

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS – Interés para recurrir: la protección que les es debida no está restringida exclusivamente a una reparación económica, sino que está fundada en los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN – Interés para recurrir: acreditación que con la decisión judicial se produjeron consecuencias adversas a alguno de tales derechos.

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS: Legitimación de la representación de víctimas para apelar la decisión de autorizar se purgue la condena en un centro de armonización indígena al acreditar un daño concreto.

PERSPECTIVA DE GÉNERO - Delitos sexuales contra menores: el Estado tiene la obligación de aplicar un enfoque de género en sus actuaciones.

PERSPECTIVA DE GENERO – Delitos sexuales contra menores: las niñas tienen una salvaguardia constitucional y legal fortificada respecto a delitos de violencia sexual debido, no solamente a su corta edad, sino también en consideración a su género.

DERECHO DE LAS VÍCTIMAS - PERSPECTIVA DE GENERO EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA – Delitos sexuales contra menores: impone en las autoridades un celo mayor respecto de sus derechos, como garantizar el real y efectivo acceso a la administración de justicia, la participación en las decisiones que los afecten y la posibilidad de intervención en cualquier momento del proceso, partes integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva.

PRIVACION DE LA LIBERTAD DE INDIGENAS EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO Y DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA - Reglas para garantizar la identidad cultural de indígena procesado por la jurisdicción ordinaria.

FUERO INDÍGENA – Elementos.

FUERO INDÍGENA - Elemento personal o subjetivo: no sólo se configura cuando el sujeto es integrante de una comunidad ancestral, sino que apareja la obligación de que el individuo tenga conciencia o identidad étnica, aspecto en el que es relevante determinar el nivel de aislamiento de éste respecto de su comunidad ancestral.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDÍGENAS - Traslado del condenado al centro de armonización del resguardo indígena para purgar pena de prisión: reglas jurisprudenciales.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDÍGENAS - Traslado del condenado al centro de armonización del resguardo indígena para purgar pena de prisión: improcedencia al no acreditarse el elemento personal o subjetivo.

(...) derecho a la justicia. Este incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos de las que se derivan unos correlativos deberes para las autoridades (...)

(...) además de la especial consideración que el texto constitucional confiere a las víctimas en el sistema procesal penal, (...) estando en presencia de víctimas mujeres de delitos sexuales y menores de edad se erige un deber de protección especial reforzada. (...) el funcionario judicial debe ser particularmente cuidadoso a la hora de, por ejemplo, garantizar una real y efectiva participación de las víctimas y sus familiares dentro del proceso penal y prevenir, investigar, juzgar y sancionar los delitos sexuales contra mujeres, que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de conformidad con las normas internacionales, de manera que se apliquen los principios de debida diligencia y rigurosidad (...)

(...) la representación de víctimas sí ostenta el interés jurídico para recurrir la decisión que autorizó al procesado el cumplimiento de la pena en centro de sanación indígena. (...) de comprobarse que la primera instancia concedió esa licencia sin que estuvieran fielmente satisfechos todos los presupuestos jurisprudenciales para el cambio de reclusión en

territorio indígena, se habría quebrantado el derecho al debido proceso en su componente sustancial de obtener una decisión judicial conforme a los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. De la misma manera, en tal caso estaría en vilo el componente de justicia referido a que los responsables sean destinatarios de la sanción adecuada y efectiva. (...)

(...) si bien no le compete a la Judicatura concluir si el señor ... es o no indígena, sí le corresponde determinar el grado de vinculación o aislamiento del actor con las culturas involucradas. Esto obedece a que la figura del traslado de personas procesadas por la jurisdicción ordinaria a centros de armonización indígenas está pensada justamente para proteger la diversidad étnica y cultural. De ahí que donde no se desprenda la existencia de una integración del sujeto frente a la comunidad minoritaria la autorización de dicho traslado pierde razón de ser, porque no podría colegirse la afectación del individuo frente a la forma de ejecución de la sanción. (...)

(...) no está fehacientemente acreditada la integración o arraigo del señor ... al pueblo Nasa. De tal modo, no puede colegirse que la privación de la libertad en un centro de reclusión formal del señalado personaje afecte la pluralidad, diversidad étnica y cultura, la autonomía y el autorreconocimiento de ese sujeto y de la comunidad indígena, que es lo que la figura del traslado de las personas condenadas por la justicia ordinaria a los llamados centros de sanación indígenas busca proteger. (...)

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente:	Franco Solarte Portilla
Asunto:	Apelación sentencia condenatoria preacuerdo
Delito:	Acceso carnal violento agravado y acto sexual violento agravado
Acusado:	...
Radicación:	520016000492202100544-01 N.I 37599
Aprobación:	Acta No. 2025-011 (6 de febrero de 2025)

San Juan de Pasto, diez de febrero de dos mil veinticinco

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación propuesto por la representación de víctimas contra la sentencia emitida el día 14 de agosto de 2024 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, mediante el cual el señor..., tras suscribir un preacuerdo, fue condenado a 198 meses de prisión, que deberá cumplir en el

Resguardo Indígena “Awá Piguambi Palangala”, por los delitos de acceso carnal violento agravado y acto sexual violento agravado.

2. Resumen de los hechos jurídicamente relevantes

Según el escrito de preacuerdo, los hechos ocurrieron en el inmueble ubicado en la manzana ... de la ciudad de Pasto a partir del año 2020, data en la que la víctima de iniciales A.Z.B. contaba con 13 años de edad, y empezó a sufrir tocamientos en su vagina y senos por debajo de la ropa por parte del señor..., quien residía en la misma propiedad y existía un lazo de confianza entre él y la familia de la víctima. Aunado a los actos antes descritos, el ciudadano en mención buscaba besarla y lamía sus orejas, gestos que eran rechazados por la adolescente y se repitieron en otras ocasiones de manera frecuente.

