www.legismovil.com 001

REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

Bogotá D. C.,

Aprobado según Acta N°

Magistrado Ponente: Doctor **ANGELINO LIZCANO RIVERA.**

RAD. **N°110010102000201302512 00**

Referencia	Conflicto de Jurisdicciones
Colisionados	Jurisdicción Ordinaria **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL** de Chaparral – Tolima y la Indígena - **CABILDO VINOLLANOGRANDE** de San Antonio en el mismo Departamento.
Tema	Diligencias contra **JAIRO LUIS DOMÍNGUEZ ZAMBRANO,** por el presunto delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de 14 Años.
Decisión	Asigna a la Jurisdicción Ordinaria

TEMA A DECIDIR

Procede la Sala a definir el *conflicto positivo de jurisdicciones*, suscitado entre la justicia ordinaria representada en el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL** de Chaparral – Tolima y la Indígena en cabeza del **CABILDO VINOLLANOGRANDE** del municipio de San Antonio – Tolima, para conocer la actuación penal adelantada contra el señor **JAIRO LUIS DOMÍNGUEZ ZAMBRANO**, por el presunto delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de 14 años.

ANTECEDENTES

Hechos. Del escrito de acusación del 10 de mayo de 2013, se tiene lo siguiente: "*Refiere el Comisario de Familia que de acuerdo a lo manifestado por la niña A.K.C.[1], de 11 años, hace dos meses fue tocada en sus partes íntimas, en palabras de la niña me propuso que me dejara penetrar de el pero yo le dije que no porque me daba miedo y además me proponía palta entre $5.000 y $10.000 cuando estábamos solos.*

---

[1] No se escribe el nombre de la víctima por ser menor de edad, en concordancia con el Código de la Infancia y Adolescencia.

El señor se desvestía ante mi y me obligaba a que él tocara sus partes íntimas, pero nunca hubo sexo oral con el, por que yo le que me daba miedo. Que las demás amenazas consistían en lo siguiente: "si yo no volvía entonces, iba a saber quien era él, además me decía que si yo le decía a alguien lo que estaba sucediendo que se iba del pueblo para donde la familia que tenía en el pueblo". Yo decidí contarle a mi mamá por que la profesora le contó a mi mamá que yo aparecía con mucha plata en el Colegio, con $15.000 a $20.000. ahí mi mamá me interrogó del origen de la plata y le dije que el robaba plata a mi papá, pero al final le confesé lo que estaba pasando" (fl.94 c.o. Sic para lo transcrito).

Reseña de lo actuado.

* El **Juzgado Segundo Penal Municipal de Chaparral** - Tolima, en la Audiencia Preliminar del 6 de marzo de 2013, en Función de Control de Garantías, reconoció a la Fiscalía 28 Seccional de esa Localidad para argumentar sus solicitudes. Entonces, ordenó librar la boleta de captura. Frente a las anteriores decisiones no se interpusieron recursos (fl.45 c.o).

El día 12 de marzo de 2013, fue capturado el indiciado, conforme al Acta de Derechos del Capturado N°FPJ-6 (fl.78 c.o,)

* El 12 de marzo de 2013, el ***Juzgado Primero Municipal con Funciones de Control de Garantías*** de Chaparral – Tolima, realizó la Audiencia de Legalización de Captura, Imputación y Solicitud de Medida de Aseguramiento, donde el señor Fiscal 28 Seccional de esa Localidad, indicó que los hechos ocurrieron a partir del 1° junio de 2012, hasta el 31 de julio de 2012 en el perímetro urbano de San Antonio- Tolima; entonces le elevó imputación al indiciado como presunto responsable del delito de Actos Sexuales Abusivos con menor de 14 años, conforme al artículo 209 del Código Penal - modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008, la cual preveía una pena de 9 a13 años. Enteró al señor Jairo Luis Domínguez

www.legismovil.com 002

www.legismovil.com 003

Zambrano que según la Ley 1098 de 2006 – Ley de Infancia y Adolescencia, esa conducta no contaba con rebajas o beneficios, así se allanara a los cargos.

