

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado ponente

STP8236-2023

Aprobado según acta nº 155

Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO

1. Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación formulado por el accionante NELSON TIQUE YAIMA, contra el fallo de tutela emitido el 18 de julio de 2023, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante el cual declaró improcedente, por no cumplir con el presupuesto de subsidiariedad, la demanda que presentó contra la Fiscalía 4° Seccional Unidad CAIVAS de Soacha y el Juzgado 4° Penal del Circuito del mismo municipio.
2. Al presente trámite constitucional fueron vinculados como terceros con interés las partes e intervinientes en el proceso penal 25754-60-00-392-2022-02027.

II. HECHOS

3. Fueron precisados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, en el fallo de primera instancia, en los siguientes términos:

«Se extrae del escrito del accionante que, el indígena Holmer Moreno Benavides, desde el 24 de enero de 2023, se encuentra privado de la libertad en la UPJ del municipio de Soacha,

por presuntamente haber cometido un delito sexual contra su nieta V.L.M.M., investigación inicialmente a cargo de la Fiscalía 4 Seccional Unidad CAIVAS de Soacha.

Pese a que la autoridad indígena que representa, tenía conocimiento que la investigación penal tuvo génesis en la jurisdicción ordinaria, tomó la decisión de iniciar el juzgamiento con base en la solicitud de Holmer Moreno Benavides y el consentimiento de los padres de la menor afectada, por lo cual, el 17 de febrero del año en curso, el cabildo indígena sancionó al prenombrado, por los hechos anteriormente descritos, condenándolo a la pena de 22 fuetazos y 5 años de trabajos forzados que debe cumplir dentro del territorio indígena.

En consecuencia, acude a la acción de tutela con el objeto de que se amparen los derechos fundamentales colectivos del resguardo que representa, ordenando a la Fiscalía 4 Seccional Unidad CAIVAS de Soacha acatar la decisión de juzgamiento indígena No.1 del 17 de febrero de 2023, y poner a disposición de la autoridad indígena, a Holmer Moreno Benavides para que éste cumpla con la pena por ellos impuesta.»

III. FALLO IMPUGNADO

4. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca declaró improcedente el amparo reclamado, luego de considerar que no se cumple el requisito de subsidiariedad, comoquiera que para dirimir el conflicto que plantea el accionante el legislador consagra otros mecanismos de defensa que deben agotarse en el marco del proceso penal ante el juez de conocimiento, esto es, en la audiencia de acusación en donde se cuenta con la posibilidad de alegar la falta de jurisdicción.

Concluyó que no es competencia del juez constitucional decidir sobre el conflicto de jurisdicción entre la ordinaria y la indígena.

IV. IMPUGNACIÓN

5. Notificado del fallo, el accionante lo impugnó con fundamento en que a la demanda de tutela anexó como prueba documental el acta de juzgamiento indígena No. 01 de 17 de febrero de 2023 «donde se puede evidenciar una cosa juzgada por los mismos hechos que la jurisdicción ordinaria procesa al indígena Holmer Moreno Benavides.». De tal modo, «no está promoviendo un conflicto de jurisdicciones, porque ya la jurisdicción indígena con base en las normas vigentes de nuestro ordenamiento jurídico (...) tomó una decisión de fondo con respecto a las conductas reprochables del mencionado indígena.»

Expuso que «con la acción constitucional pretende que la jurisdicción ordinaria, respete y acate en toda su integridad la decisión proferida legalmente por la jurisdicción especial indígena, porque hasta ahora la fiscalía accionada se ha negado a acatarla. Con este hecho omisivo, la accionada vulnera de manera grave los derechos fundamentales colectivos del resguardo indígena que represento, como el debido proceso, a la autonomía judicial y a la jurisdicción especial indígena.»

V. CONSIDERACIONES

6. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 (modificado por el Decreto 333 de 2021), en concordancia con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, de quien es su superior funcional.

7. Dispone el artículo 86 de la [Constitución Política](#), y así lo reitera el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que la ley contempla; amparo que solo procederá si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio

para evitar un perjuicio irremediable.

8. En sede de impugnación, el juez constitucional debe verificar el contenido de la misma, en contraste con el acervo probatorio y el fallo, tanto que, si a su juicio la sentencia carece de fundamento, procederá a revocarla o de lo contrario la confirmará, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se regula el trámite constitucional.