Posteriormente, cuando la menor cumplió 14 años de edad, el referido sujeto la recogió en una motocicleta a las afueras del colegio donde estudiaba para solicitarle lo acompañe a realizar una diligencia, no obstante, la dirigió a un motel ubicado en el barrio El Pilar de esta ciudad y procedió a accederla carnalmente vía vaginal mediando el uso de la violencia.

Después de dicho suceso, el señor ... continuó con los tocamientos en las partes íntimas de la víctima durante los meses subsiguientes hasta el 15 de noviembre de 2021.

Finalmente, en la última fecha en mención, el procesado ingresó a la habitación de la menor, que para la fecha contaba con 15 años de edad, y nuevamente la accedió carnalmente de forma violenta, siendo que en aquella ocasión la contagió de una enfermedad de transmisión sexual.

3. Síntesis de la actuación cumplida

La audiencia de formulación de imputación se realizó el día 28 de abril de 2022 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto, oportunidad en la que se le endilgó al señor ... ser autor de los delitos de acto sexual violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo (conforme al artículo 206 y los numerales 4 y 5 del artículo 211 del Código Penal) y acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo (tipificado en el artículo 205 y en los incisos 3 y 5 del artículo 211 de la misma obra), bajo la modalidad dolosa. Al día siguiente se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, la que luego fue autorizada a que se cumpla en centro de armonización indígena.

Tras la presentación del escrito de acusación, el 2 de septiembre y 25 de octubre de 2022 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, siendo suspendida por cuanto la defensa planteó un conflicto de competencias, tras alegar que el asunto debía ser conocido por las autoridades del Cabildo Indígena “Awá Piguambi Palangala” y no por la jurisdicción ordinaria. El 4 de noviembre del año en mención el Despacho resolvió de forma negativa la petición de la defensa, razón por la cual el asunto fue remitido a la Corte Constitucional. Por lo anterior, con auto 1232/23 la alta Corte el día 21 de junio de 2023 declaró que el conocimiento del *sub judice* pertenecía a la jurisdicción ordinaria, por lo que el expediente retornó al Juzgado de origen.

Posteriormente, las partes presentaron un preacuerdo, en virtud del cual, a cambio de la aceptación de responsabilidad por los reatos endilgados, se fijó una pena total de 16 años y 6 meses de prisión, más la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o integrantes del grupo familiar por

igual lapso. La Judicatura de primer grado aprobó dicho pacto en fecha 8 de noviembre de 2023. El 29 de julio de 2024 se desarrolló la audiencia de individualización de la pena, y la sentencia correspondiente se emitió el 14 de agosto del pasado año.

4. La providencia impugnada

Después de relacionar los hechos jurídicamente relevantes, la identificación del procesado y la actuación procesal, la primera instancia encontró acreditado el mínimo probatorio que da cuenta de las conductas punibles de acto sexual violento agravado y acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo para ambos tipos penales.

En cuanto a la calificación jurídica y la pena, teniendo en cuenta el preacuerdo suscrito entre las partes, se impuso finalmente 16 años y 6 meses de prisión, y en igual cantidad la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, junto a la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima o su grupo familiar.

En materia de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la *A quo* negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria general por estar los delitos objeto de condena enlistados en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal.

Respecto de la solicitud de la defensa tendiente a que se autorice la reclusión del acusado en el Centro de Armonización y Sanación del cabildo indígena “Awa Piguambi Palangala” ubicado en el municipio de Tumaco, a la postre la A

quo la despachó favorablemente por las siguientes razones: (i) la petición fue respaldada en audiencia por el gobernador del cabildo indígena; (ii) según el certificado del Ministerio del Interior el cabildo se encuentra legalmente constituido por el INCORA; (iii) está probada la condición de indígena del acusado conforme la certificación del 14 de mayo de 2022 suscrita por el alto dirigente indígena, con la que se acredita que aquel participa en las actividades sociales, mingas y asambleas y conserva su identidad cultural, social y económica, además que el gobernador indígena solicitó que se ingresara al procesado al censo y que según el libro de empadronamiento fue registrado desde el año 2003, sin obviar que se encuentra en las bases de datos del Ministerio del Interior; (iv) el comunero se presentó voluntariamente ante las autoridades del cabildo desde mayo de 2022; (v) en sede de control de garantías en el mes de octubre de 2022 se autorizó el cumplimiento de la medida de aseguramiento en territorio étnico; (vi) la Corte Constitucional determinó, en la resolución del conflicto de jurisdicciones, que el señor ... ostentaba la calidad de indígena; (vii) el solo hecho de encontrarse por fuera del territorio al momento de los hechos *per se* no predica una pérdida de la condición de indígena; (viii) el resguardo indígena cuenta con la capacidad institucional para albergar en condiciones de seguridad al procesado y para que pueda cumplir su condena; y, (ix) las autoridades indígenas han sido responsables y diligentes en la vigilancia del procesado.

5. La sustentación del recurso

Inconforme con la decisión emitida por el Despacho, la representante de víctimas interpuso recurso de apelación que lo sustentó en los siguientes términos:

Principalmente, relevó que inexisten evidencias que demuestren el vínculo o arraigo del sentenciado con el resguardo indígena, puesto que únicamente se presentaron declaraciones extrajudiciales que a su juicio no prueban la “*pertenencia y participación desde antaño en los usos y costumbres particulares de esa colectividad aborígen*”¹ de forma previa a la vinculación del proceso. Así, alegó que, si bien la condición de indígena que ostenta el sentenciado se encuentra acreditada en el aspecto formal, no lo está de forma material, por cuenta de que durante la investigación la representante legal de la víctima informó que su familia conocía al señor ... desde hace aproximadamente 35 años y que había compartido sitio de residencia con él en esta ciudad, además de que los hechos delictivos tuvieron lugar en esta capital y que en las audiencias preliminares concentradas el procesado nunca informó que su sitio de morada lo tenía en el resguardo indígena.

