



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente Doctor **FIDALGO JAVIER ESTUPIÑÁN CARVAJAL**

Radicación No. **110010102000201802732 00**

Aprobado según Acta de Sala No. 109 de la misma fecha

ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala definir el conflicto de jurisdicciones planteado entre el **RESGUARDO RIO ATABAPO E INIRIDA – GUAINIA** y el **JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE FAMILIA DE INÍRIDA – GUAINÍA**, con



ocasión del conocimiento del proceso penal que por el delito de Acceso Carnal Violento Agravado que se adelanta contra el señor **JOSE ALEXANDER DE LA ESPRIELLA GUTIERREZ**, por hechos ocurridos con su hermana (S.M. DE. LA E. G), el día 23 de Mayo de 2018.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Los hechos materia de investigación fueron narrados en el escrito de acusación elaborado por la Fiscalía 33 Local de Inírida – Guainía, de fecha 4 de Septiembre de 2018 donde se expuso lo siguiente: “(...) el 29 de mayo de 2018 el investigador de la Policía Judicial DEYBER SAMIR RUIZ PEÑA de la Policía Nacional presentó a la Fiscalía informe ejecutivo relacionado con la comisión de conductas contra la libertad, integridad y formación sexuales atribuida al adolescente JOSE ALEXANDER DE LA ESPRIELLA GUTIERREZ de 17 años de edad, identificado con la tarjeta de identidad 1.006.689.853 expedida en Inírida, donde aparece como víctima su hermana (S .M .DE. LA E. G)”.

“Indica el informe que la señora LORENA INÉS DE LA ESPRIELLA GUTIERREZ, madre de la víctima y del adolescente implicado acudió a las instalaciones de la Policía Judicial SIJIN el 28 de mayo de 2018 y manifestó que la Policía había llegado a su casa y la habían llevado junto con su hija porque al

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

3

parecer venía siendo abusada por el hermano JOSE ALEXANDER DE LA ESPRIELLA GUTIERREZ”.

“En desarrollo de la actividad investigativa desplegada por la Policía Judicial se allegó copia de reporte del 23 de mayo de 2018 de la Institución Educativa Los Libertadores, relacionado con la víctima, estudiante del grado 202 de esa Institución. Indica el reporte que la profesora YESENIA MARTINEZ MUÑOZ remitió de manera urgente el caso de la menor (víctima) quien le manifestó ser víctima de abuso sexual por parte de su hermano, haciéndole creer este comportamiento entre hermanos y que no le debía contar a su mamá porque la regañaría. Esto sucedió a raíz de una actividad desarrollada por funcionarios del ICBF para la prevención de la violencia sexual en las que exhibieron un video”.

“La docente YESENIA MARTINEZ MUÑOZ del grado 202 de la Institución Educativa Los Libertadores el 22 de mayo de 2018 registró el seguimiento comportamental y académico de la víctima durante la actividad desarrollada por el ICBF, señalando que durante la visita de CAMILO Y YENIFER, funcionarios de este instituto quienes compartieron una charla con los estudiantes de segundo grado sobre la protección que se debe tener con las partes íntimas del cuerpo y las acciones a tomar si estaban siendo abusados sexualmente. Durante la charla se proyectó un video donde los personajes hablaban de no dejar que nadie toque las partes íntimas, justo en ese momento la víctima manifiesta ganas de vomitar y sale llorando del salón, la docente la tomó de la mano y le prestó apoyo

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

4

llevándola al baño; una vez se calman retornan al salón y continúan las actividades académicas”.

“Cuando estaban en clase de educación física la docente YESENIA MARTINEZ MUÑOZ llamó a la víctima para dialogar con ella porque con anterioridad había tenido llanto repentino, la abordó de manera amena preguntándole por las personas con quien vivía y la relación con cada una de ellas, menciona a cuatro hermanas, al papá y la mamá; le pregunto si no tenía hermanos, le dice que sí y suelta el llanto, le pregunta que si pasa algo , ella asiente que no, le reitera la pregunta y la niña abraza a la profesora llorando diciéndole que el hermano la abusaba sexualmente; cuando se calma le pregunta como la abusa y le responde que el hermano le mete el pipi en la boca, continúa llorando y le pregunta si la mamá sabia le respondió que no porque la regañaba y que entre hermanos es normal. La docente se dirigió al departamento de psicología para pedir y ayuda y esclarecer el hecho”.

“En la ruta de atención activada por la Policía Judicial, la víctima fue llevada al Hospital Manuel Elkin Patarroyo donde fue valorada el 28 de mayo de 2018 por la doctora SANDRA LILIANA ROCHA GUTIERREZ. La médica rindió informe pericial de clínica forense 900714155-2-00129-2018. En el relato de los hechos la víctima le manifestó que cuando se estaba bañando en una regadera en el patio y se estaba quitando el calzón llegó su hermano JOSE ALEXANDER, la llevó a la cama y la obligó a meterle el pene en la boca, le dijo que lo metiera por el culo y le cogió las manos a la fuerza, salió corriendo pero el alcanzó a metérselo por la boca y por detrás, eso ha pasado muchas veces, no se lo ha

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

5

metido por delante; le contó la profesora porque ella empezó a sospechar que algo pasaba y puso la denuncia; el hermano le toca la vagina y le mete los dedos, le toca por detrás y se lo mete, eso siempre es por la noche, le dijo que no le dijera a nadie porque la mamá les pegaba y no dictaminó lesiones por el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y la valoración”.

“El 28 de mayo de 2018 se recibió y se grabó en video entrevista forense a la víctima por la psicóloga KELLY MILDREY VALLEJO GAITAN de la Comisaria de Familia de Inírida. Refirió que vivía con la mamá en el barrio Brisas del Palmar, en esa casa su hermano JOSE ALEXANDER abusó sexualmente de ella en varias oportunidades, cuando se iba a bañar y cuando estaba durmiendo.”

“En la actividad desplegada por el grupo interdisciplinario del ICBF para el restablecimiento de derechos de la víctima se efectuó intervención por abuso sexual intrafamiliar a través de valoración por sicología y visita domiciliaria. La valoración por psicología se realizó el 31 de mayo de 2018 por la psicóloga DORIS RIOCIO RODRIGUEZ donde la víctima le indicó que estuvo hospitalizada casi tres días porque el hermano la violó obligándola a meterle el pene en la boca, la vagina y el ano. La visita domiciliaria se efectuó por la trabajadora social MARIBEL PINTO MAYORGA, funcionaria que efectuó valoración el 21 de junio de 2018 y rindió informe pericial donde indica entre otros la composición familiar de las víctimas, las condiciones socioeconómicas. Al indagar sobre los hechos del abuso sexual, la madre de la víctima le indicó que a finales de mayo del presente año llegó la Policía a su casa manifestándole la situación que había sucedido con su hija en el colegio Los Libertadores cuando

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

6

se llevó a cabo una actividad sobre prevención del abuso sexual. Indica que la niña le manifestó, que su hermano JOSE ALEXANDER le tocaba la vagina, la obligaba a meterle el pene en la boca y el año que empezó a estudiar su hija fue ubicada en un hogar sustituto de donde se evadió y volvió a la casa; y le pidió a su hijo que se fuera de la casa, pero los abuelos maternos de estos se opusieron.” (fl. 1 – 8 c.o.).