9. En el presente asunto con la documentación que obra en el expediente de tutela, se acreditó lo siguiente:

(i) A la Fiscalía 2° Seccional Unidad CAIVAS de Soacha le fue asignada la investigación identificada con el CUI 25754-60003-92-2022-02027 adelantada en contra de Holmer Moreno Benavides por la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado (es el abuelo de la menor que se presume víctima).

(ii) El 24 de enero de 2023, ante el Juzgado Primero Penal Municipal Mixto con función de Control de Garantías de Soacha, se realizaron las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

(iii) Mediante reparto efectuado el 6 de julio de 2023, correspondió el asunto al Juzgado 4 Penal del Circuito de Soacha, en donde está pendiente por realizarse audiencia de acusación.

A su solicitud anexó: i) decisión de juzgamiento indígena No. 01 de 17 de febrero de 2023; ii) acta de posesión del cabildo indígena ante la Alcaldía del Municipio de Coyaima Tolima, para el año 2023 y iii) constancia de pertenencia al resguardo de Holmer Moreno Benavidez, expedida por el Ministerio del Interior

(v) Mediante oficio del 5 de junio de 2023 el Fiscal 4° Seccional Unidad CAIVAS de Soacha,

contestó la petición y le indicó a NELSON TIQUE AMAYA en su condición de Gobernador del Resguardo Indígena Santa Marta Palmar del Municipio de Coyaima Tolima, entre otros aspectos que:

- Se realizó imputación en contra de Holmer Moreno Benavidez «dadas las directrices establecidas en la Directiva 012 del 21 de julio del 2016, expedida por el despacho del Fiscal General de la Nación (...) la Directiva enunciada en el párrafo anterior establece los lineamientos sobre asuntos que se relacionan con la competencia de la jurisdicción especial indígena y para la toma de decisiones se debe tener en cuenta en quien deriva la competencia (...)»

-. La niña presunta víctima del delito sexual «no aparece registrada como miembro de la comunidad o resguardo ya mencionado, y que hasta este estadio procesal no ha sido aportada constancia que certifique lo contrario. Así mismo, reside en lugar ajeno al territorio del resguardo, tanto sus progenitores como la niña afectada, y aunado a ello, los hechos objeto de la investigación tienen ocurrencia fuera del ámbito de jurisdicción del resguardo, dado que, al parecer estos sucedieron en la Carrera 23 # 40A - 09 De Soacha, Cundinamarca, en donde no se tiene conocimiento de la existencia de asentamiento alguno o congregación del resguardo Santa Marta Palmar, para predicar la expansión de sus usos y costumbres. Más aún, el posible agresor, quien es el abuelo de la menor de edad víctima y miembro del resguardo, tampoco reside en el lugar anotado en Soacha, y solo los visitaba esporádicamente.»

-. No se cuentan con herramientas que permitan analizar la proporcionalidad de las penas aplicables, «como lo es particularmente en el presente caso al estar ante un posible delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, AGRAVADO Art. 209 - 211 Num. 5 C.P. con sanciones entre los doce (12) y diecinueve (19.5) años de prisión en la jurisdicción ordinaria penal, entre otros aspectos. Al no contar con suficiente claridad por parte de esta unidad delegada, y al encontrarnos ante un caso en donde la víctima es una menor de edad,

sujeto de especial protección constitucional, no se podría actuar de manera irresponsable y sin garantizar la primacía y el respeto de sus derechos superiores.»

-. No es «dable a este despacho acceder a lo solicitado por el señor gobernador Nelson Tique Yaima; y ante el incumplimiento de los criterios jurisprudenciales configurativos de la jurisdicción especial indígena, en este caso del resguardo de Santa Marta Palmar de Coyaima, Tolima, se retendrá la competencia para adelantar la presente investigación en contra del imputado Holmer Moreno Benavides (...)»

10. NELSON TIQUE AMAYA en su condición de Gobernador del Resguardo Indígena Santa Marta Palmar del Municipio de Coyaima (Tolima), destacó en su recurso de impugnación que «con la acción constitucional pretende que la jurisdicción ordinaria, respete y acate en toda su integridad la decisión proferida legalmente por la jurisdicción especial indígena, porque hasta ahora la fiscalía accionada se ha negado a acatarla. Con este hecho omisivo, la accionada vulnera de manera grave los derechos fundamentales colectivos del resguardo indígena que represento, como el debido proceso, a la autonomía judicial y a la jurisdicción especial indígena.»