Más adelante afirmó que el cabal cumplimiento de la sanción penal impuesta no se encuentra satisfecho, dado que no se establecieron cuáles eran los mecanismos con los que cuenta el sistema de guardia indígena para evitar la fuga del encausado. También reseñó que la vigilancia por parte del INPEC únicamente se puede realizar cada 6 meses, lo cual genera dudas razonables en torno al cumplimiento efectivo de la pena impuesta al señor...

Por último, solicitó que se pondere en favor de los intereses prevalentes de la víctima que se trata de una menor de edad que fue objeto de unas conductas punibles gravísimas.

Así las cosas, suplicó la revocatoria de la decisión recurrida y, en su lugar, se ordene el traslado del condenado al centro carcelario de la ciudad de Pasto.

¹ Tomado del anexo denominado como “31ApelacionRepresentacionVictimas” pág.5

6. Los no recurrentes

Por su parte, el defensor del señor ... alegó inicialmente que la representación de víctimas carece de interés para recurrir la decisión en torno a la forma de cumplimiento de la privación de la libertad, por cuanto no se demostró en la oportunidad procesal pertinente que el purgamiento de la pena en el Resguardo Awá Piguambí Palangala afecte sus derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Conceptuó que tales derechos se encuentran garantizados con la imposición de una pena considerable, también por el hecho de que el acusado estará privado de la libertad por todo ese tiempo en un lugar distante de donde vive la víctima y que cuenta con vigilancia del INPEC, y porque la afectada cuenta con el incidente de reparación integral para establecer las medidas de reparación que compensarán el daño acometido.

Por otro lado, se quejó de que la apelante en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no planteó ningún debate probatorio en torno a la condición de indígena del procesado y, en cambio, en la sustentación de la alzada está haciendo reparos a este tema, por lo que aseveró que sus cuestionamientos resultan extemporáneos y pretenden reabrir un debate precluido.

En tercer lugar, acotó que lo relativo al fuero personal de su prohijado es una discusión que ya fue saldada por la Corte Constitucional cuando decidió el conflicto de jurisdicciones, al indicar que el procesado es un comunero perteneciente al resguardo indígena en comento. Así, insistió en que en ninguna instancia la apelante controversió los documentos y argumentos con los que a la postre el Despacho avaló el factor subjetivo de su prohijado.

Como cuarto punto, esgrimió que la representación de víctimas no devela cómo el cumplimiento de la pena en el Resguardo Awá Piguambí Palangala niegue o desconozca el enfoque de género de la decisión judicial, con lo que exhibe en

realidad una infundada desconfianza en la justicia indígena como garante del cumplimiento de la pena privativa de la libertad en la casa de armonización.

En esa misma línea, especificó que la vigilancia del cumplimiento de la pena recae en las autoridades indígenas del resguardo Awá Piguambí Palangala. El resguardo y la casa de armonización han sido reconocidos por el INPEC y la Procuraduría General de la Nación como garantes de los derechos humanos de la población privada de la libertad, y ambas entidades se encuentran articuladas en un mismo fin.

También resaltó que, según el informe de noviembre de 2023 aportado en la diligencia del artículo 447, no se da cuenta de un solo intento de fuga que haya sido verificado por alguna de las autoridades en contra del acusado.

En lo restante de su disertación, el no recurrente elogió los argumentos de la primera instancia y se dedicó a reiterar el cumplimiento de todas las subreglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional para autorizar el traslado a centro de reclusión indígena.

Con ello, fulminó solicitando que se confirme la providencia apelada.

7. Consideraciones

7.1. Competencia y problemas jurídicos

La Corporación es competente para conocer de este asunto de conformidad con lo previsto en el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, corresponde dar solución a los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿la representación de víctimas cuenta con legitimación para recurrir en

alzada la decisión de la primera instancia de autorizar al acusado que purgue su condena en un centro de armonización indígena? (ii) ¿el recurso de apelación goza de una adecuada sustentación o, como lo denunció la defensa, introdujo alegatos que no fueron presentados en las oportunidades procesales pertinentes? y, (iii) ¿se satisfacen los presupuestos para que el señor ...cumpla su condena por los delitos de acto sexual violento agravado y acceso carnal violento agravado en el resguardo indígena "Awa Piguambi Palangala" ubicado en el municipio de Tumaco (N), del que se aduce es miembro activo de esa comunidad?

7.2. El interés para recurrir de la representación de víctimas

En términos generales, el interés para recurrir una decisión judicial -o legitimación en la causa- es uno de los presupuestos esenciales del derecho a la impugnación y para que un recurso pueda ser estudiado de fondo por el funcionario judicial. Este consiste en el agravio o perjuicio sufrido por una de las partes o intervinientes con la decisión judicial, interés que debe ser cierto y estar acreditado. Así, mediante el ejercicio de los recursos se pretende la reparación de un desmedro causado con una decisión judicial a través de remover, mejorar o atemperar una situación que resulta gravosa para el sujeto procesal.