Luego, el Despacho a cargo de la diligencia, enteró al indiciado del contenido del artículo 8 de la Ley 906 de 2004 (guardar silencio y no auto incriminarse), le preguntó que si había entendido la imputación hecha por la Fiscalía, a lo cual respondió afirmativamente, pero negó allanarse a los cargos.

Intervino la Fiscalía para pedir medida de aseguramiento contra el señor Jairo Luis Domínguez Zambrano conforme a lo establecido en el artículo 307 Literal A – numeral 1, en concordancia a con el articulo 308,310 ,311 y 313 del Código de Procedimiento Penal, la que sustentó en el peligro que éste representa para la víctima, dada su vecindad de residencia y la posibilidad que continúe con su comportamiento delictivo; al igual que también se cumplía el requisito objetivo, en tanto la pena a imponer para este caso excede los 4 años de prisión.

Por su parte la defensa del encartado, pidió la imposición de medida de aseguramiento a su patrocinado, pero en el domicilio al tener arraigo en San Antonio y no constituía peligro a al comunidad ni a la víctima.

El titular del *Juzgado Primero Municipal con Funciones de Control de Garantías* de Chaparral – Tolima, indicó que una vez estudiados los elementos materiales probatorios expuestos por la Fiscalía, así como de su argumentación se infería razonablemente que el imputado *Jairo Luis Domínguez Zambrano*, podía ser el autor de la conducta de Actos Sexuales Abusivos con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 del Código Penal, modificado por la Ley 1236 de 2008 en su articulo 5°.

www.legismovil.com 004

Aunado a lo anterior, dijo el Juez, se logró determinar que el imputado sí representaba peligro para la víctima, por tanto, el Despacho considera que *Jairo Luis Domínguez Zambrano,* por lo que debía permanecer privado de su liberad en establecimiento carcelario, a tenor de lo dispuesto en los artículos 307 Literal A numeral ¡1°; 308 numeral 2 desarrollado en el canon 310 numeral 11, 311 313 numeral 2. En consecuencia, consideró necesaria, adecuada, proporcionada y razonable, imponerle a *Jairo Luis Domínguez Zambrano* medida de aseguramiento consistente en detención en establecimiento de reclusión, ;de acuerdo a lo normado en el artículo 307 - literal A numeral 1 del Código de Procedimiento Penal y ordenó librar la correspondiente orden de detención ante el Director del Establecimiento Carcelario de ese municipio. Notificados en estrados de la anterior decisión, ninguna de las partes interpuso recursos (fls.87-89 c.o.).

El 24 de mayo de 2013, la Fiscal 289 Seccional solicitó la audiencia de legalización de captura (fls. 7-8 c.o.).

* Solicitud del **Cabildo Vinollanogrande** del municipio de San Antonio – Tolima, por oficio del 5 de julio de 2013, la señora María Argenis Villanueva Torres, en su condición de Gobernadora de esa comunidad, afiliada al Consejo Regional Indígena del Tolima CRIT- solicitó el traslado inmediato del señor Jairo Luis Domínguez Zambrano, con cédula de ciudadanía N°7.443.472 *de Barranquilla-* Atlántico a su jurisdicción, por cuanto aquel se encontraba empadronado allí y ésta – su comunidad se encontraba registrada en la Dirección de Asuntos Étnicos del Ministerio del Interior, con la Resolución N°5594 del 1° de diciembre de 1998.

www.legismovil.com 005

Dijo la petición solo buscaba que ellos mismos adelantaran la audiencia pública al interior de la comunidad con los implicados dentro del mencionado proceso de acuerdo a sus usos y costumbres y reglamento interno (fls.3-4 c.o.).

Audiencia para definir el conflicto. El **Juzgado Segundo Penal Municipal de Chaparral** - Tolima, previa citación (fls.14-26 c.o.) en Audiencia del 10 de septiembre de 2013, se entró a definir la María Argenis Villanueva Torres – Gobernadora del **Cabildo Vinollanogrande** del municipio de San Antonio – Tolima, quien previa autorización reiteró su intención de trabar el conflicto, para que las diligencias fueran enviadas a su jurisdicción en el entendido que el señor Jairo Luis Domínguez Zambrano, era miembro de su comunidad. Entonces su fundamento no era otro que la Ley 89 de 1990, el Decreto 29 de 1948 (fls.28 c.o.)

