República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada Ponente

La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, con el objeto que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

SP6759-2014

Radicación 38242

(Aprobado Acta No. 162).

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil catorce (2014)

VISTOS

Una vez recibido el concepto del Ministerio Público, resuelve la Colegiatura la impugnación extraordinaria interpuesta por el defensor de MGM contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de (…) el 21 de septiembre de 2011, confirmatorio del dictado el 13 de noviembre de 2007 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de (…), por cuyo medio condenó al mencionado ciudadano como autor penalmente responsable del delito de acceso carnal violento agravado en la niña *XXX*[1].

[1] No se registra el nombre de la menor en aplicación del numeral 8º del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

HECHOS

En el mes de abril de 2003, el procesado *MGM*, quien se desempeñaba como Director del (….) en la Comunidad de (…) en (…) ((…)), accedió en varias ocasiones mediante violencia a la menor *XXX*, de 15 años de edad (nació el 2 de septiembre de 1987), quien cursaba cuarto de primaria, con ocasión de lo cual quedó embarazada y dio posteriormente a luz una niña.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en las copias compulsadas por la Procuraduría Regional de (…) dentro del proceso disciplinario adelantado contra MGM, la Fiscalía Seccional de la misma ciudad dispuso la correspondiente indagación preliminar, y luego de practicar algunas diligencias declaró abierta la instrucción, en cuyo desarrollo vinculó mediante indagatoria a MGM, resolviéndole su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a libertad provisional, como posible autor del concurso homogéneo de delitos de acceso carnal violento.

En el curso de la instrucción se suscitó conflicto positivo de jurisdicciones entre la Fiscalía Seccional de (…) y el Gobernador del Cabildo del (…), el cual fue

dirimido por el Consejo Superior de la Judicatura mediante proveído del (…) de (…) de (…), declarando que el conocimiento del asunto correspondía a la jurisdicción ordinaria.

Clausurado el ciclo investigativo, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 24 de julio de 2007 con resolución de acusación en contra del procesado, como presunto autor del delito de acceso carnal violento agravado "*de conformidad con el artículo 211 numerales 2º por tratarse de un docente y 6º por producir embarazo*".

La fase del juicio fue adelantada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de (…), despacho que una vez surtido el rito dispuesto por el legislador profirió fallo el 13 de noviembre de 2007, por cuyo medio condenó a MGM a la pena principal de doce (12) años de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios, como autor penalmente responsable del delito objeto de acusación.

En la misma oportunidad le negó tanto el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, como la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural.

Impugnada la sentencia por la defensa, el Tribunal Superior de (…) la confirmó mediante fallo del 21 de septiembre de 2011, decisión a su vez atacada por el mismo sujeto procesal a través del recurso extraordinario de casación, quien allegó oportunamente la respectiva demanda, la cual fue admitida y se ha recibido concepto del Ministerio Público sobre la misma.

EL LIBELO

El recurrente formula dos reproches, que postula y desarrolla en los siguientes términos:

1. Primera censura: Nulidad por violación del principio del juez natural

Al amparo de la causal tercera de casación, el defensor manifiesta que se violó el principio del juez natural, y con ello el derecho al debido proceso de su asistido, toda vez que MGM es indígena (…), perteneciente al Resguardo (…), donde reside, amén de que los hechos investigados tuvieron ocurrencia en el mismo resguardo, no obstante, fue juzgado por la jurisdicción ordinaria.

Luego de citar apartes de la sentencia C-139 de 1996 sobre los elementos de la jurisdicción indígena, así como del Pacto de Nueva York y la Convención Americana de Derechos Humanos, refiere que para hablar de pluralidad y multiculturalismo se impone casar la sentencia a fin de anular el proceso y permitir que sean las autoridades judiciales indígenas las que conozcan de los hechos aquí investigados.

2. Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Con apoyo en la causal primera de casación cuerpo segundo, el demandante advera que los falladores incurrieron en un falso juicio de identidad por distorsión de la declaración extrajuicio rendida por la víctima el 20 de octubre de 2005, pues asumieron que la retractación estaba sustentada en un interés meramente económico de aquella para asegurar su sostenimiento y el de su hija.