Ese detrimento se mide en relación con los intereses que defiende el sujeto procesal que postula el recurso. En tratándose de la víctima, la Corte Constitucional ha apadrinado una concepción amplia de los derechos de las víctimas, en el sentido de que la protección que les es debida no está restringida exclusivamente a una reparación económica, sino que está fundada en los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Entonces, debe aparecer acreditado que con la decisión judicial se produjeron

consecuencias adversas a alguno de tales derechos. Así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia al decir lo siguiente:

“Sin embargo, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación que habilitan tal intervención no son absolutos en cuanto se requiere la acreditación de un daño concreto, baremo que también se traslada al campo del ejercicio impugnatorio al ser necesario que quien promueva los recursos, además de tener legitimación en el proceso, dado el reconocimiento como interviniente o parte, tenga legitimación en la causa a través del interés jurídico para atacar la decisión si le ha irrogado algún perjuicio.

Por lo expuesto, cabe preguntarse si una providencia que ha puesto fin al proceso declarando la responsabilidad del sujeto pasivo de la acción penal judicial elimina el interés de la parte civil para impugnarla, y la respuesta a tal interrogante ha de atender la variable relacionada con que sí pese a esa decisión resultaron afectados los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, al no verse así materializados los intereses que legitiman su intervención procesal.

La Corte Suprema de Justicia ha hecho énfasis en que si la intervención de la parte civil está encaminada a la protección de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, debe acreditar un daño concreto que amerite la defensa de los mismos, por ello, puede incluso apelar un fallo condenatorio identificando, en todo caso, el agravio que la decisión le ha causado.”²

Conviene ahondar para este asunto en el derecho a la justicia. Este incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos de las que se derivan unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así. Primero, el deber del Estado de investigar y sancionar efectiva y *adecuadamente* a los autores y partícipes de los delitos. Segundo, el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, lo que presupone el derecho a participar en las decisiones que las afecten y a intervenir en cualquier momento del proceso, además, se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral, lo que implica que derechos como el acceso a la justicia, la igualdad ante los tribunales, la efectividad de los derechos, etc., sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Y, tercero, el deber de

² CSJ AP, 11 nov. 2009, rad. 32564.

respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso, así como en la adopción de las decisiones, sobre lo que debe acotarse que el derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales, entre los que se encuentran el principio de legalidad y la verificación de la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión, en el entendido de que las autoridades estatales no pueden actuar a voluntad o arbitrariamente, no solamente dentro de las estrictas reglas procedimentales, también dentro de las de contenido sustancial definidas por la ley, de ahí que reclame también la aplicación correcta de la justicia³.

Cabe también anotar que, además de la especial consideración que el texto constitucional confiere a las víctimas en el sistema procesal penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, estando en presencia de víctimas mujeres de delitos sexuales y menores de edad se erige un deber de protección especial reforzada. La Corte Constitucional ha ilustrado que las niñas tienen una salvaguardia constitucional y legal fortificada respecto a delitos de violencia sexual debido, no solamente a su corta edad, sino también en consideración a su género. Por ello, el funcionario judicial debe ser particularmente cuidadoso a la hora de, por ejemplo, garantizar una real y efectiva participación de las víctimas y sus familiares dentro del proceso penal y prevenir, investigar, juzgar y sancionar los delitos sexuales contra mujeres, que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de conformidad con las normas internacionales, de manera que se apliquen los principios de debida diligencia y rigurosidad, entre otros. Veamos:

“Los operadores judiciales, en tanto garantes de la investigación, sanción y reparación de la violencia en contra de la mujer deben ser especialmente sensibles a la realidad y a la protección reforzada que las víctimas requieren. Esto para garantizar, a nivel individual, a la denunciante el acceso a la justicia y, a nivel social, que se reconozca que la violencia no es una práctica permitida por el Estado, de forma que

³ Ver C-163/19 y C-454 de 2006.

otras mujeres denuncien y se den pasos hacia el objetivo de lograr una igualdad real.”⁴

Con esas bases, es evidente que la representación de víctimas sí ostenta el interés jurídico para recurrir la decisión que autorizó al procesado el cumplimiento de la pena en centro de sanación indígena. Por un lado, dicho sujeto procesal sí exhibió y acreditó la probable causación de un perjuicio, que debe entenderse recaído sobre el componente de justicia, en la medida en que exteriorizó su descontento con que la pena fuera purgada en territorio indígena, pese a que no se ha asegurado que las autoridades ancestrales y penitenciarias vigilarán adecuadamente al encausado y garantizarán que no evadirá la condena. Asimismo, es cierto que, de comprobarse que la primera instancia concedió esa licencia sin que estuvieran fielmente satisfechos todos los presupuestos jurisprudenciales para el cambio de reclusión en territorio indígena, se habría quebrantado el derecho al debido proceso en su componente sustancial de obtener una decisión judicial conforme a los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. De la misma manera, en tal caso estaría en vilo el componente de justicia referido a que los responsables sean destinatarios de la sanción adecuada y efectiva.

Por otro lado, no puede obviarse que estamos en presencia de una víctima de violencia sexual menor de edad. Eso impone en las autoridades un celo mayor respecto de sus derechos, como garantizar el real y efectivo acceso a la administración de justicia, la participación en las decisiones que la afecten y la posibilidad de intervención en cualquier momento del proceso, partes integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva. Ha dicho la Corte Constitucional que *“las autoridades jurisdiccionales que judicializan la correspondiente conducta deben ‘ser particularmente diligentes y responsables*

⁴ Citado en T-448 de 2018.

con la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual”⁵.

De ahí que sea imperativo estudiar de fondo si el traslado a centro de reclusión indígena cumple sagradamente con los presupuestos normativos aplicables ante la queja de la representación de víctimas de que ello no es así.

