



Hoja No. 1. Directiva No. 0012 *“Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena”*

**Directiva No. 0012<sup>1</sup>**

**21 JUL. 2016**

***“Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena”***

## **I. CONTENIDO Y DECISIONES<sup>1</sup>**

### **A. CONTENIDO**

Esta directiva desarrolla los criterios que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, deben ser considerados para determinar si un caso es competencia de la jurisdicción especial indígena o, por el contrario, le corresponde a la jurisdicción ordinaria. Para ello, comienza por señalar los principios constitucionales que fundamentan la jurisdicción indígena.

Luego, expone las subreglas constitucionales en relación con los límites y alcances de cada uno de los elementos que deben considerar los fiscales, al momento de tomar decisiones sobre casos en los cuales se encuentre involucrado algún factor que oriente la competencia hacia la jurisdicción especial indígena. Finalmente, esta Directiva precisa las directrices que los fiscales deben seguir a lo largo del procedimiento penal, cuando asuman el conocimiento de algún caso en el que se vea implicado algún aspecto relacionado con una cultura indígena.

<sup>1</sup> Con base en los lineamientos del Fiscal General de la Nación (e), la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales (DNEAC), en conjunto con asesores del Despacho del Fiscal General (e) y del despacho de la Vicefiscal General de la Nación (e), proyectaron esta Directiva. Además, tuvo como insumos para su elaboración, documentos presentados por contratistas externos de la DNEAC. La posición de la Fiscalía en esta Directiva, no necesariamente compromete la opinión de los contratistas.



Hoja No. 2. Directiva **Nº 012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

## B. DECISIONES

1. Cuando los fiscales tengan a su cargo una investigación y del conocimiento de los hechos y la evidencia disponible derive la posible competencia de la jurisdicción especial indígena, deberán considerar los siguientes criterios jurisprudenciales: (a) subjetivo o personal, (b) geográfico; (c) objetivo; (d) institucional.

Con fundamento en estos criterios procederán a realizar un análisis global del caso y determinar alguno de los siguientes cursos de acción: (i) retener la competencia para adelantar la investigación o (ii) solicitar la realización de un Comité Técnico-Jurídico<sup>2</sup> para establecer la mejor forma de resolver el caso y determinar si se debe provocar un conflicto de competencia<sup>3</sup>.

- a. El criterio personal o subjetivo exige establecer si el procesado pertenece a una comunidad indígena.
- b. El elemento geográfico se configura cuando se requiere que los hechos hayan acontecido al interior del territorio de la comunidad. Para este análisis, se debe considerar una noción amplia de territorio en el cual las zonas de interés cultural también hacen parte de las áreas pertenecientes a la comunidad indígena.

<sup>2</sup> Para mayor información sobre los Comités Técnico-Jurídicos y la obligatoriedad de sus decisiones, revisar la Resolución 258 de 2015 de la Fiscalía General de la Nación. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-232 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>3</sup> Los fiscales podrán provocar tanto el conflicto de competencias positivo como negativo, cuando ese sea el resultado del Comité Técnico-Jurídico. El conflicto de competencia negativo se presenta cuando, pese a que se encuentran probados todos los criterios establecidos por la Corte Constitucional para que se configure la jurisdicción indígena, las máximas autoridades de la comunidad específica se nieguen a asumir el conocimiento del caso. El positivo se presenta cuando se tengan los elementos de prueba suficientes para que la jurisdicción ordinaria asuma el conocimiento de una investigación adelantada por las autoridades tradicionales de la comunidad indígena. Provocar el conflicto de competencia positivo evita la violación del principio constitucional del *non bis in idem*.



Hoja No. 3. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

- c. El elemento objetivo exige analizar la naturaleza y el titular del bien jurídico protegido. Para ello se deben establecer los siguientes aspectos<sup>4</sup>:
- i. Cuando el bien jurídico o su titular pertenezcan exclusivamente a la comunidad indígena, son sus autoridades las competentes para conocer el caso.
  - ii. Cuando el bien jurídico o su titular pertenezcan exclusivamente a la sociedad mayoritaria, la competencia se orienta hacia la jurisdicción ordinaria.
  - iii. Cuando el bien jurídico concierne tanto a la comunidad indígena como a la mayoritaria, debe examinarse con detenimiento el elemento institucional para definir la competencia.
- d. El elemento institucional exige demostrar la existencia de normas, autoridades y procedimientos al interior de la comunidad indígena para la sanción de la conducta punible. El análisis de este elemento debe recaer sobre los siguientes aspectos:
- i. Existencia de autoridades tradicionales al interior de la comunidad indígena, que ejerzan control social en un territorio establecido<sup>5</sup>.
  - ii. Existencia de "procedimientos judiciales autóctonos bien definidos"<sup>6</sup> y "conocidos y aceptados por la comunidad"<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 4: Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

- iii. Existencia de un concepto genérico de nocividad social y de las penas aplicables<sup>8</sup> para los hechos procesados, conforme a sus concepciones culturales.
2. Los fiscales, con fundamentos en los hechos y en la evidencia disponible, deberán hacer un análisis conjunto de los elementos descritos para determinar si en el caso concreto se configura la competencia de la jurisdicción especial indígena. En cualquier evento, los análisis determinarán respuestas caso por caso, sin que se puedan establecer reglas universales que prescriban de forma invariable soluciones para determinar la jurisdicción competente.
3. En caso de que haya dudas sobre la configuración de la jurisdicción especial indígena, el fiscal debe tener en cuenta que la ausencia de uno de los factores en un caso concreto, no implica de manera automática que la competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria. En los eventos de dudas, los fiscales deberán solicitar la realización de un Comité Técnico-Jurídico para evaluar si el caso debe ser remitido a la jurisdicción indígena, antes de provocar el conflicto de competencias.
4. Los fiscales podrán emitir órdenes de policía judicial para establecer si, en principio, la comunidad indígena se encuentra acreditada y si cuenta con una estructura que permita la investigación y juzgamiento de la conducta punible, con miras a la protección de los derechos de las víctimas, los derechos del acusado y la integridad de la comunidad indígena en términos de sus valores culturales y sus particulares cosmovisiones y formas de vida.
5. A la hora de analizar un caso concreto, los fiscales deberán aplicar los principios que funcionan como criterios interpretativos de la jurisdicción especial indígena: (i) la maximización de la autonomía de las comunidades

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 5. Directiva No. 0012. Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

- indígenas, (ii) mayor autonomía para decidir conflictos internos y (iii) el reconocimiento de mayor autonomía si existe un alto grado de conservación de la identidad cultural. Estos principios encuentran un límite infranqueable en el núcleo esencial de los derechos humanos y los derechos fundamentales.
6. Los fiscales deben emitir órdenes de policía judicial para estudiar la concurrencia de los elementos, a efectos de determinar cuál es la jurisdicción competente. En caso de que luego del examen de los criterios mencionados, concluyan que la investigación le corresponde a la jurisdicción especial indígena deberán solicitar la realización de un Comité Técnico-Jurídico para determinar la entrega del caso, por medio de una orden de remisión de competencia, a las autoridades de la comunidad indígena específica.
  7. En cualquier evento, las decisiones de los fiscales deben propender por un equilibrio que proteja los derechos de las víctimas, los derechos del acusado y la integridad de la comunidad indígena en términos de sus valores culturales y sus particulares concepciones jurídicas y morales. Para ello deben mantener una comunicación constante y asertiva con las máximas autoridades de la comunidad indígena específica.
  8. Los fiscales no pueden excluir automáticamente la jurisdicción especial indígena a partir de la gravedad o extrema nocividad de una conducta para la cultura mayoritaria. Este criterio no define *per se* la jurisdicción competente, sino que exige un examen más intenso y riguroso del elemento institucional, para determinar si la comunidad indígena cuenta con las tradiciones y los procedimientos necesarios para investigar y sancionar la conducta, sin que se presente impunidad o desprotección de los derechos de las víctimas.
  9. Cuando se trate del delito de desaparición forzada, la única jurisdicción competente es la ordinaria, independientemente de que se configure



Hoja No. 6. Directiva **Nº 012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

cualquiera de los criterios expuestos en precedencia. Por tanto, los fiscales deberán asumir la competencia para adelantar la investigación en relación con la denuncias de actos constitutivos del delito de desaparición forzada<sup>9</sup>.

