



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

**CONFLICTO POSITIVO DE JURISDICCIÓN / Ordinaria Penal -  
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.**

Esta confluencia de factores, en el caso de autos amerita que la ponderación entre la protección de la diversidad étnica y cultural y los derechos de la víctima se incline en favor de esta última.

Se adscribe competencia a la Jurisdicción Ordinaria Penal, por cuanto en este caso no se cumple con los elementos Personal, Territorial, Orgánico (en cuanto a la víctima) y objetivo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



*Sala Jurisdiccional  
Disciplinaria*

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA  
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA**

## **HAY DETENIDO**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017) \*

Magistrada Ponente Doctora **JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ**

Radicación No. **110010102000 201603657 00 (12420-31)**

Aprobado según Acta de Sala No. 34

### **ASUNTO**

Procede la Sala a dirimir el conflicto positivo de jurisdicciones suscitado entre el **JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SILVIA (Cauca)** y el **CABILDO INDÍGENA DE PANIQUITÁ (Cauca)**, con ocasión del conocimiento del proceso penal que por el delito de Actos Sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, se adelanta contra el señor **LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO**, por hechos ocurridos con su sobrina L.M.C.C., en el corregimiento de PANIQUITÁ – Vereda Las Delicias - Municipio de Totoró (Cauca).

### **HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL**

1.- Los hechos materia de investigación fueron expuestos en el escrito de acusación elaborado por la Fiscalía Primera Seccional de Popayán, donde se expuso que la menor L.M.C.C., en entrevista rendida el 29 de junio de 2012, ante la Defensoría de Familia – Centro Zonal Indígena Regional Cauca, informó que durante el primer semestre del año 2012, fue accedida carnalmente en tres ocasiones por su tío **LUIS CARLOS CAMAYO**

ZAMBRANO, quien entraba a su cuarto en horas de la mañana cuando su abuela y su padre estaban ocupados y la llevaba a su cuarto, donde la penetraba por la fuerza vía vaginal y analmente, lo cual le producía mucho dolor, y cuando intentaba gritar él se lo impedía porque era más fuerte.

Agregó que informó lo sucedido a su abuela y a su padre quienes regañaron a su tío, pero pese a ello continuó abusándola, agregando que no volvió a decirles nada porque aquellos la regañaban.

La menor fue valorada por una médico forense y por la psicóloga forense quienes conceptuaron que presentaba desfloración antigua y que su relato de los hechos era coherente, claro, espontáneo y detallado y coincidía con los otros elementos allegados al expediente, indicando además que la menor para la fecha de los hechos tenía 11 años, por lo cual el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Silvia- Cauca, ordenó la captura del señor LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO, la cual se produjo el 2 de diciembre de 2015 (fls. 1 a 31 c. anexo No. 1 y CD).

La Sala desde ya debe precisar que en esta decisión, acorde a lo previsto en la Ley 1098 de 2006, utilizará las iniciales del nombre de la víctima; ello por cuanto en el escrito de acusación fue consignado su nombre completo.

**2.-** Por los anteriores hechos, la Fiscalía Primera Seccional de Popayán, el 23 de diciembre de 2015 acusó al ciudadano **LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO**, por el delito de Actos Sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, al recaer la conducta en su

sobrina menor de 11 años para la época de los hechos L.M.C.C., y el 31 de mayo de 2016, el Juez Promiscuo del Circuito de Silvia – Cauca, llevó a cabo audiencia de formulación de acusación (fls. 55 a 59 c. anexo No. 1)

**3.-** El señor LEONARDO VELASCO CAMAYO, quien afirmó ser el Gobernador y representante judicial del citado Cabildo señaló en escrito presentado el 25 de febrero del año 2016, que en su calidad de autoridad tradicional indígena, solicitaba la entrega del señor LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO, para poder continuar su proceso bajo sus usos y costumbres, dada la calidad de miembros de su comunidad, del señor CAMAYO ZAMBRANO y la de la supuesta agredida (fls. 38 a 39 y 50 a 54 c. anexo No. 1).