7.3. Debida sustentación del recurso de apelación

La defensa como no recurrente amonesta que la representación de víctimas no elevó ninguna oposición de tipo probatorio en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 sobre la aducida condición de indígena del penado, sino tan solo erigió debates de tipo dogmático sobre la figura del traslado a centro de reclusión indígena. En su criterio, las premisas que ahora eleva la inconforme en el recurso de apelación resultan extemporáneas, porque fueron presentadas novedosamente en la apelación, lo que de contera devela la indebida sustentación del recurso vertical.

La Sala no hace eco de esa postura, por la potísima razón de que en la referida diligencia judicial la representante de la víctima sí exteriorizó de forma clara su descontento con la petición de la defensa, lo que afianza el interés para recurrir que tiene en contra de la decisión que secundó la solicitud del abogado del procesado. Si bien es verdad que, en su intervención la apoderada de la parte afectada con el delito centró más su disertación en otros aspectos distintos al factor personal del fueron indígena, eso no la inhabilita para que pueda en el recurso de apelación oponerse a este tema, sobre todo si ello fue objeto de pronunciamiento en la decisión judicial y es sobre ese punto, entre otros, que la apelante está trazando su contradicción clara y directa con la determinación

⁵ A-1232 de 2023.

de la *A quo*. Además, no se trata de la aducción de temas nuevos por la representación de víctimas, porque lo que es significativo es que ese interviniente especial se resistió a la prosperidad de la solicitud de la defensa y la fundamentación de su recurso la está haciendo precisamente dentro de los contornos temáticos plasmados en la sentencia.

7.4. Requisitos para la privación de la libertad de indígenas en centros de armonización

No es contrario al ordenamiento jurídico que miembros de comunidades indígenas puedan ser juzgados por la jurisdicción penal ordinaria, eso sí, cuando no se cumplen los presupuestos propios del fuero indígena (personal, territorial, institucional u orgánico y objetivo). Sin embargo, indistintamente de la jurisdicción que actúe, lo que sí es perentorio, como desarrollo de los derechos especiales que asisten a dichos individuos y colectividades, como está contemplado en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas y nacionales como el artículo 246 superior, es que en la ejecución de la pena de prisión se debe dar aplicación al enfoque diferencial orientado a salvaguardar los valores en que se sustenta su identidad étnico-cultural. Independientemente del lugar de reclusión, las personas indígenas deben poder conservar sus costumbres, de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura.

El cumplimiento de la pena no puede ser ajeno a ese mandato de respeto por la diversidad sociocultural, la cosmovisión indígena, las costumbres y las prácticas ancestrales. De hecho, aun cuando se ordene la privación de la libertad de un indígena para ese efecto, debe garantizarse en la mayor medida posible la conservación de sus usos y costumbres, claramente también con plena observancia del régimen normativo general y abstracto que opera para

temas como la ejecución de la pena. En ese ejercicio, el funcionario judicial tiene a su cargo un juicio de valor para evaluar, además, las repercusiones negativas que la forma de ejecución de la pena puede tener sobre la diversidad cultural y la autonomía indígena

En ese ámbito, la legislación no ha sido muy prolija a la hora de normalizar los principios, condiciones, requisitos y presupuestos para determinar cómo ha de operar el cumplimiento de la pena de prisión impuesta a un indígena. La regulación más importante se remite a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993 que señala que cuando el hecho punible haya sido cometido por dichos sujetos, la detención preventiva y la condena se llevarán a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. A su turno el artículo 96 de la Ley 1709 de 2014 contempló que en un plazo de 6 meses el Gobierno Nacional debía reglamentar todo lo relativo a la privación de la libertad de los grupos étnicos, lo que a la fecha no ha sucedido.

Consciente de ese vacío normativo, la Corte Constitucional en jurisprudencia más o menos uniforme ha venido dilucidando que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios ordinarios puede implicar una amenaza a sus valores supremos, de ahí que se justifique su reclusión en lugares especiales. En ese sentido, ha dicho que debe optarse por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la condena de un modo que respete los valores y cosmovisión ancestral sin soslayar el régimen penal general. De ahí que deba preferirse que el individuo purgue su pena en un centro de reclusión de su propio resguardo y solo subsidiariamente en establecimientos ordinarios, pero en este último evento en condiciones que les permitan vivir dignamente de acuerdo con su diversidad étnica y cultural.

Precedida de ese razonamiento, en la mítica sentencia T-921 de 2013, reiterada en pronunciamientos importantes como la T-685 de 2015, la alta

Corporación trazó los parámetros que sirven como verdaderas subreglas jurisprudenciales para establecer el lugar de reclusión para la ejecución de las penas impuestas a miembros de comunidades indígenas, según si se trata del cumplimiento de una medida de aseguramiento o de la condena. Sobre esto último citemos:

“En virtud de lo anterior, en caso de que un indígena sea procesado por la jurisdicción ordinaria se deben cumplir las siguientes reglas con el objeto de evitar que se siga presentando el desconocimiento del derecho a la identidad de los indígenas al ser reclusos en establecimientos ordinarios sin ninguna consideración relacionada con su cultura:

(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

(...)

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.”⁶ (Negrillas de la Sala)

Por ende, permitir a aquellas personas condenadas por la justicia ordinaria el cumplimiento de la pena en su resguardo procede siempre que la máxima autoridad indígena así lo solicite y la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, para lo cual el INPEC deberá realizar visitas a la

⁶ T-921 de 2013.

comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad.

Ahora bien, adicional a lo anterior, presupuesto más que obvio, pero que es de inexorable repaso, es que se cumpla con el elemento personal del fuero indígena. La Corte Suprema de Justicia ha ilustrado que este *“no sólo se configura cuando el sujeto es integrante de una comunidad ancestral, sino que apareja la obligación de que el individuo tenga conciencia o identidad étnica, aspecto en el que es relevante determinar el nivel de aislamiento de éste respecto de su comunidad ancestral (CC T-208 de 2019)”*⁷. Así, con este factor se permite establecer: *“(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción”*⁸.