Resalta que adicional al tema económico la declarante se refirió a las razones por las cuales inicialmente mintió ante la Procuraduría, además de que se trató de una relación amorosa consentida buscada por ella, producto de la cual nació su hija y que en la actualidad convive con el procesado.

En punto de la trascendencia del medio probatorio señala que de no haber sido tergiversado se había demostrado que MGM no tuvo relaciones sexuales por la fuerza, sino que estas fueron consentidas por su alumna, proceder corriente dentro del resguardo indígena.

De otra parte manifiesta que también se incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad respecto de la retractación contenida en la declaración extrajuicio del 18 de octubre de 2005 rendida por JJGP padre de la víctima, pues al igual que la anterior fue distorsionada por los funcionarios judiciales con el argumento de estar determinada por un interés económico, cuando lo cierto es que el declarante precisó que luego de su testimonio inicial pudo constatar la relación amorosa entre el procesado y su hija.

Refiere que si la prueba hubiera sido valorada objetivamente, se habría concluido que su asistido no accedió sexualmente por violencia a la menor y que se trató de relaciones sexuales consentidas.

Con base en lo expuesto, el demandante solicita a la Sala casar el fallo impugnado, para en su lugar absolver a MGM.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal manifiesta sobre el **primer reparo** que según el artículo 246 de la Carta Política, las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales siempre que sus preceptos y procedimientos no sean contrarios a la Constitución o a la ley.

Destaca que según la sentencia T 496 de 1996, el fuero indígena tiene límites, lo cual implica analizar en cada caso concreto tres elementos, el personal, el geográfico o territorial y el institucional, temática abordada por esta Sala en sentencia del 13 de febrero de 2013 (Rad. 39444), para concluir que la jurisdicción indígena comporta varios elementos: Humano, orgánico, normativo, un ámbito geográfico y un factor congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de esas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley.

Luego de citar jurisprudencia de esta Sala y de la Corte Constitucional sobre el tema, señala que se cuenta con el elemento personal, pues MGM tiene la condición de indígena; también con el elemento geográfico, en

cuanto los hechos acaecieron en territorio indígena, específicamente en la (…).

Acerca del elemento objetivo destaca que el Consejo Superior de la Judicatura al resolver el conflicto de competencia sometido a su conocimiento, señaló que el hecho investigado no es producto de la cultura indígena y el autor obró con la conciencia de un ciudadano común, pues se trata de un directivo docente con estudios profesionales superiores y con adopción de valores de cultura predominante.

Sobre el factor congruencia advera que no se presenta, pues el Cabildo Indígena (…) no dio a conocer los usos, costumbres y procedimientos aplicados en la solución de conflictos entre los miembros de la comunidad respecto del delito investigado, motivo por el cual no puede sostenerse que van contra la Constitución o que no respeten la dignidad humana.

Entonces, plantea que no se puede dar primacía al principio de legalidad sobre el derecho y la justicia material de las víctimas, menos aún cuando se trata de menores indígenas, de modo que no se cumple con el factor congruencia, pues se contraría la Constitución y la ley.

Colige que si las víctimas, en especial las de delitos sexuales, por razones de política criminal, tienen derecho a que los infractores sean sancionados adecuadamente, amén de que las penas impuestas a los indígenas son irrisorias, "*no se concreta una protección efectiva y respetuosa de la dignidad humana de las víctimas en estos casos*", con mayor razón si se trata de una población vulnerable.

Considera que también se viola el derecho de igualdad de las personas ante la ley, pues las víctimas sexuales pertenecientes a la sociedad mayoritaria encuentran una respuesta estatal, mientras que las víctimas indígenas se ven avocadas a soportar la impunidad, especialmente porque se trata de mujeres y peor aún si como en este caso, son niñas, de modo que so pretexto de privilegiar los derechos de los infractores indígenas no se pueden desproteger los de las víctimas pertenecientes a esas comunidades.

Con base en lo expuesto, el Delegado sugiere a la Corte desestimar el reproche.

Acerca de la **segunda censura** asevera que las apreciaciones del demandante corresponden a una contraposición de criterios a la de los falladores, sin tener en cuenta la presunción de acierto y legalidad del fallo.