La Fiscalía por su parte indicó que: "*Teniendo en cuenta el principio de buena fe, solicito al señor juez acepte el conflicto de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura, ya que la justicia ordinaria es la competente para conocer esta investigación, de acuerdo al artículo 246 de la C.N. Quiero informar a los honorables Magistrados y en esta audiencia que los hechos ocurrieron el 31 mayo de 2.012, en la jurisdicción de san Antonio, donde fue víctima la menor A.K.C.M., del delito de Actos Sexuales con Menor de 14 Años, el día 12 de marzo de 2.013 . Por estos hechos, se realizó la audiencia concentrada ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Garantías, imponiéndole medida de aseguramiento detención preventiva intramural el 10 de mayo de 2.013 y estando dentro del termino legal se presentó escrito de acusación ante el Juzgado Penal, por estas razones, consideramos que la justicia ordinaria es la competente para conocer esta investigación arto 247 de la Constitución Nacional. El factor geográfico no se cumple, el hecho tuvo ocurrencia en el sector urbano del municipio de San Antonio. Hay un elemento objetivo por que este hecho, se construye con la gravedad de la conducta, en este caso que nos ocupa estamos frente a un ilícito que ataca la integridad sexual de una menor que no pertenece a ese cabildo indígena* (fl. 29 c.o.).

La defensa del indiciado indicó que no había problema alguno con que se remitieran las diligencias a ésta Superioridad (fl.29. c.o).

El Despacho decidió enviar las diligencias a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que se resolviera el conflicto, conforme al numeral 6 del artículo 256 Constitucional y numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996 (fls.28-30 CD audiencia).

CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es competente para dirimir los conflictos trabados entre distintas jurisdicciones, conforme los numerales 6 del artículo 256 de la Constitución Política y 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996.

Así las cosas, procede la Sala a definir el *conflicto positivo de jurisdicciones*, suscitado entre la justicia ordinaria representada en el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL** de Chaparral – Tolima y la indígena en cabeza del **CABILDO VINOLLANOGRANDE** del municipio de San Antonio – Tolima, para conocer la actuación penal adelantada contra el señor **JAIRO LUIS DOMÍNGUEZ ZAMBRANO**, por el presunto delito de Actos Sexuales Abusivos con menor de 14 años.

Fuero indígena alcance y elementos. Prima *facie* resulta oportuno señalar que fue voluntad del Constituyente de 1991 reconocer la defensa de las minorías étnicas, razón por la cual y en consonancia con la jurisprudencia Constitucional, se incorporó en el texto de la Carta Magna una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de su *"integridad cultural, social y económica, su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, la consagración de sus resguardos como propiedad colectiva de carácter inalienable, y, de los territorios indígenas como entidades territoriales al lado de los municipios, los distritos y los propios departamentos..."*[2].

[2] Sentencia No. T-605/92

www.legismovil.com 006

www.legismovil.com 007

Fiel reflejo de lo anterior es el mandato que prevé el artículo 246 Superior que consagra: *"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".*

A su vez, la Corte Constitucional en pronunciamiento C-139 de 1996 al estudiar y fijar el alcance del canon ya referido enseñó:*"El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de "normas y procedimientos"-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad".*

Igualmente, y en atención a que del reconocimiento que la Carta Magna hizo de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los integrantes de las comunidades indígenas a un fuero, el Alto Tribunal sobre los derechos que les asiste en tal sentido a los nativos explicó: *"...el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso"* [3].

---

[3] Sentencia T-496 de 1996

www.legismovil.com 008

Ahora bien, sobre el punto neurálgico que nos ocupa, a efectos de resolver el presente conflicto, por vía jurisprudencial más exactamente en la sentencia de tutela en la cual fungió como ponente el Magistrado doctor Carlos Gaviria Díaz, a propósito de los parámetros que se han de tener en cuenta para definir cuál es la jurisdicción competente para juzgar a un sujeto indígena se dijo:*"En la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad"*.