2.- El día 31 de agosto de 2018 se formuló imputación al adolescente José Alexander De la Espriella Gutiérrez ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Inírida con función de control de garantías por la conducta descrita en el Código Penal, ley 599 de 2000, en el Libro II, parte especial de los delitos en particular, Título IV de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, Capítulos I de la violación, artículo 205: acceso carnal violento, modificado por el artículo 1 de la ley 1236 de 2008: El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.

Se presenta escrito de acusación porque con los elementos materiales porque con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida con que cuenta la Fiscalía, se puede afirmar con probabilidad de verdad que el delito existió, y que el adolescente José Alexander De la Espriella Gutiérrez es autor responsable.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

7

3.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar procedió a realizar las valoraciones psicológicas e intervenciones en el marco del proceso de restablecimiento de derechos que se sigue contra el señor José Alexander de la Espriella Gutiérrez, que incluyen búsqueda de información sobre el caso, valoraciones psicológicas al niño, niña o adolescente y representantes legales, y proceso de seguimiento.

4.- El día 10 de septiembre del año 2018, se celebró la audiencia de Formulación de Acusación.

Dentro de la causa penal del menor infractor adelantada en contra de José Alexander de la Espriella Gutiérrez por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO AGRAVADO CON MENOR DE 14 AÑOS – AGRAVADO, identificado con Código único de Investigación No. 940016000640-2018-00101 -00.

- El señor JOSE LUIS MELO LOPEZ, quien manifiesta que es el Capitán de la comunidad Indígena de Concordia y que se hace presente en aras de acompañar a los miembros de su comunidad, solicitó el traslado del

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

8

proceso de la Jurisdicción Ordinaria a la Jurisdicción Indígena llevado a cabo contra el menor.

Como fundamento de su petición trajo a colación las disposiciones constitucionales sobre el fuero indígena, reclamando su derecho para ejercer jurisdicción sobre el asunto investigado, con apego a los pronunciamientos emitidos por esta Corporación que le has asignado el conocimiento de los proceso penales de sus comuneros destacando que iba en aumento la preocupación de su pueblo sobre las penas que han purgado los indígenas en centros penitenciarios dispuestos por el Estado, lo cuales no cumplen con el tratamiento de rehabilitación con el que debían contar para el cumplimiento de la sentencia, mostrando tales reos, alteraciones en su actitud, con adicciones a sustancias psicoactivas y exhibiendo comportamientos conflictivos propios de criminales.

- El Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Inírida – Guainía, le informa al Capitán que no dará respuesta teniendo en cuenta que le corresponde al Juez de instancia que resuelva el recurso interpuesto y por tanto no puede interferir en la órbita de esta instancia, en cuanto a la solicitud de un posible conflicto de competencia, le requiere para que

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

9

acredite su calidad y los procedimientos, en cuanto a las condiciones del joven, se ordena para que sea trasladado de manera inmediata.

- Posteriormente, se le concedió el uso de la palabra a la Defensora de Familia del ICBF quien informa que debido a estas condiciones ya se adelantaron todos los procedimientos para conseguir el cupo y los traslados junto con las comisiones respectivas y que por tanto el joven será trasladado al centro KAIROS, igualmente se adelantó lo referente a la portabilidad para la seguridad social en salud, en aras de salvaguardar los derechos del joven.

- La Defensora Pública insistió en que se verifique y evalúe las condiciones especiales del adolescente para que no sea trasladado, teniendo en cuenta las dificultades para la continuidad del proceso.

- La progenitora del adolescente pide la palabra para exponer que la niña le manifestó que todo lo expuesto en la denuncia es una mentira de la niña y que por eso quiere retirar la denuncia”.

5 - La Fiscal del caso solicitó no atender dicha solicitud, por cuanto ya existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional que señalan que el conocimiento de estos asuntos corresponde a la Jurisdicción



Ordinaria Penal, de otra parte, se tiene que los hechos objeto de denuncia no ocurrieron en el corregimiento indígena, haciendo parte de la comunidad mayoritaria, sumado al hecho de que las denunciantes manifestaron su no deseo de continuar con la investigación.

ACTUACIÓN EN ESTA INSTANCIA

1.- Mediante auto de 1 de Octubre de 2018, la Magistrada Ponente, antes de elaborar el proyecto de decisión, con fundamento en la sentencia T-196 de 2015, Magistrada Ponente doctora MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, ordenó la práctica de pruebas, con la finalidad de verificar si se cumplían en este evento los elementos exigidos para reconocer el fuero indígena, específicamente, entre otros, frente a los siguientes tópicos:

En primer lugar se ordenó a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, oficiar a la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro, Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, para que certificara:

- La existencia del Cabildo Indígena Concordia, ubicado en el Departamento del Guainía.



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

11

- Su ubicación geográfica, indicando puntualmente cuales son los municipios de circunscripción del Cabildo.
 - Quien se encuentra registrado como Gobernador, Cacique o Taita de la **COMUNIDAD INDÍGENA DE CONCORDIA – RESGUARDO INDIGENA DE CACAHUAL - DEL GUAINIA.**
 - Si el señor **JOSE ALEXANDER DE LA ESPRIELLA GUTIERREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.006.689.853, se encuentra inscrito en los listados de la comunidad de los últimos cinco años como comuneros de la **COMUNIDAD INDÍGENA CONCORDIA – RESGUARDO INDIGENA DE CACAHUAL RIO ATABAPO** ubicada en el **GUAINIA.**
- 1.1. Oficiar a la **COMUNIDAD INDÍGENA DE CONCORDIA – RESGUARDO INDIGENA DE CACAHUAL RIO ATABAPO - GUAINIA**, para que informen a este despacho:
- Cómo está organizado el cabildo indígena para el sustento y mantenimiento de todos los comuneros.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