Entonces, luego de aludir a las retractaciones de la víctima y de su padre, manifiesta que en casos como el de la especie corresponde al juez a su prudente arbitrio y conforme a las reglas de la sana crítica sopesar la inicial versión y su retractación, a fin de establecer cuál es digna de credibilidad y por qué se cambió de parecer.

Tras citar jurisprudencia de la Sala sobre el tema, es del criterio que los juzgadores acertaron al evaluar los medios de prueba que sustentaron la materialidad del delito, así como la autoría del mismo, y descartaron las retractaciones de la víctima y su padre, dado el interés económico que les asiste.

Por las razones expuestas, el Procurador Delegado solicita a la Colegiatura no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ab initio se impone destacar que bien en este asunto dentro de la fase de instrucción se trabó un conflicto positivo de competencia entre la Fiscalía Seccional de (…) y el Gobernador del Cabildo del Reguardo (…), el cual fue dirimido por el Consejo Superior de la Judicatura mediante proveído del (…) de (…) de (…), declarando que

el conocimiento de las diligencias correspondía a la jurisdicción ordinaria, la Corte en esta sede casacional se encuentra legitimada para revisar también, de ser necesario, aquella decisión, pues como ya ha tenido oportunidad de indicarlo (Cfr. CSJ SP, 8 nov. 2011. Rad 34461 y SP, 13 feb. 2013. Rad. 39444, entre otras), como tribunal de casación le corresponde la salvaguarda de los derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso en su expresión del juez natural.

Precisado lo anterior se tiene, que según la preceptiva del artículo 246 de la Carta Política, "*Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional*".

A su vez, en los artículos 9º del Convenio 169 de 1989 sobre "*Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*" de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado mediante Ley 21 de 1991), 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, modificado por el artículo 5º de la Ley 1285 de 2009, y 11 de la Ley 600 de 2000, se encuentra reconocida la jurisdicción

indígena, respecto de la cual la Corte Constitucional ha construido una línea jurisprudencial (Cfr. CC T-617/2010) sustentada en el principio de "*maximización de la autonomía de las comunidades indígenas*", y en la identificación de cuatro elementos que integran el fuero indígena: Territorial, objetivo, institucional y personal, además del denominado factor congruencia (Cfr. CC T-349/96, citada en CC T-364/11).

1. El **elemento territorial** se configura cuando los hechos investigados ocurrieron en el ámbito espacial indígena, por ejemplo, al suceder en un resguardo. En el caso de la especie se tiene que los sucesos tuvieron lugar a cuarenta y cinco minutos de la cabecera municipal en lancha de motor fuera de borda, "*aguas arriba del río (…)*" en la Comunidad de (…), dentro del Resguardo (…) , donde se encuentra la escuela pública (…), aspecto no controvertido en el curso de las instancias, es decir, el referido elemento está satisfecho.

2. El **elemento objetivo** hace referencia a la naturaleza del sujeto u objeto sobre el cual recae la conducta (Cfr. CC T-617/10). Al respecto es oportuno señalar que si bien en la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura ha existido controversia acerca de si la condición de indígena de la víctima hace parte del elemento personal o del elemento objetivo, la Corte Constitucional definió en la citada providencia que la

identidad étnica de la víctima hace parte del elemento objetivo, pues esa posición es consistente con la separación entre el concepto de fuero indígena y criterios de definición de competencia de la jurisdicción especial indígena.

En este asunto se tiene que para cuando ocurrieron los hechos la víctima tenía quince años de edad, era estudiante de cuarto de primaria de la referida escuela pública dentro del Resguardo (…), y residía a cien metro de allí, en la Comunidad (…) por ser hija de *(…)*, perteneciente a la etnia (…).

Como viene de verse, el bien jurídico afectado es la integridad sexual de una menor de edad perteneciente a la Comunidad (…). El requisito, entonces, se cumple.

3. El **elemento institucional**, también denominado orgánico, se ocupa de establecer si hay instituciones, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social. Además, la dimensión institucional de la jurisdicción especial indígena se relaciona con la protección de las víctimas y

con el debido proceso, tanto de la víctima como del agresor.