En el anterior orden de ideas, resulta oportuno acotar que no solo el lugar en donde se hayan consumado los hechos objeto de investigación penal determina la autoridad encargada de investigar y someter a juicio al integrante de la comunidad que se le imputa la comisión de tal o cual comportamiento criminoso, sino que además, se debe considerar las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y afectación del individuo frente a la sanción entre otros, pues en términos de la Corte Constitucional "*La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable*". (Sentencia T-496 de 1996).

Así las cosas, además de lo anterior en el fallo de tutela ya referido se precisaron de manera puntual ciertas reglas interpretativas establecidas por la máxima instancia de control constitucional que deben servir de guía para abordar la solución del conflicto como

www.legismovil.com 009

el que hoy ocupa la atención de la Sala a saber :"En caso de conflicto entre el interés general y otro interés particular protegido constitucionalmente la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto a la luz de los principios y valores constitucionales.[4] Y en el mismo sentido: *"(...)El derecho colectivo de las comunidades indígenas, a mantener su singularidad, puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad..."*[5]

Pero adicionalmente, el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sede de tutela fue enfático al señalar que: *"...las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional". En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos".*

Ahora, recientemente la Corte Constitucional sobre la materia en las sentencias T-617 del 5 de agosto de 2010 y T-002 de 2012, sobre los criterios a tener en cuenta al momento de

---

[4]Corte Constitucional. Sentencia T-428/92. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

[5] Corte Constitucional, Sentencias 254/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también la sentencia C-136/96.

www.legismovil.com 010

desatar conflictos de jurisdicciones entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, señaló como elementos estructurales del fuero los siguientes:

1. Elemento personal
2. Elemento territorial
3. Elemento institucional y
4. Elemento objetivo

Elemento Personal. El acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenece a una comunidad indígena. Es 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.

Sobre este aspecto la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia T- 610 de 2010, al desarrollar la noción del elemento personal y los criterios de interpretación que debe tener en cuenta el juez, cuando este no concurre con el elemento territorial y las soluciones frente a las aleatorias posibilidades que debe enfrentar el operador judicial, los resumió de la siguiente manera:

Elemento Personal

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

www.legismovil.com 011

	determinar la conciencia o identidad étnica del individuo.

Cuadro N°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 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.

Así, se establece por el Alto Tribunal Constitucional, una serie de elementos interpretativos a tenerse en cuenta para determinar si el individuo, al momento de cometer la conducta suciamente reprochable, entendía o no la ilicitud de esta, es decir si incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa, que de arrojar una conclusión positiva, deberá dar aplicación a la figura del fuero indígena, es decir que el individuo debe ser puesto en manos de las autoridades tradicionales.

www.legismovil.com 012

Cuadro N°3.

Elemento Personal		
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).*		
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 *error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa.*		
Respuesta	Subreglas interpretación	Posible consecuencia
a. Afirmativa. El indígena **sí** incurrió en un *error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa* de manera que desplegó una conducta ilícita de forma accidental.	Su cosmovisión le impide entender la ilicitud de su conducta en el ordenamiento jurídico nacional. Se trata entonces de un individuo *inimputable por diversidad cultural*, lo que en principio justifica su conducta pues habría incurrido en un *error de prohibición;* es decir, en un error derivado de su conciencia cultural y valorativa, de manera que no podría imponérsele un *juicio de reproche* desde el Estado:	El intérprete deberá considerar la posibilidad de devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica

www.legismovil.com 013

b. Negativa. El indígena no incurrió en un *error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa.*	El indígena entiende que su conducta es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional.	La sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

Elemento territorial o geográfico. De conformidad con lo consagrado en el artículo 246 de la Constitución Política, las comunidades indígenas pueden ejercer su autonomía jurisdiccional dentro de su ámbito territorial. Es decir que la conducta para ser investigada por ellos mismos debe acaecer al interior de la comunidad indígena; es más se entiende como territorio, ese espacio donde se ejercen autónomamente la mayor parte de los derechos relacionados a la comunidad aborigen.

Son dos los criterios, según la Honorable Corte Constitucional, de interpretación que deben tenerse en cuenta, en relación con este elemento, a saber: ***1)*** 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 y ***2)*** 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.

Componente Orgánico o Institucional. Puntualizó la Honorable Corte Constitucional, que dicho elemento hace relación a la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad.

www.legismovil.com 014

Como criterios de interpretación relevantes para este elemento institucional u orgánico, el Alto Tribunal señaló:

1. La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado:
   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.
   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.
   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.
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:

www.legismovil.com 015

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 aquellas 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.