Para ahondar en esta puntual temática, no es al juez ni a ninguna entidad del Estado a la que le atañe dirimir, por vía de autoridad, las disputas en torno al reconocimiento de la identidad étnica de un individuo o grupo que la reclama, es decir, calificar si un sujeto tiene o no la condición de indígena⁹. Ello emerge de los particulares modos de vida, costumbres y tradiciones que practica el individuo a lo largo de su existencia, hechos que le permiten auto reconocerse como fiel integrante a una comunidad indígena. Lo que le concierne al juez es velar por la diversidad étnica y cultural, lo que lleva intrínseco auscultar la afectación del individuo frente a la privación de la libertad en un centro de reclusión corriente, cosa que pasa por examinar el grado de aislamiento o

⁷ STP8935-2021 reiterada en STP10394-2022.

⁸ STP9997-2024.

⁹ T-294 de 2014 y T-172 de 2019.

integración frente a las culturas involucradas, y ello tiene reflejo en la exteriorización de la conciencia o identidad étnica.

Precisamente, si bien es que el factor personal del fuero indígena se encuentra inescindiblemente ligado a aspectos subjetivos, en la medida en que estos necesariamente deben tener manifestación deben estar acreditados en el plenario. No solamente se trata de la forma cómo el individuo se observa personalmente, sino también la manera en la cual una etnia lo acepta como su integrante, en tanto se exhibe como un ser respetuoso de sus usos, costumbres, forma de vida y en general cómo de verdad vive las condiciones que son propias de esa cultura a la que dice pertenecer.

En el ámbito probatorio, no existen tarifas para evidenciar la condición de miembro de una parcialidad, pues ello implicaría una intromisión desproporcionada de las autoridades judiciales o administrativas en asuntos de la comunidad. En principio, debe tenerse que los documentos suscritos por las autoridades indígenas o sus determinaciones son medios de conocimiento relevantes, pertinentes y suficientes para clarificar la condición de indígena de una persona. Por ello, el Estado tiene la obligación de respetar los procesos de auto reconocimiento, re-etnificación y fortalecimiento cultural de las prácticas, usos y costumbres de las autoridades indígenas y de los individuos que la integran, por lo que cualquier intromisión injustificada o caprichosa afecta el proceso de construcción de las prácticas indígenas.¹⁰

Sin embargo, que deba tenerse esa preferencia no puede entenderse al extremo que el juzgador está imposibilitado, en aras de definir si se cumple el

¹⁰ T-331 de 2021.

fuero indígena, de obtener, valorar y ponderar otros medios de convicción. Lo que le es prohibido es exigir al peticionario y a las autoridades indígenas determinados tipos de documentos, por ejemplo, que se cuente con el censo indígena, pero no que no pueda sopesar toda la información obrante en la actuación. Aun cuando debe respetarse el auto reconocimiento de las comunidades indígenas, de otra cara el juez no es un simple fedatario de las declaraciones de otros sujetos procesales o de otras autoridades, sino que le corresponde examinar el derecho, los hechos y las pruebas y adoptar las conclusiones a las que haya lugar. Véase:

“La Sala considera importante aclarar que, aunque los certificados de las autoridades son relevantes para valorar la pertenencia de la persona a una comunidad, en este tipo de eventos deben ser analizados en conjunto con otros medios de conocimiento que permitan demostrar el arraigo, la vinculación o la pertenencia antes de la ocurrencia de la conducta punible.”¹¹

Entonces, como colofón de este acápite se tiene que en aras de autorizar el cambio de sitio de reclusión para una persona indígena deben estar satisfechos los siguientes presupuestos: (i) el fuero personal, (ii) que la autoridad ancestral reclame el cumplimiento de la pena de uno de sus comuneros en su territorio, (iii) la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, y, (iv) se permita la vigilancia a través de visitas por parte del INPEC.

7.5. Caso concreto

En el asunto bajo examen, la controversia planteada por la representante de víctimas se centra en impugnar la satisfacción del factor personal respecto al fuero indígena y, en segundo lugar, en lo que tiene que ver con la capacidad institucional del cabildo indígena para garantizar el cabal cumplimiento de la

¹¹ STP8846-2023.

pena del procesado. De ahí que en esta oportunidad la Sala se concentrará en el primer punto de debate y, de ser necesario, se avanzará al segundo.

Entonces, entre lo más relevante, tenemos inicialmente que el señor Francisco Javier Cortés Guanga en su calidad de Gobernador del Cabildo Indígena “Awá Piguambí Palangala”, el día 14 de mayo de 2022 certificó que ... es un indígena perteneciente a dicha comunidad, quien se encuentra censado, reside en el sector de la comunidad Alto Pianulpi del resguardo indígena y desarrolla actividades culturales, sociales y económicas propias de ese colectivo.

Igualmente, el Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior el 31 de enero del 2024 emitió una constancia informando que, de acuerdo con el auto-censo sistematizado por el resguardo, el encausado se encuentra registrado en el censo del año de 2023.

El defensor de confianza del procesado también allegó una declaración juramentada ante notario calendada a 1º de septiembre de 2022, rendida por la señora ... en calidad de cónyuge del penado. Entre otras afirmaciones manifestó que su esposo desde hace más de 20 años hace parte del resguardo indígena en comento y *“conserva y practica todos sus usos y costumbres propios de la cultura ancestral, algunos de los cuales les ha inculcado a su hijo (...)”*¹², cuando periódicamente los visita en la ciudad de Pasto.

Se encuentra también una auto declaración del 26 de enero de 2024 por parte del señor Segundo Jaime Cortés Pai, Comunero Mayor del pueblo Nasa, aseverando que desde la llegada del acusado al centro de armonización en mayo de 2022 se han desarrollado actividades propias de la cultura indígena

¹² Tomado del anexo denominado como “012. DECLARACIÓN JENNY ADRIANA TOBAR” p.1

encaminadas a preservar y mejorar los usos y costumbres de dicha comunidad “para evitar que se pierdan con la influencia de los blancos y mantener así vivas nuestras creencias (...)”¹³

Se aportó de la misma forma un video del día 12 de mayo de 2022 respecto de la realización de un rito en el centro de armonización con el enjuiciado y un certificado de trabajo expedido el día 15 de abril de 2024 por el Consejero Mayor de la comunidad indígena

Finalmente, en audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, celebrada el 29 de julio de 2024, concurrieron los señores William Alberto García Pai, reciente dirigente del cabildo, y Segundo Jaime Cortés Pai, Consejero Mayor de Justicia. El primero ratificó la condición de indígena del inculpado, empero, sin hacer alusión alguna a la temporalidad, participación e integración que posee de forma previa a la inclusión del mismo respecto del asunto que nos convoca.

El valor persuasivo de tales medios de convicción es útil para establecer la vinculación formal del penado con ese resguardo a partir del año de 2022, pero no es suficiente para demostrar que comparte origen, lengua, ritos, cosmovisión e idiosincrasia de esa comunidad, sobre todo respecto del real vínculo del procesado con dicho colectivo antes de su privación de la libertad. Veamos por qué:

Para la Corporación llama poderosamente la atención que, en este asunto, como en otros que ha tenido la oportunidad de conocer, la alegación de la condición de indígena solamente se haga justo después de la vinculación al proceso penal que nos convoca.

¹³ Tomado del anexo denominado como “003. Documentos comunero Nilson compressed” p.26

Las actas que lo reconocen como tal se expidieron de forma posterior a la realización de las audiencias preliminares surtidas en los días 28 y 29 de abril de 2022 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto. Dicha entidad en aquella oportunidad impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, siendo relevante resaltar que en el desarrollo de las mismas no se hizo alusión a la condición de indígena del encartado, ni las autoridades indígenas del resguardo reclamaron que la privación provisional de la libertad de su comunero se hiciera en su territorio.

En igual línea, a partir del mes de agosto de 2022 se iniciaron esfuerzos mancomunados por parte de la defensa y el gobernador del pueblo Nasa para certificar que el sentenciado pertenece al resguardo desde el año 2003, por cuanto el día 30 del mes y año antedicho solicitaron al Ministerio del Interior ingresar al señor ... en el registro correspondiente. Empero, únicamente se certificó su censo a partir del año 2023, fecha en la cual el encartado empezó a figurar en esos listados como miembro de la colectividad.

Por lo demás, las restantes probanzas tienen también esa característica temporal común, esto es, que en ellas la alegación de la condición de indígena solamente se registra posterior a la vinculación al proceso penal del encartado.

Más allá de ello, esas alegaciones contrastan de manera notable con las demás que reposan en el expediente. De forma convergente, la menor víctima, su madre ..., su abuela materna ...y sus tías ... ubican al procesado desde hace varios años, al menos desde el 2019, cuando la menor tenía aproximadamente 13 años de edad, esto es, dos años antes de los últimos episodios de violencia sexual, como una persona residente en este municipio con su grupo familiar, vale decir, su esposa ...y sus hermanas ...y sus dos hijos, en el mismo edificio

donde la víctima y su parentela viven en anticrédito o arriendo, edificio del que el procesado es propietario.

De hecho, la señora ...contó que conoce desde hace 35 años al procesado y que ha formado una amistad con él. Por su parte, en entrevista realizada por ... el día 6 de diciembre de 2021 se consignó que conoce al acusado desde que la familia vivía en el municipio de La Hormiga (P), siendo incluso que es su padrino de bautizo por ser un amigo desde hace varias anualidades de su madre; además aludió que su sobrina tiene contacto con el encartado desde los 11 años, edad en la cual le arrendó a la menor y su madre un apartamento en esta ciudad. Aunado a lo anterior, en sus entrevistas la madre y abuela de la menor afirmaron que el condenado posee locales comerciales en diversos municipios del departamento de Nariño, tales como Llorente, Samaniego y Tumaco, e incluso que... , quien es hermano de la madre de la víctima, es el encargado de administrar el negocio ubicado en la segunda localidad referida.

Según sus relatos se desprende que el procesado ha venido desarrollando su vida social, familiar y laboral en esta territorialidad desde hace varios años. Reflejo de ello es que ha participado de algunas actividades sociales con la familia de la víctima, como la referida a la fiesta de cumpleaños de 15 años de la menor, cuando ocurrió uno de los episodios delictivos. Asimismo, se reitera que él y su núcleo familiar residen en esta ciudad, en el mismo edificio donde moraban la víctima y sus parientes y que sus actividades laborales las desarrolla en varios municipios del departamento de Nariño. Esto da cuenta que los demás elementos materiales probatorios que obran en el proceso no vinculan al procesado con el lugar de injerencia del resguardo indígena.

Resulta relevante apuntar que en el municipio de Pasto es el lugar donde aquel nació, aparece cedulaado y tiene su domicilio, tal como aparece en la tarjeta decadaactilar, donde incluso se consigna como su residencia la ubicada en la

manzana ..., donde acontecieron varios de los episodios de violencia sexual propinados en contra de la menor.

