



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

FUENTE:

ambitojuridico.com

CONTACTO:

**ADRIANA GUASGÜITA
GALINDO**

Relatora
Tribunal Superior Distrito
Judicial Santa Rosa de
Viterbo
Tel: 7860119
Calle 9 No. 4 – 23

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-santa-rosa-de-viterbo/67>

CONOZCA LOS ELEMENTOS PARA DEFINIR SI UN ASUNTO DEBE SER CONOCIDO POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA O LA ORDINARIA

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en varias providencias de la Corte Constitucional, indicó cuatro elementos centrales que deben ser analizados en orden a definir si un asunto debe ser conocido por la jurisdicción especial indígena:

El personal: que se traduce en que el aborígen debe ser juzgado según sus usos y costumbres. Para ello hay que indagar si entendió o no la ilicitud de la conducta, su conciencia étnica y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece

- i. El geográfico: que implica que la comunidad pueda juzgar los hechos que suceden en su territorio de acuerdo con sus normas, entendiendo el concepto de “territorio” desde una proyección amplia.

Esta noción no se agota en el aspecto físico-geográfico, sino que abarca el aspecto cultural, lo que implica que, excepcionalmente, pueda tener un efecto expansivo. En consecuencia, una conducta punible que ocurre por fuera de los linderos que demarcan el territorio colectivo podría ser remitida a la jurisdicción especial indígena en virtud de sus connotaciones culturales.

- ii. El orgánico: que refiere a la existencia de una institucionalidad la comunidad nativa, la cual debe estructurarse a partir de un derecho propio, integrado por usos y costumbres, con procedimientos conocidos y aceptados, es decir, sobre:

1. Cierta poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales y
2. Un concepto genérico de nocividad social

- iii. El objetivo: que alude a la naturaleza del bien jurídico tutelado, específicamente si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria. En este caso, la rigidez se atenúa en atención al principio de maximización de la autonomía

En ese orden, aseguró que caben tres posibilidades:

- i. El bien jurídico afectado o su titular pertenecen a una comunidad indígena
- ii. El bien jurídico lesionado o su titular pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria
- iii. Independientemente de la identidad cultural del titular el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta como a la cultura mayoritaria.

Con todo, aseguró que en los supuestos (i) y (ii) la solución es clara: en el primer caso, a la jurisdicción especial indígena le corresponde conocer el asunto, mientras en el segundo le corresponderá a la justicia ordinaria.

Sin embargo, en el evento tres el juez deberá decidir verificando todos los elementos del caso concreto y los demás factores que definen la competencia de las autoridades tradicionales, de manera que el elemento objetivo no es determinante en la definición de la competencia (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia STP-108682018 (99864), Ago. 21/18.

Tomado de [Ámbito Jurídico.com](http://AmbitoJuridico.com)

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
MAGISTRADA PONENTE

STP10868-2018
RADICACIÓN N.º 99864
ACTA 273

Bogotá D. C., veintiuno (21) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la demanda de tutela formulada por **DIANA SOCORRO PERAFÁN HURTADO**, como representante de su hijo menor de edad, contra la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE POPAYÁN**, ante la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

Al trámite fueron vinculados, el **JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE POPAYÁN**, la

FISCALÍA 02 CAVIF de esa ciudad, **FELICIANO VALENCIA MEDINA** y las partes e intervinientes en el proceso penal que se adelanta contra el último mencionado. Además, el **GOBERNADOR INDÍGENA NASA DEL RESGUARDO MUNCHIQUE LOS TIGRES** de Santander de Quilichao (Cauca) y la **SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

DIANA SOCORRO PERAFÁN HURTADO formuló denuncia contra Feliciano Valencia Medina, por la posible comisión del delito de *violencia intrafamiliar agravada*, por sucesos ocurridos el 25 de junio de 2011.

La fase de juzgamiento correspondió al Juzgado Sexto Penal Municipal con función de conocimiento de Popayán. Agotado el trámite, dictó sentencia, el 25 de noviembre de 2016, en la que declaró penalmente responsable a Valencia Medina del aludido injusto y le impuso pena de 72 meses de prisión.

El defensor del procesado apeló lo decidido y, entre otros aspectos, expuso que su prohijado debió ser juzgado por la jurisdicción especial indígena.

La alzada correspondió al Tribunal Superior de Popayán que, antes de emitir la providencia respectiva, ofició al gobernador del Pueblo Indígena Nasa con el fin de que informara si consideraba que esa jurisdicción ha debido encausarlo.

Advirtió dentro del proceso el Gobernador indígena Nasa, que se debía trasladar el proceso a su comunidad, pues en su criterio, se satisfacen los componentes *personal, territorial, institucional y objetivo*, bajo los cuales se impone reconocer al procesado el fuero indígena y remitir el proceso a esa jurisdicción.

Acto seguido, el *ad quem* emitió auto, el 14 de septiembre de 2017, en el que, con soporte en los argumentos que presentó la autoridad del Resguardo Munchique Los Tigres, le reconoció a Feliciano Valencia Medina el *fuero indígena*, dejó sin efectos la sentencia condenatoria y remitió la actuación «a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que se pronuncie respecto a la decisión... y se proceda... a la Jurisdicción

especial Indígena para que sea la comunidad ancestral Nasa y el resguardo Munchique los Tigres... los que asuman su judicialización».

Recibido el expediente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en auto del 25 de octubre de ese año se abstuvo de emitir pronunciamiento. Señaló, en ese sentido, que no existía un conflicto por resolver. Acto seguido, se envió la actuación a las autoridades del Resguardo Nasa Munchique los Tigres de Santander de Quilichao (Cauca), para lo de su competencia.

Acude ahora DIANA SOCORRO PERAFÁN HURTADO a la extraordinaria vía de tutela.