12

- Indique que tan aislada socialmente podría considerarse esa comunidad indígena en relación con la cultura mayoritaria.
- Cuáles son las reglas para resolver conflictos o investigaciones derivadas por delitos contra la familia, conocidos en la cultura mayoritaria como violencia intrafamiliar, actos ejecutados entre miembros de la comunidad del Cabildo Indígena.
- Cuáles son las sanciones para el comunero que comete un acto contra la familia por violencia o maltrato.
- Quien ejerce la función de acusación y juzgamiento en el Resguardo.
- Como se ejerce y a través de quien la defensa de los acusados (indígenas).
- Cuales son las garantías de las víctimas y su grupo familiar, cuando se presenta una conducta atentatoria de las referidas conductas, por parte de otro miembro de la comunidad.
- Cuáles son las medidas de protección que tiene establecidas la comunidad respecto de las víctimas de tales conductas por parte



de otro comunero del resguardo y cómo están garantizadas esas medidas de protección a las víctimas

- En caso de la reiterada incursión en una conducta por parte de un miembro de su Comunidad, cuál es el procedimiento a seguir y si tal comportamiento está previsto en el reglamento como una situación de agravación.
- Cuáles serían las sanciones para quien comete estas conductas y en caso de que se imponga alguna sanción al infractor, quien la ejecuta y en qué lugar se cumple.
- Cuáles serían las sanciones para quien comete los referidos delitos y en caso de que se imponga alguna pena al infractor, cuáles son las medidas coercitivas para que la sanción se cumpla.
- Remítase el Plan de Vida, el documento que lo asimile, de la **COMUNIDAD INDÍGENA DE CONCORDIA – ubicada en el GRAN RESGUARDO INDÍGENA DEL CACAUAL RIOS ATABAPO GUAINIA**, en caso de que el mismo existiera (fls. 5 a 8 c.o. de instancia).



2.- A su turno, la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, en oficio del 10 de Octubre de 2018, afirmó que una vez consultadas las bases de datos institucionales de esa Dirección, en jurisdicción del municipio de Puerto Carreño y Puerto Inírida, departamento del Vaupés y Guainía, se registra el Resguardo Indígena, constituido legalmente por el INCORA (hoy Agencia Nacional de Tierras), según Resoluciones No. 037 del 12 de Abril de 2012.

Las Autoridades Indígenas registradas en el Cabildo Indígena se encuentra el señor ARNUBIO GARRIDO GAITAN, como Capitán de la Comunidad indígena de Concordia, para el periodo comprendido del 1 de Enero al 31 de diciembre de 2018.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Esta Colegiatura es competente para dirimir los conflictos de competencia funcional suscitados entre las diferentes jurisdicciones de conformidad con



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

15

lo previsto en el artículo 256 numeral 6° de la Constitución Nacional, en concordancia con lo establecido en el numeral 2° del artículo 112 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, armonizados por el artículo 54 de la Ley 906 de 2004.

Cabe agregar que si bien, en razón a la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 02 de 2015, se adoptó una reforma a la Rama Judicial, denominada “*equilibrio de poderes*”, en lo atinente al Consejo Superior de la Judicatura, literalmente en el párrafo transitorio primero del artículo 19 de la referida reforma constitucional, enunció: “(...) **Los actuales Magistrados de las Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial**”.

De igual manera, la Sala Plena de la Corte Constitucional en Autos 278 del 9 de julio y 372 del 26 de agosto de 2015, al pronunciarse respecto a la competencia para conocer conflictos de jurisdicciones, decantó el alcance e interpretación de la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo No. 02 de 2015, concluyendo que en relación a las funciones que se encontraban a cargo de esta Sala, las modificaciones introducidas quedaron distribuidas de la siguiente manera: (i) la



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

16

relacionada con el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria, pasó a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, órganos creados en dicha reforma (artículo 19), y (ii) la relacionada con dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones, fue asignada a la Corte Constitucional (artículo 14). En cuanto hace al conocimiento de las acciones de tutela, como ya se mencionó, el párrafo del artículo 19 dispuso expresamente que “la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las 5 Comisiones Seccionales de Disciplina Judiciales no serán competentes para conocer de acciones de tutela”.

Reiteró la Corte Constitucional que en relación a las funciones jurisdiccionales del Consejo Superior de la Judicatura, lo decidido en el Acto legislativo 02 de 2015, así: “*los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial*”, en consecuencia, conforme las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, estimó la Guardiana de la Constitución que hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen, los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones, lo cual



significa que actualmente ésta Colegiatura conserva sus competencias, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no sólo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela.

Antes de entrar al fondo del asunto, debe precisarse por parte de esta Corporación que la Corte Constitucional en varios pronunciamientos y tratándose específicamente de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en los cuales están involucrados menores indígenas bien como sujetos activos o pasivos, ha revocado decisiones de esta Sala a través de las cuales en su condición de Corte de cierre para resolver conflictos, ha fijado la competencia en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria Penal.

2.- Aclaración Previa

Esta Corporación teniendo en cuenta lo plasmado en la pluricitada sentencia T-196 de 2015, de la Corte Constitucional, Magistrada Ponente doctora MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, en la cual textualmente se enunció: “*Resulta patente entonces que existe un abierto y consistente desconocimiento del precedente constitucional de esta Corte por parte*



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

18

del Consejo Superior de la Judicatura, en relación con la asignación de competencia en causas penales que se sigan por delitos contra la integridad sexual de niños. **Si bien la Corte Constitucional ha indicado que es viable para las demás autoridades judiciales apartarse del precedente constitucional si tienen razones legítimas para ello, en este caso se tiene que los motivos expuestos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no cumplen con dichos parámetros, toda vez que las mismas han sido rechazadas de forma reiterativa por esta Corporación, por considerarlas discriminatorias, paternalistas y no respetuosas del principio de la diversidad étnica y cultural, así como de la autonomía de las autoridades indígenas**”, (rfdt), esta Sala siguiendo dicho pronunciamiento, y en este específico caso, mantendrá su postura respecto a que cuando no se cumplan estrictamente los elementos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena, así lo señalará; tal como así lo planteará en apartado posterior.

En ese propósito, esta Colegiatura, en aras de armonizar su jurisprudencia con el precedente fundacional de la Corte Constitucional vertido en las sentencias T-254 de 1994¹; C-139 de 1996²; T-523 de

¹ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

² MP. Carlos Gaviria Díaz



1997³; T-266 de 2001⁴; T-1127 de 2011⁵; T-048 de 2002⁶; T-811 de 2004⁷ y las más recientes sentencias, relacionadas con casos de homicidio y delitos contra la libertad sexual T-552 de 2003⁸; T-617 de 2010⁹ ; T-002 de 2012¹⁰; T-196 de 2015¹¹ y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia radicados 46.556¹² y 34.461¹³; procede la Colegiatura al análisis de todos los elementos determinantes para definir la competencia objeto de colisión que comporta no sólo el seguimiento de la línea jurisprudencial sobre la materia, sino la verificación mediante la práctica de pruebas en segunda instancia.

