existencia de una autoridad tradicional competente para adelantar el juzgamiento. Aún así, cabe matizar este presupuesto formal, porque puede acreditarse la existencia de una autoridad que ejerza funciones tradicionales en un ámbito territorial determinado, que no haya sido, sin embargo, oficialmente reconocida. Se trata, entonces, de un presupuesto que debe valorarse en cada caso concreto, para determinar en qué medida resulta necesario el reconocimiento oficial de la comunidad, de sus autoridades y de su ámbito territorial, y en que medida cabe reconocer la jurisdicción indígena a partir de la verificación meramente fáctica de esas condiciones. Hasta aquí se tendría que para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que (i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado. Lo anterior sin embargo, no sería suficiente, por cuanto se requiere, además, establecer 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. Conforme a la Constitución, a los elementos ya reseñados de la Jurisdicción especial indígena, habría que agregar, entonces, (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley. Estas dos últimas condiciones plantean un específico problema de interpretación en orden a determinar la aplicación de la jurisdicción indígena en una situación determinada, por cuanto la consideración de las mismas puede hacerse *ex ante*, como un requisito de procedibilidad de la jurisdicción especial, o *ex post*, como condiciones que gobiernen el ejercicio de la misma. En cualquier caso resulta claro que la consagración constitucional de la jurisdicción especial para los pueblos indígenas comporta el reconocimiento de un cierto poder legislativo para esas comunidades, por virtud del cual sus usos y prácticas tradicionales desplazan a la legislación nacional en cuanto a la definición de la competencia orgánica, de las normas sustantivas aplicables y de los procedimientos de juzgamiento. Una primera aproximación parecería conducir a la conclusión de que para que proceda la jurisdicción indígena es necesario que previamente se acredite la vigencia de ese orden jurídico tradicional

alternativo, lo cual sería particularmente evidente en materias penales, en razón de los imperativos derivados del principio de legalidad. Dos circunstancias, sin embargo, militarían a favor de la tesis contraria, esto es en pro del criterio conforme al cual la valoración en torno al orden jurídico tradicional no constituye un presupuesto para el reconocimiento de la competencia jurisdiccional de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, sino que sería susceptible, eventualmente, de un control posterior, orientado a garantizar las garantías mínimas que del ordenamiento constitucional se derivan para todos los habitantes del territorio del Estado. Por un lado, debe tenerse en cuenta la oralidad que caracteriza los ordenamientos jurídicos de las comunidades indígenas. Tal característica exige una reconceptualización del principio de legalidad y, ciertamente, excluye la posibilidad de que como condición para el reconocimiento de la jurisdicción se exija presentar compilaciones de normas escritas en materias sustantivas o procedimentales, e, incluso, precedentes, también escritos, en materias como las que suscita el reclamo de jurisdicción. Por otro lado, el asunto debe examinarse a la luz del nuevo contexto y del cambio de paradigma que sobre esta materia se operó por virtud de la Constitución de 1991. Ese nuevo contexto, guiado por el principio fundamental del respeto y de la protección a la diversidad, se desenvuelve a partir de una tradición que había estado orientada hacia la integración y se caracterizaba por los procesos de aculturación de las comunidades indígenas, como consecuencia de los cuales estas, en muchos casos, en mayor o menor medida, habían venido perdiendo su identidad y su cohesión interna y habían permitido que sus sistemas jurídicos tradicionales cayesen en desuso y fuesen sustituidos por el de la cultura nacional. Los principios que se pusieron en vigencia a partir de 1991 implican el reconocimiento de una etapa de transición en la cual, al amparo de las nuevas garantías constitucionales, las comunidades indígenas pueden buscar la reafirmación de su propia identidad como tales. Por esa razón, para establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena es determinante la consideración, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales. La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y, tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlas como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su identidad. En ese contexto, resulta contrario al principio de diversidad étnica y cultural y a la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de esta dependa del reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden jurídico tradicional. Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución, el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación según la cual ese sistema normativo

tradicional no puede contrariar la Constitución ni las leyes. Esta última condición, de la manera como ha sido perfilada por la Corte, solo sería objeto de una verificación *ex post*, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o la omisión de las autoridades indígenas. A partir de las anteriores consideraciones, considera la Sala que, en síntesis, 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. Todo lo anterior, de acuerdo con la Constitución, debe regularse por una ley, cuya ausencia ha sido suplida por la Corte Constitucional, con aplicación de los principios *pro comunitas* y de maximización de la autonomía, que se derivan de la consagración del principio fundamental del respeto por la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano.