**4.-** En la Audiencia de formulación de acusación, realizada el 31 de mayo de 2016, por la Juez Promiscuo del Circuito de Silvia – Cauca, la Juez concedió la palabra al Gobernador del Resguardo de PANIQUITÁ de Totoró – Cauca, para que sustentara su solicitud de que el caso fuera remitido a su jurisdicción, afirmando que los implicados son miembros del Cabildo, solicitud que fue coadyuvada por la defensa técnica.

Al respecto manifestó la representante de la Fiscalía que se oponía a la solicitud toda vez que no se cumplían a cabalidad los requisitos que establece la Jurisprudencia para estos efectos, posición que también fue asumida por la Juez que conoce del asunto, quien consideró que la competencia debía permanecer en la Jurisdicción Ordinaria, toda vez que

no se encuentra debidamente acreditado el requisito orgánico e institucional en cuanto a la protección y garantías de la víctima.

Por lo anterior, la Juez Promiscuo del Circuito de Silvia – Cauca, consideró trabado el conflicto de competencias entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena, y en consecuencia ordenó suspender el trámite procesal y remitir el asunto a esta Sala a fin de que defina el conflicto de jurisdicciones presentado. (fls. 55 a 57 c. anexo No. 1).

### **ACTUACIÓN EN ESTA INSTANCIA**

1.- Mediante auto de 2 de diciembre de 2016, 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 Resguardo Indígena PANIQUITÁ DE TORORÓ -CAUCA.*

- *Su ubicación geográfica, indicando puntualmente cuales son los municipios de circunscripción del Cabildo.*
- *Quien se encuentra registrado como Gobernador, Cacique o Taita del Resguardo Indígena PANIQUITÁ DE TORORÓ -CAUCA.*
- *Si el señor LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.529.449, se encuentra inscrito en los listados de la comunidad de los últimos cinco años como comunero del Resguardo Indígena PANIQUITÁ DE TORORÓ -CAUCA.*

Y en segundo lugar, se ordenó a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura oficiar al Resguardo Indígena PANIQUITÁ DE TORORÓ – Departamento del Cauca para que informaran a este despacho:

- *Cuáles son las reglas para resolver conflictos por agresiones sexuales entre familiares integrantes del Cabildo Indígena.*
- *Cuáles son las sanciones para el comunero que comete un acto contra la libertad sexual de otro miembro de la comunidad.*
- *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).*
- *Indicar en forma clara si la conducta por la que se investiga al comunero LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO, se encuentra consagrada como delito y sancionada en el Reglamento Interno del Resguardo.*
- *Cuales son garantías de las víctimas y su grupo familiar, cuando se presenta una conducta atentatoria de la libertad sexual, por parte de otro miembro de la comunidad.*

- *Cuáles son las medidas de protección que tiene establecidas la comunidad cuando un menor es víctima de la conducta de otro comunero del resguardo, miembro de su mismo grupo familiar, 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 una conducta contra la libertad sexual de un miembro de su familia menor de edad 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 una conducta contra la libertad sexual de un miembro de su familia menor de edad 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 del Resguardo Indígena PANIQUITÁ DE TORORÓ -CAUCA.”(fls. 5 a 8 c.o.)*

2.- En cumplimiento del referido auto el señor LEONARDO VELASCO CAMAYO, Gobernador del Cabildo PANIQUITÁ de Totoró, procedió a dar respuesta a la solicitud enviada por esta Corporación, informando que:

*“- Las reglas establecidas por el cabildo desde hace algunos años cuando se presentan situaciones de índole de agresiones sexuales y que fueran en contra de la moral, se determinan en un reglamento interno vigencia 1989, y posterior a este un Manual de Convivencia del año 2003 aplicando derecho mayor y derecho propio, y no solo para el cabildo sino en todo el territorio en el caso de los comuneros.*

1.- *Las sanciones para los comuneros están establecidas en un manual de convivencia, que está por ser aprobado, pero que el*

*cabildo como autoridad tradicional puede aplicar teniendo en cuenta características del orden judicial, siempre desde años anteriores hemos trabajado de la mano con organizaciones del índole estatal, comisaria de familia, fiscalía, I. C.B.F y de hecho son los que nos dan pautas de orientación para seguir el debido proceso. Respetando como autoridad que somos nosotros, los que establecemos las medidas disciplinarias teniendo en cuenta los derechos y deberes de los comuneros.*