10. Cuando se trate de un indígena que ha cometido una conducta tipificada por la ley penal, fuera del territorio indígena, los fiscales deben examinar si el victimario comprende que la conducta que ejecutó es ilícita o se configura un error de prohibición invencible por diversidad cultural. En este último evento, debe analizar la no formulación de imputación o "la reintegración al medio cultural"<sup>10</sup>.

Para los análisis de este tipo, los fiscales deben tener en cuenta diferentes criterios, entre ellos, el grado de aculturación del sujeto<sup>11</sup>, el nivel de aislamiento de la comunidad<sup>12</sup> y la afectación del individuo frente a la sanción<sup>13</sup>, los cuales deben ser evaluados "dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica"<sup>14</sup>. Para demostrar alguno de los aspectos anteriores, el fiscal podrá ordenar entrevistas al investigado y otras personas de la comunidad indígena y dictámenes antropológicos, entre otros.

11. Cuando un miembro de la comunidad indígena manifieste su intención de renunciar al fuero, el fiscal deberá evaluar el caso para determinar si se trata de una renuncia por conveniencia para eludir el juzgamiento de la comunidad y recibir un mejor trato por parte de la jurisdicción ordinaria. En estos eventos, la renuncia resulta inadmisibles. Si se constata que el individuo renuncia al fuero por la convicción íntima de no seguir siendo

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-449 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En esta sentencia se refieren a la Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>11</sup> Ver entre otras: Corte Constitucional, Sentencias T-728 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 7. Directiva N<sup>o</sup> **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

miembro de su comunidad, entonces el fiscal deberá realizar un juicio de ponderación estricto para evitar que se afecten desproporcionadamente la autonomía de los pueblos indígenas y el principio de diversidad étnica y cultural<sup>15</sup>.

12. En aquellos eventos en vigencia de la Ley 906 de 2004, cuando el caso sea competencia de la jurisdicción ordinaria y se tome una decisión de imposición de medida de aseguramiento a un presunto victimario indígena, el fiscal deberá intervenir en la audiencia ante el juez de control de garantías, para poner en su conocimiento la posible afectación de los valores culturales del indígena generados por la imposición de la medida de aseguramiento.

En caso de ser necesaria una medida de aseguramiento privativa de la libertad, deberá valorarse la posibilidad de que tal medida se cumpla dentro de su territorio, en el lugar destinado por las autoridades indígenas para tal fin, previa consulta a la autoridad indígena. En cualquier evento, se debe propender por la coordinación armónica de las autoridades y la protección cultural de la comunidad. De lo contrario se deberá dar cumplimiento al artículo 29 de la Ley 65 de 1993<sup>16</sup>.

13. Para los hechos cometidos en vigencia de la Ley 600 de 2000, el fiscal que tramite el caso deberá consultar a la máxima autoridad indígena si se compromete a hacer cumplir la medida de aseguramiento de detención preventiva en su territorio.
14. Cuando el caso sea competencia de la jurisdicción ordinaria y se estudie la imposición de pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario corriente a una persona indígena condenada, el fiscal deberá plantearle al juez de conocimiento el posible impacto de esa pena en los valores culturales de la persona condenada, en la oportunidad procesal prevista en

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 8. Directiva **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, para que se adopten las medidas pertinentes a efectos de salvaguardar las cosmovisiones indígenas. En tal sentido, puede sugerir el cumplimiento de la pena privativa de la libertad dentro del territorio de la comunidad indígena, siempre que se cumplan los requisitos exigidos, o de lo contrario cumplir con la reclusión para casos especiales, dispuesta en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993<sup>17</sup>.

## II. INTRODUCCIÓN

La Carta Política de 1991 reconoció la diversidad étnica y cultural del país y consagró diversos derechos a favor de los pueblos indígenas. Entre los derechos reconocidos a las culturas ancestrales se encuentran la propiedad colectiva sobre los territorios que habitan, la autodeterminación de las decisiones que afecten a la comunidad, la autonomía para establecer sus propios modos de “vida buena” y la obligación de consulta sobre asuntos públicos que les conciernen en tanto pueblo indígena<sup>18</sup>.

Como consecuencia de la autonomía reconocida a los pueblos originarios, el artículo 246 constitucional establece, por un lado, la regla general que consiste en que las autoridades de las comunidades indígenas pueden ejercer su poder para investigar, juzgar y sancionar conductas jurídicamente reprochables dentro de su territorio, conforme a su propia normatividad. Por otro lado, este ejercicio autónomo de su jurisdicción y la aplicación de sus normas y costumbres debe ser compatible con la Constitución y los derechos humanos. Es decir, la Constitución reconoció el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia de acuerdo con sus propias cosmovisiones; pero, al mismo tiempo, fijó los límites y excepciones a su autonomía: la Constitución misma y los derechos humanos<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>19</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 246.



Hoja No. 9. Directiva **MD 12** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

Así, en el territorio nacional coexisten tanto el ordenamiento jurídico mayoritario como el derecho propio de cada una de las comunidades, conformado por sus usos, costumbres y autoridades. Este es un fenómeno conocido como pluralismo jurídico.

### **A. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

El desarrollo constitucional colombiano estuvo precedido por la expedición del Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional de Trabajo –en adelante OIT–. Este instrumento, que es vinculante para Colombia y hace parte del bloque de constitucionalidad<sup>20</sup> es una herramienta constitucional de obligatoria observancia para la interpretación y aplicación de los derechos de las comunidades indígenas<sup>21</sup>.

De conformidad con este Convenio, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a conservar sus costumbres e instituciones<sup>22</sup>. Así, “deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”<sup>23</sup>.

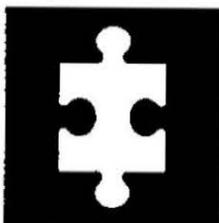
Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, criterio de interpretación en el ordenamiento jurídico

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencias : C-030 de 2008 ; T-903 de 2009 ; T-376 de 2012 ; T-548 de 2013.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-376 de 2012.

<sup>22</sup> Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989, artículo 8.

<sup>23</sup> Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989, artículo 9.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 10. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

colombiano<sup>24</sup>, establece el derecho de los pueblos indígenas a “mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”<sup>25</sup>. El respeto y reconocimiento de los sistemas de justicia de las comunidades indígenas también ha sido recomendado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>26</sup>.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), los derechos de las minorías étnicas hacen parte esencial de los derechos humanos por lo que se hace imperativo e insoslayable su protección y garantía:

“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”<sup>27</sup>.