En el expediente obra el Reglamento Interno del Pueblo Indígena (…) Resguardo (….) y se observa que el 21 de junio de 2005 al trabar el conflicto positivo de competencia con la Fiscalía, el Gobernador de tal Resguardo requirió el conocimiento del asunto, aduciendo para ello que MGM tiene la condición de indígena, y por ello debe ser juzgado por las autoridades de su etnia, lo cual es suficiente para dar por acreditado el elemento institucional.

4. El **elemento personal** alude a la pertenencia del procesado a una comunidad indígena, circunstancia que en este asunto fue acreditada con una certificación suscrita por LALF en su condición de Gobernador del Cabildo Resguardo (…), reconocido mediante Resolución No. (…) del (…) de (…) de (…) emitida por el Ministerio del Interior, en la cual manifiesta que MGM "*es miembro activo de mi resguardo y pertenece a la etnia (…)*".

No obstante, en la ponderación de la "*aculturación*", entendida como la pérdida de la identidad cultural del acusado, desde luego, en cuanto tiene incidencia con el delito cometido, constata la Colegiatura que según se

acreditó, MGM es un individuo con bachillerato pedagógico, que cursó cinco semestres de estudios universitarios en ciencias sociales, integrante de la planta de personal docente de la Secretaría de Educación Departamental de (…) desde el 30 de abril de 1993, ascendido el 30 de agosto de 1999 al citado cargo de Director de la Escuela Pública (…) en (…), el cual ejercía cuando en abril de 2003 tuvieron lugar los hechos investigados, y después se desempeñó como profesor en el Internado (…), amén de que reside en la ciudad de (…) desde 1995, a donde aproximadamente cada mes concurría la víctima con su familia desde la Comunidad (…).

Conforme a lo anterior, advierte la Sala que se trata de una persona con permanente acceso a la cultura mayoritaria, máxime si nació en (…) el 17 de abril de 1963, habla perfectamente español, realizó estudios de bachillerato y universidad, se desempeñó por varios años como docente de colegios públicos, ha residido por más de diez años en la capital del Departamento de (…), convivía en unión libre con *(…)* – también docente – con quien tuvo una hija que para la época de los hechos tenía 5 años de edad, igualmente tuvo un hijo (22 años de edad) con *(…)*, dos más (19 y 17 años) con *(…)*, y otros dos (11 y 5 años) con *(…)*, además de que no aludió a su condición indígena en el acto de vinculación procesal, de

modo que no puede afirmarse de manera alguna que el delito de acceso carnal violento por el cual se le acusó fuera ajeno a su comprensión, o peor aún, que sea propio de su particular cosmovisión nativa del mundo.

Es pertinente señalar que la "*aculturación*" corresponde a un fenómeno que trasciende las barreras de lo simple y llanamente jurídico o legal, en cuanto comporta una ponderación sociológica.

En efecto, así como hipotéticamente debería conocer la jurisdicción indígena de un delito cometido por una persona que no tenga la condición de indígena, cuando se demuestre su estrecha y prolongada vinculación y coexistencia con los usos, prácticas y costumbres de una determinada comunidad indígena, siempre que, desde luego, se cumpla con los otros elementos ya referidos, también se impone reconocer que la condición de indígena para efectos de acceder a la jurisdicción especial no se consigue porque el gobernador de un cabildo así lo declare, o porque el nacimiento haya tenido lugar en un resguardo, en cuanto es menester que no se haya producido la aducida aculturación, esto es, que el indígena por nacimiento haya perdido su identidad nativa al mantenerse en estrecho vínculo y por un tiempo importante, con la cultura dominante, como ocurre en este caso con el acusado MGM, según atrás se destacó.

Entonces, no se configura el elemento personal para que opere la jurisdicción indígena en el caso de la especie.

5. En cuanto atañe al **factor congruencia**, referido a que "*el orden jurídico tradicional de la comunidad indígena no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley*" (Cfr. CC T-349/96, citada en CC T-364/11), lo cierto es que por el carácter del delito y como **la víctima es mujer, menor de edad e indígena**, puede advertirse que cuenta con especial protección en el ámbito constitucional y legal, y por ello, según lo ha puntualizado la Corte Constitucional, el juez debe ejercer un control más intenso, en punto de constatar "*la existencia de esa institucionalidad en el resguardo interesado en ejercer la autonomía jurisdiccional*" (CC T-617/10).