Componente objetivo. Se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado y fue 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 y está sustentado sobre las siguientes premisas:

1. Las jurisdicciones especiales ostentan un carácter excepcional.
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.
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.

Y así sintetizó los criterios interpretativos más importantes del elemento objetivo:

1. La excepcionalidad de la jurisdicción especial indígena debe armonizarse con el principio de *maximización de la autonomía de las comunidades aborígenes.*
2. Entender que el fin último de la jurisdicción especial indígena es dar solución a asuntos internos de las comunidades originarias ignora la importancia que la Constitución

www.legismovil.com 016

Política ha otorgado a la autonomía indígena como fuente de aprendizaje de distintos saberes.

3. 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.

   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. Se trata entonces de establecer un elemento objetivo que respete la maximización de la autonomía sin exceder sus límites legítimos.

   El punto de partida de una formulación más clara sobre el elemento objetivo exige preguntarse en cuanto a 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.

Del caso en concreto. Ahora bien aplicados los anteriores preceptos al caso bajo estudio, encuentra esta Superioridad lo siguiente:

* **Elementos personal y territorial**. Para entrar a definir tales elementos hay que indicarse sin reato alguno que bien es cierto la señora *María Argenis Villanueva Torres – Gobernadora del* ***Cabildo Vinollanogrande*** *del municipio de San Antonio – Tolima*, en el oficio del 5 de julio de 2013, reclamó para esa jurisdicción el traslado de la causa adelantada contra el señor *Jairo Luis Domínguez Zambrano* por ser el aborigen perteneciente a esa comunidad, no se aportaron elementos de convicción o de juicio como certificaciones, documentos, declaraciones etc., que así lo demostraran.

www.legismovil.com 017

Ahora si en gracia de discusión se aceptara que el señor *Jairo Luis Domínguez Zambrano*, perteneciera a ese cabildo, hay que ver que el señor pernocta en la calle 7 N°4-59 del casco urbano - Barrio Centro del municipio de San Antonio – Tolima, no dentro del cabildo como se pretende hacer ver, desarrollando actividades como arreglista de electrodomésticos, bicicletas y otros, a más que su lugar de nacimiento fue la ciudad de Barranquilla – Atlántico. Esas circunstancia es demostrativa que su comportamiento no estuvo determinado por un contacto accidental con la cultura mayoritaria de quien se reputa indígena, para efectos que el juez natural encargado de desatar el conflicto a examen le reconozca el fuero a ser juzgado por sus pares. En ese orden de ideas, se infiere que aquel mantiene un contacto regular con la civilización mayoritaria al punto, se reitera que se desenvuelve en el ámbito urbano, diferente a su natal cabildo que si bien pertenece al municipio aludido, dista del mismo, es decir, desarrolla y lleva una vida normal por fuera de la comunidad, se itera, de la que se afirma pertenecer. Es claro entonces para la Sala, que las pruebas contentivas en la actuación son demostrativas, que el aquí condenado participa de tiempo atrás de la organización y expresiones de la cultura mayoritaria al punto que dicha circunstancia, le permite interactuar con pleno conocimiento de las consecuencias que le puede acarrear su comportamiento punible.

Consecuente con lo anterior, no estaría bien avalar el pedimento del Gobernadora Indígena, en tanto, el grado de aislamiento del inculpado frente a la cultura mayoritaria como se vio no existe, ya que la *cosmovisión*, entendida esta como la forma de ver el mundo y de comportarse en el mismo no permite reconocerle el fuero que prevé el artículo 246 Superior.