*1.-La función de acusación, está establecido que debe ser del índole personal el que coloca la queja persona establecida dentro del derecho propio es cada comunero, el cabildo hace la recepción, mediante un integrante del cabildo que es en orden de jerarquía, el Alcalde Mayor. Y posterior a ello se realiza el juzgamiento por parte de la autoridad tradicional.*

*4.- Los acusados indígenas, tienen en sí, su defensa y también pueden recurrir para ello a un abogado, en caso contrario es el cabildo el que determina modos de acusación y juzgamiento.*

*5.-En el manual de convivencia están estipuladas como delitos todas las acciones que se cometan del orden de agresiones sexuales (acoso, acto sexual abusivo, acceso carnal violento).*

*6.- Las garantías que se brindan a las víctimas y su núcleo familiar, es la protección por parte de la guardia indígena en caso de que pudieran ser agredidas, atención de un especialista en estos casos psicólogos.*

*7.- Las medidas de protección establecidas cuando un menor es víctima de la conducta de otro comunero, es la disposición de la guardia indígena las 24 horas. Si es de su mismo grupo familiar debe aislarse al agresor y estas medidas de protección están garantizadas por la autoridad tradicional.*

*8.-En los casos de reiteradas incursiones en conductas por parte de algún comunero, los procedimientos que se siguen es que la guardia indígena lo recoja y lo lleve a las instalaciones del cabildo donde se cuenta con un espacio de armonización y reflexión.*

*9-. Las sanciones establecidas para quienes cometen una conducta contra la libertad sexual de un miembro de la familia menor de edad son 72 horas en el espacio de armonización y reflexión (calabozo), posterior a ello y teniendo en cuenta el debido proceso para el infractor, se sanciona teniendo en cuenta la gravedad de la falta que puede estar entre uno, diez, veinte o más años. La ejecuta la justicia ordinaria y se cumple en una penitenciaria.*

*10-. Sobre el plan de vida nuestro territorio lo está implementando de acuerdo a los usos y costumbres.”.(fls. 14 a 17 c.o.).*

**4.-** A su turno, la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, afirmó que una vez consultadas las bases de datos institucionales de esa Dirección, podía certificar la existencia del Resguardo Indígena PANIQUITÁ, en jurisdicción del municipio de Totoró, Departamento del Cauca, cabildo de origen colonial, por lo cual no puede certificar los municipios a los cuales se circunscribe su ubicación geográfica, agregó además que se encuentra registrado como Gobernador del referido Cabildo el señor LEONARDO VELASCO CAMAYO, identificado con cédula de ciudadanía número 10.298.678 expedida en Popayán, según acta de posesión número 002 de fecha 1 de enero de 2016, suscrita por la Alcaldía Municipal de Totoró, para el período del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016.

Afirmó además que de conformidad con los listados censales aportados por el Cabildo para los años 2012, 2015 y 2016 así como el Sistema de Información Indígena de Colombia, el señor LUIS CARLOS CAMAYO

ZAMBRANO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.529.449, figuran como integrante de la citada parcialidad (fls. 18 y 19 c.o.).

## CONSIDERACIONES

### 1.- Competencia

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

En tal sentido 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 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 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 1994<sup>1</sup>; C-139 de 1996<sup>2</sup>; T-523 de 1997<sup>3</sup>; T-266 de 2001<sup>4</sup>; T-1127 de 2011<sup>5</sup>; T-048 de 2002<sup>6</sup>; T-811 de 2004<sup>7</sup> y las más recientes sentencias, relacionadas con casos de homicidio y

---

<sup>1</sup> MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>2</sup> MP. Carlos Gaviria Díaz

<sup>3</sup> MP. Carlos Gaviria Díaz

<sup>4</sup> MP. Carlos Gaviria Díaz

<sup>5</sup> MP. Jaime Araujo Rentería

<sup>6</sup> MP. Álvaro Tafur Galvis

<sup>7</sup> MP. Jaime Córdoba Triviño

delitos contra la libertad sexual T-552 de 2003<sup>8</sup>; T-617 de 2010<sup>9</sup> ; T-002 de 2012<sup>10</sup>;T-196 de 2015<sup>11</sup> y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia radicados 46.556<sup>12</sup> y 34.461<sup>13</sup>; 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**

Se pretende definir el presente conflicto de Jurisdicciones invocado por el señor LEONARDO VELASCO CAMAYO, representante judicial del Cabildo de PANIQUITÁ, con ocasión del conocimiento del proceso penal que por el delito de Actos Sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, se adelanta contra el señor LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO, por hechos ocurridos con su sobrina L.M.C.C., en el corregimiento de PANIQUITÁ – Vereda Las Delicias - Municipio de Totoró (Cauca).