5.1. En primer lugar, **por ser mujer**, en el orden interno tenemos el artículo 13 de la Carta Política que dispone la igualdad de todas las personas ante la ley y prohíbe la discriminación surgida, entre otras razones, por el sexo, mención que debe entenderse referida al género, así como el artículo 43 del mismo ordenamiento, que reconoce la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer, la cual "*no podrá ser sometida*

a ninguna clase de discriminación" originada en dicha condición.

A su vez, en el ámbito del Bloque de Constitucionalidad se cuenta con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, aprobada en nuestro país mediante la Ley 51 de 1981 y reglamentada por el Decreto 139 de 1990; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará – Brasil), suscrita el 9 de junio de 1994 y aprobada en Colombia mediante la Ley 248 de 1995, y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993.

En el orden interno el artículo 2° de la Ley 1257 del 4 de diciembre de 2008 define la violencia de género como "*Cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, sicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado*".

Se incluye dentro de tal violencia de género la económica, realizada a través de "*…cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política*".

También está la Ley 581 de 2000 por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, la Ley 731 de 2002 por cuyo medio se adoptan disposiciones para mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, la Ley 823 de 2003 mediante la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres, la Ley 984 de 2005 que aprueba el 'Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer', la Ley 1009 de 2006 por la cual se crea con carácter permanente el Observatorio de Asuntos de Género, y la Ley 1257 de 2008 por cuyo medio se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

5.2. En segundo término, **por ser menor de edad** (15 años) para cuando tuvieron lugar los hechos investigados, conforme al artículo 44 de la Constitución se impone materializar en su caso los derechos

fundamentales de los niños, entre ellos la protección "*contra toda forma de (…) violencia física o moral (…), abuso sexual*", además de "*garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*", máxime si "*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*".

Adicionalmente, **por ser adolescente**, impera hacer efectivo el artículo 45 al disponer que "*tiene derecho a la protección y a la formación integral*".

5.3. En tercer lugar, **por ser indígena** merece un trato de desigualdad positiva, en cuanto es un hecho notorio que pertenece a una población en extremo vulnerable, al punto que varios preceptos la Carta Política establecen beneficios especiales, como a continuación puede constatarse.

El artículo 41 que se ocupa de la composición del Senado de la República precisa que dos senadores serán "*elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas*", y señala que "*La circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas, se determinará por el sistema de cifra repartidora, definido en el artículo 263 de la Constitución Política*".

En el numeral 4º del artículo 359 se establece que del "*25% de los recursos del impuesto del valor agregado IVA que se recaude a nivel nacional, se destinará (…) un 4% para los resguardos indígenas*".

De otra parte puede constatarse que según fue expuesto en el Informe "*Mujeres indígenas, victimas invisibles del conflicto armado en Colombia*", por lo general, las violaciones y delitos sexuales contra mujeres y niñas indígenas no se registran, no se investigan o permanecen en la impunidad[2], de manera que el acceso a la justicia es uno de los derechos más vulnerados de las mujeres indígenas, pues ni la justicia propia indígena, ni la ordinaria responden a sus demandas.

5.4. Acreditadas las especiales protecciones constitucionales y legales de la víctima, encuentra la Sala que en el Capítulo Décimo del Reglamento Interno del Pueblo Indígena (…) Resguardo (…), el cual trata de las "*sanciones a las infracciones*" se dispone:

> "*<u>Violación</u>: <u>agresión sexual</u>, corrupción de menores: Si es entre menores de edad, comparecerán con sus padres ante el Cabildo y Concejo de Ancianos. <u>Si es</u>*

[2] Informe Mujeres indígenas, victimas invisibles del conflicto armado en Colombia, La violencia sexual, una estrategia de guerra, 2012, presentado a la Relatora de Violencias Sexuales en el marco de conflictos de la ONU, por la Consejería Mujer Familia y Generación de la ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia). Según esta organización entre el 2011 y el 2012 se reportaron 11 casos de violencias sexuales contra niñas y mujeres indígenas y la mayoría no fue judicializada.

mayor de edad reparará según acuerdo de las partes el daño y de acuerdo a la edad del agredido, se determina su gravedad, para la asignación de latigazos y castigo de 1 a 8 años" (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, considera la Colegiatura que en punto del factor analizado no se cumple con el plus de protección constitucional y legal especial dispuesto a favor de la víctima, específicamente en cuanto se refiere a sus especiales condiciones de mujer, menor e indígena, pues palmario se advierte que si el asunto correspondiera a la jurisdicción indígena, no se cumpliría con las exigencias de verdad, justicia y reparación, más puntualmente en cuanto se refiere a la justicia, pues el acusado no recibiría la condigna sanción.