Expone, que la determinación adoptada por el Tribunal Superior de Popayán vulneró sus derechos fundamentales al *debido proceso* y *acceso a la administración de justicia*, así como los de su hijo menor de edad y por consiguiente, ha de dejarse sin efectos esa decisión y ordenar la devolución del expediente a la justicia ordinaria para que por esa vía se decida, de fondo, el recurso de apelación.

Además, pide que se le brinde a su hijo el *acompañamiento jurídico necesario* dentro del proceso penal y *medidas de protección*, derivadas de las *constantes amenazas* que ambos han recibido de parte de Valencia Medina.

Afirma, en sustento de sus pretensiones, que no existe ningún mecanismo ordinario para la defensa de sus garantías, se verifica la condición de inmediatez en el ejercicio de la tutela y el asunto tiene relevancia constitucional.

Agrega, que se configura en el caso un *defecto procedimental absoluto* porque no se le permitió formular ningún recurso contra el auto que dictó el Tribunal. De igual manera, esa Corporación desconoció múltiples precedentes de la Corte Constitucional sobre el ejercicio de la jurisdicción indígena, básicamente, porque no se tuvo en cuenta que la víctima, menor de edad, no pertenece a la comunidad indígena y, por esa razón, no se cumple una de las condiciones objetivas para el envío del expediente a esa especial jurisdicción.

También señala que en el auto censurado se vulneró de manera directa la Constitución, particularmente, en lo relativo a los derechos de

los niños y los mecanismos para la protección de sus garantías. Además, porque se dio «*prevalencia a los derechos del padre sobre los del menor*».

Se refiere *in extenso* a los conceptos de *fuero indígena* y *juez natural*, para luego señalar que son desatinados los razonamientos bajo los cuales el Tribunal remitió el expediente a esa jurisdicción especial. Acto seguido, concluye que se deben tutelar los derechos de su hijo con el fin de que sea la justicia ordinaria la que procese a Valencia Medina.

TRÁMITE Y RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES INVOLUCRADAS

1. El Tribunal Superior de Popayán hizo un recuento de la actuación procesal y de los considerandos de la providencia cuestionada. Acto seguido, señaló que no se verifica ninguno de los defectos procedimentales alegados y su decisión fue debidamente sustentada en la jurisprudencia vigente relacionada con el reconocimiento del *fuero indígena* a Feliciano Valencia Medina. Pidió, por consiguiente, que se niegue la tutela.

2. El Juzgado Sexto Penal Municipal con función de conocimiento de Popayán expuso que dictó la sentencia condenatoria de primer nivel, allegó copia de su decisión y pidió que se emita la decisión que la Sala «*crea conveniente*».

3. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura hizo un recuento de las funciones a su cargo en punto del incidente de conflicto de jurisdicciones; precisó que, contrario a lo expuesto por la libelista, en auto del 11 de julio de 2018 asignó el asunto al «*Juzgado Segundo Penal Municipal*» y pidió su desvinculación del contradictorio, en tanto esa decisión se emitió «*en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales*» o, subsidiariamente, reclamó que no se otorgue el amparo invocado por la demandante.

4. Feliciano Valencia Medina expuso que resulta equivocada la postura de la demandante. Indicó en ese sentido, que se cumplieron los criterios jurisprudenciales para que su caso fuera enviado a la jurisdicción indígena, sin que el hecho de que su hijo no tuviera esa condición negara la configuración del «*elemento objetivo*», pues la comprensión del referido factor «*no se circunscribe de manera restrictiva*» a que la víctima tenga tal

calidad, sino a que el «bien jurídico... sea de interés para la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria».

Pide que se desestimen las pretensiones de la demandante, al no existir alguna vía de hecho en el proceder del Tribunal Superior de Popayán.

5. El fiscal 01 CAVIF de Popayán hizo un recuento de la actuación procesal, adujo que cumplió el mandato que le impone el art. 250 de la Constitución y solicitó que se confirmara la decisión condenatoria emitida dentro del trámite.

6. Los demás involucrados guardaron silencio dentro del término de traslado conferido por la Sala.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015¹, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la demanda de tutela propuesta por DIANA SOCORRO PERAFÁN HURTADO en representación de su hijo menor de edad, pues se dirige contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán.

2. Requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

2.1. La jurisprudencia constitucional ha expuesto pacíficamente, que la acción de tutela es una vía de protección excepcionalísima cuando se dirige en contra de providencias judiciales y su prosperidad va necesariamente ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad, que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional² ha venido acogiendo y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.

Las condiciones generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales contemplan, que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, que se hayan agotado todos los medios – ordinarios y extraordinarios – de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la

consumación de un perjuicio irremediable.

Igualmente, exige la jurisprudencia que se cumpla el requisito de la inmediatez, el cual impone que la tutela se haya instaurado en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; así mismo, cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

Además, que el accionante *«identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible»*³.

Y finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico⁴; (ii) defecto procedimental absoluto⁵; (iii) defecto fáctico⁶; (iv) defecto material o sustantivo⁷; (v) error inducido⁸; (vi) decisión sin motivación⁹; (vii) desconocimiento del precedente¹⁰; y (viii) violación directa de la Constitución¹¹.

Desde la decisión CC C-590/05 ampliamente referida, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando superado el filtro de verificación de los requisitos generales, se configure, al menos uno de los defectos específicos antes mencionados.

2.2. Para lo que interesa al caso objeto de análisis, el *deber de motivar las decisiones judiciales*, como lo ha precisado la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, emana de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

Al respecto, en sentencia C-145/98 dijo la Corte Constitucional que *«la obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un*

producto de la arbitrariedad del juez», por lo cual «se exige que, en su sentencia, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta».

En esa línea, en decisión T-214/12, **expuso:**

4.4. Dado que el juez debe pronunciarse sobre hechos del pasado, a los que no puede acceder directamente, su tarea consiste en exponer cómo, mediante el uso de reglas de la experiencia, puede inferir la existencia de hechos pasados a partir de determinados hechos presentes recaudados mediante las vías legales de decreto y práctica de pruebas.