### **4. El ámbito de la jurisdicción indígena**

---

<sup>8</sup> MP. Rodrigo Escobar Gil

<sup>9</sup> MP. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>10</sup> MP. Juan Carlos Henao Pérez

<sup>11</sup> MP. María Victoria Calle Correa

<sup>12</sup> MP. Fernando Alberto Castro Caballero

<sup>13</sup> MP. Javier Zapata Ortiz

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 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**

<b>Definición</b>	<b>Criterios de interpretación relevantes</b>
El acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenece a una comunidad indígena.	<p>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</p> <p>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.</p>

**Cuadro 2:**

<b>Elemento personal</b>
--------------------------

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 fuero 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:**

<b>Elemento personal</b>		
<b>Caso:</b> 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)		
<b>Criterio de interpretación:</b> 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>		
<b>Respuesta</b>	<b>Subreglas de interpretación</b>	<b>Posible consecuencia</b>
<p><b>a. Afirmativa:</b></p> <p>El indígena <b>sí</b> 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>b. Negativa:</b></p> <p>El indígena <b>no</b> incurrió en un <i>error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural</i> y <i>valorativa</i>.</p>	<p>El indígena entiende que su conducta es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional</p>	<p>La sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.</p>
--	---	---

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*<sup>14</sup>.

Así entonces en torno al **elemento personal**, de cara a los elementos de prueba allegados al informativo es irrefutable la condición de indígena del implicado, **LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO**; no solo por lo señalado por el Gobernador del Cabildo quien certificó que el sindicado y la menor L.M.C.C., son comuneros de ese Resguardo (fls. 40 y 41 c. anexo No. 1), sino también por lo expuesto por la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom y Minorías del Ministerio del Interior, quien afirmó que de conformidad con los listados censales aportados por el Cabildo para los años 2012, 2015 y 2016, así como el Sistema de Información Indígena de Colombia, el señor LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.529.449, figuran como integrante de la citada parcialidad, para el momento de los hechos denunciados (fls. 18 y 19 c.o.).

Por lo anterior, y examinados los elementos de prueba allegados en la carpeta de investigación penal y el sitio en el cual sucedieron los hechos, en el corregimiento de PANIQUITÁ – Vereda Las Delicias - Municipio de Totoró (Cauca) para esta Corporación surge como evidente que el acusado y la víctima son miembros del Resguardo Indígena PANIQUITÁ, por lo cual se puede concluir que en el caso del señor **LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO**, se cumple con el elemento personal.

---

<sup>14</sup>Sentencia C-370 de 2002. Énfasis fuera de texto

## 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*”<sup>15</sup>. 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.

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:

---

<sup>15</sup> 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 (...)”.

**Cuadro 4:**

<b>Elemento territorial</b>	
<b>Definición</b>	<b>Criterios de interpretación</b>
Siguiendo el artículo 246 de la Constitución Política, las comunidades indígenas pueden ejercer su autonomía jurisdiccional dentro de los límites que demarcan sus territorios.	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.
	b. El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo.  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.

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 corregimiento de PANIQUITÁ – Vereda Las Delicias - Municipio de Totoró (Cauca), sitio en el cual está ubicado el Resguardo Indígena de PANIQUITÁ (fls. 38 a 39 c.o.), es decir, los hechos ocurrieron en el territorio del Resguardo, donde residían tanto el agresor como su víctima,

circunstancia que desde ya permite colegir que los hechos materia de investigación se registraron dentro de la zona geográfica de la comunidad aborígen.