5.4.1. Se impone tener presente que el principio constitucional de proporcionalidad en materia penal se manifiesta en la consigna de prohibición de exceso y tiene sustento normativo en los artículos 1° (Estado social de derecho); 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución); 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona); 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas); 11 (prohibición de la pena de muerte); 12 (proscripción de tratos o penas crueles,

inhumanos o degradantes); 13 (principio de igualdad) y 214 (proporcionalidad de las medidas excepcionales) de la Constitución Política.

Ahora, el ejercicio del *ius puniendi* en todo Estado Social de Derecho tiene límites para asegurar la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos, barreras materializadas a través de garantías consustanciales al cometido de defensa del individuo frente al poder estatal, propio de la Revolución Francesa.

Una de esas garantías está constituida por el *principio de proporcionalidad*, cuya aplicación resulta imprescindible tanto en la fase legislativa como en el momento de aplicación judicial de la coerción estatal. La proporcionalidad implica correlación entre la magnitud de la pena y la gravedad del delito. Por tanto, el derecho penal dentro de un Estado catalogado como constitucional y democrático ha de ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia social de los hechos delictivos.

En consecuencia, exigir proporción entre delitos y penas significa que la dureza de estas no ha de exceder la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado. Paralelamente, que la imposición de sanciones leves en

casos de extrema gravedad implica quebrantar el principio de proporcionalidad de las penas y, a su vez, constituye una forma deplorable de impunidad y a la sazón, de injusticia.

5.4.2. De otra parte se advierte la ausencia de elementos de juicio para suponer que en la práctica, la aplicación de tal Reglamento Interno en casos similares relativos a la protección de la integridad sexual de menores de edad, haya contado con instrumentos para asegurar la protección a la víctima o la sanción adecuada del infractor.

5.4.3. No debe olvidarse que la reformulación del rol de la víctima solamente se puede entender cuando se acepta, como tiene que ser, que ella ha quedado cubierta por lo que el sistema interamericano de derechos humanos denomina *"principio de la tutela judicial efectiva"*, de amplio reconocimiento internacional[3]. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia; la igualdad ante los tribunales; la defensa en el proceso; la imparcialidad e

[3] Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

independencia de los tribunales[4]; la efectividad de los derechos; sean predicables tanto del acusado como de la víctima.

Tal perspectiva entraña una modificación acerca de la teleología de las decisiones de la Administración de Justicia en el marco del sistema penal para acompasarlas con el modelo de Estado del cual hace parte, esto es, en el contexto de una democracia participativa y pluralista porque, de lo contrario, no se habría avanzado desde el más rígido formalismo jurídico en donde el administrador de justicia se limitaba a no ser más que *"la boca de la ley"*, sin analizar o medir los efectos de sus decisiones frente a los ámbitos de protección que el conglomerado les ha deferido.

De ahí que el Estado, en este caso a través de sus jueces, falta gravemente a su deber de proveer un recurso judicial efectivo a las víctimas en uno cualquiera de los siguientes eventos: (i) no investiga, juzga **y sanciona adecuadamente a los responsables de conductas punibles** (ii) no se adelantan los procesos judiciales de forma seria, rigurosa y exhaustiva, (iii) no se tramitan con diligencia, celeridad y convicción, (iii) no se toman medidas para proteger a las víctimas, (iv) no se les permite a éstas intervenir en los procesos o se limita su

[4] Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

intervención haciendo nugatorios sus derechos y (v) se dilata en el tiempo la definición del asunto.

En la sentencia C–228 del 3 de abril de 2002, se precisó que las víctimas y los perjudicados tienen intereses adicionales a la simple reparación económica, en tanto les asiste el derecho a conocer la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto. Allí se sostuvo:

> "*La concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las victimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos*" (subrayas fuera de texto).