*La comprensión del razonamiento en materia de hechos como uno de carácter primordialmente inductivo, dirigido más a fortalecer la probabilidad de una hipótesis que a lograr la certeza sobre ésta, la **importancia de la pluralidad de medios de prueba** para fortalecer tales hipótesis, el **análisis individual de cada medio de convicción y el posterior análisis conjunto** de las pruebas, la fuerza de las **reglas de la experiencia** (generalizaciones de hechos previamente observados) utilizadas por el juez, son las herramientas con las que cuenta y a las que **debe recurrir el juez para fundar su premisa fáctica**. (C-202/05, T589/10, T-1015/10).*

*4.5. La Corte Constitucional ha efectuado importantes avances en determinar los estándares de racionalidad y razonabilidad que exige la determinación de los hechos del caso y ha explicado cómo **el deber de motivación no se agota en una exposición sobre la interpretación de las normas jurídicas, sino que involucra también la explicación de ese paso entre pruebas y hechos, a través de la sana crítica, la aplicación de reglas de inferencia plausibles**, y los criterios de escogencia entre hipótesis de hecho alternativas. (Ibidem).*

*4.6. **La motivación, por todo lo expuesto, es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso**. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos,*

y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales (énfasis agregado).

Además, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha destacado que el yerro por deficiencia en la motivación de las decisiones judiciales se puede presentar bajo distintas modalidades, que han sido identificadas de la siguiente manera:

*Para la Corte, **cuatro son las situaciones que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia por violación del deber de motivación: (1) Ausencia absoluta de motivación. (2) Motivación incompleta o deficiente. (3) Motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente. Y (4) motivación sofisticada, aparente o falsa.** En relación con esta última debe ser precisado que solo vino a ser incluida en forma expresa como fenómeno generador de nulidad por defectos de motivación en la referida providencia, pero que la Corte ya venía aceptando sus implicaciones invalidatorias de tiempo atrás, como surge del contenido de la decisión de 11 de julio de 2002, que allí se cita.*

La primera (ausencia de motivación) se presenta cuando el juzgador omite precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. La segunda (motivación incompleta) cuando omite analizar uno cualquiera de estos dos aspectos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su fundamento. La tercera (equívoca) cuando los argumentos que sirven de sustento a la decisión se excluyen recíprocamente impidiendo conocer el contenido de la motivación, o cuando las razones que se aducen contrastan con la

decisión tomada en la parte resolutive. Y la cuarta (sofística), cuando la motivación contradice en forma grotesca la verdad probada.

(...) la motivación falsa entendida como aquella que es inteligible, pero equivocada debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona o desborda los límites de racionalidad en su valoración, debe invocarse por la vía de la causal primera cuerpo segundo. (CSJ SP, 13 mar 2004, rad. 17738, reiterada en CSJ SP16171 – 2016)

De igual manera, precisó esta Corporación, que «*solo la carencia total de motivación, la ausencia de decisión sobre un problema jurídico fundamental para la resolución del caso o la motivación ambivalente, conducen a la nulidad de la decisión*» (CSJ SP1783 – 2018).

3. Verificación del cumplimiento de las condiciones generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Se ha de exponer, en primer término, que el caso tiene *relevancia constitucional*, pues se discute la presunta vulneración de los derechos al *debido proceso* (art. 29) y de *acceso a la administración de justicia* (art. 229), postulados que según DIANA SOCORRO PERAFÁN HURTADO, desconoció el Tribunal Superior de Popayán, al remitir la actuación seguida contra Feliciano Valencia Medina a la jurisdicción especial indígena.

El auto objeto de censura se emitió el 14 de septiembre de 2017. Aunque han transcurrido diez (10) meses desde aquella actuación, afirmó la demandante que la vulneración «*permanece en el tiempo y es actual*», lo que permite verificar la condición de *inmediatez* en el ejercicio de la tutela.

La libelista identificó con suficiencia los *hechos y derechos vulnerados*. Además, no se discute por este cauce una sentencia de tutela.

Finalmente, se verifica el cumplimiento de la condición de *subsidiariedad* de la tutela, pues contra el auto objeto de controversia, emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán no procede ningún recurso, como inclusive lo manifestó esa Corporación en el proveído cuestionado.

Así pues, verificado el cumplimiento de las condiciones generales de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, se analizará si el auto que dictó el Tribunal accionado contiene alguno de los defectos específicos arriba mencionados, que imponga la intervención del juez de tutela.

Para abordar ese cometido, ha de traerse a colación, en primer lugar, la vigente postura de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en punto del reconocimiento del fuero indígena y las exigencias que la jurisprudencia de ambas Corporaciones ha ido construyendo para determinar si un asunto debe ser adelantado por la justicia ordinaria o por esa especial jurisdicción.

Acto seguido, se verificará si la decisión cuestionada atendió tales parámetros o, de ser negativa la respuesta, si incurrió en algún vicio específico que habilite la procedencia del amparo.

4. La jurisdicción especial indígena y el fuero indígena.

La Constitución Política, desde su art. 1º, garantiza el carácter *pluralista* del Estado Social de Derecho. Dicho axioma se refleja, en punto de lo que es objeto del presente caso, en la posibilidad de que las autoridades indígenas puedan «*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*»¹².

La Carta Política colombiana exhortó a las autoridades con el fin de que se expidiera una legislación que armonizara la jurisdicción indígena con la ordinaria, no obstante, como ello no sucedió, ha sido a través de construcciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, que se definió bajo qué reglas ha de avalarse la posibilidad de que sean las autoridades indígenas quienes ejerzan actos de jurisdicción que, habitualmente, corresponderían a la justicia ordinaria.