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) considera que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas contribuye a la democratización de los Estados en la medida que implica la participación de las minorías en la vida pública en condiciones paritarias:

“La participación efectiva de las minorías en la vida pública es un componente esencial de toda sociedad pacífica y democrática. La experiencia europea ha demostrado que, para promover dicha

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. M.P. Juan Carlos Henao Pérez y Sentencia T-642 de 2014, M.P. María Victoria Sánchez Méndez.

<sup>25</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, artículo 18.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, 2001.



Hoja No. 11. Directiva No. 12. "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

participación, a menudos los gobiernos deben establecer acuerdos específicos en relación con las minorías nacionales"<sup>28</sup>.

Así, el derecho internacional ha asumido que el reconocimiento de los derechos de las minorías étnicas no es un tema exclusivo de los Estados, que puede resolver a discreción como un asunto interno. La comunidad internacional tiene una preocupación legítima sobre estos derechos dado que la insatisfacción de las minorías ha sido fuente de conflictos internacionales y nacionales, especialmente violentos. De allí que la forma de gestionar las diferencias con los grupos étnicos minoritarios, constituya un elemento vital para la paz y la estabilidad de los pueblos<sup>29</sup>.

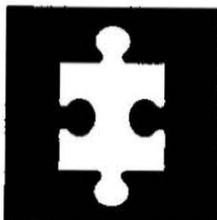
## B. LA NOCIÓN DE JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

En este contexto internacional, el derecho constitucional colombiano ha entendido que la jurisdicción especial indígena tiene una doble naturaleza al constituirse, a su vez, como un derecho de la comunidad misma y una garantía fundamental del procesado. Esta jurisdicción es una herramienta para reconocer la legitimidad de las formas de organización que se han dado a sí mismas las comunidades étnicas ancestrales, a partir de la cual pueden intervenir en la construcción de la democracia y de la diversidad de la Nación colombiana.

En tal sentido, la jurisdicción especial indígena es un mecanismo de garantía de la libre autodeterminación de los pueblos y, por tanto, de la autonomía que la Constitución le ha reconocido a estos grupos humanos. En consecuencia, una vez se ha constatado la existencia de un pueblo indígena dentro de un territorio determinado, con unas autoridades tradicionales constituidas ancestralmente,

<sup>28</sup> Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea, Recomendaciones de Lund sobre la participación efectiva de las minorías nacionales en la vida pública, y nota explicativa, Septiembre de 1999, Disponible en <http://www.osce.org/es/hcnm/32254?download=true>.

<sup>29</sup> Kymlicka, Will. *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Barcelona: Paidós, 2009, pp. 41-42.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 12. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*"

por mandato de la Carta Fundamental, se configura el derecho de la comunidad a ejercer su jurisdicción, sin interferencias ilegítimas<sup>30</sup>. Así se explica que las autoridades tradicionales tengan la potestad de reclamar la competencia sobre una conducta determinada, y si es del caso, solicitar a la autoridad judicial el amparo para el ejercicio autónomo de su jurisdicción.

La aplicación del derecho propio, por parte de las comunidades aborígenes, se conecta con los derechos al debido proceso y juez natural de los presuntos autores de una conducta punible. Por ello, el fuero indígena debe ser comprendido como el derecho, que le asiste a cada miembro individual de un pueblo indígena, en virtud de su pertenencia a este, que consiste en ser juzgado por sus autoridades internas, a la luz de sus propias reglas y costumbres<sup>31</sup>.

Aquí se ponen de presente dos dimensiones del concepto de fuero indígena: la colectiva y la individual. La primera entiende el fuero como 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. La segunda, no menos importante, concibe el fuero como una prerrogativa individual de los integrantes de la comunidad quienes deben ser investigados, juzgados y sancionados conforme con los usos, costumbres y procedimientos de la comunidad a la que pertenecen. Esta prerrogativa se erige como derecho fundamental en tanto que constituye un elemento esencial del principio del juez natural, del debido proceso y el derecho a la igualdad. Esta dimensión individual del fuero fundamenta el principio de irrenunciabilidad de la jurisdicción especial indígena, a partir del cual la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resuelve los conflictos de competencia.

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia T-642 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.



Hoja No. 13. Directiva No. 0012 "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

### **C. EL ESCASO DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA FIGURA DE LA RENUNCIABILIDAD AL FUERO INDÍGENA**

La Corte Constitucional ha manifestado que existe la posibilidad de renunciar al fuero especial indígena. Es decir, el fuero no opera como una regla absoluta que se impone sin excepciones a todos los miembros de una comunidad indígena. Por el contrario, al menos en las siguientes tres situaciones cabe la renuncia al fuero: (i) cuando la comunidad indígena manifiesta de forma expresa que renuncia al ejercicio de su jurisdicción, (ii) cuando un miembro de dicha comunidad desiste o reniega de la calidad de indígena o de su pertenencia a esa cultura étnica y (iii) cuando dentro de las normas y procedimientos ancestrales se consagra la renuncia como sanción ante determinadas conductas reprochables<sup>32</sup>.

Sin embargo, la Alta Corporación ha precisado que "el tema de la renuncia al fuero indígena desde los tres ámbitos estudiados, no ha sido resuelto de manera puntual por parte de la Corte"<sup>33</sup>. Esto significa que la forma como opera la renuncia al fuero aún se encuentra en etapa embrionaria, sin que la Corte haya delimitado aún con suficiente precisión sus alcances y excepciones. Por tal razón, esta figura no cuenta con una estructura jurídica fácilmente identificable.

No obstante los escasos desarrollos jurisprudenciales, pueden precisarse varios puntos acerca del tema. Sobre el primer supuesto -cuando la comunidad indígena manifiesta de forma expresa que renuncia al ejercicio de su jurisdicción-, cabe destacar que la Corte contempló dicha opción en la sentencia T-349 de 1996<sup>34</sup>, sin establecer una subregla clara al respecto. El alto Tribunal es consciente de que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha asumido que esta posibilidad constituiría un atentado contra los principios del juez natural, la igualdad, el acceso a la justicia y el debido proceso. Pero se

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>34</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz.



Hoja No. 14. Directiva **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

reitera que la Corte Constitucional no construyó una subregla que permita dilucidar el asunto. De modo que, en principio, la renuncia al fuero por parte de la comunidad no es constitucionalmente admisible<sup>35</sup>.

En el segundo evento, el del indígena que renuncia al fuero, la Corte Constitucional ha dicho que debe haber un estudio estricto y riguroso para establecer tres aspectos: (i) que la renuncia se realizó en ejercicio del principio de autonomía individual, (ii) que no se renunció por conveniencia, como estrategia para eludir el rigor de los procedimientos y las sanciones de la normatividad indígena, sino con la firme convicción de que no quiere seguir perteneciendo a su comunidad y (iii) que con ello no se menoscaba el poder de las autoridades indígenas para juzgar todos los casos dentro de su comunidad y no se afecta el principio de identidad étnica y cultural<sup>36</sup>.

Respecto al último supuesto, debe anotarse que la Corte no ha resuelto aún un caso relacionado con la pérdida individual de las prerrogativas indígenas de un miembro de la comunidad, como castigo impuesto por las autoridades del cabildo a raíz de una conducta reprochable para la cultura aborígen. Pero la Corte ha señalado que esta posibilidad pone en tensión los derechos individuales del indígena, individualmente considerado, frente a la autonomía de la comunidad como derecho colectivo<sup>37</sup>.