4.2. Dimensiones del derecho a la jurisdicción indígena. Tal como está consagrada en la Constitución, la jurisdicción indígena tiene dos dimensiones: Por una parte es, a la vez, un resultado y un instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano garantizada por la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comunidades indígenas en cuyo beneficio se establece. Por otro lado, desde la perspectiva individual, y particularmente en materia penal, constituye un fuero especial para los indígenas.

4.2.1. La jurisdicción indígena como instrumento de protección de la diversidad. En el primer caso, la jurisdicción indígena actúa como un reconocimiento a la diversidad, y como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de la jurisdicción a partir de sus usos y prácticas tradicionales, avanzan en el afianzamiento de sus autoridades internas, en el auto-reconocimiento y en la recuperación de sus espacios de expresión colectiva. A partir de la consideración de que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, la Corte ha concluido que debe tenerse como regla de interpretación en estas materias «[...] la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía». Agregó la Corte: «Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v. g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras,

a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos». Ha dicho también la Corporación que tales limitaciones están referidas a un núcleo de derechos intangibles y cuyo desconocimiento resultaría intolerable: «Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades solo sean aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (Código Penal, artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (Código Penal, artículo 12) y la esclavitud (Código Penal, artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (Código Penal, artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3º; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas». Sobre este último particular la Corte ha precisado que la exigencia de que el juzgamiento se haga conforme a las «normas y procedimientos» de la comunidad indígena, «[...] no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a una completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse». Preciso la Corte que: «Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como lo caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte». Por otro lado, la Corte «[...] ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad». Agregó la Corte a este respecto que:

«50. Pese a que la Corte ha considerado “aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad” —lo cual implica que la resolución de tal conflicto deba hacerse a la luz de las particularidades de cada caso concreto, según la cultura involucrada, su grado de aislamiento o integración respecto de la sociedad mayoritaria, etc.—, sí ha establecido una serie de principios generales de interpretación, fundados en el ya citado axioma según el cual la diversidad étnica y cultural solo puede ser limitada por normas fundadas en principios de mayor monta. Dichas reglas interpretativas son las siguientes: (1) a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía y (2) el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituye el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares». A lo anterior debe agregarse que para la determinación del grado de reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas en orden a establecer la procedencia de la jurisdicción especial, también debe atenderse, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, al carácter interno o no de los conflictos que deban resolverse, porque el pleno despliegue del principio de protección de la diversidad, solo se produce frente a conflictos que puedan ser catalogados como internos en las respectivas comunidades, al paso que cuando se trate de conflictos interculturales, el parámetro de valoración será distinto, dependiendo de las circunstancias de cada caso. 4.2.2. La jurisdicción indígena como fuero especial. Desde la perspectiva del fuero especial para los integrantes de las comunidades indígenas, la Corte ha señalado que «[...] del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo». Agregó la Corte que «[...] en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso». Ha señalado la Corte que ese fuero especial implica que, dadas ciertas circunstancias, los miembros de las comunidades indígenas están sometidos a la jurisdicción especial indígena y no al sistema judicial nacional. Y que como condición inherente al debido proceso las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. En este sentido la Corte manifestó: «El fuero indígena es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema

jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al “ser” más que al “deber ser”, apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas. El fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”. Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. Esta condición es inherente al debido proceso, uno de cuyos componentes es precisamente el del juez natural, tal como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”». Pero además de esos factores personal y territorial, en la definición del fuero indígena concurre también el elemento objetivo, referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva. Por otra parte, el Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, se ha referido a la naturaleza del conflicto, como un factor que puede ser determinante para la valoración que deba hacerse de los demás elementos del fuero. Así, al dirimir un conflicto que se suscitó en razón del homicidio cometido por un indígena en la persona de otro integrante de la misma etnia y dentro del territorio indígena, el Consejo enunció entre los factores determinantes de su decisión el hecho de que, en ese caso, el móvil del delito que se investigaba y la situación fáctica que había dado origen al encausamiento del indígena, llevaban a la conclusión de que se trataba de un conflicto de naturaleza interna que se había generado dentro de la propia comunidad indígena y que podía ser solucionado dentro de la comunidad por las autoridades que allí operaban. En este sentido, la Corte Constitucional ha puntualizado que: «[...] es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (v. g. un blanco y un indígena, un negro y un indígena, indígenas de dos comunidades diferentes). La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma». La distinción es relevante, porque en tanto en el primer caso los sujetos involucrados pertenecen a ambientes culturales diversos, en el segundo, todos comparten, en principio, la misma tradición. Es este segundo caso el que ocupará la atención de la Corte, de acuerdo con lo señalado inicialmente al plantear los problemas jurídicos que encierra la tutela. «El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación

depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que solo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre». 4.2.3. Ausencia de ley de coordinación. La Constitución dispone que corresponde a la ley establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. La jurisprudencia ha señalado, sin embargo, que la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación. Entre tales dificultades de articulación se encuentra, por ejemplo, el carácter potestativo que, en principio, tiene la jurisdicción indígena. La inserción de las comunidades indígenas en el ambiente nacional, la aceptación y acatamiento de sus patrones jurídicos, la remisión a su sistema de justicia para la solución de los conflictos internos, son circunstancias que ponen de manifiesto que el ejercicio de la jurisdicción es una opción que la Constitución ha abierto para estas comunidades, pero que no siempre están en condiciones de asumir. Para que en cada caso proceda la jurisdicción indígena se requiere que exista una autoridad indígena con competencia territorial y personal, y que tal autoridad esté dispuesta a asumir el juzgamiento. Ello, sin embargo, plantea problemas desde la perspectiva del juez natural, porque la aplicación o no del fuero no podría quedar sometida a la voluntad de la autoridad indígena. Para el efecto, es necesario tener en cuenta, en todo caso, que el fuero especial indígena tiene como condición previa, la existencia de una autoridad comunitaria capaz de emitir un juicio conforme a un sistema jurídico tradicional. Las autoridades indígenas pueden, así, reclamar el ejercicio de la jurisdicción, en la medida en que estén capacitadas para hacerlo, porque cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social. Sin embargo la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de deberes y responsabilidades conforme a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización. Así, por ejemplo, una vez asumida esa función jurisdiccional, no pueden las autoridades tradicionales ejercerla de manera selectiva en unos casos sí y en otros no, y surge de manera plena el fuero para lo integrantes de la comunidad conforme al cual tienen el derecho a ser juzgados por su propias autoridades, las cuales, a su vez, tienen el deber de hacerlo. La Corte, ha expresado, de manera categórica, que esta flexibilidad a la hora de determinar la autoridad competente para llevar a cabo el juzgamiento, no puede tenerse como una puerta hacia la impunidad que permita que una persona se acoja alternativamente a uno o a otro ordenamiento. Así, por ejemplo, la Corte ha decidido el sometimiento de un caso a la jurisdicción indígena aún contra la expresa voluntad del indígena sindicado. Sin embargo, en ausencia de criterios generales, pese a que resulta posible, en ciertas circunstancias imponer la jurisdicción indígena, ello debe evaluarse en cada caso, porque eventualmente un indígena podría preferir acogerse a la jurisdicción nacional, cuando acredite, por ejemplo, que la indígena no está en condiciones de garantizar el debido proceso. Otra materia