A partir de la decisión C-136/96 y luego, en fallos T-349 de 1996, T-030 de 2000, T-728 de 2002, T-811 de 2004 y T-364 de 2011, la Corte Constitucional formuló cuatro elementos centrales que deben ser analizados en orden a definir si un

asunto debe ser conocido por la jurisdicción especial indígena.

Los factores objeto de evaluación fueron reiterados y sintetizados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SP17726 – 2016, así:

... para que opere la jurisdicción indígena se impone comprobar, de entrada, que se está ante una persona que pertenece a una comunidad aborígen y que ésta cuenta con una autoridad propia para adelantar el juzgamiento correspondiente.

Por consiguiente, acorde con la jurisprudencia constitucional, seguida ampliamente por esta Corporación, para delimitar si un asunto debe ser conocido por la jurisdicción especial, es forzoso examinar si se acreditan los elementos estructurales del fuero indígena (personal y territorial o geográfico), que son determinantes, y, seguidamente, analizar los factores institucional u orgánico y objetivo.

*6.1. **El personal**, que se traduce en que **el aborígen debe ser juzgado según sus usos y costumbres** (hay que indagar si entendía o no la ilicitud de la conducta, su conciencia étnica y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece).*

*6.2. **El geográfico**, que implica **que la comunidad pueda juzgar los hechos que suceden en su territorio, de acuerdo con sus normas, entendiendo el concepto de “territorio” desde una proyección amplia**, habida cuenta que la Corte Constitucional ha admitido la viabilidad de un eventual efecto expansivo del mismo así:*

Por otra parte, establecida la existencia del territorio en su dimensión formal y cultural, el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico pero en condiciones que

permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de la misma comunidad, en condiciones de aislamiento, y que vivían y se determinaban por las pautas de conducta imperantes en su comunidad. (Cfr. CC T-1238/04).

(...)

Se trata entonces de una noción que no se agota en el aspecto físico-geográfico sino que abarca el aspecto cultural, lo que implica que, excepcionalmente, pueda tener un efecto expansivo. En consecuencia, una conducta punible que ocurre por fuera de los linderos que demarcan el territorio colectivo podría ser remitida a la jurisdicción especial indígena en virtud de sus connotaciones culturales. (Cfr. CC T-002/12)

6.3. El **orgánico**, que refiere a la existencia de una **institucionalidad al interior de la comunidad nativa, la cual debe estructurarse a partir de un derecho propio, integrado por usos y costumbres, con procedimientos conocidos y aceptados** «es decir, sobre: (a) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (b) un concepto genérico de nocividad social» (Cfr. CC T-866/13).

Sobre este elemento, la Corte Constitucional ha sostenido:

La autoridad indígena debe exteriorizar su decisión de adelantar el juzgamiento. Ello puede ocurrir cuando reclama para sí el juzgamiento ante la respectiva autoridad judicial, o cuando de manera previa o simultánea ha asumido el conocimiento de los hechos de acuerdo con sus usos tradicionales. Cabría preguntar, sin embargo, si el juez debe iniciar oficiosamente la actuación orientada a establecer si en un determinado proceso se está en presencia de los supuestos que dan lugar al fuero indígena. La respuesta a este interrogante es, en principio, negativa, por cuanto el fuero sólo se materializa cuando la autoridad indígena exterioriza su voluntad de asumir el conocimiento de una determinada causa. Si en un proceso penal el sindicado considera que está amparado por el fuero especial indígena, debe dirigirse a la autoridad tradicional que en su criterio es competente, para que ella presente la solicitud al juez del conocimiento.

(...)

Repárese que, dentro de los criterios que resultan relevantes para interpretar este elemento, en sentencia CC T-002/12 se señalaron:

(i) La institucionalidad como presupuesto esencial para garantizar el debido proceso en beneficio del acusado, para lo cual **hay que constatar que: la comunidad haya manifestado su capacidad de adelantar el juicio, que, a su vez, «constituye una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas»;** una «comunidad que ha manifestado su capacidad de adelantar un juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes sin otorgar razones para ello», y, en casos de «extrema gravedad» o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión, la vigencia del elemento objetivo puede ser materia de un análisis más exigente.

(...)

6.4. **El objetivo, que alude a la naturaleza del bien jurídico tutelado, específicamente si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria.** En este caso, la rigidez se atenúa en atención al principio de maximización de la autonomía.

En ese orden, **caben tres posibilidades:**

“(i) el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria”.

En los supuestos (i) y (ii) la solución es clara: en el primer caso, a la jurisdicción especial indígena le corresponde conocer el asunto mientras en el segundo le corresponderá a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii) el juez deberá decidir verificando todos los elementos del caso concreto y los demás factores que definen la competencia de las

autoridades tradicionales, de manera que el elemento objetivo no es determinante en la definición de la competencia. Incluso si se trata de un bien jurídico considerado de especial importancia en el derecho nacional, la especial gravedad no se erige en una regla definitiva de competencia, pues esto supone imponer los valores propios de la cultura mayoritaria dejando de lado la protección a la diversidad étnica (todos los resaltados fuera del original).

De igual manera, en sentencia C-463/14, la Corte Constitucional se refirió a tres criterios de interpretación que deben ser considerados en conflictos dentro de los cuales esté involucrada la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas. Así los definió:

1. Principio de **“maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”** (o bien, de **“minimización de las restricciones a su autonomía”**): de acuerdo con este criterio, las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas solo son admisibles cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. (iii) La evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad.

2. Principio de **“mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”**: la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que **el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes** (o autoridades de dos culturas diferentes), pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, como lo ha explicado la Corte.

3. Principio **“a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”.**

Este principio fue formulado por primera vez en la sentencia T-254 de 1994, en los siguientes términos: “La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados - , de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”.

(...)