Eso se acompasa con los hechos jurídicamente relevantes que preceden a este asunto. Recordemos que el abuso sexual tuvo lugar por espacio aproximado de dos años de manera constante y sucesiva en la manzana ... de la ciudad de Pasto, donde la víctima y el procesado residían. Teatro fáctico que, no está por demás decirlo, fue aceptado como cierto por encartado con la suscripción del preacuerdo.

En esas condiciones, si bien no le compete a la Judicatura concluir si el señor ... es o no indígena, sí le corresponde determinar el grado de vinculación o aislamiento del actor con las culturas involucradas. Esto obedece a que la figura del traslado de personas procesadas por la jurisdicción ordinaria a centros de armonización indígenas está pensada justamente para proteger la diversidad étnica y cultural. De ahí que donde no se desprenda la existencia de una integración del sujeto frente a la comunidad minoritaria la autorización de dicho traslado pierde razón de ser, porque no podría colegirse la afectación del individuo frente a la forma de ejecución de la sanción.

Bajo tal entendido, lo que está acreditado en el proceso sí genera incertidumbre acerca del vínculo del procesado con dicho colectivo, sobre todo antes de su privación preventiva de la libertad, puesto que no está claro que desde hace años el encausado realmente compartía, practicaba y reflejaba los usos, costumbres y la cosmovisión del pueblo Nasa. De serlo existirían medios probatorios que avalarían dicha permanencia al interior del cabildo de forma activa y anterior a la vinculación del proceso penal en su contra, puesto que su domicilio siempre ha estado ubicado en la ciudad de Pasto (N) y aparentemente únicamente se desplaza al municipio de Tumaco (N) por motivos laborales. Como se dijo, la información que obra en la actuación devela que, contrario al

argüido por la defensa y los cabildantes, sitúa al procesado desde hace muchos años como residente en un lugar distante a la jurisdicción del resguardo indígena, donde ha venido desarrollando sus actividades sociales, familiares y laborales.

Con base en lo precedente, no está fehacientemente acreditada la integración o arraigo del señor ... al pueblo Nasa. De tal modo, no puede colegirse que la privación de la libertad en un centro de reclusión formal del señalado personaje afecte la pluralidad, diversidad étnica y cultura, la autonomía y el autorreconocimiento de ese sujeto y de la comunidad indígena, que es lo que la figura del traslado de las personas condenadas por la justicia ordinaria a los llamados centros de sanación indígenas busca proteger.

Queda por indicar que, pese a que la Corte Constitucional, cuando dirimió el conflicto de jurisdicciones suscitado en este asunto, dio por satisfecho el elemento subjetivo del fuero indígena a partir solamente de la certificación del 14 de mayo de 2022, expedida por el representante de la comunidad y la solicitud que presentó el colectivo étnico al Ministerio del Interior, para que inscribiera al indiciado en las bases de datos de la entidad como miembro del grupo étnico, ello no traduce que de forma automática se deba tener por demostrado el elemento personal para los efectos de estudiar la autorización de traslado a centro de reclusión indígena.

De un lado, el pronunciamiento de la alta Corte versó con la finalidad de zanjar un conflicto de jurisdicciones, y no para solventar la temática que ahora convoca a esta Sala de Decisión. Por otro, en acápites precedentes ya se decantó, con sustrato en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es tarea del operador judicial sopesar toda la información que desfila en el expediente para determinar el grado de proximidad o aislamiento del individuo con la comunidad indígena y la afectación o no de la diversidad e identidad

cultural. Luego, habiendo acometido esa labor, este Tribunal pudo concluir que no hay lugar a licenciar al acusado a que purgue su pena al interior del resguardo indígena.

Por ello, se aprecia que es forzoso que la pena sea purgada de forma intramural, como es esa la consecuencia de la aplicación de las normas penales, sin que sea necesario examinar el cumplimiento de los demás presupuestos de la figura jurídica estudiada.

7. Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

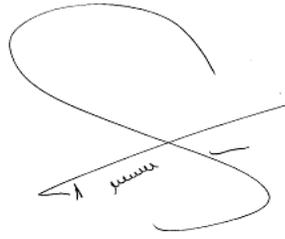
Resuelve:

Primero. Revocar el inciso segundo del numeral dos de la providencia apelada. En consecuencia, negar al señor ... la petición de internamiento en centro de sanación indígena, por lo que su pena deberá ser cumplida en el establecimiento carcelario ordinario que el INPEC disponga para tal fin. Deberá tenerse a su favor como pena cumplida el tiempo que ha permanecido con medida de aseguramiento privativa de la libertad por estos hechos. Expídase boleta de detención ante la Cárcel Judicial correspondiente.

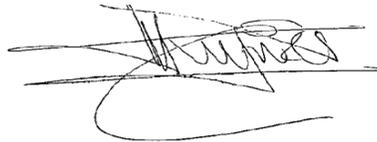
Segundo. Regrese en consecuencia el asunto al Juzgado de origen para lo de su competencia.

Tercero. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser presentado dentro de los 5 días siguientes a su notificación, conforme lo dispone el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

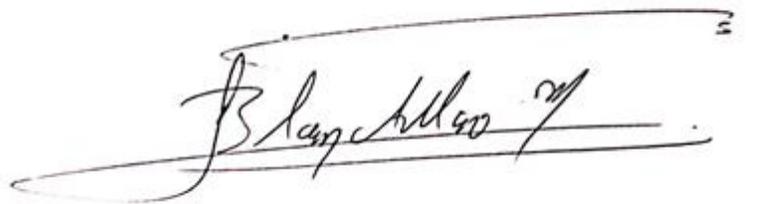


Franco Solarte Portilla
Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado

3525



Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada

10460