Los aludidos derechos a la "*verdad, justicia y reparación*" por los que en nuestro medio ahora aboga la Administración de Justicia en pro de las víctimas, no representan fórmulas vacías de contenido.

De tal modo que la citada jurisprudencia constitucional refirió sobre ellos que "*el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima*".

El derecho a la justicia "*incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y* ***sancionar adecuadamente*** *a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso*" (negrillas fuera de texto).

En cuanto al derecho a la reparación integral del daño ocasionado a la víctima adujo que, conforme al derecho internacional contemporáneo, "*comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación*".

5.4.4. En el caso objeto de estudio puede observarse que no se cumple el "*factor congruencia*", emanado del artículo 246 superior, al disponer que tendrá lugar la jurisdicción indígena "*de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República*", pues si uno de los componentes fundamentales que inspiran tanto a la Carta Política como los ordenamientos penales patrios, es el de la dignidad humana, que en el ámbito de las víctimas alude, entre otros derechos al de conseguir la condigna sanción para los infractores, con mayor razón si se trata de delitos sexuales, acorde con la política criminal vigente que ha llevado a excluir cualquier tipo de beneficios a los autores de estas conductas, amén de que es sabido y aquí se encuentra demostrado que las jurisdicciones especiales indígenas imponen sanciones leves por la comisión de este tipo de conductas, no se concreta una protección efectiva y respetuosa de la dignidad humana de las víctimas en estos casos.

Si como ya se advirtió, los indígenas constituyen en nuestra sociedad una población en extremo vulnerable, son acreedores a un ámbito de protección mayor de sus derechos, en cuanto nada justifica un trato desigual, que sólo contribuye a aumentar la inequidad social, a la postre

violatoria del artículo 13 de la Constitución Política, pues mientras las víctimas de afrentas sexuales de la sociedad mayoritaria no pertenecientes a etnias indígenas encuentran una respuesta adecuada del Estado mediante la imposición de sanciones proporcionales al daño causado, las víctimas de estos conglomerados se ven avocadas a soportar sanciones frágiles que se traducen en impunidad.

La protección constitucional a los derechos de las víctimas no tiene excepciones en el ámbito nacional, se extiende a todo el territorio, máxime cuando las víctimas de los comportamientos delictivos son mujeres, respecto de quienes, conforme al artículo 43 de la Carta Política, no puede existir ningún tipo de discriminación; peor aún si son niños, cuyos derechos prevalecen en el orden interno, según el artículo siguiente superior, de suerte que so pretexto de privilegiar los derechos de los infractores indígenas no se pueden desproteger los de las víctimas pertenecientes a esas comunidades.

No hay duda alguna sobre la sentida necesidad de afirmar los derechos autonómicos de los pueblos indígenas, en cuanto prevalentes por tratarse de minorías; pero en la tensión entre aquellos y los derechos de las víctimas, es preciso salvaguardar la verdad, la

reparación y en especial la justicia, pues sin ésta se crean inequidades, odios, insatisfacciones y a la postre justicia privada, todo lo cual es ajeno a los propósitos del Estado social y democrático de derecho, esencialmente preventivo y opuesto a la estimulación de factores criminógenos determinantes en la escalada del proceder criminal mediante nuevas acciones en reacción a delitos anteriores.

Adicionalmente a lo expuesto, no debe perderse de vista en el caso concreto que tampoco el elemento personal encontró satisfactoria demostración en este asunto, dada la indudable "*aculturación*" de MGM, sin que pueda afirmarse de manera alguna que el delito de acceso carnal violento por el cual se le acusó fuera ajeno a su comprensión, y tanto menos, que sea propio de su peculiar cosmovisión del mundo.

Las razones expuestas permiten concluir que, como acertadamente lo señala el Ministerio Público en su concepto, en el caso de la especie no se satisfacen las exigencias dispuestas para que este asunto fuera conocido por la jurisdicción indígena, motivo por el cual el reproche formulado por la defensa no prospera.

En cuanto atañe a la **segunda censura**, referida a que los falladores incurrieron en un error de hecho por

falso juicio de identidad al apreciar las declaraciones extrajuicio de la víctima y de su padre *(…)* encuentra la Colegiatura que en verdad no tuvo lugar en las sentencias de instancia tal incorrección.