que debe ser objeto de definición es la relativa a la aplicación de la jurisdicción indígena en el evento de conflictos de naturaleza intercultural, o que, en cualquier caso, se desenvuelvan por fuera de alguno o algunos de los elementos que se han identificado como determinantes de la procedencia de esa jurisdicción especial. Cabe preguntar así, acerca de si pueden las autoridades indígenas ejercer jurisdicción sobre conductas realizadas en su respectivo ámbito territorial pero cuyo sujeto activo no pertenezca a la respectiva comunidad; o sobre conductas realizadas por miembros de la comunidad en detrimento de integrantes de la misma etnia, pero por fuera del territorio indígena. Cuando se afecta a una persona ajena a la cultura cuyas autoridades se pretenden competentes sería necesario evaluar, en cada caso concreto, las circunstancias para establecer si además de la localización geográfica de la conducta, es posible referirla también al ámbito cultural, o si, por el contrario, es una actuación ilícita que se ha desarrollado por fuera de ese ámbito y frente a la cual podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a las sanciones de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional. En lo que si existe una doctrina constitucional consolidada es en torno a la procedencia de la jurisdicción indígena en los conflictos que se suscitan en torno asuntos que puedan catalogarse como puramente internos de las respectivas comunidades, porque tanto el agresor como la víctima pertenecen a la comunidad y la conducta se desarrolló dentro del respectivo ámbito territorial. Tal es la hipótesis que dio lugar al conflicto sobre el que versa esta providencia y a la cual se restringen sus conclusiones centrales. Otro problema que, particularmente en materia penal, se suscita en torno a la jurisdicción indígena, tiene que ver con el principio de legalidad, que ha sido destacado por la Corte como una de aquellas garantías intangibles, cuyo respeto obedece a un consenso intercultural. Ya se ha puesto de presente cómo la Corte ha señalado que de cara a la jurisdicción indígena ese principio se traduce como predecibilidad. En principio, ello remite a la existencia de precedentes que permitan establecer, dentro de ciertos márgenes, qué conductas se consideran ilícitas, cuáles son los procedimientos para el juzgamiento, y cuál el tipo y el rango de las sanciones. Sin embargo, esa predecibilidad, que podríamos llamar específica, puede dar paso, en ciertos casos, a una predecibilidad genérica, en razón de la situación de transición que comporta el reciente reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas y el proceso de reafirmación de su identidad cultural que se produjo a raíz de la Constitución de 1991. De este modo la predecibilidad estaría referida a la ilicitud genérica de la conducta, la existencia de autoridades tradicionales establecidas y con capacidad de control social, un procedimiento interno para la solución de los conflictos y un concepto genérico del contenido de reproche comunitario aplicable a la conducta y de las penas que le puedan ser atribuidas, todo lo cual debe valorarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este caso, en el extremo, una garantía del principio de legalidad estaría, desde el punto de vista orgánico, en el juzgamiento por autoridad previamente constituida; desde la perspectiva procesal, conforme a prácticas tradicionales que garanticen el derecho de defensa, y desde la sustantiva, por la ilicitud de la conducta de acuerdo con criterios tradicionales generalmente aceptados. Adicionalmente, el principio de legalidad contaría con una garantía externa, referida a la razonabilidad y la proporcionalidad de la pena que, en el extremo, no podría resultar contraria a la garantía de los derechos fundamentales que

como un mínimo común se aplican a todos los colombianos. Esta última condición exigiría una comparabilidad, de lo que en principio se ha afirmado como diverso, y plantea, desde esa perspectiva, un problema de difícil solución. Sin embargo debe analizarse dentro de los límites de lo interculturalmente tolerable. La jurisprudencia, ha aceptado, por ejemplo, el castigo corporal, que constituye práctica tradicional en ciertas comunidades, y que no es comparable en términos del ordenamiento jurídico nacional, porque obedece a patrones culturales distintos. En todo caso, el ejercicio de la jurisdicción especial debe desenvolverse con sujeción a los principios intangibles contenidos en la Constitución y la ley, cuya garantía, en el extremo, corresponde al juez constitucional. En el otro extremo, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción debe constituir un efectivo instrumento de control social, y no un mecanismo de impunidad que termine por deslegitimar la propia jurisdicción ante la misma comunidad que inicialmente la reclamaba y en cuyo beneficio se reconoció. Desde esta perspectiva, es necesario hacer notar que el debate en torno a las jurisdicciones especiales no puede ser insensible frente a los derechos de las víctimas de las conductas delictivas. Sobre este particular, la Corte ha expresado que: Las víctimas de los hechos punibles tienen no solo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarlos. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales. En directa relación con lo anterior, debe entenderse que el complejo del debido proceso —legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías y el juez natural— se predicán de igual manera para la parte civil. En punto al derecho a la justicia y a la verdad resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, pues la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. Así mismo, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quienes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades. Así, la Corte estima que le asiste a la parte civil un interés —derecho— legítimo en que el proceso se tramite ante el juez natural. Lo anterior quiere decir que la consideración de la víctima puede ser determinante en el momento de decidir acerca de la procedencia de una jurisdicción especial, y que el ejercicio de esta tiene que realizarse dentro de parámetros que garanticen, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, su derecho a la reparación, a saber la verdad y a la justicia.

4.2. El caso concreto. En el caso que dio lugar a la presente acción de tutela, el Consejo Superior de la Judicatura, al resolver el conflicto de competencias que se había suscitado entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena representada por las autoridades del Cabildo del Resguardo de Caquiona, en torno al juzgamiento de Iván Majín Quinayás, integrante de esa comunidad, por el homicidio de Álvaro Quinayás Quinayás, también perteneciente a la misma comunidad, en hechos que ocurrieron en el territorio del resguardo, decidió mantener el conocimiento del asunto en la jurisdicción ordinaria. Conforme al análisis que se ha hecho en esta providencia, esa decisión constituye

una vía de hecho, por las siguientes razones: Incorrecta aplicación de la Ley. Para justificar su determinación, el Consejo Superior de la Judicatura argumentó que la comunidad indígena carecía de normas tradicionales que definieran como ilícita la conducta, así como de normas de procedimiento para juzgar a los responsables y de normas que fijaran la sanción aplicable. Tal circunstancia, en opinión del Consejo, resultaba contraria al principio de legalidad que hace parte de las garantías fundamentales previstas en la Constitución. A esa conclusión, sin embargo, no podía llegarse a través de la afirmación sobre la ausencia objetiva de normas del ordenamiento tradicional, pues, como se ha visto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad aplicado a la jurisdicción indígena, remite a un análisis de previsibilidad. Tal análisis, que no se cumplió por el Consejo, habría permitido concluir que, conforme a su ordenamiento tradicional, el homicidio se encuentra proscrito, y que se han adoptado de manera reciente medidas orientadas a prevenir y reprimir el porte ilegal de armas. Del mismo modo, que las autoridades tradicionales ejercen una labor de control social cuyo radio de acción se ha venido ampliando progresivamente. Del hecho de que la comunidad no pueda presentar antecedentes recientes sobre el ejercicio de la jurisdicción en asuntos tales como el homicidio, aparte de que no fue una consideración expresa del Consejo, no puede derivarse la conclusión acerca de la incapacidad de la comunidad para adelantar el juzgamiento conforme a su ordenamiento tradicional, porque, por un lado, la inserción de la comunidad en la cultura y en el ordenamiento nacionales, implicaba, necesariamente, que antes de 1991, las autoridades indígenas estaban en la obligación de remitir tales asuntos a la jurisdicción ordinaria, de manera que no cabe exigir, como presupuesto para el reconocimiento de la jurisdicción, que la comunidad acreditase la existencia de antecedentes que habrían resultado contrarios al ordenamiento constitucional y legal previo a la Constitución de 1991. Por otro lado, esa inhibición en el ejercicio de la jurisdicción, no puede tomarse como indicio de la ausencia de capacidad para ejercerla, sin un estudio antropológico que demostrase ese aserto. Y este es el segundo vicio presente en la determinación impugnada en sede de tutela. A partir de una consideración formal relativa a la ausencia de normas, dio por hecho que la comunidad Caquiona carecía de un sistema jurídico tradicional conforme al cual el homicidio está proscrito y quienes incurran en esa conducta pueden ser juzgados por las autoridades tradicionales. Sin embargo el propio Consejo Superior de la Judicatura, en decisión adoptada unos meses más tarde, concluyó, en un caso cuyos elementos determinantes son los mismos que los de aquel que motiva esta tutela, que la Comunidad Caquiona sí tenía capacidad para ejercer la jurisdicción especial en un caso de homicidio cometido por un miembro de la comunidad, en persona de otro integrante de la misma y dentro de su respectivo ámbito territorial. Dijo así el Consejo Superior de la Judicatura: Sobre el tema objeto de conflicto, el artículo 246 de la Constitución Política señala que «las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos y 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». Así las cosas, el eje normativo configurado por el citado artículo y las previsiones contenidas en los artículos 1º y 7º Superiores, determina una manifestación de