De allí que esta Directiva no haga énfasis en este aspecto y tenga como objetivo principal presentar los principios y elementos atinentes a la jurisdicción especial indígena, con el fin de que la actividad de la Fiscalía General de la Nación sea compatible con los mandatos constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

<sup>35</sup> *Ibidem*. Consideraciones 4.2.16 a 4.2.20.

<sup>36</sup> *Ibidem*. Consideración 5.2.2

<sup>37</sup> *Ibidem*. Consideración 4.2.20.



Hoja No. 15. Directiva N<sup>o</sup> 0012 *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

#### **D. COORDINACIÓN INTERJURISDICCIONAL**

El artículo 246 de la Constitución dispone en la parte final de su inciso primero que la ley establecerá las formas de coordinación entre las autoridades de la jurisdicción ordinaria y la especial indígena. Sin embargo, a la fecha, el legislador no ha expedido ninguna ley sobre el particular. En ausencia de esta normatividad, la jurisprudencia constitucional ha asumido la tarea de construir criterios que permitan una comunicación entre las jurisdicciones y la articulación entre sus autoridades para adelantar sus distintas actividades, sin que se afecte la autonomía de ninguno de sus poderes.

En su más reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional identificó los elementos normativos que conforman la jurisdicción especial indígena, a la luz del sentido literal del artículo 246. Estos elementos son descritos así:

“(i) la facultad de la comunidad de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de conservar y/o proferir normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación inter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada”<sup>38</sup> (subrayas fuera del texto).

La Corte Constitucional a través de la revisión de los fallos de tutela ha desarrollado una serie de criterios que definen los límites y los alcances de la jurisdicción especial indígena. Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura a través de los fallos que resuelven los conflictos de competencia entre los distintos sistemas jurídicos, ha aplicado dichos criterios para encauzar los cruces que se pueden presentar entre las jurisdicciones. Además, esta última corporación ha suscrito convenios con organismos internacionales a efectos de implementar

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



Hoja No. 16. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

proyectos que propicien el diálogo interjurisdiccional entre el régimen normativo mayoritario y el indígena<sup>39</sup>.

Así pues, la coordinación institucional con las comunidades indígenas se constituye en un pilar fundamental para garantizar y respetar el ejercicio autónomo de la jurisdicción especial indígena. De allí que los fiscales deban mantener una comunicación constante con las máximas autoridades de las comunidades indígenas para coordinar las actividades que requieran, en materia de participación de integrantes de las comunidades y de funcionarios judiciales o investigadores de la policía judicial.

Los fiscales deben propender para que, en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, las decisiones relacionadas con asuntos de la jurisdicción especial indígena sean coordinadas y no se tomen de forma unilateral. En todo caso, todas las decisiones deben tomarse con estricta observancia de los criterios fijados por la Corte Constitucional, corporación que ha recalado este deber de las autoridades en los siguientes términos:

"En torno al alcance de la facultad que el art. 246 de la Constitución otorga a las autoridades indígenas, se tiene que esta Corporación ha manifestado sus elementos esenciales, los cuales estarían dados por la posibilidad de: (i) tener autoridades judiciales propias; (ii) disponer normas y procedimientos judiciales propios, siempre con sujeción a la Constitución y a la ley. A su vez, el legislador retiene la facultad de determinar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial y ordinaria y a falta de desarrollo legislativo, la coordinación deberá llevarse a cabo con respeto de los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional"<sup>40</sup>.

En esa medida, además, la coordinación institucional entre la jurisdicción especial indígena y la Fiscalía General de la Nación debe estar mediada por la

<sup>39</sup> Ariza, Rosemberg. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-195 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.



Hoja No. 17. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

transparencia y respeto a las subreglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte Constitucional.

### **III. FUNDAMENTOS**

#### **A. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE FUNDAMENTAN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA**

La jurisdicción especial indígena es la materialización de diversos principios constitucionales, que tienen como finalidad respetar las formas alternativas de solución de conflictos planteadas por las comunidades étnicas. De esta forma, la Carta Política en su artículo 246 dispone lo siguiente:

“Artículo 246. 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”.

Este reconocimiento es el resultado de los principios constitucionales del pluralismo, la autonomía, la diversidad étnica y la igualdad, que serán explicados a continuación, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional y los estándares internacionales.



Hoja No. 18. Directiva No. 0012! Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

## 1. Pluralismo y diversidad étnica y cultural

La Corte Constitucional ha indicado que el pluralismo es un principio esencial para el Estado colombiano<sup>41</sup>, al considerar que es relevante en su configuración dada:

“(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”<sup>42</sup>.

Como parte del reconocimiento de ese principio, el artículo 246 de la Carta Política consagra el derecho de las comunidades indígenas de formarse de acuerdo a sus parámetros culturales<sup>43</sup>. Esta disposición funda lo que se conoce como pluralismo jurídico, esto es, la coexistencia dentro de un mismo Estado-Nación de diversos regímenes jurídicos que operan sobre los mismos fenómenos y regulan los mismos supuestos, pero que cuentan con distintas formas ampliadas y restringidas de aplicación<sup>44</sup>.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho, en la medida que opera como un mecanismo de reparación frente a las injusticias históricas que han sufrido las comunidades aborígenes en Colombia, cuyos integrantes han sido discriminados sistemáticamente desde tiempos inmemoriales. Por ello, la protección de sus derechos constitucionales ocupa un lugar central dentro de las funciones del Estado colombiano<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1051 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1051 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-866 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 19. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

En particular, el reconocimiento del pluralismo jurídico implica que los pueblos indígenas gozan de autonomía en cuanto la administración financiera y presupuestal de su comunidad. Esta autonomía también alcanza a su organización política y jurídica frente a la sociedad mayoritaria<sup>46</sup> y conlleva a:

"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"<sup>47</sup>.

De esta manera, la Corte Constitucional expresó que el objetivo de la garantía de la diversidad étnica y cultural hace referencia a que "los distintos grupos humanos encuentren espacios en común y se retroalimenten unos con otros, de tal forma que puedan avanzar de forma conjunta aprovechando el conocimiento acumulado. Así las cosas, la promesa del multiculturalismo se encuentra dirigida hacia el diálogo intercultural y el aprendizaje mutuo"<sup>48</sup>.

Ahora bien, se debe buscar la coordinación, armonización así como la conciliación entre la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y el principio de unidad nacional<sup>49</sup>, puesto que el respeto al derecho de autogobernarse de estas comunidades no significa que estén por fuera de la organización estatal<sup>50</sup>:

<sup>46</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-642 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 20. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

## 2. Autonomía de las comunidades indígenas

A nivel internacional el respeto a la jurisdicción especial indígena hace parte del reconocimiento de la autonomía de las comunidades étnicas. Un ejemplo de lo anterior, es el Convenio 169 de 1989, adoptado por la OIT<sup>51</sup> sobre pueblos indígenas y tribales, cuyo enfoque es el "respeto por la diferencia y promoción de la autonomía de los pueblos aborígenes"<sup>52</sup>. En dicho Convenio, desde el preámbulo se reconocen: "las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".

Adicionalmente, este instrumento internacional precisa en el artículo 4 que los Estados deberán adoptar "las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados".

Así mismo, los artículos 4 y 9 dispone que los Estados deben implementar las políticas públicas necesarias y adecuadas que garanticen la protección de las instituciones, los miembros, los bienes, el trabajo, los valores culturales y el medio ambiente de las minorías étnicas y respetar los mecanismos de imposición de penas de las comunidades indígenas, en armonía con el sistema jurídico interno y los derechos humanos<sup>53</sup>.