Y es que, como se vio al momento de sentar las bases de resolución de este tipo de conflictos, cuando una conducta es penalizada tanto en la comunidad indígena, como en la mayoritaria, juega papel importante a la hora de verificar la prevalencia del fuero indígena, la

www.legismovil.com 018

conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de su cultura, conciencia que ciertamente se pierde cuando aquel por años abandona su natural entorno y se adapta y convive en la sociedad mayoritaria. Así las cosas, reiterando lo indicado por la Corte Constitucional, para que opere la jurisdicción indígena es imprescindible que la conducta sometida a su conocimiento pueda ser reconducida al ***ámbito territorial de una comunidad***, entendida esta como el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas y cuya ritualidad deriva de la posesión ancestral por parte de aquellas, incluso por encima del reconocimiento Estatal, misma que necesariamente no debe coincidir con los límites geográficos cuanto se da lo que se ha denominado el ***efecto expansivo de territorialidad.***

Empero se observa en el caso *subexámine* que esos presupuestos no se evidencian, en primer término porque el lugar de ocurrencia de los hechos, esto es la calle 7 N°4-59 del casco urbano - Barrio Centro del municipio de San Antonio – Tolima, donde vivía, perteneciendo ese contorno geográfico sí al mismo municipio, pero distante del contorno indígena o es diferente al territorio de donde se reputa ser originario el procesado, esto es el Cabildo Indígena *Cabildo Vinollanogrande de la misma localidad.* Tampoco se pueda dar aplicación al *efecto expansivo de territorialidad*, aludido por la Corte Constitucional, conforme a las consideraciones señaladas, pues su contacto con la etnia mayoritaria ha roto su esquema cultural que protege el fuero indígena, estructurado a partir de la concurrencia del factor territorial y personal que pretende proteger la conciencia étnica del individuo, que en últimas es el propósito garantista del reciente pronunciamiento de aquella Corporación.

Elemento orgánico o institucional. Como se dejó dicho, busca la existencia de una institucionalidad dentro de la denominada Jurisdicción Especial Indígena- entendida como el derecho autónomo de esas comunidades, de carácter fundamental, que está compuesto de

www.legismovil.com 019

un sistema propio que reúne los usos, costumbres y procedimientos tradicionales conocidos y aceptados en la comunidad, a través del cual sus autoridades, castiguen los punibles por los hechos, que como en el caso que ocupa la atención, esta siendo procesado al presunto aborigen *Jairo Luis Domínguez Zambrano.*

Antes de cualquier pronunciamiento al respecto, esta Superioridad considera de suma importancia precisar en comunión con la Corte Constitucional que ese sistema de derecho – el indígena, no constituye un remedo o una burda imitación del derecho mayoritario, por el contrario, se trata de un verdadero sistema jurídico particular e independiente al cual el Juez Constitucional debe acercarse con la misma reverencia que le merece el sistema jurídico en el cual está inmerso6. Bajo las anteriores premisas, en el subexámine, no se alegó, ni se acreditó, por parte de la defensa o de la autoridad indígena, un sistema propio al interior de aquella comunidad a la cual se dijo pertenecer el investigado Jairo Luis Domínguez Zambrano, que asumiera el conocimiento de los hechos, lo procesara y le impusiera un castigo, lo que indica claramente un imposible para que aquel Cabildo se ocupe del caso, por ello la necesidad de actuación de autoridad ordinaria y no dejar impune el hecho.

En lo que atañe al **elemento objetivo**, que hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado, que resulta de la afectación del umbral de la nocividad, entendiéndose aquel cuando trasciende los intereses de la comunidad y lleva a su exclusión del hecho de la jurisdicción especial indígena y se entrega a la cultura mayoritaria. Así las cosas, para esta Superioridad resulta claro que el delito por el cual se procesa al presunto aborigen *Jairo Luis Domínguez Zambrano*, esto es, Actos Sexuales Abusivos con menor de 14 años, en la menor A.K.C., es un asunto que concierne no solo a la comunidad indígena, sino también a la comunidad mayoritaria, de interés general para el Estado en tanto compromete el bien

---

[6] Sentencia T-002 de 2012.