3. El objeto de la colisión

Bajo el anterior referente jurisprudencial, es necesario recordar que en el presente asunto se pretende definir el presente conflicto de Jurisdicciones invocado por **EL CABILDO INDÍGENA DE CONCORDIA – ubicada en el GRAN RESGUARDO INDÍGENA DE CACAUAL RIO ATABAPO**

³ MP. Carlos Gaviria Díaz

⁴ MP. Carlos Gaviria Díaz

⁵ MP. Jaime Araujo Rentería

⁶ MP. Álvaro Tafur Galvis

⁷ MP. Jaime Córdoba Triviño

⁸ MP. Rodrigo Escobar Gil

⁹ MP. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁰ MP. Juan Carlos Henao Pérez

¹¹ MP. María Victoria Calle Correa

¹² MP. Fernando Alberto Castro Caballero

¹³ MP. Javier Zapata Ortiz



DEPARTAMENTO DEL GUAINIA, con ocasión del conocimiento del proceso penal que por el delito de Acceso Carnal Violento Agravado que se adelanta contra el señor JOSE ALEXANDER DE LA ESPRIELLA GUTIERREZ, por hechos ocurridos con su hermana (SM DE LA E.G) en el municipio de Inírida, departamento del Guainía

4. El ámbito de la jurisdicción indígena

Para dirimir el conflicto planteado debe examinarse en primer término lo previsto en el artículo 246 de la Carta Política 1991 en los siguientes términos:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.”

El reconocimiento de este fuero especial es producto del derecho fundamental establecido en la Carta Política en su artículo 7: *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”, disposición que implica no sólo el reconocimiento de la necesaria*



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

21

coexistencia pacífica de diferentes pueblos y etnias, sino además, la protección de los valores culturales que le son propios”.

En este panorama, los principios del Estado Social de Derecho y la axiología superior de los derechos humanos, todas las etnias, los pueblos y los hombres se conciben iguales en dignidad y derechos.

Bajo estas premisas, tales preceptos determinan el reconocimiento, garantía de la identidad y salvaguarda del pluralismo étnico cultural que equivale a reconocer, el derecho de los pueblos indígenas a ser gobernados por autoridades conformadas y reglamentadas según los usos y costumbres de sus comunidades, lo que implica así mismo, la aceptación de su cosmovisión y las tradiciones valorativas diversas, que a su vez derivan, en la convivencia con las diferencias que surjan, frente a la ética dominante de la sociedad mayoritaria .

Esto explica claramente la razón y naturaleza del fuero indígena, el cual deviene en esencia de la pertenencia a una cultura aborígen y a la posesión de una cosmovisión sujeta a unos valores culturales propios que dan sentido a unas formas reconocidas de gobierno y justicia, aceptada por la cultura mayoritaria como normas jurídicas aplicables por sus propias autoridades en sus respectivas comunidades y territorios.



5. De los criterios de resolución de los conflictos con la jurisdicción indígena.

Conforme a la más reciente jurisprudencia de La Corte Constitucional sobre la materia y fundamentalmente lo plasmado en las sentencias T-617 del 5 de agosto de 2010 y T-002 de 2012, a falta de un desarrollo legislativo, los criterios a tener en cuenta al momento de desatar conflictos como el de autos, son: **el personal, el territorial, el institucional y el objetivo**, los cuales deben entenderse así:

5.1. Elemento personal

Consiste en pretender que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, siempre que se mantenga dentro de su particular cosmovisión y sometido a sus usos y costumbres

Las sub reglas interpretativas y posibles soluciones frente a dificultades respecto de este elemento, fueron sintetizados en los siguientes cuadros:



Cuadro No. 1

Definición	Criterios de interpretación relevantes
El acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenece a una comunidad indígena.	a. La diversidad cultural y valorativa: “La diversidad cultural y valorativa se erige entonces como un criterio de interpretación ineludible para el juez, cuando el investigado posee identidad indígena o culturalmente diversa” Sentencia T-617 de 2010
	b. Cuando un indígena comete un hecho punible por fuera del ámbito territorial de su comunidad, las circunstancias del caso concreto son útiles para determinar la conciencia o identidad étnica del individuo.

Cuadro 2:

Elemento personal	
Supuesto de hecho	Posible solución
1. El indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional	a. En principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

24

	fuego depende en gran medida de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta.
2. El indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena	b. Ya que en este caso la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión del carácter perjudicial del acto, el intérprete deberá tomar en cuenta (i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos

Además de verificarse dilemas interpretativos que ameritan sub reglas de interpretación y posibles consecuencias de índole penal, aunque desde ya debe decirse que las mismas están llamadas a evaluarse en las decisiones de fondo por los jueces naturales de cada asunto:

Cuadro 3:

Elemento personal



<p>Caso: El indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el orden jurídico nacional por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece. (Ver: Cuadro 2, caso 1.a)</p>		
<p>Criterio de interpretación: Para determinar si la persona tiene derecho al reconocimiento del fuero indígena, el juez de conocimiento debe establecer si incurrió en un <i>error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa</i></p>		
Respuesta	Subreglas de interpretación	Posible consecuencia
<p>a. Afirmativa:</p> <p>El indígena sí incurrió en un <i>error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa</i> de manera que desplegó una conducta ilícita de forma accidental.</p>	<p>Su cosmovisión le impide entender la ilicitud de su conducta en el ordenamiento jurídico nacional.</p> <p>Se trata entonces de un individuo <i>inimputable por diversidad cultural</i>, lo que en principio justifica su conducta pues habría incurrido en un <i>error de prohibición</i>; es decir, en un error derivado de su conciencia cultural y valorativa, de manera que no podría imponérsele un <i>juicio de reproche</i> desde el Estado:</p>	<p>El intérprete deberá considerar la posibilidad de devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica</p>
<p>b. Negativa:</p>	<p>El indígena entiende que</p>	<p>La sanción, en principio,</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

26

El indígena no incurrió en un <i>error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa.</i>	su conducta es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional	estará determinada por el sistema jurídico nacional.
---	---	--

De las anteriores consideraciones se perfilan como criterios orientadores útiles en la tarea de definir la competencia: **(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. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica. Además, siempre que el juez conozca de casos que involucren la diversidad cultural, su actuación tendría la siguiente orientación:

“a) [perseguir] un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las “víctimas” del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d)



Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables”¹⁴.