En consonancia con lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano en la Constitución Política reconoce de forma expresa la autonomía de las comunidades indígenas para administrar justicia. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional señaló que:

<sup>51</sup> La Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia que el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad. Sentencia T-903 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>53</sup> Convenio núm. 169 de la OIT. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Artículo 9.



Hoja No. 21. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

“En cuanto a la jurisdicción de las comunidades indígenas, cabe reconocer que sus autoridades están constitucionalmente avaladas para administrar justicia. Ello se finca en el reconocimiento de su autonomía 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)”<sup>54</sup>.

### 3. Igualdad

La jurisprudencia constitucional ha señalado que una de las manifestaciones del principio de igualdad es el enfoque diferencial, que se materializa en 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. En virtud del desequilibrio que esta situación generó, estas personas se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta. En consecuencia, el mandato de igualdad solo se cumple corrigiendo este tipo de situaciones, a través de acciones afirmativas que restituyan la posición de los sujetos desiguales<sup>55</sup>.

Dentro de este enfoque diferencial, está el enfoque étnico que cuenta con las siguientes características:

“[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 (...)”<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-010 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-010 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.



Hoja No. 22. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

Así pues, la misma Constitución hace de la defensa de la diferencia (igualdad en la diferencia), uno de sus principios fundamentales que se concreta a través de la garantía de la identidad cultural (artículo 7º, Carta Política) y el igual respeto frente a las distintas culturas y los diversos modos de ver el mundo (artículo 70 constitucional)<sup>57</sup>. Por esta vía reconoce que Colombia es una nación multicultural compuesta de diferentes grupos humanos, cuyas diferencias culturales son bienes pasibles de protección constitucional<sup>58</sup>.

## **B. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA**

Ahora bien, junto a los principios que fundamentan la existencia de la jurisdicción especial indígena, encontramos los mandatos que orientan el análisis de los conflictos de competencia en los casos concretos. La Corte Constitucional ha manifestado que los conflictos que involucren restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas deben ser analizados conforme a tres principios fundamentales que consisten en (1) la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, (2) la mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y (3) la mayor autonomía a medida que haya mayor conservación de la identidad cultural<sup>59</sup>.

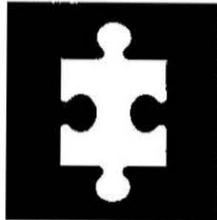
### **1. Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas**

Este principio sostiene que las restricciones a la autonomía de las comunidades son excepcionales, puesto que solo se permiten "cuando (i) sean necesarias para

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>58</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-642 de 2014, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 23. Directiva No. **0012** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena”*

salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas”<sup>60</sup>.

De esta forma, la limitación de la autonomía de las comunidades indígenas requiere de un ejercicio de ponderación en el que se sopesen distintos bienes constitucionales de igual o superior jerarquía frente la jurisdicción especial indígena, y que siempre se adopten medidas que impliquen una afectación mínima de la identidad cultural y se interfiera en el menor grado posible con el ejercicio de sus derechos<sup>61</sup>.

La Corporación puntualizó que cuando se pondera el derecho de las comunidades indígenas a ejercer su propia jurisdicción<sup>62</sup>, el principio de maximización de la autonomía debe ser entendido como un factor que aumenta el “peso en abstracto” de la autonomía indígena y que ocupa un papel preponderante en el análisis, dado que:

“[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”<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-642 de 2014, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

<sup>61</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>62</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>63</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.



Hoja No. 24. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

## **2. Principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos**

En segundo lugar, los jueces deberán tener en cuenta, al estudiar un caso que involucre a comunidades indígenas, que "el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado [implique] (...) solo a miembros de una comunidad [a diferencia de] 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"<sup>64</sup>.

Se trata de un principio cuya razonabilidad es evidente. Si el conflicto consiste en una disputa entre miembros de una misma comunidad indígena, entonces debe privilegiarse la competencia de las autoridades tradicionales de la comunidad en la que se presentó el conflicto. Pero si se trata de una discordia que implica a miembros de comunidades culturales diferentes, deberán buscarse mecanismos alternativos que permitan armonizar las diferentes cosmovisiones que se encuentran en contienda, de manera que no se vea una de ellas sacrificada desproporcionadamente en relación con la opuesta.

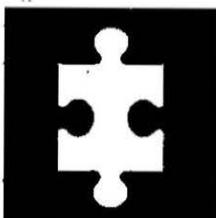
## **3. Principio de a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía**

El Tribunal Constitucional también ha señalado que "a un mayor nivel de conservación de su cultura y legislación interna, debe existir un mayor respeto por la autonomía de la comunidad indígena respectiva"<sup>65</sup>. Para llegar a esta conclusión se deben analizar dos asuntos, uno fáctico y otro normativo<sup>66</sup>. Estos elementos hacen referencia lo siguiente:

<sup>64</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>66</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 25. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

"[El primero efectúa] (...) la constatación histórica de una menor aculturización de la comunidad indígena, o con otras palabras, de una mayor conservación de sus usos, costumbres y tradiciones ancestrales; y el otro factor, normativo, que se refiere a la mayor vigencia y eficacia de sus reglamentos internos o legislación indígena propia"<sup>67</sup>.

El criterio debe interpretarse como una herramienta descriptiva que permite establecer cuál es el grado de conservación de los usos y costumbres de los pueblos indígenas, sin que se entienda que la mera pérdida de algunos aspectos de la vida aborígen implique una incapacidad de la comunidad para administrar los asuntos de especial relevancia comunitaria<sup>68</sup>. Ello tampoco da lugar a que los jueces dispongan de una mayor o menor protección de la identidad cultural en función del grado de aislamiento de la comunidad<sup>69</sup>. Así pues, el Tribunal puntualizó lo siguiente:

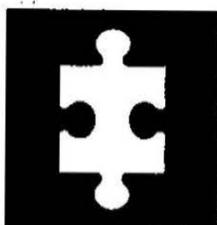
"Incluso cuando la Corte afirma que las comunidades con un grado menor de conservación deberán guiarse por normas del derecho nacional, lo que está haciendo es refiriéndose a una circunstancia específica del ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena: en la medida en que el derecho propio se compone de usos y costumbres, una comunidad que carezca de estos no puede ejercer el juzgamiento de sus miembros, pues ello implicaría un desconocimiento del principio de legalidad, es decir, del derecho de toda persona a ser juzgada por leyes preexistentes, como parte consustancial del debido proceso"<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>68</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>69</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>70</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 2009.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 26. Directiva No. **012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

### **C. ELEMENTOS PARA DETERMINAR SI SE CONFIGURA LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA**

La Corte Constitucional ha establecido que para determinar si una conducta es competencia de la jurisdicción especial indígena o de la jurisdicción ordinaria es necesario evaluar la concurrencia de varios elementos, a saber:

1. El elemento subjetivo o personal, referido a la pertenencia del procesado a una comunidad indígena.
2. El elemento geográfico o territorial, referido a la ocurrencia del hecho en el territorio de la comunidad.
3. El elemento objetivo, referido a la naturaleza del bien jurídico protegido.
4. El elemento institucional, referido a la existencia de normas, autoridades y procedimientos para la sanción de la conducta a investigar.

De esta manera, es necesario que al estudiar un caso determinado, los fiscales realicen la evaluación de cada uno de estos elementos, de acuerdo a los siguientes criterios.

#### **1. Elemento subjetivo o personal**

El elemento subjetivo o personal hace referencia a la pertenencia de un individuo, presunto autor de una conducta delictiva o socialmente nociva, a una comunidad indígena<sup>71</sup>. La Corte Constitucional ha destacado que no se trata solo de que el acusado sea miembro de un pueblo indígena, sino que se requiere

<sup>71</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada en: Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 27. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

que el individuo se encuentre plenamente identificado con los valores culturales de la comunidad, integrado a ella y que sus proyectos de vida coincidan con los usos y costumbres<sup>72</sup>.

La Alta Corporación para acreditar la condición de indígena ha utilizado diferentes criterios materiales y formales. Dentro de estos últimos, son útiles, dependiendo del caso concreto, la carnetización del individuo, la declaración del Gobernador del Cabildo Indígena que certifique su pertenencia o el encontrarse censado dentro de la comunidad. Como criterios materiales para demostrar la pertenencia, la Corte ha ordenado, por ejemplo, la realización de dictámenes antropológicos para establecer el grado de pertenencia del indígena a las concepciones culturales de la comunidad<sup>73</sup>.

De este modo, las principales preguntas que se deben responder al analizar el elemento subjetivo son las siguientes: ¿pertenece el procesado a una comunidad indígena? ¿Cuáles son las condiciones de esta pertenencia: estable, antigua, reciente, formal, etc.?

## **2. Elemento geográfico o territorial**

De conformidad con el artículo 246 de la Constitución, la jurisdicción especial indígena consiste en administrar justicia dentro del territorio de la comunidad, por parte de sus autoridades tradicionales y reconocidas. En este sentido, el elemento geográfico se refiere a que la conducta investigada o juzgada debió tener lugar en zonas habitadas por la comunidad indígena o en zonas de influencia cultural<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-449 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>73</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>74</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Hoja No. 28. Directiva **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

Así, vale la pena recordar que la titularidad del territorio "deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento estatal"<sup>75</sup>. Por ello, el Convenio 169 de la OIT considera que el territorio indígena "cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"<sup>76</sup>. A su vez, el Decreto 2164 de 1995 manifiesta que el territorio indígena comprende "las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígenas y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales".

A partir de estas disposiciones normativas, la Corte Constitucional ha asumido una noción compleja de territorio indígena, que consiste en concebir como territorio de la comunidad aborígen no solo las zonas físicamente ocupadas por los miembros de la comunidad, sino también aquellos espacios propicios en los que despliegan sus actividades culturales. De allí que pueda decirse que la comunidad ancestral persigue al indígena por cuanto el territorio se configura ahí donde la comunidad practica actos propios de su cultura<sup>77</sup>. Así:

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

b. El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo. Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales"<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte Hace referencia a la Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Comunidad Indígena Yakye Axa del 17 de junio de 2005, así como a la Comunidad Mayagna (Sumo) Awaas Tingni v. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, entre otros.

<sup>76</sup> Artículo 13.2.

<sup>77</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>78</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 29. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*"

De este modo, el territorio, lejos de limitarse al ámbito geográfico en el que se establecen las comunidades indígenas, está relacionado con aspectos religiosos, espirituales y culturales. Por tanto, el territorio está constituido por el espacio donde "se desarrolla la cultura de cada comunidad, e involucra sus costumbres, ritos, creencias religiosas, modos de producción, entre otros"<sup>79</sup>.

Así, la principal pregunta a responder al analizar el elemento territorial es ¿la conducta fue cometida en territorio indígena, entendiendo por éste el ámbito dónde la comunidad despliega su cultura?

### **3. Elemento objetivo**

Para la evaluación del elemento objetivo debe establecerse si el bien jurídico afectado por la conducta punible representa un interés protegido exclusivamente por la sociedad mayoritaria o por la comunidad indígena, o se trata de un bien de especial relevancia para ambos regímenes jurídico-penales<sup>80</sup>. De allí que se presenten tres posibilidades con relación a la naturaleza del bien jurídico vulnerado, de las cuales devienen varios criterios para la determinación de la jurisdicción. Así<sup>81</sup>:

- i. Si el bien jurídico concierne únicamente a la comunidad indígena, la competencia debe inclinarse hacia la jurisdicción especial indígena;
- ii. Si el bien jurídico concierne, de forma excluyente, a la cultura mayoritaria, es la jurisdicción ordinaria la competente para el caso; o

<sup>79</sup> Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>80</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada en Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>81</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez y Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Hoja No. 30. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

- iii. Si el bien jurídico concierne tanto a la comunidad indígena como a la mayoritaria, deberá examinarse con atención el elemento institucional, para determinar cuál es la jurisdicción competente.

La Corte Constitucional ha reconocido que cuando se trata de la afectación de bienes jurídicos protegidos tanto por la comunidad indígena como por la sociedad mayoritaria, el elemento objetivo no puede determinar por sí mismo la competencia. Por ello, se hace necesario un análisis global de todos los elementos<sup>82</sup>.

**a. La gravedad de la conducta no es un criterio definitivo para asignar la competencia**

La Corte Constitucional ha expresado que cuando se trate de conductas especialmente graves para el derecho mayoritario, no podrá disponerse automáticamente la competencia de la jurisdicción ordinaria, hasta tanto se verifique el criterio institucional. De este modo:

“Una variante importante del último supuesto es aquella en que el caso reviste *especial gravedad para el derecho mayoritario*, posibilidad que ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a excluir, de plano, la procedencia de la jurisdicción especial indígena. Para la Sala, ese tipo de decisión no puede establecerse como *regla definitiva de competencia*, pues acarrea la imposición de los valores de la cultura mayoritaria, dejando de lado la protección a la diversidad étnica.

Lo verdaderamente relevante, en casos como los mencionados, es que la aplicación del fuero no derive en impunidad, de manera que el examen del juez debe dirigirse a evaluar con mayor intensidad la vigencia del

<sup>82</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 31. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

*elemento institucional*, pues de este depende, según se ha expuesto, la efectividad de los derechos de la víctima"<sup>83</sup>.

Es decir, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que el análisis de una conducta grave susceptible de ser conocida por la justicia penal indígena no puede fundarse en un juicio *a priori* que determine sin justificación suficiente que la jurisdicción especial indígena no es competente por falta de herramientas adecuadas asumir el conocimiento del caso. Por el contrario, debe efectuarse un estudio detallado orientado hacia la comprensión de los distintos sistemas jurídicos y los instrumentos que estos disponen para adelantar la investigación y juzgamiento idóneo de un problema específico<sup>84</sup>.

Sin embargo, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha adoptado una noción de carácter objetivo para decidir conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria. De acuerdo con esta Corporación, hay conductas que "desbordan la órbita cultural indígena" debido a su extremo grado de nocividad social. Por consiguiente, tales delitos no pueden ser conocidos por la jurisdicción especial indígena, sino que la jurisdicción ordinaria es la única competente para adelantar la investigación y el juzgamiento de estos casos. Los delitos que se han enmarcado dentro de esta categoría son los siguientes: terrorismo, rebelión, narcotráfico, contrabando, lavado de activos, porte ilegal de armas, corrupción al sufragante y los delitos de lesa humanidad<sup>85</sup>.