www.legismovil.com 020

jurídico de un menor de edad de especial protección, cuyo único responsable hasta ahora, con los elementos de juicio es aquel y no otro por lo que se le impuso medida de aseguramiento la de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Ahora, conforme a lo arrimado al proceso, por lo menos hasta este momento, no se halló demostrado que la víctima, hagan parte del resguardo, pues si bien aparece un registro civil de la misma, donde se indica que es nacida en la ciudad de Ibagué – Tolima, para que aquellas se compelieran a los usos, costumbres o normativas regentes de esa comunidad, ello no indica que conforman ese cabildo, luego debe la cultura mayoritaria propender por sus derechos, tal cual lo ha indicado la Corte Constitucional, en una decisión que abordó un caso similar al que hoy concita la, en los siguientes términos: "***En el derecho interno, el artículo 44 Constitucional resume el carácter prevalente de los derechos de los menores en la máxima los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás***". Esta premisa hace de los derechos de los menores un recurso interpretativo obligado en la resolución de conflictos entre particulares, al tiempo que los reafirma como origen y finalidad en la formulación y desarrollo de políticas públicas relacionadas con el tema. Este artículo contiene, además, la enumeración de los derechos de los niños (inciso 1°) elevados a la categoría de fundamentales y por la misma razón susceptibles de protección mediante la acción de tutela; y el establecimiento de los deberes de asistencia y protección en cabeza del Estado, la familia, y la sociedad en general (inciso 2°) con el fin de materializar dicho conjunto de derechos[7].

Frente al contenido del artículo 44 y en directa relación con la integridad sexual de los menores, esa Corporación sostuvo: "*Adicionalmente, tales incisos primero y segundo del comentado artículo 44 contienen varias referencias expresas a la protección contra toda forma de violencia o*

---

[7] Sentencia C-068 de 2008

www.legismovil.com 021

abuso sexual (yola) necesidad de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, los cuales no sólo habilitan, sino que además obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez, a adoptar medidas efectivas para prevenir y luchar frente a esos fenómenos y procurar, en toda la extensión que ello sea posible, la rehabilitación de los menores que hayan sido víctimas de ellos[8]"

Por ello en aplicación del último pronunciamiento de la Corte Constitucional, cuando indica que los criterios para definir el alcance de la jurisdicción especial indígena, no deben ser evaluados por separado, encuentra esta Superioridad que esta suma de factores dentro de las cuales, se insiste, cobra enorme importancia el proceso de aculturación del sujeto agente investigado y serias falencias en cuanto a la institucionalidad de la comunidad indígena para el juzgamiento de sus pares, ameritan que la ponderación entre la protección de la diversidad étnica - cultural y la importancia de la protección del bien jurídico afectado se incline para que el asunto continúe en conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Así las cosas, conforme a las consideraciones expuestas, las diligencias en estudio se asignarán a la Jurisdicción Ordinaria, representada en el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL** de Chaparral – Tolima, a donde se enviará el expediente. De igual manera de esta decisión se dará comunicación a la Jurisdicción Indígena en cabeza del **CABILDO VINOLLANOGRANDE** del municipio de San Antonio del mismo Departamento.

Resulta oportuno advertir que las consideraciones expuestas se contraen únicamente a lo que es materia de la decisión de la Sala y no codician en forma alguna concretar ningún aspecto del proceso penal sobre los hechos, ni sobre autorías o responsabilidades. En síntesis la anterior decisión no implica juicio alguno de responsabilidad contra los presuntamente implicados, sino que constituye un pronunciamiento sobre la competencia para investigar los hechos.

---

[8] T-002 de 2012.

www.legismovil.com 022

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA
M.P. DR. ANGELINO LIZCANO RIVERA
Radicado N°11001010200020130251200
Referencia: Conflicto- Asigna a la Ordinaria

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

RESUELVE

PRIMERO. DIRIMIR el *conflicto positivo de jurisdicciones*, suscitado entre la justicia ordinaria representada en el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL** de Chaparral – Tolima y la indígena en cabeza del **CABILDO VINOLLANOGRANDE** del municipio de San Antonio – Tolima, para conocer la actuación penal adelantada contra el señor **JAIRO LUIS DOMÍNGUEZ ZAMBRANO**, por el presunto delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de 14 años, asignando el conocimiento del asunto a la **JUSTICIA ORDINARIA,** representada por el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL** de Chaparral – Tolima, al cual se le remitirá inmediatamente la actuación, conforme lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO. REMITIR copia de la presente decisión al **CABILDO VINOLLANOGRANDE** del municipio de San Antonio – Tolima, para su correspondiente información.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILSON RUÍZ OREJUELA
Presidente

JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO
Vicepresidente

JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ
Magistrada