reconocimiento, respeto y protección a la diversidad étnica y cultural, avalando de esta forma, el derecho de los miembros de la comunidad indígena a un fuero. Puede inferirse que el móvil del delito que se investiga y la situación fáctica que dio origen al encausamiento del indígena, es un conflicto de naturaleza interna que se ha generado dentro de la comunidad indígena Yanacona y que puede ser solucionado dentro de la comunidad por las autoridades que allí operan. Agregó el Consejo de la Judicatura, en la misma providencia, que la posibilidad de procesar a un miembro del grupo mediante procedimientos que no aparecen regulados normativamente en un texto escrito, como lo está la ley en los sistemas de derecho positivo, no excluye las instituciones regulativas que definen la actividad aceptable para la persecución de los intereses particulares de un miembro del grupo, ni la demarcación de límites en cuanto a los medios para realizar las metas o valores del mismo. De la aseveración del Gobernador del Resguardo Yanacona de Caquiona, puede inferirse que el homicidio es considerado como una conducta que se aparta del sistema de valor institucionalizado en el grupo y el interés del mismo en motivar su no ejecución ejerciendo el control sobre quienes no se muestren conformes a él, siempre que las sanciones y los procedimientos no se aparten de los derechos reconocidos en la parte dogmática de la Constitución. No obstante no observar ritos o costumbres que puedan lesionar los derechos fundamentales, de ser ello contrario, podrá el indígena acudir a la acción de tutela, con miras a evitar la vulneración de sus derechos. La Corte Constitucional ha sido enfática «la plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas constituye un límite al principio de diversidad étnica y cultural. La atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que estos y aquéllas no sean contrarios a la Constitución o a la ley». Sentencia T-254 del 20 de mayo de 1994. En esa ocasión, el Consejo Superior de la Judicatura decidió dirimir el conflicto positivo de competencias suscitado entre la Jurisdicción Especial Indígena, en cabeza del Resguardo Indígena Yanacona de Caquiona, municipio de Almager (Cauca) y la Jurisdicción Ordinaria, representada por el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar (Cauca), declarando que la primera es la competente para conocer del proceso penal seguido contra un miembro de la comunidad acusado del delito de homicidio en la persona de otro integrante de la misma etnia. A partir de las anteriores consideraciones, es posible concluir que la decisión del Consejo Superior de la judicatura que fue impugnada en este proceso de tutela constituye una vía de hecho, porque aplicó de manera equivocada el principio de legalidad al valorar la pretensión de las autoridades del Cabildo de Caquiona de ejercer la jurisdicción especial indígena y porque, sin soporte en un estudio científico, se descartó la capacidad de esa comunidad para asumir, a través de sus autoridades, el juzgamiento de uno de sus integrantes en un conflicto de naturaleza penal y de caracteres típicamente internos, sin tener en cuenta el cambio de paradigma que sobre esta materias se operó en 1991. Observa la Sala que los estudios antropológicos aportados en sede de tutela, así como la posterior decisión del propio Consejo de Superior de la Judicatura en un caso similar, permiten concluir que la comunidad indígena de Caquiona, de la etnia Yanacona está en capacidad de ejercer la jurisdicción especial indígena, que tiene, por consiguiente, derecho a ejercerla

y que el indígena sindicado en el proceso penal está amparado por el fuero indígena. Considera del caso esta Sala resaltar las principales conclusiones que se desprenden del concepto antropológico que por solicitud del Tribunal Superior de Popayán se rindió por Herinaldy Gómez Valencia, Director de la Especialización y Maestría en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca. Dicho concepto permite, en primer lugar, señalar que los habitantes del resguardo de Caquiona tienen la calidad de indígenas y que pertenecen al grupo étnico-cultural de los Yanaconas. En segundo lugar, conforme al mencionado estudio, no obstante el paulatino proceso de integración de los miembros de las comunidades Yanaconas a la cultura nacional, ha habido, particularmente a partir de 1991, un importante movimiento orientado a la reafirmación cultural de estas comunidades y «[...] a la recuperación de los hábitos, costumbres y esquemas de percepción y apreciación que les han servido para reconocerse internamente». Ese proceso, señala el concepto, se ha caracterizado por una incorporación parcial del discurso jurídico estatal dentro de las formas propias de garantizar la convivencia pacífica y el acatamiento de la autoridad familiar y del cabildo. En ese contexto, las autoridades del cabildo, con base en lo establecido en la Ley 89 de 1990, operaban «para solucionar y tratar todas las conductas ‘leves’ que atentaban contra la moral y las buenas costumbres, en tanto que las conductas graves como los homicidios se solucionaban bien en acuerdos entre las familias directamente afectadas, y cuando eso no era posible, eran remitidos por el cabildo, el inspector de policía o mediante denuncia directa de los familiares de la víctima, a la justicia ordinaria». Expresa de manera específica el concepto que «[...] a partir del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena los yanaconas han comenzado a tomar los juicios por homicidio como de su competencia». Agrega que ello se desenvuelve en el marco de lo que podría denominarse como una cultura jurídica híbrida, que se había caracterizado por: «.- El reconocimiento del Cabildo como instancia de solución y tratamiento de los problemas comunitarios o mediadora de los conflictos entre familias que no logran acuerdos frente a los mismos. En lo que atañe a los derechos de los comuneros sobre la distribución de las tierras del resguardo, o sobre conflictos de intereses por ella, es el Cabildo el que tiene toda la legitimidad y reconocimiento comunal. - El apego literal a la palabra escrita y su adecuación a la tradición oral de compromisos de restituir y/o compensar los daños causados, o de modificar conductas transgresoras de las buenas costumbres. - Una alta valoración de las formalidades escritas y procesales. - Una invocación recurrente del aparato represivo estatal como elemento persuasivo para los arreglos interfamiliares o entre sujetos. - El concurso de una segunda persona que represente los intereses de un sujeto comprometido en un conflicto o situación». Con base en una extensa consideración de los resultados de una investigación «[...] cofinanciada por Colciencias – BID en convenio con la Universidad del Valle y la Universidad del Cauca sobre “Usos, costumbres y jurisdicción especial indígena entre las etnias paez, guambiana y yanacona”, realizada en coautoría con el sociólogo Carlos Ariel Ruiz en 1996-1998, e igualmente en algunas versiones recogidas para la elaboración de este concepto [...]», el investigador de la Universidad del Cauca concluye que «[...] la tendencia que se observa en todos los cabildos del macizo, aunque en unos más que en otros, es la de perfeccionar cada vez más los procedimientos y/o mecanismos de control y sanción social intra comunitario, y a la