De igual forma, la mayor o necesidad de “traducción” de las normas de un derecho a otro no implica en ningún caso que pueda pretermirse el diálogo intercultural, ni que el juez deba omitir la incorporación de elementos probatorios que lo lleven a conocer de la mejor manera posible las características e implicaciones culturales del caso. Como criterio de interpretación, exclusivamente constituye una guía para que el juez tome en consideración la naturaleza de las pruebas que requiere, al momento de aproximarse a sistemas jurídicos en un contexto en que el pluralismo comprende sistemas jurídicos de más de 100 pueblos originarios distintos (con todas las variantes que se pueden dar entre comunidades de un mismo pueblo).

Ha de traerse a colación, además, la decisión CSJ SP9243 – 2017, en la que se rememoró, entre otros aspectos, lo dicho a partir de los fallos CSJ SP, 5 dic. 2016, rad. 48136 y SP 28 oct. 2015 rad. 44890, donde se enfatizó la protección de la identidad étnica

y cultural de las comunidades indígenas, con miras a reafirmar el poder de configuración normativa de esa población para efectos de desplazar a la justicia ordinaria, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los componentes *orgánico, normativo y procedimental*. Al respecto advirtió esta Colegiatura que:

... admitir esa diversidad como fundamento para atribuir jurisdicción a las comunidades étnicas para que, dentro de sus territorios, sean las autoridades tradicionales quienes investiguen y juzguen a los miembros de su comunidad en razón a la pertenencia de la misma, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es reconocer y preservar sus costumbres, valores e instituciones, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico Nacional.

*También en CSJ SP, 12 mar 2014, rad. 42287, y SP, 11 nov. 2015, rad. 46556, se destacó que tratándose de hechos graves que atenten contra bienes jurídicos de interés para la cultura mayoritaria, como para determinada comunidad indígena, **el elemento institucional, satisfechos los demás factores, adquiere preeminencia para definir el conflicto de jurisdicciones**, sin que resulte determinante el hecho de que la justicia indígena contemple un castigo distinto a la pena de prisión fijada por el legislador.*

Y se precisó que en tales casos resulta vano argumentar que el sistema sancionatorio de los indígenas comporte un tratamiento débil y permisivo generador de impunidad, porque tal calificación además de peyorativa desdeña la autonomía de los pueblos indígenas (negrillas fuera del original).

Así pues, solo cuando una decisión no considere las reglas anteriormente mencionadas para efectos de

delimitar la jurisdicción competente, podrá calificarse como constitutiva de vías de hecho.

5. La solución del caso.

Para definir si la providencia emitida por el Tribunal Superior de Popayán es constitutiva de algún defecto específico de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, ha de analizarse si esa Colegiatura tuvo en cuenta las reglas jurisprudenciales antes mencionadas, cuando decidió que el proceso seguido contra Feliciano Valencia Medina debía ser tramitado por la jurisdicción especial indígena. De ser negativa la respuesta, resultará imperiosa la intervención del juez constitucional.

5.1. Sobre el primero de los factores que determinan el reconocimiento del fuero indígena, es decir, el elemento *personal*, dijo el Tribunal lo siguiente:

En el presente caso no cabe duda de que el señor FELICIANO VALENCIA MEDINA, pertenece a la comunidad indígena Nasa, según las certificaciones anexas a la petición de traslado que ahora se estudia, de manera que en este punto fácil se infiere la reunión parcial del elemento personal. En lo que toca a que si VALENCIA MEDINA sabía o no que estaba cometiendo un presunto delito cuando decidió, en su alteración, maltratar de forma verbal a su menor hijo llamándolo encarte, diciéndole que no era su hijo y que cambiaría su número celular para que no lo llamara más, advierte esta

Sala que difícilmente este comunero podía entender en ese momento de furia que expresarle dichas palabras al menor que lo perseguía al salir de la Fiscalía podría configurar un delito sancionado por la ley penal, habida cuenta que para la estructuración de esta conducta, en principio, debe verificarse la afectación psicológica del menor y es lógico que en ese momento es imposible que una persona de diversa etnia y forma cultural alcance a asumir que con su acción puede dañar la siquis de su menor hijo, máxime, si se acepta que salía de un encuentro tortuoso con la madre del pequeño, que lo convocó a una conciliación extra judicial en la Fiscalía y que como se conoce, fracasó.

Para la correcta aplicación de dicho factor, que se refiere a la pertenencia del acusado a una comunidad indígena, la Corte Constitucional propuso tres subreglas que deben ser ponderadas por el juez con miras a que establezca a qué jurisdicción le corresponde el respectivo juzgamiento. Así las plasmó en fallo T-617/10:

Subreglas relevantes:

(S-i) Cuando un indígena incurra en una conducta calificada como delito por la ley penal (o socialmente nociva dentro de una cultura indígena), en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto.

(S-ii) Cuando una persona indígena incurre en una conducta tipificada por la ley penal por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece, y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez de conocimiento deberá establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa:

(S-ii.1) Si el juez responde afirmativamente esta pregunta, deberá absolver a la persona;

(S-ii.2) En caso de que el operador judicial concluya que no se presentó error invencible, pero que la persona sí actuó condicionada por su identidad étnica, deberá remitir la actuación a las autoridades del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la inimputabilidad por diversidad cultural.

(S-ii.3) Si el juez de conocimiento concluye que no se presentó error invencible, y que el actor no se vio condicionado por parámetros culturales diversos en su actuar, entonces es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de “aculturación”, lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria (énfasis añadido).

En otras palabras, es deber del funcionario judicial de la justicia ordinaria, calificar el comportamiento del indígena y establecer si obró bajo un *error de prohibición invencible*. Si es afirmativa la respuesta, expone la decisión en cita, se impone la **absolución** del procesado. De no presentarse éste, pero si el actor obró bajo los condicionamientos culturales de la etnia a la que pertenece, el asunto competirá a la jurisdicción especial. Finalmente, si **no existió** esa especial circunstancia en el actuar del procesado y su proceder **no se condicionó a su identidad cultural**, la decisión en cita «*aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria*».