Por lo anterior, acorde a los tópicos y circunstancias examinadas, esta Superioridad considera que 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:**

<b>Elemento institucional u orgánico</b>	
<b>Definición</b>	<b>Criterios de interpretación relevantes</b>
<p>Como su nombre lo indica, este elemento indaga por la existencia de una <b>institucionalidad</b> 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</p>	<p><b>1.La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado:</b></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</p>

<p>concepto <i>genérico</i> de social</p>	<p>nocividad</p>	<p>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> <hr/> <p><b>2. La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos:</b></p> <p>2.1. El derecho propio constituye un verdadero sistema jurídico particular e independiente.</p> <p>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 <i>predecibilidad</i> o <i>previsibilidad</i> de las actuaciones de las autoridades indígenas dentro de las costumbres de la comunidad, y a la existencia de un concepto genérico de <i>nocividad social</i>.</p>
---	------------------	---

	<p><b>3. La satisfacción de los derechos de las víctimas:</b></p> <p>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.</p>
--	--

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, el señor Gobernador del Cabildo Indígena PANIQUITÁ, el cual reclama la competencia para conocer la investigación en contra del comunero LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO, afirmó que tiene normas, procedimientos y sanciones de carácter consuetudinario, para investigar y juzgar a los comuneros adscritos a su comunidad; no es menos cierto que esta comunidad en su respuesta de 11 de enero de 2017, obrante a folios 14 a 17 del cuaderno original, al responder la solicitud de esta

Corporación respecto de los aspectos por los cuales se le interrogó de manera puntual, indicó lo siguiente:

Con relación a las reglas para resolver conflictos por agresiones sexuales entre padres e hijos integrantes del Cabildo Indígena, afirmó el Gobernador que *“Las reglas establecidas por el cabildo desde hace algunos años cuando se presentan situaciones de índole de agresiones sexuales y que fueran en contra de la moral, se determinan en un reglamento interno vigencia 1989, y posterior a este un Manual de Convivencia del año 2003 aplicando derecho mayor y derecho propio, y no solo para el cabildo sino en todo el territorio en el caso de los comuneros”*, es decir solamente explicó que las reglas están en un reglamento interno y en un Manual de convivencia, pero no indicó cuáles eran esas reglas, respuesta que no permite a la Sala dilucidar cómo se resuelven en la comunidad Indígena este tipo de conflictos.

Aunado a lo anterior, en cuanto hace relación a las sanciones a imponer a un comunero que comete un acto contra la libertad sexual de otro miembro de la comunidad, explicó inicialmente el señor Gobernador que *“Las sanciones para los comuneros están establecidas en un manual de convivencia, que está por ser aprobado, pero que el cabildo como autoridad tradicional puede aplicar teniendo en cuenta características del orden judicial, siempre desde años anteriores hemos trabajado de la mano con organizaciones del índole estatal, comisaria de familia, fiscalía, I. C.B.F y de hecho son los que nos dan pautas de orientación para seguir el debido proceso. Respetando como autoridad que somos nosotros, los que establecemos las medidas disciplinarias teniendo en cuenta los derechos y deberes de los*

*comuneros”, y posteriormente que “Las sanciones establecidas para quienes cometen una conducta contra la libertad sexual de un miembro de la familia menor de edad son 72 horas en el espacio de armonización y reflexión (calabozo), posterior a ello y teniendo en cuenta el debido proceso para el infractor, se sanciona teniendo en cuenta la gravedad de la falta que puede estar entre uno, diez, veinte o más años. La ejecuta la justicia ordinaria y se cumple en una penitenciaría”.*

Es decir no hay sanciones establecidas en la comunidad para este tipo de conductas, pues las mismas están en un manual de convivencia que todavía **no ha sido aprobado**, y respecto de la otra respuesta, considera esta Corporación que una sanción de 72 horas de detención en un centro de reflexión (calabozo), es del todo insuficiente respecto del delito cometido, y la otra afirmación sobre una sanción de uno, diez, veinte o más años, que debe ser ejecutada por la Jurisdicción Ordinaria y en una penitenciaría, sin explicar cuáles son los criterios para optar por una u otra, genera un panorama de duda, lo cual permite colegir que el sistema de justicia de la comunidad es incipiente y deja en evidencia que el Resguardo no tiene herramientas para ejecutar la sanción y tampoco un sitio donde se pueda cumplir la pena, por lo cual pretende acudir a la Jurisdicción Ordinaria y a las instalaciones carcelarias de la cultura mayoritaria, para que se pueda dar cumplimiento a la presunta condena que se imponga al agresor.

En relación con la pregunta sobre quien ejerce la función de acusación y juzgamiento en el Resguardo y el ejercicio de la defensa del acusado, explicó el señor Gobernador que ésta función *“debe ser del índole personal*

*el que coloca la queja persona establecida dentro del derecho propio es cada comunero, el cabildo hace la recepción, mediante un integrante del cabildo que es en orden de jerarquía, el Alcalde Mayor. Y posterior a ello se realiza el juzgamiento por parte de la autoridad tradicional”, pero posteriormente agregó que “Los acusados indígenas, tienen en sí, su defensa y también pueden recurrir para ello a un abogado, en caso contrario es el cabildo el que determina modos de acusación y juzgamiento”, en consecuencia, no es claro el procedimiento, pues inicialmente afirmó que una vez presentada la queja se realiza el juzgamiento, y luego que es el cabildo el que determina como se realiza la acusación y juzgamiento, e igualmente que el acusado puede ejercer su defensa o recurrir a un abogado, pero no se evidencia que estén establecidas reglas precisas para garantizar el debido proceso del acusado y de la víctima.*

En cuanto a la conducta por la que se investiga al comunero LUIS CARLOS CAMAYO ZAMBRANO, refirió que en el *“manual de convivencia están estipuladas como delitos todas las acciones que se cometan del orden de agresiones sexuales (acoso, acto sexual abusivo, acceso carnal violento)”*, pero como quiera que este manual aún no ha sido aprobado por la comunidad del Resguardo, ello genera dudas de la forma sobre la forma como pueden juzgarse este tipo de conductas.

Con relación a las garantías que se brindan a las víctimas y su núcleo familiar y las medidas de protección, respondió que se realiza *“protección por parte de la guardia indígena en caso de que pudieran ser agredidas”* las 24 horas, y además se les brinda la *“atención de un especialista en estos casos psicólogos”*, afirmando también que cuando el agresor es del

mismo grupo familiar de la víctima “*debe aislarse al agresor y estas medidas de protección están garantizadas por la autoridad tradicional*”.

Y finalmente, respecto de la pregunta sobre 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, explicó el señor Gobernador, que “*En los casos de reiteradas incursiones en conductas por parte de algún comunero, los procedimientos que se siguen es que la guardia indígena lo recoja y lo lleve a las instalaciones del cabildo donde se cuenta con un espacio de armonización y reflexión*”, indicando además indicó que la sanción por cometer una conducta contra la libertad sexual de un miembro de la familia menor de edad son 72 horas en el espacio de armonización y reflexión (calabozo).

Ahora, respecto al Plan de Vida de la comunidad indicó el Gobernador VELASCO CAMAYO que el mismo se “*está implementando de acuerdo a los usos y costumbres*”, de todo lo cual concluye esta Colegiatura que en este caso, no existen elementos de prueba para colegir que realmente exista algún procedimiento encaminado a la protección de la víctima de las conductas de agresión sexual cometidas por su tío, o se respeten sus derechos fundamentales, y mucho menos cual sería el procedimiento a seguir para castigar al agresor, cuáles son las sanciones para este tipo de delitos, como se imponen y cuál es la forma de garantizar su ejecución, 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 mínimo 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.

#### **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”<sup>16</sup>.*

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 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 2004<sup>17</sup>, ya recordaba la inaplicabilidad de un relativismo cultural incondicional, al determinar.

---

<sup>16</sup> Sentencia T-617 de 2010.

<sup>17</sup> MP.Jaime Córdoba Triviño

*“(…) 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(…)”**<sup>18</sup>.*

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

Cuadro 6:

---

<sup>18</sup> 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.

<b>Elemento objetivo</b>	
<p><b>Definición:</b> 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.</p>	
<b>Premisas que sustentan el elemento objetivo</b>	<b>Criterios de interpretación relevantes</b>
<p>1. Las jurisdicciones especiales ostentan un carácter excepcional.</p>	<p>a. La excepcionalidad de la jurisdicción especial indígena debe armonizarse con el principio de <i>maximización de la autonomía de las comunidades aborígenes</i>.</p>
<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>3. 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 que conciernen únicamente a la comunidad.</p>	<p>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 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</p>

	los fueros o en los fines de cada una de las jurisdicciones.
--	--

Bajo las anteriores previsiones, se trata entonces de establecer un elemento objetivo que respete la maximización de la autonomía sin exceder sus límites legítimos<sup>19</sup>. 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:

*“(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”<sup>20</sup>.*

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

---

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

<sup>20</sup> Sentencia T-617 de 2010.

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.

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 y libertad sexual ser bienes jurídicos que hacen parte de un consenso intercultural; al recaer la conducta de acceso carnal violento en una menor, no hay duda que el comportamiento examinado adquiere notoria gravedad dada la cláusula de prevalencia Superior de sus derechos, aspecto éste que sugiere, además de las fórmulas examinadas, la salvaguarda de intereses de superior jerarquía representados en los derechos de los niños, reconocidos por todos los tratados de derechos humanos, a los cuales ha adherido el Estado Colombiano y desarrollado entre otras preceptivas en la citada Ley 1098 de 2006; y ante lo cual la Corte Constitucional ha fijado reglas de interpretación en la sentencia T-811 de 2004, de cara a la pluralidad de ordenamientos jurídicos.

En esa perspectiva es necesario recordar que la Corte Constitucional en la pluricitada sentencia T-811 de 2004, frente a regímenes jurídicos en colisión como el que nos ocupa determinó:

*“(...) la Corte Constitucional ha configurado las reglas de interpretación a ser aplicadas cuando se presenten diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos. Ellas son:*

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

**7.2 Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.** *Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.*

**7.3 Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.** La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

**7.4 Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.** Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autoregulación por parte de las comunidades indígenas (...)<sup>21</sup>.

Y agregó,

---

<sup>21</sup> Subrayado fuera de texto

*“(...) En este sentido, el Convenio 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante Ley 21 de 1991, establece:*

*"Artículo 8o.*

*1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*

*2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

*3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.*

*"Artículo 9º*

*1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (...)"*

Bajo ese precedente constitucional de enorme valía para la línea jurisprudencial de esta Colegiatura, pero extrañamente olvidado por la línea reciente y derivada de la Corte Constitucional así como por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el interés superior de proteger los derechos fundamentales del menor es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, de donde la obligación de asistencia y protección se

encamina a garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndosele tal responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado -Nación, los cuales participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos; ello sin perjuicio del pluralismo cultural y jurídico.

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 personal, territorial, orgánico y objetivo, tal y como se plasmó en precedencia no se cumplen en la forma y términos arriba señalados.

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 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 (...)**<sup>22</sup>. (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 los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos, que*

---

<sup>22</sup> 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”.

*respondan a la protección integral, al tipo de delito, a su interés superior y a la prevalencia de sus derechos.  
(...)”. (sfdt)*

### **Ley 1236 de 2008**

*“(...)”*

*ARTÍCULO 1o. El artículo 205 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así:*

*“Artículo 205. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.*

Igualmente 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 2008<sup>23</sup>, 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:*

---

<sup>23</sup> 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.

- **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 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)*

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 la víctima (menor de edad) se incline en favor de esta última e imponen que el asunto continúe en conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria, y así se declarará.

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 competencia para conocer de la presente investigación en la Jurisdicción Penal Ordinaria, representada para este momento por el **Juzgado Promiscuo del Circuito de Silvia (Cauca)**, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído, a quien se le remitirá la actuación para lo pertinente.

**SEGUNDO: REMÍTASE** copia de esta decisión al Cabildo Indígena de PANIQUITÁ, corregimiento de PANIQUITÁ, Municipio de Totoró (Cauca), para su correspondiente información.

## **COMUNÍQUESE y CÚMPLASE**

**PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO**  
Presidente

**JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ**  
Vicepresidenta

**MAGDA VICTORIA ACOSTA WALTEROS**  
Magistrada

**FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL**  
Magistrado

**MARÍA LOURDES HERNÁNDEZ MINDIOLA**  
Magistrada

**CAMILO MONTOYA REYES**  
Magistrado

**JULIO CÉSAR VILLAMIL HERNÁNDEZ**  
Magistrado

**YIRA LUCIA OLARTE ÁVILA**  
Secretaria Judicial