Así pues, en la decisión de primera instancia se dijo sobre el particular:

> "*El dicho de la ofendida ha sido consistente porque, tanto en la Procuraduría como en la Fiscalía y ante el Psicólogo de Bienestar Familiar aseguró que había sido forzada por* MGM*, asegurando que éste la agarró por las manos duro, al tumbó al suelo, procediendo a desvestirla y accederla, poniendo de presente que ya en varias ocasiones anteriores el profesor la había citado a su pieza para ayudarle con las tareas, sin que antes se hubiera presentado abuso (…) Y es que realmente la existencia de la relación amorosa que aduce* MGM *mantenía con* [XXX]*, producto de las cuales quiere hacer ver que se produjeron las relaciones carnales, la viene a plantear en la etapa del juicio, porque antes, tanto en la declaración rendida ente la Procuraduría como en la indagatoria, lo que pone de presente es que sin esperárselo* [XXX] *le llegó a la pieza a seducirlo y que allí, luego de preguntarle si ya antes había tenido relaciones la poseyó*".

"*No se puede perder de vista con el dictamen psicológico realizado a [XXX] por el Psicólogo Gerardo Arévalo Fuentes, Contratista del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se establece que es una joven poco expresiva y algo tímida, por lo que no es creíble que haya tenido los arrestos suficientes para presentarse a la habitación de su profesor a seducirlo, como lo quiso presentar el procesado, tratando de posar como una víctima de la menor*".

Y sobre el mismo aspecto aseveró el *ad quem*:

"*La versión suministrada por la menor ofrece verosimilitud y pleno valor probatorio, porque ha sido responsiva y coherente en el señalamiento del procesado, no sólo ante el ente disciplinario, sino también ante el ente acusador. Sus dichos son claros y precisos, las condiciones en que se efectuó el ilícito y el tiempo transcurrido en que los pobladores advirtieron su embarazo*".

Acerca de la retractación de la víctima y su progenitor señaló el *a quo*:

"*La retractación extrajudicial realizada por la ofendida y por el padre de la misma, no tiene recibo alguno, toda vez que el seños (…) fue claro en*

manifestar que eso lo hicieron para que quedara libre, para que pudiera trabajar y que eso lo hablaron con MGM *y él, siguiéndose entonces que hace parte de la estrategia defensiva del procesado*".

También sobre las retractaciones refirió el Tribunal:

No obstante que "*el abuelo de la víctima y ésta, allegaron declaración juramentada ante notario donde manifestaron que el docente* MGM *y la víctima son pareja, además que* [XXX] *y el acusado han mantenido una relación amorosa desde hace mucho tiempo y fruto de ese amor nació la menor por la cual el acusado responde económicamente, a juicio de esta Sala, esa circunstancia, por sí sola, no puede demeritar el categórico y contundente señalamiento que hizo del acusado la víctima quien ahora manifiesta ser pareja de este. Además de que estas declaraciones lo que denotan es una preocupación e interés meramente económico*".

Conforme a lo anterior, sin dificultad constata la Corporación que el reclamo de la defensa no encuentra respaldo, pues las declaraciones extrajuicio que se dice fueron distorsionadas, fueron ponderadas por los falladores conforme a las reglas de la sana crítica, al deducir que no son veraces, de una parte, por contrastar con las primeras versiones de la víctima, y de otra, porque

permiten advertir su interés en proteger al acusado en cuanto ha asumido los gastos derivados de la crianza de la niña que nació como resultado del acceso carnal violento motivo de este diligenciamiento.

Encuentra la Corte que el recurrido argumento defensivo del impugnante orientado a demostrar que se trató de relaciones sexuales consentidas entre una pareja en la cual mediaba un sentimiento, fruto del cual nació una niña, no ha encontrado respaldo en las pruebas obrantes en la actuación, especialmente porque la víctima fue puntual en la forma en la que tuvo lugar el delito investigado, y en el dictamen sicológico se concluyó que dada su timidez, no es creíble que fuera capaz de presentarse a la habitación de su profesor para seducirlo, como fue alegado por MGM, sin que entonces su retractación ulterior en la fase del juicio tenga el alcance pretendido por el demandante.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria