



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

0005
DIRECTIVA DE 2021

POR MEDIO DE LA CUAL SE EMITEN LINEAMIENTOS PARA LA DEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA CON LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

La jurisdicción especial indígena es el reconocimiento de la libre autodeterminación de los pueblos y, por tanto, de la autonomía que el Estado les ha otorgado a estas comunidades originarias. En consecuencia, una vez se ha constatado la existencia de un pueblo indígena dentro de un territorio determinado, con unas autoridades tradicionales constituidas ancestralmente, por mandato de la Constitución Política se configura el derecho de la comunidad a ejercer su jurisdicción, sin interferencias ilegítimas¹, así como la prerrogativa de la persona investigada a ser juzgada por sus autoridades internas con base en sus propias reglas y costumbres². Esto como materialización del principio del juez natural.

En ese sentido, la Fiscalía General de la Nación reconoce los derechos de todas las comunidades étnicas, y por esa razón, se ha propuesto emitir una Directiva con lineamientos precisos que resalten el marco constitucional de reconocimiento y protección de la jurisdicción especial indígena, y procuren por una continua comunicación y coordinación entre ambas jurisdicciones. En ese sentido, esta Directiva se desarrolla bajo los criterios jurisprudenciales decantados por la Corte Constitucional, los cuales serán de utilidad para que los fiscales determinen si un caso a su cargo puede continuar en la jurisdicción ordinaria o si deben remitirlo ante la jurisdicción especial indígena, así como la ruta que deberán seguir en cada evento, especialmente en los eventos en los que sea necesario acudir ante la Corte Constitucional como autoridad competente e imparcial, para que dirima el desacuerdo sobre quién debe investigar y judicializar el hecho. Finalmente, se contemplan algunos lineamientos tendientes a desarrollar las garantías que le asisten a los miembros de una comunidad indígena en el marco de los procesos ordinarios, puntualmente en lo atinente a la privación de la libertad, así como en la atención de los casos que involucren a personas pertenecientes a los pueblos originarios.

Por lo anterior, con el fin de procurar una coordinación armónica entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria, y determinar la competencia de cada una de estas jurisdicciones de acuerdo con la Constitución, la ley y la jurisprudencia, los fiscales y servidores de la Fiscalía General de la Nación deberán tener en cuenta las siguientes directrices:

I. Marco constitucional e internacional sobre el reconocimiento y protección del derecho a la Jurisdicción Especial Indígena

1. *Reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena.* La Constitución Política de 1991 reconoció la diversidad étnica y cultural del país, consagrando diversos derechos en favor de los pueblos indígenas³. Entre los derechos reconocidos por la Carta Política se destaca el contemplado en el artículo 246 superior, el cual dispone que las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, y de conformidad con sus propias normas y procedimientos. En ese sentido, las comunidades indígenas pueden ejercer su autonomía para investigar, juzgar y

¹ Corte Constitucional, Sentencias T-552 de 2003 y T-642 de 2014.

² Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013.

³ Entre los derechos reconocidos por la Constitución Política de 1991 a las comunidades indígenas se destacan el de la propiedad colectiva sobre los territorios que habitan, la autodeterminación para la adopción de las decisiones que afecten a su comunidad, la autonomía para establecer sus propios modos de vida y la obligación de consulta previa de toda decisiones administrativas o legislativas que les afecte. Al respecto consultar: Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014.

MM



0005

Página 2 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

sancionar conductas jurídicamente reprochables dentro de su propia normatividad y costumbres, siempre que estas sean compatibles con la Constitución, la ley y los derechos humanos.

2. *Normas de derecho internacional que reconocen y protegen la jurisdicción especial indígena.* Instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁴, y por tanto son vinculantes y de obligatoria observancia para la interpretación y aplicación de los derechos de las comunidades indígenas⁵, han reconocido que los pueblos indígenas tienen el derecho de contar con su propio sistema de justicia. En ese sentido, el Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional de Trabajo⁶ – OIT – indicó que las comunidades indígenas "tienen 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"⁷. A su vez añadió que "siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio"⁸. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁹ establece que los pueblos indígenas tienen derecho a "mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones"¹⁰.

De igual manera, otras organizaciones internacionales, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, han reconocido los sistemas de justicia de las comunidades indígenas y han instado a su respeto¹¹. En el mismo sentido se pronunció la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO –, la cual destacó que los derechos de las minorías étnicas hacen parte esencial de los derechos humanos por lo que se hace imperativo su protección y garantía¹². En

⁴ Corte Constitucional, Sentencias: C-030 de 2008; T-903 de 2009; T-376 de 2012; T-548 de 2013.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-376 de 2012.

⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-002 de 2012 y T-642 de 2014. "En el derecho internacional, el conjunto de principios constitucionales que enmarca las relaciones entre las diferentes culturas se manifiesta en el Convenio 169 de la OIT "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes". Este convenio, cuyas disposiciones sobre los derechos de los pueblos y las personas indígenas han sido elevadas a rango constitucional en virtud de su pertenencia al bloque de constitucionalidad, se caracteriza por promover el respeto por la diferencia y promoción de la autonomía de los pueblos aborígenes, así como el reconocimiento de la consulta previa y el territorio colectivo, entre otros.

⁷ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989, Artículo 8.

⁸ *Ibidem*, Artículo 9. Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado positivamente "la ratificación de tratados internacionales o la aprobación de instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas y tribales son a menudo insuficientes para garantizar el goce efectivo de los derechos que en ellos se consagran. La CIDH ha reaccionado positivamente a la aceptación del Convenio 169 de la OIT por los Estados miembros de la OEA, y ha enfatizado que desde que los Estados miembros se hacen partes del Convenio, se obligan a "adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones". También ha explicado la CIDH que los Estados deben aplicar mecanismos adecuados de control y seguimiento para monitorear el desempeño de las autoridades estatales y asegurar, así, el disfrute efectivo de los derechos y garantías que se comprometieron a respetar al ratificar el Convenio 169. La falta de reglamentación no es excusa para no cumplir con la aplicación del Convenio 169". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Párr. 45, 2009.

⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-002 de 2012 y T-642 de 2014. "Así mismo, en relación con el autogobierno de los pueblos indígenas y la protección del territorio colectivo de los pueblos aborígenes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es fiel reflejo de la posición adoptada por la comunidad internacional y por la doctrina especializada en la materia, por tanto debe tenerse como una pauta de interpretación válida para el juez constitucional en casos relacionados con los derechos de las personas y pueblos aborígenes".

¹⁰ Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos indígenas, artículo 18.

¹¹ Comité para la eliminación de la discriminación racial, Observaciones finales presentadas al Estado de Ecuador, CERD/C/ECU/CO/20-22, 24 de octubre de 2012. Comité para la eliminación de la discriminación racial, México, CERD/C/MEX/Q/16-17, 9 de marzo de 2012.

¹² Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, 2001. "La defensa de la diversidad cultural constituye un imperativo ético e inseparable del respeto a la dignidad humana. Implica un compromiso con los derechos humanos y con las libertades fundamentales, y, en particular, con los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas. Los derechos culturales constituyen una parte integral de los derechos humanos, que son universales, indivisibles e interdependientes".

18/11

definitiva, es evidente que para la comunidad internacional es trascendental el reconocimiento y respeto de los derechos de las comunidades indígenas y minorías étnicas, pues la insatisfacción de estas minorías ha sido fuente de conflictos internacionales y nacionales especialmente violentos.

3. *Noción de la jurisdicción indígena.* El derecho constitucional colombiano ha precisado que la jurisdicción especial indígena tiene una doble connotación al constituirse como un derecho de la comunidad misma, entendida como un mecanismo de reconocimiento y protección de la libre autodeterminación de los pueblos, y una garantía fundamental del procesado a ser juzgado por sus propias autoridades y de conformidad por sus propias normas y procedimientos. Este reconocimiento es el resultado de los principios constitucionales del pluralismo, la autonomía, la diversidad étnica y la igualdad¹³. En ese sentido, la jurisdicción especial indígena es la garantía de la libre autodeterminación, y, en consecuencia, de la autonomía que les fue reconocida por la Constitución de 1991. Por lo tanto, una vez advertida y constatada la existencia de un pueblo indígena dentro de un territorio determinado, con unas autoridades tradicionales constituidas ancestralmente, por mandato de la Carta Política se configura el derecho de la comunidad a ejercer su jurisdicción, sin interferencias ilegítimas¹⁴, lo que se comprende como el fuero indígena colectivo¹⁵. De esta manera también se desarrollan los derechos al debido proceso, de juez natural y de igualdad de los presuntos autores de una conducta punible, lo cual se comprende, a su vez, como el fuero indígena individual¹⁶.
4. *Límites al ejercicio de la competencia jurisdicción especial indígena.* La jurisdicción especial indígena encuentra como límite el núcleo de los derechos humanos¹⁷, además de las tensiones que puedan presentarse entre los principios de la sociedad mayoritaria y la autonomía de las autoridades indígenas, las cuales deben ser resueltas mediante un

¹³ La Corte Constitucional ha indicado que el pluralismo es un principio esencial para el Estado colombiano, señalando: "(i) [L]a diversidad de culturas e identidades étnicas que coexisten en Colombia, (ii) la necesidad de asegurarles un mismo trato y respeto, (iii) el hecho de que todas forman parte de la identidad general del país y, finalmente, (iv) que en ellas reposa el derecho a subsistir y permanecer en el territorio patrio en forma indefinida, bajo condiciones dignas y justas". Corte Constitucional, Sentencia C-1051 de 2012.

Adicionalmente, el reconocimiento del pluralismo jurídico implica que los pueblos indígenas gozan de autonomía en cuanto a la administración financiera y presupuestal de su comunidad. Esta autonomía también implica su organización política y jurídica frente a la sociedad mayoritaria y conlleva. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado: "(i) [L]a existencia de un poder jurisdiccional autónomo de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica; (ii) normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento propios y; (iii) autoridades propias de administración y juzgamiento. Con todo ello se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos como manera de afirmación de su identidad". Corte Constitucional, Sentencia T-642 de 2014. Otras providencias relevantes Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2015 y Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2012.

En cuanto a la autonomía de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional indicó que "(...) cabe reconocer que sus autoridades están constitucionalmente avaladas para administrar justicia. Ello se finca en el reconocimiento de su autoridad para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, es decir, 'de conformidad con sus propias normas y procedimientos' (art. 246 CP), en la diversidad étnica y cultural (art. 7 CP) y en el respeto al pluralismo y la dignidad humana (art. 1 CP)". Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

Por último, en lo que respecta al principio de la igualdad, este se manifiesta desde el enfoque diferencial que se materializa mediante la adopción de medidas de discriminación positiva encaminadas a recomponer un estado desigual anterior que ubicó en una posición inferior y en desventaja a los miembros de determinados grupos humanos. Al respecto, la Corte Constitucional señaló: "[T]iene que ver con la diversidad étnica y cultural, de tal manera que teniendo en cuenta las particularidades especiales que caracterizan a determinados grupos étnicos y el multiculturalismo, se brinde una protección diferenciada basada en dichas situaciones específicas de vulnerabilidad, que, en el caso de las comunidades étnicas, como lo son las comunidades indígenas (...)"'. Corte Constitucional, Sentencia T-010 de 2015.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003 y Sentencia T-642 de 2014.

¹⁵ El fuero indígena colectivo es la manifestación del derecho colectivo de la comunidad indígena que habilita a sus autoridades tradicionales para ejercer de forma autónoma su jurisdicción de acuerdo con sus propios estatutos.

¹⁶ El fuero indígena individual se comprende como el derecho que le asiste a cada miembro individual de un pueblo indígena, en virtud de su pertenencia a este, a ser investigado, juzgado y sancionado por sus autoridades internas a la luz de sus propias reglas, procedimientos y costumbres. Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010.





0005

Página 4 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

ejercicio de ponderación. En todo caso, en materia penal¹⁸, la Corte ha entendido que es inadmisibles el desconocimiento del derecho al debido proceso del denunciado, la imposición de sanciones no previstas previamente en el sistema jurídico de la comunidad o que resulten desproporcionadas o irracionales en relación con la infracción cometida¹⁹. De igual forma, está proscrita la responsabilidad penal objetiva²⁰ y, aunque no es necesario un sistema de doble instancia²¹, sí se requiere la efectividad del principio del *non bis in idem*²². Por su parte, el derecho a la defensa encuentra un desarrollo más laxo que no se ciñe a la asistencia técnica de un profesional en derecho, basta con la presencia de familiares o miembros de la comunidad reconocidos para ello²³. Por último, es indispensable la garantía de los derechos de las víctimas, comprendidos de manera diferenciada a la visión mayoritaria, es decir, bajo la óptica de la cosmovisión de la comunidad en concreto²⁴. En ese sentido se deben respetar las vías alternativas que despliegue la comunidad para resarcir a las víctimas, castigar al infractor y recomponer la armonía dentro del territorio ancestral. Por lo tanto, la extrañeza de tales procedimientos para la sociedad mayoritaria no significa que estos sean inefectivos o que no garanticen de manera idónea los derechos de las víctimas²⁵.

5. *Coordinación interjurisdiccional y deber de apoyo.* La coordinación institucional con las comunidades indígenas constituye un pilar fundamental para garantizar y respetar el ejercicio autónomo de la jurisdicción especial indígena. En ese sentido, en virtud del principio de comunicación armónica y en observancia del deber de apoyo contemplado en el artículo 96 del Decreto 1953 de 2014²⁶, los fiscales delegados, investigadores de policía judicial y demás servidores de la Entidad, deben mantener un contacto constante con las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas con el fin de coordinar aspectos relacionados con la determinación de la competencia y el desarrollo de actividades investigativas en casos que involucren miembros de pueblos étnicos de Colombia y requieran de la participación de integrantes de las comunidades y de

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, T-196 de 2015, T-523 de 2012, T-349 de 1993. Para la Corte, esto desconoce el requisito de previsibilidad, además, son inconstitucionales las penas que involucren destierros o torturas "que trasciendan a la persona del infractor, que afecten su mínimo vital, que sean irremediables, o que impliquen un cercenamiento cultural" (Sentencia T-523 de 2012).

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-523 de 2012, T-523 de 1997 y T-254 de 1994. "Proporcionalidad y razonabilidad de las penas. La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que además de las prohibiciones constitucionales expresas de cierto tipo de penas (como las de destierro, tortura, etc.), las autoridades tradicionales indígenas no pueden imponer sanciones o penas que resulten desproporcionadas ni irrazonables; y ha explicado a este respecto que son desproporcionadas, por ejemplo, las penas que trasciendan a la persona del infractor, que afecten su mínimo vital, que sean irredimibles, o que impliquen un cercenamiento cultural.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 2012.

²¹ Corte Constitucional, Sentencias T-523 de 2012 y T-903 de 2009.

²² Corte Constitucional, Sentencias T-549 de 2007.

²³ Corte Constitucional, Sentencias T-523 de 2012.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012. En particular, en la Sentencia T-387 de 2020, la Corte analizó un caso de violencia intrafamiliar entre dos miembros del resguardo de Males, y allí, sobre la violencia contra la mujer, señaló que "no es admisible que el derecho nacional se presente con una superioridad moral frente a los pueblos indígenas. Asumir que los derechos de las mujeres y la perspectiva de género únicamente encuentran respaldo en la sociedad mayoritaria, "pasa por alto que también el sistema jurídico nacional tiene deficiencias y que no sin algo de razón- muchas víctimas lo consideran fuente de impunidad". Desafortunadamente, el derecho a una vida libre de violencias continúa siendo una promesa incumplida con todas las mujeres, independientemente de si estas habitan en resguardos indígenas, áreas rurales o grandes ciudades". Y continuó afirmando que "En efecto, la protección de la mujer y la familia reviste una importancia equivalente para la sociedad mayoritaria y para el resguardo de Males. No hay razones fundadas para sospechar que esta comunidad discrimina abiertamente a sus mujeres. Por el contrario, su cosmovisión se funda en una noción universal de dualidad y complementariedad. Pese a lo anterior, la gravedad de las conductas investigadas sí implica un análisis más riguroso del componente institucional".

²⁶ Decreto 1953 de 2014. Artículo 96 Deber de apoyo. Dentro del marco de sus respectivas competencias, los cuerpos de investigación judicial de la Fiscalía General de la Nación y de la Policía Nacional, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el Instituto Colombiano de Medicina Legal, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, y las autoridades civiles y políticas deberán brindar el apoyo necesario para que las autoridades indígenas puedan desempeñar las funciones propias de su Jurisdicción.

MM



0005

Página 5 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

investigadores de la policía judicial²⁷. Cabe resaltar que las actividades de policía judicial ordenadas por las autoridades de la jurisdicción especial indígena y que requieran o no del apoyo de funcionarios de la Entidad, no deben ser avaladas o autorizadas por un juez de control de garantías, debido al reconocimiento constitucional de la autoridad jurisdiccional de los pueblos indígenas y su sistema de derecho propio²⁸.

II. Criterios para evaluar la competencia de la jurisdicción especial indígena

6. *Presupuestos para la configuración de un conflicto entre jurisdicciones.* Existe un conflicto de competencias interjurisdiccional cuando la justicia ordinaria y la jurisdicción especial indígena se disputan el conocimiento de un proceso. Este conflicto puede ocurrir desde dos perspectivas: (i) negativo, porque a ambas jurisdicciones consideran que a ninguna le corresponde conocer el caso; o, por el contrario, (ii) positivo, en el supuesto en que ambas jurisdicciones consideran que son competentes para conocer el caso²⁹. Para determinar la existencia de este tipo de conflictos, los fiscales deberán evaluar los presupuestos decantados por la Corte Constitucional:

- a. *Subjetivo.* "[E]xige que la controversia sea suscitada por, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones"³⁰. En consecuencia, los fiscales deberán verificar si la solicitud proviene de las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas que administren justicia. Para esto, es útil, por ejemplo, hacer uso de los registros públicos dispuestos por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del mencionado Ministerio³¹, entre otros elementos de juicio que permitan establecer la calidad de autoridad indígena de quien reclama el caso.
- b. *Objetivo.* "[D]ebe existir una causa judicial sobre la cual se suscite la controversia, es decir, que pueda verificarse que está en desarrollo un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional"³².
- c. *Normativo.* "[A] partir del cual es necesario que las autoridades en colisión hayan manifestado, a través de un pronunciamiento expreso, las razones de índole

²⁷ En ese orden de ideas, para la observancia del deber de apoyo, las autoridades indígenas, cuando un caso sea de su competencia, podrán solicitarle a la Fiscalía General de la Nación realizar las actividades de investigación concretas que consideren necesarias para el desarrollo de la jurisdicción especial indígena. A modo de ejemplo, en la intervención de la Fiscalía General de la Nación dentro de la sentencia T-387 de 2020 se destacó como un "caso exitoso de cooperación, el trabajo armónico de la Seccional Cauca de la FGN con el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC). En marzo de 2017 se suscribió, con el acompañamiento de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, un acuerdo de entendimiento que ha permitido una 'articulación más fluida' en aspectos como: (i) la posibilidad de realizar interceptaciones telefónicas y búsqueda selectiva en bases de datos ordenadas por una autoridad indígena directamente al CTI; (ii) la posibilidad de que una autoridad indígena ordene directamente cualquier experticia técnica que requiera de aspectos científicos del CTI o de medicina legal; (iii) la materialización de órdenes de captura a sujetos que sean requeridos por las autoridades indígenas".

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Corte Constitucional, Autos A-345 de 2018, A-328 de 2019 y 452 de 2019.

³⁰ Corte Constitucional, Auto 041 de 2021. Para la Corte no hay un real conflicto "cuando: (a) solo sea parte una autoridad; (b) una de las partes en colisión no ejerza funciones jurisdiccionales; o (c) ambas autoridades pertenezcan a la misma jurisdicción, pues se trataría de un asunto interno de la misma que debe ser definido por la autoridad competente para el efecto (*Cfr.* arts. 17, 18, 37, 41 y 112 de la Ley 270 de 1996, así como 97 de la Ley 1957 de 2019)" [Nota al pie 8 en la providencia citada].

³¹ Corte Constitucional, Autos 282 de 2021 y 455 de 2021.

³² Corte Constitucional, Auto 455 de 2021 "En este sentido, no existirá conflicto cuando: (a) se evidencie que el litigio no está en trámite o no existe, porque, por ejemplo, ya finalizó; o (b) el debate procesal se centra sobre una causa de carácter administrativo o político, pero no jurisdiccional (art. 116 de la Constitución)".

FCV



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

0005

Página 6 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

constitucional o legal por las cuales se consideran competentes o no para conocer de la causa³³.

7. *Para que se presente un conflicto de competencia entre jurisdicciones es indispensable que exista una controversia entre dos o más autoridades judiciales.* Para que se configure un conflicto positivo de competencia entre las jurisdicciones indígena y ordinaria debe existir la reclamación formal de la autoridad jurisdiccional indígena ante los jueces de la República y viceversa, la cual debe tener en cuenta los procedimientos normativos establecidos en el derecho propio o en la ley penal ordinaria, según el caso, y que exista un desacuerdo frente a la competencia. En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que "no habrá un conflicto de competencias entre jurisdicciones si no se advierte una controversia entre dos o más autoridades judiciales"³⁴.
8. *Autoridades competentes para promover los conflictos de competencia.* La Corte Constitucional ha sostenido que "el conflicto de jurisdicción no puede provocarse autónomamente por las partes del respectivo proceso"³⁵. Por lo tanto, por regla general³⁶, los fiscales no están habilitados para instaurar el conflicto y acudir directamente a esa Corporación para que se resuelva el caso. En estos eventos, deberán dirigir su solicitud ante los jueces de la República para que sean estas autoridades quienes, si así lo consideran, promuevan el conflicto de competencias, siempre que exista también manifestación de la autoridad indígena que administra justicia, pues solo hasta que estas dos autoridades se pronuncien sobre su competencia, ya sea reclamándola o rechazándola, existe en estricto sentido un conflicto de competencias entre jurisdicciones.
9. *El conflicto de competencias entre jurisdicciones es distinto a las controversias sobre competencia que puedan suscitarse dentro una jurisdicción.* La Corte Constitucional ha precisado que el trámite para dirimir un conflicto de competencia que se presente dentro de una misma jurisdicción sobre el juez competente para un caso determinado, contenido en el artículo 341 de la Ley 906 de 2004, no es aplicable a un conflicto de jurisdicciones³⁷. Lo anterior, debido a que esta controversia "es resuelta, por regla general, por el superior

³³ Ibidem. "Así pues, no existirá conflicto cuando: (a) se evidencie que a pesar de concurrir formalmente dos autoridades judiciales, alguna de ellas no ha rechazado su competencia o manifestado su intención de asumirla, o (b) la exposición sobre la competencia desplegada por las autoridades en conflicto no tiene, al menos aparentemente, fundamento normativo alguno al sustentarse únicamente en argumentos de mera conveniencia".

³⁴ Corte Constitucional, Autos 166 de 2021, 452 de 2019, 155 de 2019, 556 de 2018, 691 de 2018 y 716 de 2018.

³⁵ Corte Constitucional, A-242 de 2021, A548 de 2021 y A-655 de 2021. "Por ende, no es posible dar trámite a un conflicto entre jurisdicciones con la sola manifestación de la autoridad jurisdiccional indígena ante este Tribunal, en el sentido de reclamar para sí el conocimiento de un asunto que implique a un miembro de su comunidad, pues, como lo ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dicha reclamación tiene que hacerse "directamente a la justicia ordinaria". En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto AP3263-2015. También, Auto 166 de 2021 "(...) [L]a defensa carecía de legitimidad 'para reclamar la competencia para la Jurisdicción Indígena para conocer de la actuación penal en comento y proponer el conflicto de jurisdicciones', pues, consideró 'como requisito indispensable para que proceda dicho trámite, el que surja disputa entre el funcionario que conoce del caso y otro u otros acerca de quién considere debe conocerlo, que en el asunto bajo examen, no son otros más que las autoridades indígenas, quienes debieron manifestar su solicitud de competencia de manera directa, pues son los que están legitimados para dicho proceder'. De allí que no sea suficiente la manifestación de la defensa, discutiendo la competencia del juez ordinario, para entender que existe una controversia entre dos autoridades judiciales". Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional, Auto del 2 de diciembre de 2020, rad. 1100101020002000104700.

³⁶ Si bien en procesos tramitados en Ley 600 de 2004 la Fiscalía General de la Nación es una autoridad judicial, con el cambio al sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004, la Entidad se despojó de estas facultades para concentrarse en la investigación de delitos y actuar como parte en los procesos ante los jueces de la República. Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de abril de 2008, radicado 29118. "[D]ebe recordarse cómo la implementación del sistema acusatorio en nuestro país implicó una reforma constitucional que, en lo sustancial, representó variar las competencias y funciones de la Fiscalía General de la Nación, a efectos de obtener, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto, que esa entidad dejara de lado o minimizara al extremo sus funciones eminentemente judiciales, para que pudiera concentrarse en las tareas de investigación y acusación, inherentes a la sistemática buscada implementar". También, Corte Constitucional, sentencia C-232 de 2016 en donde estudió las limitadas funciones jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación, así como las no jurisdiccionales.

³⁷ Corte Constitucional, Autos 166 de 2021, 135 de 2019 y 556 de 2018.

114



0005

Página 7 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

jerárquico común, por disposición expresa del legislador"³⁸. Por el contrario, en el "conflicto de competencias entre jurisdicciones la disputa se suscita entre autoridades pertenecientes a distintas jurisdicciones, por lo que subyace la valoración de factores particulares para determinar la competencia de la jurisdicción especial o la ordinaria"³⁹. Así mismo, precisó la Corte que este conflicto es resuelto "por una autoridad judicial externa, determinada por la Constitución Política y la ley"⁴⁰.

10. *Principios constitucionales que orientan la valoración de cada caso.* No existe una regla general que asigne la competencia a una u otra jurisdicción ante el cumplimiento de uno o varios de los elementos que habilitan la competencia de la jurisdicción especial indígena, los cuales están orientados a maximizar el respeto de la autonomía de estos pueblos ancestrales⁴¹. Por esta razón, los fiscales delegados deberán evaluar y resolver la jurisdicción competente en cada caso, teniendo en cuenta la especial cosmovisión de cada comunidad indígena y aplicando los principios de "maximización de la autonomía de las comunidades indígenas"⁴², "mayor autonomía para la decisión de conflictos internos"⁴³ y "a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía"⁴⁴.

11. *Elementos que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena.* La jurisprudencia constitucional⁴⁵ ha decantado los siguientes cuatro criterios que deberán valorarse de manera conjunta para determinar si un caso corresponde a la jurisdicción

³⁸ Corte Constitucional, Auto 166 de 2021 "La Ley 906 de 2004 creó la figura de la "definición de competencia", para dar trámite (i) a la manifestación de falta de competencia realizada por el juez (art. 54 del C.P.P.) o (ii) a la impugnación de competencia realizada por alguna de las partes (art. 341 del C.P.P.) (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP2863-2019). En esta, a diferencia del trámite que se surte en la colisión de competencias establecido en la Ley 600 de 2000, no es necesario enviar el asunto al funcionario que se considere competente para que se pronuncie al respecto. Por el contrario, una vez se da cualquiera de los dos presupuestos descritos, el funcionario judicial correspondiente debe remitir el asunto al superior para que resuelva de forma definitiva a quién le corresponde el conocimiento del asunto (arts. 54 y 341 de la Ley 906 de 2004). En palabras de la Sala de Casación Penal, "puede decirse que [se] estableció esta figura con el objeto de que en el trámite judicial se determine de manera celer, ágil, pero especialmente, definitiva, el juez competente para conocer de la fase procesal de juzgamiento, es decir, la que se inicia con la presentación del escrito de acusación" (Id., Auto del 30 de mayo de 2006, rad. 24964)".

³⁹ *Ibidem*, "En los conflictos de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena se debe valorar si se dan el factor personal, objetivo, territorial e institucional u orgánico (Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, reiterada en las Sentencias T-979 de 2014 y T-397 de 2016, entre otras)".

⁴⁰ *Ibidem*, "En el Auto 556 de 2018, al analizar el artículo 341 de la Ley 906 de 2004, la Corte expresamente señaló: "[d]e la lectura de la norma legal mencionada, se tiene que es aplicable cuando se trata de conflictos de competencia, los cuales son un escenario diferente a los conflictos de jurisdicción. La diferencia entre ambos fenómenos radica en que mientras aquellos se dan al interior de la misma jurisdicción, y por esta razón son resueltos por el superior jerárquico, los segundos implican una controversia entre autoridades de distintas jurisdicciones, lo que supone que una autoridad judicial externa, definida por la Constitución y la ley, decida a qué jurisdicción le compete conocer el asunto respectivo".

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014. Allí, esa Corporación explicó que este principio "indica que sólo de manera excepcional se pueden imponer restricciones a la autonomía de los pueblos indígenas y que éstas sólo son admisibles, cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas". Para la Corte, "[E]l desplazamiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, incluida su autonomía jurisdiccional, en un caso concreto solo es constitucionalmente válido si existen argumentos fundados y razonables para considerar que la afectación de los demás principios es particularmente grave, o si existe certeza sobre la ocurrencia de esa restricción, en tanto que la evidencia de afectación a los derechos de la comunidad es incipiente o precaria".

⁴³ Corte Constitucional, Sentencias T-903 de 2009, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998. De acuerdo con este principio, "el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes, debido a que en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión".

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-463 de 2014, T-653 de 2013 y T-002 de 2012. Para la Corte, "el principio no puede concebirse como una prescripción dirigida a los jueces para dar mayor protección a la autonomía de ciertos grupos indígenas (los de mayor conservación o aislamiento), sino como una descripción sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos originarios, que tiene como consecuencia la mayor o menor necesidad de "traducción de los sistemas jurídicos tradicionales en categorías occidentales o viceversa". Es decir que, frente a comunidades con alto grado de conservación de sus costumbres, el juez debe ser más cauteloso y enfrenta una necesidad mayor de valerse de conceptos de expertos para aproximarse al derecho propio, mientras que ese acercamiento puede efectuarse de manera menos rigurosa frente a comunidades que hayan adaptado categorías y formas del derecho mayoritario. Sin embargo, precisó la Corte, el grado de conservación cultural no puede llevar al operador judicial a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones".

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-617 de 2010, C-463 de 2014 y T-387 de 2020.

SM



0005

Página 8 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

ordinaria o a la jurisdicción especial indígena, los cuales deberán ser observados por los fiscales delegados en los casos a su cargo con base en las evidencias disponibles⁴⁶. Los elementos son los siguientes:

- a. *Subjetivo o personal*: exige establecer si la persona investigada o procesada pertenece a una comunidad indígena, entendida no solo como ser miembro del censo poblacional, sino la verdadera identificación con los valores y costumbres de la comunidad⁴⁷. En materia penal, se trata de un elemento necesario, pero no suficiente para la configuración del fuero indígena⁴⁸, de manera que, si la persona investigada no pertenece a ninguna comunidad indígena, serán los jueces ordinarios las autoridades competentes para la judicialización de su caso⁴⁹.

Para la verificación de este criterio, los fiscales delegados podrán emitir órdenes a policía judicial para verificar, por ejemplo, si la persona investigada se reconoce a sí misma como indígena, a cuál comunidad señala que pertenece, si esa comunidad lo identifica como uno de sus miembros⁵⁰, cuáles son las condiciones de esa pertenencia, cuál es el grado de aculturación de la persona investigada⁵¹. También podrán consultar la existencia de algún tipo de certificación emitida por las autoridades tradicionales o por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior⁵², el registro en el censo poblacional, la declaración del Gobernador del Cabildo Indígena o cualquier otra autoridad reconocida al interior del grupo, entre otros.

- b. *Territorial o geográfico*: consiste en identificar si la conducta investigada ocurrió dentro del ámbito del pueblo indígena, entendido este como el lugar donde sus miembros ejercen la mayor parte de los derechos relacionados con la autonomía del grupo autóctono. Este concepto territorial no deriva del reconocimiento estatal, sino que se encuentra asociado a la posesión ancestral y al despliegue de actividades culturales⁵³, por lo tanto, puede ir más allá de los límites fronterizos cuando priman aspectos culturales⁵⁴.

⁴⁶ Para el análisis de lo anterior, téngase en cuenta las siguientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia emitidas durante el año 2019 a 2020, sobre la facultad para adelantar el juzgamiento y la acción penal (se excluyeron las decisiones relacionadas con el cumplimiento de la privación de la libertad en sede de ejecución de penas): Sala de Casación Penal, SP925-2020 (Rad. 48049) de 13 de mayo de 2020; Sala de Casación Laboral, STL648-2020 (Rad. 2019-00876) del 22 de enero de 2020; Sala de Casación Civil, (Rad. 2020-00347) del 28 de mayo de 2020; Sala de Casación Laboral, STL5903-2020 (Rad. 2020-00556) de 19 de agosto de 2020; Sala de Casación Penal, SP3339-2020 (Rad. 52708) de 9 de septiembre de 2020; Sala de Casación Laboral, STL9713-2020 (Rad. 2020-00408) de 28 de octubre de 2020. También téngase en cuenta las siguientes sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional: T-208 de 2019 y T-387 de 2020.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-617 de 2010, T-002 de 2012, T-449 de 2013.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-515 de 2016, T-522 de 2016, T-617 de 2010 y T-208 de 2019. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia STP14954-2019 del 29 de octubre de 2021, rad. 107235.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-208 de 2019.

⁵⁰ En estos casos es importante verificar, por ejemplo, si la persona ha sido sancionada con la pena de destierro por parte de las autoridades indígenas. En estos casos, es posible que los lazos con su comunidad se hayan roto, lo que podría cuestionar la configuración del elemento indígena e incidir, además, en el elemento institucional que se estudiará más adelante. Sobre la pena de destierro, ver Corte Constitucional, sentencia T-300 de 2015 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STC14902-2016 del 18 de octubre de 2016 (Rad. 2015-00570-02).

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencias T-387 de 2020 y T-617 de 2010. Sobre este aspecto, la Corte reiteró que "la adopción de prácticas o tradiciones 'occidentales' no erosiona automáticamente la condición étnica. La Corte encontró que resultaba irrazonable, por ejemplo, inferir que un indígena pierde su identidad o conciencia étnica por referirse a programas de televisión "occidentales", pues el contacto con estos es, actualmente, inevitable; y no es razón suficiente para afirmar una supuesta "aculturación".

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2020.

⁵³ Oficina Internacional del Trabajo, Convenio Núm. 169 sobre Pueblos indígenas y tribales, Art. 13.2; Corte Constitucional, Sentencias SU-123 de 2018, C-463 de 2014, T-617 de 2010 y T-002 de 2012.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-387 de 2020, SU-123 de 2018, T-548 de 2013 y T-617 de 2020. Ver también Auto A-206 de 2021.

M



0005

Página 9 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

Para evaluar el cumplimiento de este criterio, los fiscales delegados deberán verificar si la conducta investigada ocurrió al interior de los límites espaciales del territorio de la comunidad.

Para acreditar este elemento, es útil consultar los mapas de caracterización de los pueblos indígenas realizados por el Ministerio del Interior, la georreferenciación de los integrantes y Gobernadores de Resguardos indígenas y traductores de pueblos indígenas de la Fiscalía General de la Nación o el marco geoestadístico nacional dispuesto por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE.

- c. *Objetivo*⁵⁵: implica analizar la naturaleza y titular del bien jurídico afectado con la comisión de la conducta punible, específicamente si se trata de uno que concierna a la cultura mayoritaria⁵⁶, a la comunidad indígena, o a ambos⁵⁷. Así, si estos pertenecen exclusivamente a la comunidad indígena, se preferirá esa jurisdicción; por el contrario, si solo son de interés para la sociedad mayoritaria el análisis se inclinará hacia la jurisdicción ordinaria. Ahora, si se cumple este requisito en ambas jurisdicciones, deberá hacerse un análisis más intenso del elemento institucional u orgánico, "pues de este depende la efectividad de los derechos de la víctima"⁵⁸.

En algunos casos adelantados por ciertos delitos como terrorismo, rebelión, narcotráfico, contrabando, lavado de activos, porte ilegal de armas o corrupción al sufragante, la Corte Constitucional ha considerado que estos "desbordan la órbita cultural indígena" y por tanto no se cumpliría el factor objetivo.

- d. *Institucional u orgánico*⁵⁹: demanda establecer si en la comunidad indígena existen normas sobre lo que está prohibido y permitido (planes de vida, tradiciones orales, entre otros), autoridades con cierto poder de coerción social, así como sistemas y procedimientos para judicializar el caso con plena garantía de los derechos de la víctima y de la persona investigada, así como para aplicar una eventual sanción (no necesariamente privativa de la libertad). Esto con el fin de evaluar si el sistema jurídico particular de la comunidad evitará la impunidad, sin que ello implique un juicio valorativo subjetivo sobre la adecuación o corrección de sus normas⁶⁰.

En este caso, algunos elementos indicativos que pueden ser evaluados por los fiscales delegados son los siguientes: (i) la existencia de autoridades tradicionales

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-387 de 2020 y 617 de 2010.

⁵⁶ La cultura indígena no debe ser entendida como minoría étnica, sino como grupo poblacional con una cosmovisión diferente a la que ha sido aceptada por la sociedad occidental mayoritaria, por este motivo, bajo la óptica del artículo 246 constitucional se reconoce la jurisdicción especial indígena. Se trata entonces de dos categorías excluyentes.

⁵⁷ Por ejemplo, la Corte Constitucional en la sentencia T 659 de 2013 señaló "En el punto de la rebelión se trata de la protección de un bien jurídico que pertenece exclusivamente al Estado, cuestión que orientaría la Sala a enviar el asunto a la jurisdicción ordinaria. En relación con el concierto para delinquir con fines de tráfico de estupefacientes, la seguridad pública incumbe tanto al conglomerado en general como a la comunidad indígena".

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2020, también T-397 de 2016.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, reiterada en T-387 de 2020. La Corte aclaró que "Para la Corte, tal "institucionalidad es un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso -límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios- y para la eficacia de los derechos de las víctimas". Este requisito, sin embargo, no debe llevar a exigir un aparato institucional ideal, pues ello sería desproporcionado y desconocería que "también el sistema jurídico nacional tiene deficiencias y que -no sin algo de razón- muchas víctimas lo consideran fuente de impunidad".

PM



0005

Página 10 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

en la comunidad indígena con control material sobre el territorio establecido; (ii) procedimientos judiciales definidos; (iii) el conocimiento y aceptación de dichos procedimientos por la comunidad, así como de un concepto genérico de nocividad social; (iv) la previsión de sanciones aplicables a las conductas cometidas (que no necesariamente deben ser privativas de la libertad); (v) la extrema gravedad del comportamiento en el caso concreto que podría desbordar la capacidad institucional de la comunidad⁶¹; (vi) la suficiencia de los instrumentos jurídicos con los que cuenta la comunidad para el caso; (vii) la situación de indefensión o vulnerabilidad de la víctima⁶²; y (viii) la manifestación de las autoridades para conocer el caso u otros anteriores o similares⁶³, así como los resultados de aquellos.

Además, se sugiere tomar contacto y consultar con la máxima autoridad indígena para comprender la estructura de la comunidad, así como emitir órdenes a policía judicial para determinar el nivel organizativo y de respuesta al interior de una comunidad. Los casos de extrema gravedad o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión o especial vulnerabilidad, exigen un estudio más riguroso de este elemento institucional⁶⁴.

12. *La gravedad de la conducta no es un criterio determinante.* Los fiscales delegados no podrán descartar automáticamente la competencia de la jurisdicción especial indígena a partir de la gravedad o extrema nocividad que la conducta investigada revista para la sociedad mayoritaria. En estos casos, es necesario realizar un examen de los elementos institucional y objetivo, con el fin de determinar si la comunidad indígena en concreto cuenta con los mecanismos y procedimientos necesarios para investigar y sancionar la conducta, sin que se presente impunidad o desprotección de los derechos de las víctimas.
13. *Restricción constitucional.* La jurisdicción ordinaria es la única competente para conocer los casos de delitos de desaparición forzada⁶⁵. Por esta razón, los fiscales deberán investigar y judicializar ante los jueces de la República a las personas que incurran en este delito, incluso en los casos en los que se configuren los requisitos que habilitarían la competencia de la jurisdicción especial indígena. En todo caso, una vez surtida la audiencia de formulación de imputación, los fiscales informarán sobre la existencia del proceso penal a quien la persona indígena reconozca como la autoridad de su comunidad.
14. *Posible configuración de errores de prohibición invencibles.* Es posible que en un caso concreto se presenten los criterios subjetivo y geográfico, pero no el objetivo. En estos

⁶¹ Al respecto, debe revisarse las consideraciones anotadas sobre el elemento objetivo y la imposibilidad de descartar automáticamente la competencia de la jurisdicción especial indígena en casos de delitos graves. Se trata de un criterio de valoración que debe ser ponderado de manera conjunta con los demás. Ver, Corte Constitucional, Sentencias C-463 de 2014 y T-617 de 2010.

⁶² En estos casos se sugiere verificar si la comunidad cuenta con mecanismos para garantizar medidas de reparación y de protección de víctimas en estado de indefensión o vulnerabilidad.

⁶³ Uno de los aspectos que ha considerado la Corte Constitucional frente a la determinación del elemento institucional de la jurisdicción especial indígena, es también la "eficacia real para garantizar los derechos" y en este sentido si bien una comunidad indígena puede contar con procedimientos claros y sanciones, la falta de aplicación e inacción de la comunidad puede llevar a que la situación sea conocida por la jurisdicción ordinaria en aras de garantizar el acceso a la justicia. Ver Corte Constitucional, sentencia T-387 de 2020.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2020.

⁶⁵ Corte Constitucional, T-449 de 2013. También, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, adoptada en Belém Do Pará en 1994, aprobada mediante Ley 707 de 2008, que señala en su artículo IX "Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar".



0005

Página 11 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

supuestos, es indispensable que los fiscales delegados verifiquen si la persona comprendía la ilicitud de su conducta, pues es posible que se esté ante un error invencible de prohibición por diversidad cultural, supuesto en el cual podría proceder la solicitud de preclusión del caso con fundamento en la causal 11 de ausencia de responsabilidad contemplada en el artículo 30 de la Ley 599 de 2000. En ese orden de ideas, de presentarse este supuesto, se preferirá la jurisdicción ordinaria para proceder a la solicitud de preclusión en los términos del numeral 2 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y facilitar la reintegración al medio cultural de la persona⁶⁶.

15. *Iniciativa probatoria para determinar la competencia.* Los fiscales delegados deben emitir órdenes a policía judicial para estudiar la concurrencia de los elementos, con el fin de evaluar si la Fiscalía es competente para investigar el caso, esto permitirá hacer un uso racional de la acción penal y evitar destinar los recursos investigativos de la Entidad en casos que no son de competencia de la jurisdicción ordinaria.

III. Lineamientos para la promoción de conflictos de competencia

16. *Inviabilidad de renunciar al fuero indígena para obtener un trato más favorable.* No es admisible constitucionalmente que la persona indígena indiciada, imputada o acusada pretenda renunciar al fuero indígena que le asiste para obtener un trato más favorable en la jurisdicción ordinaria⁶⁷. Por este motivo, de presentarse esta manifestación por la persona investigada, el fiscal delegado deberá constatar que el individuo renuncia al fuero por la convicción íntima de no seguir siendo miembro de su comunidad.
17. *Identificación preliminar de la jurisdicción competente.* Los conflictos de competencias ente jurisdicciones requieren la existencia de un desacuerdo sobre la autoridad (ordinaria o indígena) que debe conocer el caso. Por este motivo, es indispensable que el fiscal delegado evalúe el caso que le fue asignado y establezca preliminarmente si este (i) debe ser tramitado por la jurisdicción ordinaria, caso en el cual deberá retener la competencia e impulsarlo ante los jueces de la República, o (ii) debe ser conocido por la jurisdicción especial indígena, de manera que tendrá que remitirlo ante la autoridad indígena competente según la comunidad a la que pertenezca la persona investigada.
18. *Comités técnico jurídicos.* Los fiscales deberán solicitar la realización de un comité técnico jurídico con la Dirección Seccional o Especializada correspondiente, de manera previa a tomar una decisión, en los casos de duda sobre el cumplimiento de los criterios. Si se trata de un caso de connotación nacional que cuente con solicitud de remisión a la jurisdicción especial indígena por parte de las autoridades de esas comunidades, el Director Seccional o Especializado deberá informar del caso a la Delegada correspondiente.
19. *Remisión de los casos ante las autoridades indígenas.* En los casos en que el fiscal delegado concluya (de manera oficiosa, por solicitud de la persona investigada o judicializada, el defensor, o la autoridad de la comunidad) que el asunto corresponde a la jurisdicción especial indígena, deberá informar de ello a la Dirección Seccional o Especializada a la cual pertenece. Para garantizar una adecuada coordinación

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014. Reiterado en Auto A-206 de 2021.

⁶⁷ Corte Constitucional, T-001 de 2012. Posición reiterada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STP14951-2019 del 29 de octubre de 2019, rad. 107235.

AM



0005

Página 12 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

interjurisdiccional, el fiscal deberá comunicar de manera previa a la autoridad indígena competente su intención de remitirles el caso. Posteriormente, en caso de acuerdo o silencio por parte de esa autoridad sobre la intención de remisión del proceso, podrá enviarlo formalmente por medio de una orden de remisión de competencia. Por el contrario, cuando se presenten desacuerdos con la autoridad indígena, el fiscal deberá acudir ante los jueces de la República para solicitar que se promueva un conflicto entre jurisdicciones.

20. *Mantener la competencia de la jurisdicción ordinaria.* En los eventos en los que el fiscal delegado concluya que la jurisdicción ordinaria es competente para conocer del caso, deberá continuar impulsando la investigación y judicialización del asunto en cumplimiento del deber constitucional asignado a la Fiscalía General de la Nación para ejercer la acción penal.
21. *Cumplir el deber de la Fiscalía General de la Nación para investigar los casos que constituyan delitos.* En el evento en que se presente un conflicto de competencia de este tipo, el fiscal delegado deberá continuar impulsando la investigación de los procesos hasta que no haya un pronunciamiento de la Corte Constitucional que le otorgue competencia a la jurisdicción especial indígena, en cumplimiento del deber constitucional asignado a la Fiscalía General de la Nación para ejercer la acción penal.
22. *Oportunidad procesal para promover un conflicto de competencia entre jurisdicciones.* En principio, los conflictos de competencia deben ser propuestos en la audiencia de formulación de acusación⁶⁸ o audiencia concentrada, si el asunto se tramita bajo el procedimiento especial abreviado⁶⁹. Sin embargo, es posible que durante el trámite anterior o posterior se cuestione la competencia de la jurisdicción ordinaria por parte de las autoridades indígenas⁷⁰. En estos casos, corresponderá al fiscal delegado sustentar ante el Juez de Conocimiento o de Control de Garantías las razones por las cuales el asunto debe continuar ante la jurisdicción ordinaria, para que aquel inicie el trámite para dirimir el conflicto de competencias ante la Corte Constitucional.
23. *Captura de miembros de la sociedad mayoritaria por parte de las autoridades indígenas.* En ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es viable que las autoridades indígenas capturen a un miembro de la comunidad mayoritaria. No obstante, en observancia del principio del juez natural, esta persona debe ser puesta a disposición de las autoridades de la jurisdicción ordinaria. En estos casos, los fiscales deberán actuar de manera diligente para verificar la legalidad del procedimiento de captura y el respeto de sus derechos fundamentales, evaluando el caso inicialmente y acudiendo ante los jueces de control de garantías para los controles judiciales correspondientes.

⁶⁸ Ley 906 de 2004, artículo 339.

⁶⁹ Ley 906 de 2004, artículo 542, adicionado por el artículo 19 de la Ley 1826 de 2017.

⁷⁰ Ley 906 de 2004, artículo 55. Ver también, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP3263-2015 del 10 de junio de 2015, rad. 44993. Reiterada en STP-9273-2020 del 1 de octubre de 2020, rad. 113566, M.P. Eyder Patiño Cabrera. En este caso, esa Corporación señaló que "cuando las autoridades indígenas cuestionen la competencia de la jurisdicción ordinaria en casos que involucren miembros de su comunidad, siempre que ello ocurra previo a la culminación de la segunda instancia de conocimiento".

124



0005

Página 13 de 13 Directiva _____ de 2021 "Por medio de la cual se emiten lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena"

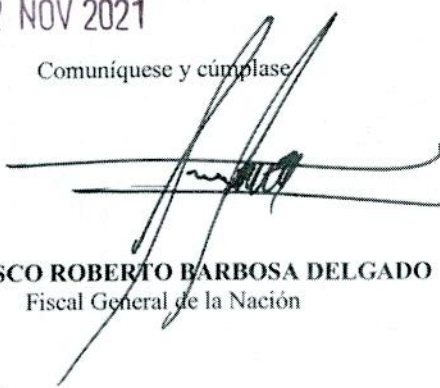
IV. Garantías de los miembros de una comunidad indígena en el marco de los procesos penales ordinarios

24. *Atención a víctimas y usuarios indígenas.* Los fiscales y funcionarios de la Entidad deberán observar durante todo el proceso penal los lineamientos contemplados en la Guía para la Atención a personas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas⁷¹, especialmente en lo relacionado con el proceso de orientación y recepción de la denuncia de víctimas y usuarios.
25. *Perspectiva diferencial.* Los fiscales delegados deberán procurar que sus decisiones propendan por un equilibrio entre la protección de los derechos de las víctimas, de la persona acusada y la integridad de la comunidad indígena, de acuerdo con sus valores culturales y particular concepción jurídica y moral para comprender el mundo.
26. *Actualización del sistema de información SPOA.* Los funcionarios de la Entidad deberán registrar en los sistemas de información misionales la caracterización como indígenas de la víctima e indiciados desde la creación de la noticia criminal. En los eventos de conocerse esta condición con posterioridad, corresponderá a los fiscales delegados registrar y actualizar los sistemas de información.
27. *Reconocimiento como indígena de la persona investigada y la autoridad de su comunidad.* En los eventos en los que, por cualquier medio, el fiscal delegado tenga conocimiento de que la persona imputada o acusada es indígena, deberá preguntarle por el pueblo indígena y la comunidad a la que pertenece, la autoridad indígena que aquel reconoce y los datos de contacto o la forma de comunicarse con dicha autoridad para dar aviso sobre la existencia del proceso seguido en su contra. En el expediente judicial y en los sistemas misionales de la Fiscalía General de la Nación deberá dejarse constancia de esta información, así como de la comunicación efectiva a la autoridad indígena. Esta comunicación podrá realizarse en las etapas de investigación o judicialización.

En los anteriores términos, la presente Directiva establece los lineamientos para la definición de los conflictos de competencia con la jurisdicción especial indígena, y deroga la Directiva 012 de 2016.

Dada en Pasto, a los 22 NOV 2021

Comuníquese y cúmplase


FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO
Fiscal General de la Nación

⁷¹ Fiscalía General de la Nación, Guía para la Atención a personas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, FGN-MP01-G-08 del 21 de enero de 2020.