11. Desde ya anticipa la Sala que tal planteamiento no está llamado a prosperar, dado que la demanda de tutela resulta improcedente por desconocimiento del requisito de subsidiariedad, puesto que el accionante aún no ha agotado todos los mecanismos que tiene a su disposición para la protección de los derechos que estima vulnerados.

En lo concerniente al requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones y, en providencia T-375/18, resaltó:

«2. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite

reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

13. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

- (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,
- (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio».

12. En el caso que ahora nos ocupa, luego de un análisis del material probatorio allegado al expediente constitucional, se evidencia que la situación puesta de presente por parte del accionante a través de la presente demanda debe plantearse al interior del proceso penal que se adelanta ante la jurisdicción ordinaria en contra de Holmer Moreno Benavides por la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, pues, es ese el escenario idóneo donde se debe verificarse por parte del funcionario judicial, luego de escuchar a cada una de las partes, si en efecto se debe o no continuar con la

investigación, dada la situación que obra en la «Decisión de juzgamiento indígena No. 01 de 17 Resguardo Indígena Santa Marta Palmar del municipio de Coyaima Tolima de febrero 17 de 2023».

13. Esta Corporación¹ de manera enfática ha indicado que la jurisdicción indígena debe garantizar los derechos de las víctimas:

«En el otro extremo, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción debe constituir un efectivo instrumento de control social, y no un mecanismo de impunidad que termine por deslegitimar la propia jurisdicción ante la misma comunidad que inicialmente la reclamaba y en cuyo beneficio se reconoció.

Desde esta perspectiva, es necesario hacer notar que el debate en torno a las jurisdicciones no puede ser insensible frente a los derechos de las víctimas de las conductas delictiva.

(...)»

14. De tal modo, en la audiencia de acusación se cuenta con la oportunidad, sin que implique que sea la única, de manifestar causales de incompetencia. Por lo que, en el estado en que se encuentra la actuación penal, no corresponde a la Fiscalía delegada decidir si archiva o continua con la investigación adelantada en contra de Holmer Moreno Benavides como lo pretende el accionante, pues lo cierto es que ya se activó el aparato judicial, y por lo mismo, cualquier decisión que se adopte respecto a la suerte del proceso penal, debe ser debatida en audiencia permitiendo la participación e intervención de las partes.

Diferente situación es aquella de que trata el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en donde se indica que «Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual conste que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indique su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.». No obstante, en el presente asunto, ya no se puede ordenar el archivo por parte de la Fiscalía,

pues tal como lo indicó, ya realizó la imputación en contra de Holmer Moreno Benavides por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

15. Así las cosas, se resalta que, dada naturaleza residual y subsidiaria de esta acción, el interesado debe acreditar que acudió en su momento al medio de defensa judicial ordinario para ventilar la posible violación de sus garantías, pues si lo abandona, voluntariamente o por descuido, como ocurre en la situación examinada, en la que no existe evidencia que se haya puesto en conocimiento del juzgado de conocimiento lo que aquí se adujo en la demanda de tutela, lo adecuado es declarar su improcedencia.

16. La Sala no puede invadir la esfera propia de otras autoridades, pues su autonomía e independencia, reivindicadas por la norma superior, excluyen dicha injerencia y, salvo eventos que configuren violación manifiesta del debido proceso, una vía de hecho o un perjuicio irremediable, circunstancias que no se advierten en este asunto, no es procedente un pronunciamiento de fondo como el que se deprecia.

17. En este sentido, si se considera que no se puede continuar con la investigación penal que se adelanta en contra de Holmer Moreno Benavides por la jurisdicción ordinaria, porque según el accionante ya fue condenado por la indígena y piensa que esa situación constituye una afectación a sus derechos fundamentales por cuanto lo estarían juzgando dos veces por los mismos hechos, debió poner esa situación en conocimiento del juez ordinario, previo a acudir a la tutela. Como en el expediente no obra prueba o constancia alguna sobre el agotamiento de ese trámite, no resulta jurídicamente viable que en sede de tutela se proceda al estudio de la solicitud de amparo.

18. De acuerdo con lo anterior, se confirmará el fallo impugnado que declaró improcedente la tutela, por ausencia del requisito de subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por

autoridad de la ley,

VI. RESUELVE

1. Confirmar el fallo impugnado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
2. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente proveído.

Cúmplase,

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia de 28 de octubre de 2015. Radicado SP14851-2015, 44890.