Así entonces en torno al **elemento personal**, de cara a los elementos de prueba allegados al informativo no es clara la condición de indígena del implicado, JOSE ALEXANDER DE LA ESPRIELLA GUTIERREZ, según lo informado por la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, en oficio del 10 de Octubre de 2018, no registra como integrante del alguna comunidad indígena, frente a la víctima (SM DE LA EG), según lo debatido en la audiencia de formulación de acusación, ésta no forma parte del resguardo indígena del sindicato, con lo cual frente a la identidad de los sujetos este elemento no se cumple.

Por lo anterior, examinados los elementos de prueba allegados en la carpeta de investigación penal a efectos de determinar la configuración de este elemento del fuero especial, para esta Corporación surge como evidente que el acusado no forma parte de la **COMUNIDAD INDÍGENA CONCORDIA, RESGUARDO INDIGENA DE CACAUAL – GUIAINIA,**

¹⁴Sentencia C-370 de 2002. Énfasis fuera de texto



de igual forma la víctima tampoco, con lo cual no se cumple con el elemento personal.

5.2. Elemento territorial o geográfico

Superando el concepto rigurosamente geográfico de la ocurrencia de los hechos dentro o fuera del resguardo indígena, la Corte amplió el concepto, para extenderlo al de “**ámbito territorial de una comunidad**”, entendido como “*el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas y cuya titularidad deriva de la posesión ancestral por parte de éstas, incluso por encima del reconocimiento estatal*”¹⁵. Se trata entonces de una noción la cual no se agota en el aspecto físico-geográfico sino que abarca el aspecto cultural, ello implica que excepcionalmente, pueda tener un efecto expansivo.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-496/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz “(...) No es cierto, entonces, como lo afirma el Juzgado Penal del Circuito de La Plata, que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que “*hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial*”. Como se ve, las posibilidades de solución son múltiples y atendiendo a las condiciones particulares de cada caso, las comunidades indígenas podrán también entrar a evaluar la conducta de un indígena que entró en contacto con un miembro de otra comunidad por fuera del territorio. En otras palabras, no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable (...)”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

29

En consecuencia, una conducta punible ocurrida por fuera de los linderos que demarcan el territorio colectivo podría ser remitida a la jurisdicción especial indígena en virtud de sus connotaciones culturales.

El siguiente cuadro es útil para sintetizar los componentes del elemento territorial:

Cuadro 4:

Elemento territorial	
Definición	Criterios de interpretación
	a. La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

30

<p>Siguiendo el artículo 246 de la Constitución Política, las comunidades indígenas pueden ejercer su autonomía jurisdiccional dentro de los límites que demarcan sus territorios.</p>	<p>b. El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo.</p> <p>Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales.</p>
--	---

Respecto del elemento territorial, teniendo en cuenta que este elemento no se circunscribe exclusivamente al aspecto físico-geográfico, se tiene conforme a las pruebas allegadas, que la conducta fue cometida en el Municipio de Inírida – Guainía, sitio donde está ubicada la vivienda del adolescente, que compartía en su momento con su progenitora y la víctima, hechos que fueron denunciados en su momento en el ámbito escolar de esta por la profesora del colegio Los Libertadores de este municipio.

Por lo anterior, acorde a los tópicos y circunstancias examinadas, esta Superioridad considera que NO están colmados en el informativo los elementos que integran el factor territorial.



5.3. Componente orgánico o institucional. (De la jurisdicción especial indígena y su influencia sobre los derechos de las víctimas y la protección del debido proceso del acusado.)

Acorde al sendero señalado en la sentencia T-552 de 2003, la Corte Constitucional señaló en las providencias ya citadas, que este elemento debe analizarse a la luz de la existencia de:

- (i)** usos y costumbres, autoridades tradicionales, y procedimientos propios para adelantar un juicio en la comunidad indígena concernida;
- ii)** la acreditación de cierto poder de coerción en cabeza de las comunidades indígenas para aplicar la justicia propia. Además, este elemento tiene relación con
- (iii)** la protección del derecho fundamental al debido proceso del investigado, y
- (iv)** la eficacia de los derechos de las víctimas.

En esa perspectiva, así tabuló la Corte los criterios interpretativos del



elemento institucional u orgánico:

Cuadro 5:

Elemento institucional u orgánico	
Definición	Criterios de interpretación relevantes
<p>Como su nombre lo indica, este elemento indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena.</p> <p>Dicha institucionalidad debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto <i>genérico</i> de nocividad social</p>	<p>1.La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado:</p> <p>1.1. La manifestación, por parte de una comunidad, de su intención de impartir justicia constituye una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas.</p> <p>1.2. Una comunidad que ha manifestado su capacidad de adelantar un juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes sin otorgar razones para ello.</p> <p>1.3. En casos de “extrema gravedad” o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión, la vigencia del elemento institucional puede ser objeto de un análisis más exigente.</p>



2. La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos:

2.1. El derecho propio constituye un verdadero sistema jurídico particular e independiente.

2.2. La tensión que surge entre la necesidad de conservar usos y costumbres ancestrales en materia de resolución de conflictos y la realización del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena debe solucionarse en atención a la exigencia de *predecibilidad* o *previsibilidad* de las actuaciones de las autoridades indígenas dentro de las costumbres de la comunidad, y a la existencia de un concepto genérico de *nocividad social*.

3. La satisfacción de los derechos de las víctimas:

3.1. La búsqueda de un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de sus comunidades debe propender por la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

34

La Sala desde ya debe precisar que no obstante lo señalado en punto de los elementos personal y territorial; examinará el citado elemento con miras a ahondar en razones dentro del asunto sometido a decisión.

Bajo ese propósito, respecto al **elemento orgánico o institucional**, y en relación a las **normas internas**, lo primero que se advierte en el paginario, es que conforme a la prueba documental recaudada, se estableció que la solicitud de jurisdicción fue elevada, mediante escrito del 7 de Septiembre de 2018, el señor JOSE LUIS MELO LOPEZ, en su condición de Capitán Indígena Comunidad Concordia, localizada en el Gran Resguardo Indígena de Cacahual, sin embargo, de la información remitida por la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, la autoridad Indígena registrada en el Cabildo Indígena es el señor Arnubio Garrido Gaitán, como Gobernador Indígena del Resguardo Concordia, acta de elección del 12 de **Abril de 2012 (fls. 14 - 33 c.o. de instancia)**.