Para el caso concreto, la Corporación accionada no llevó a cabo ninguna valoración encaminada a establecer si se configuraba en el caso un *error de prohibición invencible* originado en la diversidad

cultural de Feliciano Valencia Medina y que, bajo las subreglas antes descritas, derivara en su absolución. Afirmó, en punto del componente *personal*, que «*es imposible que una persona de diversa etnia y forma cultural alcance a asumir que con su acción puede dañar la siquis de su menor hijo*», pero dicho raciocinio no responde a un análisis encaminado a establecer la existencia o no, en el caso concreto, del referido *error de prohibición*, menos porque justificó la conducta de Valencia Medina, no por vía de su condición étnica, sino por cuenta de «*un **encuentro tortuoso** con la madre del pequeño*».

Es decir, en cuanto al elemento objeto de análisis, la providencia carece de motivación, lo que implica, bajo los parámetros jurisprudenciales antes mencionados, la nulidad de la decisión (Ver CSJ SP1783 – 2018), en tanto no atendió, debidamente, los fundamentos fácticos (hechos del caso) y jurídicos (jurisprudencia de la Corte Constitucional), que hacían necesario que valorara los elementos atrás mencionados.

Pero además, tampoco consideró la condición cultural de la **víctima**, que **no pertenece** a ninguno de los resguardos indígenas legalmente constituidos en el departamento del Cauca, menos aún, al resguardo Munchique – Los Tigres al que se envió la actuación¹³.

Y dicha circunstancia resulta relevante, porque ha sido considerada por el Consejo Superior de la Judicatura para definir el factor *personal* de competencia de la jurisdicción indígena. Ha de recordarse, que, en la actualidad, esa autoridad es la facultada **constitucionalmente** para definir los conflictos de competencia que se suscitan entre las distintas jurisdicciones (Art. 256 de la Carta Política).

En efecto, esa Colegiatura advirtió, frente a un caso que convoca a los mismos involucrados en este trámite de tutela (Diana Socorro Perafán Hurtado y Feliciano Valencia Medina), que no se cumplía el *elemento personal*, por cuanto «*las víctimas no pertenecen al Resguardo Indígena*»¹⁴.

Así pues, como el Tribunal no verificó si en el caso se configuraba el *factor personal* que podría habilitar la competencia de la jurisdicción especial indígena para el juzgamiento de Feliciano Valencia Medina, se advierte materializada una vía de hecho en la providencia cuestionada que impone la intervención del juez de tutela.

5.2. En punto del factor *territorial*, expresó el *ad quem*:

Frente al presente asunto, aunque los hechos no ocurrieron al interior del Cabildo Munchique Los Tigres de Santander de Quilichao, debe aceptarse que la comunidad Nasa necesariamente se expande hasta

Popayán, Cauca, en virtud de su culturización que no está exenta del cumplimiento de citaciones judiciales, que como se ve, acudía FELICIANO VALENCIA MEDINA, ante la Fiscalía cuando presuntamente cometió los improprios en contra de su hijo...

Sobre el referido componente, la ya citada decisión T-617/10 advirtió que *«excepcionalmente, el elemento territorial puede tener un efecto expansivo, lo que significa que cuando un hecho ocurre por fuera de los linderos geográficos del territorio colectivo, pero culturalmente puede ser remitido al espacio vital de la comunidad, es aconsejable que su juzgamiento se desarrolle por las autoridades indígenas».*

En este caso, **no explicó** la Colegiatura demandada por qué la culturización de la comunidad Nasa se extiende, *«necesariamente»* hasta la ciudad de Popayán. Tampoco, por qué razón las autoridades indígenas del Resguardo Munchique Los Tigres han de asumir competencia para conocer de la causa, aunque los hechos objeto de juzgamiento no se materializaron en la comprensión territorial del resguardo indígena.

De ahí que, en punto del factor objeto de análisis, la providencia cuestionada también adolezca del referido yerro de ausencia *absoluta* de motivación y por consiguiente, que se califique como constitutivo de *vía de hecho* el actuar del Tribunal en cuanto al análisis de ese factor.

5.3. Con relación al elemento *institucional* y *orgánico* argumentó el *ad quem* que:

Es claro para la Sala que la comunidad Nasa cuenta con toda la estructura institucional y orgánica para asumir la judicialización de este caso poniendo en marcha la jurisdicción especial indígena, pues se trata de una comunidad ancestral, que de conformidad con el acta de posesión aportada, cuenta con toda la infraestructura humana que puede estar a cargo de este asunto (personal, cargos, funciones, reconocimiento jurídico, finca reclusiva para cumplimiento de penas, verificación del INPEC), con el firme propósito de proteger el bien jurídico de la familia, como lo afirmó el mismo gobernador indígena y verificando la protección de la víctima, a quien deberán convocar para que haga uso de sus derechos en el proceso que se adelantará en contra de FELICIANO VALENCIA MEDINA.

En punto del componente bajo análisis, la ya nombrada decisión T-617/10 expuso:

*En casos que puedan considerarse como de “extrema gravedad” (crímenes de lesa humanidad, violencia sistemática u organizada), o **cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión o especial vulnerabilidad, la verificación sobre la vigencia del elemento institucional puede ser más exigente, acudiendo, por ejemplo, a la práctica de pruebas técnicas, pero manteniendo presente que el objeto de esta verificación consiste en asegurarse de que existan autoridades internas competentes para adelantar el juzgamiento**, usos y costumbres propios que aseguren el principio de legalidad (en términos de previsibilidad y predecibilidad como se explica en el siguiente apartado), y medidas de protección de las víctimas.*

e. Por otra parte, el proceso de recreación o reformatión del derecho indígena –recién descrito– llevó a la Corte a

efectuar algunas consideraciones sobre el alcance del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena.