No obstante, la posición de la Corte Constitucional que no excluye la jurisdicción especial indígena por la gravedad de ciertas conductas objetivamente consideradas, es la que se adopta en esta Directiva. Por consiguiente, ante la gravedad o extrema nocividad de un delito, los fiscales no pueden arrogarse a sí mismos la competencia, sino que deben emprender un

<sup>83</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>84</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>85</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 32. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

estudio más detallado e intenso del factor institucional para determinar la jurisdicción competente.

**b. Una excepción legal a la jurisdicción especial indígena: el delito de desaparición forzada**

La Corte Constitucional ha determinado que la investigación penal de los actos delictivos constitutivos de desaparición forzada son competencia, sin excepciones, de la jurisdicción ordinaria. Sobre este caso puntual señaló que:

“En relación con la proscripción de la jurisdicción indígena para conocer del delito de desaparición forzada, tampoco observa la Corte que exista reparo de constitucionalidad, pues según el artículo 246 constitucional, corresponde precisamente al legislador establecer ‘las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional’”<sup>86</sup>.

Así pues, la Constitución reservó para el legislador la facultad de establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial del Estado. En este sentido, el legislador, dentro de su amplio margen de configuración, dispuso que en ningún evento, los casos de desaparición forzada puedan ser conocidos por la jurisdicción especial indígena. Toda vez que se trata de una prerrogativa del poder legislativo determinar la coordinación armónica entre las jurisdicciones, el hecho de que la jurisdicción especial no pueda conocer de los delitos de desaparición forzada resulta totalmente compatible con los mandatos superiores.

Esta voluntad del legislador está precedida por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, adoptada en Belém do Pará en 1994, aprobada en Colombia mediante la Ley 707 de 2008. En el artículo IX de la Convención se

<sup>86</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-449 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.



Hoja No. 33. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

estipula la exclusión de cualquier tipo de jurisdicción especial para la investigación y el juzgamiento de hechos constitutivos del delito de desaparición forzada. Solo las jurisdicciones de derecho común tienen la competencia para conocer de este tipo de casos. Así, respecto a este caso específico existe una excepción legal a la jurisdicción especial indígena.

De este modo, las principales preguntas que se deben responder al analizar el elemento objetivo son: ¿el bien jurídico protegido concierne a la comunidad indígena, a la cultura mayoritaria o a ambos? ¿La gravedad de la conducta exige un análisis más intenso? ¿Se trata de un delito que podría desbordar la órbita cultural indígena?

En conclusión, el elemento objetivo permitirá orientar la competencia hacia la jurisdicción especial indígena si los bienes jurídicos conciernen exclusivamente a la comunidad indígena o ambas jurisdicciones. En sentido contrario, el elemento objetivo resulta un criterio deficiente para inclinar la competencia hacia la jurisdicción especial cuando el bien jurídico protegido o el titular únicamente incumben a la cultura mayoritaria.

### **c. Consideraciones sobre la concurrencia de los elementos subjetivo, territorial y objetivo**

De la descripción de los elementos anteriormente expuestos cabe concluir que, en principio, si concurre el elemento subjetivo y territorial, es decir, si quien cometió el delito es indígena y si el mismo fue cometido dentro del territorio indígena, el caso es competencia de la jurisdicción especial indígena<sup>87</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisó lo siguiente:

“[P]ara que proceda la aplicación de tal jurisdicción no es suficiente la constatación de estos dos criterios, ya que también se requiere que existan

<sup>87</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada en: Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 34. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

unas autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, y la definición de un ámbito territorial en el cual ejerzan su autoridad, además de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia, y la condición de que tales usos y prácticas no contraríen la Constitución ni la Ley”<sup>88</sup>.

Así pues, pese a que converjan ambos elementos en un caso específico, se deben considerar los criterios los que ha acudido la Corte Constitucional para determinar la jurisdicción competente. Así:

- a. Cuando un indígena comete una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional, el caso compete a la jurisdicción ordinaria siempre y cuando el acusado comprenda la ilicitud de la conducta<sup>89</sup>. De este modo, en estos procesos se deberá evaluar si el autor comprendía que su comportamiento constituía una conducta jurídicamente reprochable o si, por el contrario, se encontraba en un error invencible de prohibición por diversidad cultural<sup>90</sup>.

Para ello, pueden ser útiles criterios como el grado de aculturación del sujeto, el nivel de aislamiento de la comunidad y la afectación de los valores culturales como consecuencia de la sanción penal<sup>91</sup>, parámetros que deben ser evaluados “dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica”<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-642 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>89</sup> Debe destacarse que en este análisis convergen tanto el elemento subjetivo como el objetivo en la medida que solo se puede establecer si una conducta sólo es sancionada por el derecho de la comunidad mayoritaria, luego de hacer el estudio del elemento objetivo. Una vez establecido ello, debe determinarse si el indígena comprendía la ilicitud de la conducta, como criterio fundamental para que se configure el elemento subjetivo. Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada en: Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>90</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En esta sentencia se refieren a la Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>91</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>92</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 35. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

- b. Cuando un indígena comete una conducta sancionada por la comunidad indígena y por la sociedad mayoritaria se deberá tener en cuenta “(i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece”<sup>93</sup>.

De esta manera, cuando la diversidad cultural o motivos asociados a la identidad étnica o cultural tengan incidencia en el hecho, “podría resultar procedente la absolución por error de prohibición, o bien la reintegración al medio cultural, pero con el único propósito de proteger la diversidad cultural y la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas”<sup>94</sup>.

#### **4. Elemento institucional u orgánico**

El elemento orgánico hace referencia a la existencia de una “institucionalidad compuesta por un sistema de derecho propio que reúna los usos, costumbres y procedimientos tradicionales conocidos y aceptados en la comunidad”<sup>95</sup>. Ahora bien, el elemento institucional tiene una estrecha relación con el derecho al debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas, debido a que la existencia previa de instrumentos para la resolución de conflictos ofrece a unos y otros cierta seguridad sobre la forma en la que será tramitado el caso concreto<sup>96</sup>.

En este sentido, el Tribunal Constitucional precisó que:

“Esa institucionalidad es, como se verá, un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso –límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios-, y constituye una garantía primordial para la eficacia de los derechos de las víctimas. Este elemento, además, permite

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>94</sup> Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>95</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>96</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Hoja No. 36. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

conservar la armonía de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas, depende que se restaure el equilibrio y que no se produzcan venganzas internas entre miembros y/o familias de la comunidad.”<sup>97</sup>.

A partir de esta premisa, la Corte Constitucional ha manifestado que, para determinar la presencia del elemento institucional, resulta relevante referirse al principio de “*predecibilidad o previsibilidad* de las actuaciones de las autoridades indígenas en el marco de las tradiciones conformadoras de la identidad humana”<sup>98</sup>. De conformidad con este principio, cuando sea posible predecir las actuaciones de las autoridades de la comunidad indígena correspondiente, se puede hablar de la existencia de una idea o noción de legalidad, similar o cercana a la del sistema jurídico nacional<sup>99</sup>. Por el contrario, cuando sea absolutamente imposible predecir sus actuaciones no se puede hablar de un principio de previsibilidad.

Luego, para determinar el elemento institucional debe verificarse la presencia de previsibilidad a través de la evaluación de los siguientes aspectos<sup>100</sup>:

- a. La existencia de autoridades tradicionales establecidas y con capacidad de control social en un ámbito territorial determinado<sup>101</sup>, que puedan garantizar la imparcialidad de la decisión dentro de la cosmovisión de la cultura indígena;

<sup>97</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>98</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>99</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>100</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>101</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003 y Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.