De lo anterior se tiene además, que ante el requerimiento efectuado por esta Corporación en auto del 5 de Octubre de 2018, y la



remisión, dirigido al señor JOSE LUIS MELO LOPEZ, en su condición de Capitán de la comunidad Indígena de Concordia, esta comunidad dio respuesta a la solicitud realizada por esta Sala para establecer los aspectos por los cuales se le interrogó de manera puntual a fin de precisar las reglas para resolver conflictos por acceso carnal violento agravado entre integrantes del Cabildo Indígena, situación que no permite a la Sala dilucidar cómo se resuelven en la comunidad Indígena este tipo de conflictos, ni las sanciones a imponer a un comunero que comete un acto contra la integridad de otro miembro de la comunidad, con lo cual no se logra dilucidar la configuración de este elemento del fueron indígena.

Es decir, no hay manera de determinar tampoco cuáles son los criterios para establecer la gravedad del caso, las herramientas para ejecutar la sanción y el sitio donde se puede cumplir la pena, lo cual genera un panorama de duda, aunado a que tampoco se acreditó sobre quien ejerce la función de acusación y juzgamiento en el Resguardo y el ejercicio de la defensa del acusado, lo cual implica que no se evidencian reglas precisas para garantizar el debido proceso del acusado y de la víctima, ni las garantías que se brindan a las víctimas y su núcleo familiar, ni las medidas de protección, o el procedimiento a seguir en caso de la reiterada incursión en una conducta por parte de un miembro de su



comunidad y si tal comportamiento está previsto en el reglamento como una situación de agravación, por lo cual ante la imposibilidad de establecer estos elementos institucionales, no se colma en el *sub lite* el elemento orgánico o institucional, toda vez que no existe un marco institucional que permita considerar que en este caso está garantizada la satisfacción de los derechos de la víctima al interior de la comunidad, la sanción del responsable, y mucho menos la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados, concluyéndose que NO se cumple con este elemento.

5.4. Componente objetivo

Introducido por la Corte en la Sentencia T-552 de 2003, este elemento se construye en torno a la gravedad de la conducta y en su definición resulta básica la aceptación de un “***umbral de nocividad***” en la evaluación de la misma.

Una vez el asunto atraviesa el *umbral de nocividad*, se entiende que ha trascendido los intereses de la comunidad y por lo tanto es excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena puesto que está en juego un bien jurídico *universal*, al cual ya refería la Corte en la sentencia fundacional T-349 de 1996.



Es de anotar que la definición de este elemento acentúa el carácter excepcional de las jurisdicciones especiales y se sustenta en el establecimiento de ciertas premisas cuyo alcance merece comentarios adicionales a esta Sala:

Las premisas establecidas son las siguientes:

“(i) el fin de la jurisdicción especial indígena es resolver conflictos internos de las comunidades aborígenes para que, en su ámbito territorial interno, se preserve su cosmovisión o forma de vida; (ii) el campo de aplicación de un fuero especial se centra en los fines perseguidos con su consagración. (iii) haciendo una analogía con la jurisdicción penal militar, si en ese ámbito el fuero debe aplicarse exclusivamente a las conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, en la jurisdicción especial indígena, el fuero debe limitarse a los asuntos concernientes únicamente a la comunidad. Por lo tanto [iv - concluye la Sala el argumento], el fuero no procede para delitos de especial gravedad los cuales deben ser reprimidos más allá de consideraciones culturales, por cuanto la interpretación de las normas que habilitan la procedencia de las jurisdicciones debe efectuarse de manera restrictiva”¹⁶.

Es necesario precisar que la Corte Constitucional en las sentencias T-811 de 2004, T-1238 de 2004 y T-1026 de 2008, reiteró la necesidad de

¹⁶ Sentencia T-617 de 2010.



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

38

acreditar el elemento “objetivo referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”.

Cabe recordar, de cara al tópico señalado, que la Corte Constitucional en la sentencia T-811 de 2004¹⁷, ya recordaba la inaplicabilidad de un relativismo cultural incondicional, al determinar.

*“(...) En ocasión posterior la Corte volvió a pronunciarse sobre la tensión entre el principio de la diversidad étnica y cultural y el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución Política y luego de advertir que, si bien el Estado está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos y que el Estado, en esa labor de equilibrio, debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues atentaría contra el principio pluralista y contra la igualdad de todas las culturas, concluyó que **“frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional(...)”**¹⁸.*

¹⁷ MP.Jaime Córdoba Triviño

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-510/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Cabe precisar que la citada Corporación desde las sentencias T-254/94; C-139/96; T-349/96; T-523/97; T-266/01; T-1127/01 y T-048 de 2002, ya fijaba límites estrictos a la jurisdicción especial. Énfasis fuera de texto.



Precisado lo anterior, el siguiente cuadro sintetiza los criterios interpretativos más importantes del elemento objetivo:

Cuadro 6:

Elemento objetivo	
Definición: Se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.	
Premisas que sustentan el elemento objetivo	Criterios de interpretación relevantes
1. Las jurisdicciones especiales ostentan un carácter excepcional.	a. La excepcionalidad de la jurisdicción especial indígena debe armonizarse con el principio de <i>maximización de la autonomía de las comunidades aborígenes</i> .
2. El fin de la jurisdicción especial indígena es resolver conflictos internos de las comunidades aborígenes con el fin de preservar su forma de vida al interior de su territorio.	b. Entender que el fin último de la jurisdicción especial indígena es dar solución a asuntos internos de las comunidad es originaria ignora la importancia que la Constitución Política ha otorgado a la autonomía indígena como fuente de aprendizaje de distintos saberes.
3. Haciendo una analogía con la jurisdicción penal militar, si en ese ámbito el fuero debe aplicarse exclusivamente a las	c. El Consejo Superior de la Judicatura, como juez natural de los conflictos de competencia entre jurisdicciones, puede aplicar por analogía los criterios que ha desarrollado para definir

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

40

<p>conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, en la jurisdicción especial indígena, el fuero debe limitarse a los asuntos que conciernen únicamente a la comunidad.</p>	<p>diversos tipos de conflicto de competencia. Sin embargo, al hacerlo, debe respetar el principio de igualdad, eje axiológico y normativo de nuestra Carta Política.</p> <p>La analogía entre el fuero militar y el fuero indígena resulta injustificada si se basa únicamente en el carácter excepcional de los fueros o en los fines de cada una de las jurisdicciones.</p>
--	--

Bajo las anteriores previsiones, se trata entonces de establecer un elemento objetivo que respete la maximización de la autonomía sin exceder sus límites legítimos¹⁹. En esa perspectiva, el punto de partida de una formulación más clara sobre el elemento objetivo exige preguntarse sobre la naturaleza del sujeto, o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria.

Esto plantea tres posibilidades:

¹⁹ Así lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-139 de 1996 MP. Carlos Gaviria Díaz.



“(i) el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria”²⁰.

En los supuestos (i) y (ii) la solución es clara: en el primer caso, a la jurisdicción especial indígena le corresponde conocer el asunto mientras en el segundo le corresponderá a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii) el juez deberá decidir verificando todos los elementos del caso concreto y los demás factores que definen la competencia de las autoridades tradicionales, de manera que el elemento objetivo no es determinante en la definición de la competencia. Incluso si se trata de un bien jurídico considerado de especial importancia en el derecho nacional, la *especial gravedad* no se erige en una *regla definitiva de competencia*, pues esto supone imponer los valores propios de la cultura mayoritaria dejando de lado la protección a la diversidad étnica.

Resta por agregar que para la Corte, la pertenencia de la víctima a la comunidad indígena hace parte de este elemento objetivo.

²⁰Sentencia T-617 de 2010.



Finalmente, en relación al referido **elemento objetivo**, en punto a la gravedad de la conducta, la Sala debe precisar que no obstante la integridad personal ser un bien jurídico que hacen parte de un consenso intercultural; al recaer la conducta de violencia intrafamiliar en una mujer, no hay duda que el comportamiento examinado adquiere notoria gravedad.

En esa perspectiva, y retomando el tema sometido a decisión, la Sala anuncia la remisión de las diligencias a la Jurisdicción Ordinaria, por cuanto en punto de los elementos orgánico y objetivo, tal y como se plasmó en precedencia no se cumplen en la forma y términos arriba señalados.

Perspectiva de Género.

Por último y a manera de complemento de lo aquí señalado, esta Corporación precisa que el marco normativo que concretamente regula casos como el que ocupa la atención de la Sala, debe armonizarse con la especial protección que requiere la víctima del delito que se investiga en el presente caso, en su calidad de **mujer**, por lo cual esta Corporación en reciente decisión se pronunció en una Acción de tutela de Diana



Ortegón Pinzón contra la Procuraduría General de la Nación radicado bajo el número 680011102000201604080 01, con ponencia de la Honorable Magistrada MAGDA VICTORIA ACOSTA WALTEROS, de fecha 23 de noviembre de 2016, indicando:

“Del Concepto de Género

*El concepto de **Género** integra la construcción socio-cultural de la diferencia biológica entre hombres y mujeres. En lo social hace referencia a las prácticas sociales, división del trabajo y demás actividades que realizan hombres y mujeres. En lo cultural por su parte, atiende a las valoraciones de los conceptos femenino y masculino que se hacen con respecto a los roles y estereotipos de género asignados a cada uno de ellos; sin embargo estos criterios no permanecen estáticos y por ello su concepto es dinámico, exigiendo procesos de transformación específicos a través de cada entorno histórico, cultural y social.*

En ese orden, tales conceptos, se cruzan también con otras categorías de diferenciación social, como lo son la étnica, la raza y la clase social, generando una especificidad para cada cruce posible y la articulación de variadas desigualdades sociales, pero con una constante encaminada a ejercer violencia familiar y sexual contra la mujer, en diferentes ámbitos de la sociedad, sin respetar estrato social.

Cabe destacar que desde la Constitución política de 1991 se impone para todas las ramas del poder público, en especial aquella que integra la Administración de Justicia, el respeto y protección especial de los menores y la mujer, a fin de garantizar su igualdad y no discriminación en la adopción de decisiones judiciales que los afecten, haciendo con ello realidad, el concepto de equidad de género el cual lo consagran a su vez los instrumentos internacionales.



Ello se ve reflejado en la adopción entre otras leyes, de la Ley de Infancia y Adolescencia -1098 de 2006- la cual armonizó la Convención sobre los Derechos del Niño; la Ley 51 de 1981, que moduló la Convención Internacional Contra la Discriminación de la Mujer, adoptada a su vez en el artículo 43 de la Constitución Política y la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 248 de 1995; y recientemente la Ley 1257 de 2008²¹, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres y se reforman en esa perspectiva los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

Colombia cuenta con un amplio marco normativo y jurisprudencial que favorece a la mujer y a la infancia, específicamente en la protección al derecho por una vida libre de violencias. Como muestra de lo anterior, a continuación se enuncian algunas de las leyes favorables a las mujeres:

- **Ley 800 de 2003:** *Aprueba la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptados por la Asamblea General de la ONU el 15 de noviembre de 2000.*
- **Ley 984 de 2005:** *Aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) mediante Resolución*

²¹ Reglamentada por el Decreto Nacional 4463 de 2011, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4796 de 2011, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4798 de 2011, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4799 de 2011.



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

45

A/54/4, de 6 de octubre de 1999. Entró en vigor el 22 de diciembre de 2000.

- **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer CEDAW:** Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979 y entrada en vigor por Colombia el 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981.
- **Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Belém do Pará:** Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 2004 y entrada en vigor por Colombia, el 15 de diciembre de 1996 en virtud de la ley 248 de 1995.

En este orden de ideas en sentencia C-251 de 1997, con ponencia del H.M. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, que decidió la constitucionalidad de la ley aprobatoria de tratado del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales, estableció que en nuestro Estado Social de Derecho se garantizará la protección de los mismos en condiciones de equidad:

El artículo 3º establece el deber de no discriminación, en virtud del cual los Estados se comprometen a garantizar a todas las personas los derechos económicos, **sociales y culturales**, por lo cual se obligan a no llevar a cabo tratos desiguales injustificados por motivos de **raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social**. En forma uniforme, la más autorizada doctrina internacional considera que este deber no es de realización progresiva sino de aplicación inmediata, por lo cual se considera necesario que esta garantía se someta a escrutinio judicial y a otros tipos de control a fin de lograr su cumplimiento. La



doctrina considera igualmente que la lista de criterios discriminatorios mencionada por el convenio no es exhaustiva sino ilustrativa, y que el deber del Estado no se reduce a eliminar la discriminación de jure sino que también le corresponde hacer cesar, lo antes posible, la discriminación de facto en el goce de estos derechos. La Corte considera que ese deber de no discriminación, así como los criterios adelantados sobre su alcance por la doctrina internacional, coinciden claramente con el principio de igualdad previsto por la Carta, y con los desarrollos jurisprudenciales efectuados al respecto por Corporación. Este deber estatal no puede ser interpretado como la prohibición de que las autoridades adopten medidas especiales en favor de poblaciones que se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, y que por ende merecen una especial protección de las autoridades. (resaltado fuera del texto)

En consecuencia, este caso particular la decisión a proferir, debe desarrollar la **PERSPECTIVA DE GÉNERO**, atendiendo la condición de mujer, de la adolescente víctima de los hechos investigados, de conformidad con lo establecido en la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DE BELEM DO PARA:

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

47

sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (...) d. el derecho a no ser sometida a torturas; es el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;

En consecuencia la conducta cometida contra la menor M.M.C.E., encaja en las siguientes **CATEGORÍAS DE GÉNERO**:

1. Derecho a la no discriminación

1.1. Igualdad y no discriminación:

Toda vez que no puede utilizarse la condición de indígena del victimario, para discriminar a la mujer ni mucho menos a una menor de edad, igualmente agredida, al pretender que el conflicto de competencias planteado, sea asignado a la Jurisdicción Indígena,



sobre todo si se tiene en cuenta que la menor VICTIMA del agresor y la denunciante, S.M.DE LA E. G., que fue víctima, al parecer de acceso carnal, y éstas no hacen parte de ninguna comunidad Indígena, además que los hechos investigados ocurrieron por fuera de la jurisdicción territorial del territorio del Resguardo, del que es miembro el agresor.