El principio citado prescribe que una persona solo puede ser juzgada a partir de normas previamente establecidas, por autoridades competentes de acuerdo con la regulación existente en la sociedad, y con apego a los procedimientos previstos por el legislador para el efecto. Por esa razón, el principio de legalidad es un elemento central del Estado de Derecho, pues hace de la ley una garantía fundamental para evitar que la suspensión o limitación de los derechos de los ciudadanos tenga origen en actuaciones arbitrarias de las autoridades.

*Concebido en su forma tradicional, **es evidente la tensión que surge entre el principio de legalidad y el ejercicio de un derecho propio, constituido primordialmente a través de la tradición oral de las comunidades** y -en este momento histórico-, en proceso de reconstrucción. **Para solucionar esta aparente incompatibilidad, la Corte ha señalado que el alcance del principio estudiado, en la jurisdicción especial indígena, se traduce en la exigencia de predecibilidad o previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades indígenas, a partir de las costumbres de la comunidad:***

*“Ya se ha puesto de presente cómo la Corte ha señalado que de cara a la jurisdicción indígena ese principio se traduce en **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 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 previsibilidad 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”.

No se discute que la jurisdicción especial indígena cuente con una organización bajo la cual aplique un sistema de justicia tradicional derivado del incumplimiento de normas, usos y costumbres de esa comunidad. Sin embargo, bajo la pauta jurisprudencial arriba señalada, el Tribunal omitió verificar el cumplimiento debido del principio de *legalidad* en el sistema de justicia del Resguardo Indígena Munchique Los Tigres, por vía de la existencia de *precedentes* (exigencia de predecibilidad), relacionados con la adecuación delictiva de la conducta de *violencia intrafamiliar*, el procedimiento aplicable para el juzgamiento, las sanciones a imponer y ante todo, si existen medidas de **protección de las víctimas**, en caso tal de que dicho injusto sea castigado por las autoridades tradicionales.

En efecto, en la providencia objeto de ataque por la vía de tutela, no se verificó la existencia de alguno de tales aspectos o, al menos, algún antecedente del Resguardo tradicional que garantice la aplicación de *justicia material* en el juzgamiento de Valencia Medina, por vía de la búsqueda de verdad, justicia y reparación de los derechos de las víctimas.

Además, aunque la Sala vinculó al contradictorio al Gobernador Indígena Nasa del Resguardo Munchique Los Tigres, guardó silencio dentro del término de traslado que se le otorgó, y tampoco fue posible establecer, en esta sede, si esa autoridad tradicional castiga el aludido injusto, como lo hace la jurisdicción ordinaria.

Dicha indefinición en la que incurrió el Tribunal, también materializa un defecto específico por falta absoluta de motivación de la providencia en cuanto al factor *institucional*, que tiene mayor relevancia en tanto expuso la Sala de Casación Penal, que «*el elemento **institucional**, satisfechos los demás factores, **adquiere preeminencia** para definir el conflicto de jurisdicciones*» (CSJ SP9243 – 2017).

5.4. En relación con el factor *objetivo* para delimitar la competencia de la jurisdicción especial, dijo el Tribunal:

Dentro del subexamine se determinó que la conducta ilícita presuntamente cometida por FELICIANO VALENCIA MEDINA, afecta el bien jurídico de la familia pues se trata de una violencia intrafamiliar, el cual si bien es cierto importa tanto a la comunidad indígena, como a la cultura mayoritaria, en este caso cabe resaltar que dada la relevancia que ostenta este comunero al interior del cabildo, mismo que ha sido nombrado por la UNESCO como “Maestro de la Sabiduría”, que ha fungido como consejero indígena y participa activamente de la política en defensa de los derechos de las comunidades indígenas, considera esta Magistratura que en razón al bien jurídico presumiblemente afectado por el procesado resulta más acertado que sea su misma comunidad la

que lo judicialice conforme a sus costumbres ancestrales, ya que cometió al parecer una conducta reprochable en contra de la institución de la familia y afectó verbalmente a un pequeño niño de 8 años que es su hijo, todo lo cual desdice del emblemático nombramiento que se le ha dado por la UNESCO, y de su propio ejercicio en pro de la comunidad, que como se ve, contraría totalmente entonces su comportamiento personal.

Si ello es así, deriva más adecuado que sea su propia comunidad la que lo procese de cara a sus costumbres, para que allá sea donde se vea avocado (sic) a una sanción y reproche social.

Para la Corte Constitucional, el factor *objetivo* no es prevalente sobre los demás elementos. Esa Corporación ha hecho explícita su inconformidad cuando el Consejo Superior de la Judicatura, al resolver conflictos de competencia, se inclina por este último componente – el objetivo –, como si tuviera una mayor jerarquía sobre los demás. Dijo en sentencia T-002/12 al respecto:

La Sala reitera su desacuerdo con el carácter prevalente que el Consejo Superior de la Judicatura otorgó al elemento objetivo, así como con la exclusión del elemento institucional en el análisis de la competencia.

Frente a la prevalencia del elemento objetivo, fundamentado en la existencia de un umbral de nocividad a partir del cual la jurisdicción indígena carece de competencia, la Sala insiste en la incompatibilidad de este planteamiento con la jurisprudencia constitucional, pues la exclusión de la jurisdicción especial indígena de asuntos de especial nocividad social es una postura que desconoce injustificadamente la validez del control social realizado por las comunidades indígenas, al tiempo que riñe con el “relativismo ético moderado” adoptado por la Constitución (énfasis añadido).