vez un fortalecimiento del cabildo como máxima autoridad étnica y a centralizar en él la solución y tratamiento de los conflictos, incluidos los delitos graves como los homicidio, que antes eran remitidos a la justicia ordinaria». Agrega el concepto que «[...] los yanacunas y entre ellos los comuneros del Resguardo de Caquiona, no solo tienen usos y costumbres de control social interno y de justicia indígena, sino que además se encuentran en un proceso de fortalecimiento de los mismos desde hace una década». Observa la Sala que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura conforme a la cual se resolvió a favor de la justicia ordinaria el conflicto que se la había planteado, no solo se fundamentó en una premisa jurídicamente equivocada, sino que, además, se sustentó en consideraciones de hecho que no contaban con soporte en el proceso penal y que resultarían contrarias a las conclusiones del estudio antropológico que se allegó al proceso de tutela. Por las anteriores consideraciones, habrán de revocarse las sentencias de instancia que denegaron el amparo solicitado, para en su lugar conceder la tutela de los derechos a la diversidad cultural, al ejercicio de la jurisdicción indígena, al debido proceso de la Comunidad de Caquiona y del indígena sindicado, anular la decisión del Consejo Superior de la Judicatura y disponer que se emita una nueva que consulte los criterios señalados en esta providencia. IV. DECISIÓN. En virtud de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de tutela de la referencia, y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la diversidad, la autonomía y el debido proceso de la Comunidad indígena de Caquiona y del integrante de la misma Iván Majín Quinayás. Segundo.- DECLARAR sin valor ni efecto la providencia del 28 de octubre de 1999, mediante la cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria, representada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar y la Jurisdicción Indígena del Cabildo y Resguardo de Caquiona, declarando que correspondía a la primera seguir conociendo del proceso adelantado contra Iván Majín Quinayás, sindicado de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas. Tercero.- ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria que dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente sentencia, se resuelva el conflicto de competencias que plantea este caso, conforme a los criterios expuestos en la parte motiva de esta sentencia. Cuarto.- Por Secretaría, librese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ Secretaria General. En sentido, la Corte, en Sentencia T-606 de 2001, expresó, en una acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Resguardo Indígena de Cañamomo y Lomapieta contra decisión judicial del Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Supía, en un proceso de sucesión que en su concepto debía tramitarse por la jurisdicción indígena, que «[...] las autoridades indígenas representadas en su Gobernador, tienen personería para impetrar la tutela, como lo hicieron,

a nombre de la “Parcialidad” y de la mujer indígena afectada». Sentencia SU-510 de 1998 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. A esta Sentencia corresponden las citas que se realizan a continuación, hasta la No. 8. ST-380/93 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). ST-380/93 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-058/94 (M. P. Alejandro Martínez Caballero); ST-349/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); ST-496/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); SU-039/97 (M. P. Antonio Barrera Carbonell). ST-254/94 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-139/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); ST-349/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); ST-496/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz). ST-523/97 (M. P. Carlos Gaviria Díaz). ST-349/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); ST-523/97 (M. P. Carlos Gaviria Díaz). Sentencia C-139 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz. DE OBIETA CHALBAUD, José A., *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989. P. 43. Esta cita, así como las siguientes referidas al mismo tema, corresponde a la sentencia C- de 1996. Id., p. 38. Id., p. 39. Sentencia T-349 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz Ibid. ST-349/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz Ibid. Sentencia SU-510 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz ST-428/92 (M. P. Ciro Angarita Barón); SC-139/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); ST-349/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); ST-496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz). ST-254/94 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). ST-254/94 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Sentencia SU-510 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz Sentencia T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz Esta idea, al igual que los ejemplos que la ilustran, fue desarrollada por Isabel Cristina Jaramillo, en “El Liberalismo frente a la Diversidad Cultural”. (S. P. P.) Sentencia T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz Sentencia T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz Ibidem Sentencia T-728 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño Sentencia T-349 de 1996 Sentencia SU-1184 de 2001 Radicación: 20001696 A 90 Aprobado según Acta No. 81 de octubre 19 de 2000 Ibid. Ibid. Concepto Herinaldy Gómez Valencia, Universidad del Cauca, octubre 2 de 2000. Ibid. Pág. 300 del cuaderno del Tribunal Ibid., página 303 cuaderno del Tribunal. Ibid. Pág. 305 Ibid. Pág. 310.