2. Derecho a la vida sin violencia

2.4. Violencia Intrafamiliar

En este caso se configuró el acceso carnal abusivo, como lo expuso la denunciante y madre de una menor de edad, que fueron objeto de este tipo de delito por el imputado, como se extrae de la denuncia presentada por la señora LORENA INÉS DE LA ESPRIELLA GUTIERREZ, en hechos ocurridos el 28 de Mayo de 2018, quien venía siendo abusada de manera constante por el agresor”. (fl. 13 – 18 c.o.).

3. Derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad

3.4. Niñas y adolescentes

Categoría que también se configura atendiendo que se acreditó con el relato dado por la denunciante sobre los hechos acaecidos el 28 de octubre de 2017, en los cuales la señora LUZ AMANDA RAMÍREZ ARIZA, su menor hija D.A.R.A. y la hermana de ésta fueron presuntamente objeto de maltrato físico por un miembro de su núcleo familiar.

Adicionalmente, se tiene de la denuncia presentada por la señora LUZ AMANDA RAMÍREZ ARIZA, por los hechos acaecidos el 28 de octubre



de 2017, señaló que “*de igual manera a su hermana pegándole en la cara y en varias partes del cuerpo, en cuanto a su hija la empujó, luego llamaron a la policía y lo capturaron.*”. (fl. 13 – 18 c.o.), se tiene que la presunta agresión recayó sobre una menor de edad, por lo cual, igualmente esta Corporación precisa que el marco normativo que concretamente regula casos como el que ocupa la atención de la Sala, debe armonizarse de cara a las siguientes preceptivas:

Constitución Política

*“(…) ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. **Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.***

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.



Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (...)²². (sfdt)

LEY 1098 DE 2006

“(...)

ARTÍCULO 192. DERECHOS ESPECIALES DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS. *En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.*

“(...)

ARTÍCULO 198. PROGRAMAS DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA PARA LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS. *El Gobierno Nacional, departamental, distrital, y municipal, bajo la supervisión de la entidad rectora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar diseñará y ejecutará programas de atención especializada para*

²² Frente a la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, véase los artículos 4,5,11,12 y 13 de la Ley 1236 de 2008, Ley 1195 de 2008; Ley 1146 de 2007; Ley 1109 de 2006; artículos 24,25 y 27 Ley 982 de 2005; véase así mismo Corte Constitucional Sentencia C-507 de 2004 “La jurisprudencia constitucional ha indicado que la protección reforzada de los derechos de los niños y de las niñas encuentra sustento en varias razones, entre las cuales se resaltan tres. La **primera** es que la situación de fragilidad en que están los menores frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal, impone al Estado cargas superiores en la defensa de sus derechos frente a lo que debe hacer para defender los de otros grupos que no se encuentran en tal situación. La **segunda** es que es una manera de promover una sociedad democrática, cuyos miembros conozcan y compartan los principios de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. La **tercera** razón tiene que ver con la situación de los menores en los procesos democráticos. La protección especial otorgada por el constituyente a los menores es una forma corregir el déficit de representación política que soportan los niños y las niñas en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate parlamentario”.



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

*los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, que respondan a la protección integral, al tipo de delito, a su interés superior y a la prevalencia de sus derechos.
(...)”. (sfdt)*

Las mencionadas razones, las cuales encuentran arraigo constitucional, legal y jurisprudencial, son suficientes para considerar que los elementos examinados develan que la ponderación entre la protección de la diversidad étnica y cultural y los derechos de las víctimas se incline en favor de estas e imponen que el asunto continúe en conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria Penal, y así se declarará.

Finalmente, resulta importante aclarar, frente a lo manifestado por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DEL DISTRITO JUDICIAL DE INIRIDA – GUAINÍA, en el desarrollo de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 14 de Septiembre de 2018, en lo relacionado con el apoyo jurisprudencial de la sentencia T 397 de 2016, que para la asignación del fueron indígena especial, laGuardiana de la Constitución Política, ha sido sabia en determinar que cada caso debe ser valorado particularmente, en especial con apego a los postulados y subreglas establecidas en su nutrida y extensa línea jurisprudencial, a efectos de determinarse el cumplimiento o no de cada uno de los elementos, situación por la cual se hace imperante el decreto de pruebas

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

52

en aras de determinar la situación de cada comunidad indígena para definir de forma clara la asignación de la jurisdicción que atenderá la demanda de administración de justicia reclamada por los usuarios de la administración de justicia, con apego a los postulados legales y constitucionales definidos en cada caso, con lo cual esta Corporación da estricto cumplimiento para los fines y cometidos del Estado Social de Derecho que nos gobierna.

En mérito de lo expuesto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE

PRIMERO: ASIGNAR la jurisdicción y competencia para conocer de la presente investigación en la Jurisdicción Ordinaria Penal, representada para este momento por el **JUZGADO PROMISCO DEL CIRCUITO DE FAMILIA DE INÍRIDA – GUAINÍA**, para que continúe con la investigación, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído, a quien se le remitirá la actuación para lo pertinente.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00

53

SEGUNDO: REMÍTASE copia de esta decisión al señor JOSE LUIS MELO LOPEZ, en su condición de Capitán de la comunidad Indígena de Concordia – Jurisdicción del Departamento del Guainía, para su correspondiente información.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO

Presidente

**FIDALGO JAVIER ESTUPIÑÁN CARVAJAL
WALTEROS**

Vicepresidente

MAGDA VICTORIA ACOSTA

Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M. P. Dr. FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Radicado No. 110010102000201802732 00**

54

**JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ
Magistrada**

**MARÍA LOURDES HERNÁNDEZ MINDIOLA
Magistrada**

**ALEJANDRO MEZA CARDALES
Magistrado**

**CAMILO MONTOYA REYES
Magistrado**

**PAULA JULIE CARRILLO CASTAÑO
Abogada grado 21**