Y agregó el Alto Tribunal en la misma decisión que:

*Aunque la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura ha librado un debate alrededor de si la condición de indígena de la víctima hace parte del elemento personal o del elemento objetivo, esta Sala considera que **la identidad étnica de la víctima hace parte integrante del elemento objetivo.***

*Por otra parte, el Consejo Superior de la Judicatura ha implementado en su jurisprudencia otra concepción del elemento objetivo, que se caracteriza por establecer un umbral de nocividad a partir del cual estaría vetado el ejercicio del derecho propio de las comunidades indígenas; en consecuencia, todas las conductas que involucren bienes jurídicos universales no podrían ser conocidas por esa jurisdicción. Esta Sala reitera que disiente de ese planteamiento, pues **el elemento objetivo evaluado de manera individual no basta para excluir la competencia de la jurisdicción especial indígena por restringir de manera excesiva e injustificada la autonomía de las comunidades** (destaca la Corte).*

Pero dicho componente, visto **en contexto** con los demás *factores*, adquiere relevancia en punto de la *inmotivada* asignación de las diligencias a la jurisdicción especial indígena. Aquí, de nuevo, es pertinente la crítica de DIANA SOCORRO PERAFÁN HURTADO, relacionada con que se haya dispuesto el traslado de las diligencias a la jurisdicción indígena, a pesar de que la **víctima** del punible **no ostenta** tal condición.

Es que el análisis del componente *objetivo* que llevó a cabo el Tribunal también fue desatinado y se desvió de su finalidad esencial, que según la Corte Constitucional, es el *bien jurídico tutelado*, y no la referencia a las calidades personales del supuesto responsable del injusto (v. gr., la designación de Valencia Medina como “Maestro de Sabiduría” de la UNESCO). El Juez Colegiado ha debido verificar, en ese componente, «*si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria*» (T-617/10). Además de valorar las siguientes subreglas previstas por el Alto Tribunal Constitucional:

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

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

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

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

Para el caso, el injusto de *violencia intrafamiliar* es considerado como de *especial nocividad* para la cultura mayoritaria.

Ello se refleja en las modificaciones legislativas que ha sufrido el art. 229 del Código Penal que tipifica esa conducta¹⁵ y en la aplicación de circunstancias agravantes cuando la conducta recaiga, entre otros, sobre un **menor de edad**, lo que es además, consonante, con el compromiso contenido en el art. 3º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en el sentido de «*asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*», obligación que Colombia adquirió cuando ratificó e incorporó a su ordenamiento interno ese instrumento internacional¹⁶.

Bajo las pautas jurisprudenciales anteriores, el Tribunal Superior de Popayán ha debido llevar a cabo un análisis profundo sobre la vigencia del factor *institucional* y, consecuentemente, del componente *objetivo*, teniendo en cuenta la *especial nocividad* del delito de *violencia intrafamiliar* cuando éste recae sobre una víctima menor de edad.

De ahí que, en este punto, también se advierta que la Colegiatura accionada *no motivó* el auto objeto de crítica por la vía de amparo.

5.5. Las razones precedentemente descritas imponen dejar sin efectos el auto objeto de controversia. Sería del caso que, subsiguientemente, se ordenara al Tribunal Superior de Popayán la emisión de una nueva providencia en la que analice adecuadamente cada uno de los factores para calificar la configuración del *fuero indígena* en favor de Feliciano Valencia Medina. Sin embargo, ha de advertirse una circunstancia fáctica novedosa que no pudo ser considerada por esa Corporación y se deriva del *fuero constitucional* que podría aplicarse al procesado, bajo el cual correspondería a la Corte Suprema de Justicia su juzgamiento¹⁷.

En efecto, es de público conocimiento que Feliciano Valencia Medina fue elegido como Senador de la República para el período 2018 – 2022 y asumió ese cargo el 20 de julio del año que avanza. Esa situación, acontecida de modo posterior a las actuaciones que motivaron la demanda de tutela, introduce al caso un nuevo elemento fáctico que haría variar las autoridades que podrían estar involucradas en un posible *conflicto de jurisdicciones* e impone que el asunto sea valorado, no por el Tribunal, sino por la Corte Suprema de Justicia, a donde habrán de remitirse las diligencias.

5.6. Las motivaciones expuestas, imponen tutelar los derechos fundamentales al *debido proceso* y *acceso a la administración de justicia* de DIANA

SOCORRO PERAFÁN HURTADO y su hijo menor de edad.

Ello, porque como se expuso en precedencia, el Tribunal Superior de Popayán incurrió en una *vía de hecho* derivada del defecto específico de *decisión sin motivación*, por cuenta de que, como se concluyó en precedencia, al emitir el auto del 14 de septiembre de 2017 no calificó los *factores*¹⁸ que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de esta Corporación han establecido para habilitar el reconocimiento del *fuero indígena* y la correspondiente activación de competencia de la jurisdicción especial indígena.

La advertida irregularidad impone dejar sin efectos la actuación procesal adelantada contra Feliciano Valencia Medina a partir de la emisión del auto del 14 de septiembre de 2017. Se ordenará al Gobernador Indígena del Resguardo Munchique Los Tigres de Santander de Quilichao (Cauca), que en el perentorio término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia, devuelva el proceso que se adelanta contra Feliciano Valencia Medina, al Tribunal Superior de Popayán.

Además, se le ordenará a la mencionada Colegiatura, que en el perentorio término de cinco (5) días contados a partir del momento en que reciba la actuación, disponga el envío del expediente

adelantado contra Feliciano Valencia Medina a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

TUTELAR los derechos fundamentales al *debido proceso* y *acceso a la administración de justicia* de DIANA SOCORRO PERAFÁN HURTADO y su hijo menor de edad.

DEJAR SIN EFECTOS lo actuado en el proceso penal adelantado contra Feliciano Valencia Medina, a partir del auto del 14 de septiembre de 2017, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán.

ORDENAR al Gobernador Indígena del Resguardo Munchique Los Tigres de Santander de Quilichao (Cauca), que en el perentorio término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia, devuelva el proceso que se adelanta contra Feliciano Valencia Medina, al Tribunal Superior de Popayán.

ORDENAR a la mencionada Colegiatura, que en el perentorio término de cinco (5) días contados a partir del momento en que reciba la actuación, disponga el envío del expediente adelantado contra Feliciano Valencia Medina a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para los fines previstos en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