Hoja No. 37. Directiva No. 0012 *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

- b. La existencia de “procedimientos judiciales autóctonos bien definidos”<sup>102</sup> y “conocidos y aceptados por la comunidad”<sup>103</sup>; y
- c. Un concepto genérico de nocividad social y de las penas aplicables<sup>104</sup>.

Ahora bien, una prueba inicial de existencia de una institucionalidad dentro de la comunidad se presenta cuando la comunidad manifiesta su intención de usar sus normas y procedimientos para impartir justicia en el caso concreto<sup>105</sup>. En este sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que sólo es necesario acreditar la existencia de un concepto genérico de nocividad social, mas “no puede exigirse a la comunidad indígena que acredite la existencia de normas escritas, o de compendios de precedentes para ejercer la autonomía jurisdiccional”<sup>106</sup>.

Dé acuerdo con las subreglas jurisprudenciales, la valoración del contenido de los usos y costumbres que integrarían el elemento orgánico o institucional debe ser realizada “por el juez de tutela o el juez encargado de dirimir el conflicto”<sup>107</sup>. Por tanto, la verificación de este elemento por parte de otros funcionarios debe restringirse a la constatación de “la existencia de una institucionalidad que permita la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados”<sup>108</sup>, sin que puedan evaluar el contenido del derecho propio de la comunidad indígena.<sup>109</sup>

Por consiguiente, deben distinguirse dos aspectos dentro del elemento orgánico: (i) la verificación de la existencia de una estructura institucional y de un conjunto de normas, usos y costumbres que conformen el derecho propio de la

<sup>102</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>103</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

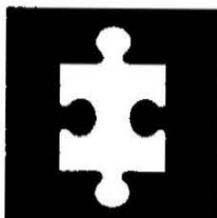
<sup>105</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>106</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>107</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>108</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. y Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>109</sup> Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa y Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 38. Directiva **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

comunidad y (ii) la valoración del contenido de este derecho. Lo primero implica realizar una descripción de las prácticas jurídicas de la comunidad para establecer si cuentan con los mecanismos que permitan la participación de las víctimas y reconozcan los derechos del presunto agresor. Lo segundo conlleva a un juicio valorativo sobre si los instrumentos jurídicos con que cuenta la comunidad indígena son buenos o malos, si su funcionamiento cumple con los estándares de los instrumentos internacionales de derechos humanos y si no vulnera los derechos constitucionales. Este último aspecto está reservado a los jueces constitucionales, quienes deben dirimir los eventuales conflictos de competencia<sup>110</sup>.

En concordancia con la jurisprudencia constitucional, los fiscales ante los distintos escenarios que se pueden presentar, deberán adelantar las diligencias preliminares correspondientes para establecer si la comunidad indígena cuenta con la estructura necesaria para asumir la investigación y el juzgamiento de la conducta dentro de su jurisdicción.

Una vez realizada las diligencias respectivas, que pueden consistir en contactos y consultas con las máximas autoridades de la comunidad indígena u órdenes de policía judicial para constatar estos aspectos, los fiscales podrán adoptar alguno de estos dos cursos de acción: (i) solicitar que se realice un Comité Técnico-Jurídico para analizar el caso y confrontar criterios para tomar una decisión o (ii) retener la competencia por considerar que la comunidad indígena no cuenta con los mecanismos para garantizar los derechos fundamentales de los implicados. En cualquier caso, el fiscal informará el caso a la jurisdicción indígena con el fin de que esta manifieste si sus normas y procedimientos le permiten, eventualmente, asumir el conocimiento de la conducta punible .

Ahora bien, el análisis del elemento institucional puede ser más estricto cuando se trata de conductas graves, de manera que las comunidades indígenas tienen la obligación de contar con estructuras más fuerte respecto a sus autoridades,

<sup>110</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Hoja No. 39. Directiva No. **0012** Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena”

procedimientos y normas propias cuando se trate de estos casos<sup>111</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que:

“En casos que puedan considerarse como de “extrema gravedad” (crímenes de lesa humanidad, violencia sistemática u organizada), o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión o especial vulnerabilidad, la verificación sobre la vigencia del elemento institucional puede ser más exigente, acudiendo, por ejemplo, a la práctica de pruebas técnicas, pero manteniendo presente que el objeto de esta verificación consiste en asegurarse de que existan autoridades internas competentes para adelantar el juzgamiento, usos y costumbres propios que aseguren el principio de legalidad (en términos de previsibilidad y predecibilidad como se explica en el siguiente apartado), y medidas de protección de las víctimas”<sup>112</sup>.

En consecuencia, las preguntas que deberán responder los fiscales a la hora de evaluar el elemento institucional son las siguientes: ¿Cuenta la comunidad con una estructura que permita encausar los conflictos generados por la conducta punible, salvaguardando los derechos de las víctimas y del presunto responsable? ¿Existe una noción genérica de nocividad social que permita efectuar algún juicio de reproche frente a la conducta? ¿Las autoridades indígenas han manifestado que conocerán el caso o ha hecho esta manifestación en casos análogos?

El propósito de estas preguntas consiste en determinar si existe una estructura dentro de la comunidad indígena que garantice, de algún modo, los derechos de las víctimas y los del victimario. De este modo, se pueden evitar consecuencias más gravosas para los derechos de los implicados con la concesión del caso a la jurisdicción especial indígena.

<sup>111</sup> Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>112</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Hoja No. 40. Directiva No. 0012 *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

## 5. Análisis conjunto de los elementos

La Corte Constitucional ha resaltado que para determinar si la investigación debe ser conocida o no por la jurisdicción especial indígena, el análisis debe involucrar la aplicación conjunta de los elementos y realizarse caso a caso, sin que existan respuestas universales sobre la forma en que debe provocarse o dirimirse un conflicto de competencia. De este modo:

“Los criterios anteriormente mencionados para definir el alcance de la jurisdicción especial indígena no deben ser evaluados por separado. Tratándose de criterios íntimamente relacionados, el juez constitucional deberá valorarlos conjuntamente en cada caso concreto. Dejar de lado uno de ellos podría acarrear la vulneración de la autonomía de las comunidades indígenas o afectar los derechos de sus miembros y de las víctimas”<sup>113</sup>.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha precisado que la interpretación y aplicación de los criterios debe resguardar en la mayor medida de lo posible la autonomía de las comunidades. Por esta razón, no es posible concluir de manera automática que el caso corresponde a la jurisdicción ordinaria ante el incumplimiento de alguno de los criterios. Así:

“Una vez concluida la sistematización de las reglas referentes a los factores que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena, resulta oportuno señalar que estos criterios deben evaluarse de forma ponderada y razonable en las circunstancias de cada caso. La diversidad puede generar situaciones. Si uno de estos factores no se cumple en el caso concreto, ello no implica que de manera automática el caso corresponda al sistema jurídico nacional. El juez deberá revisar cuál es la decisión que mejor defiende la autonomía indígena, el debido proceso del acusado y los

<sup>113</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 41. Directiva 0012 *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

derechos de las víctimas. En cuanto a los dos últimos, deberá estudiarlos bajo la perspectiva de la diversidad cultural”<sup>114</sup> (subrayado fuera del texto).

Al considerar estos parámetros, esta Directiva presenta algunas de las alternativas que los fiscales podrían seguir a la hora de analizar la competencia de la jurisdicción especial indígena, sin olvidar que este análisis debe llevarse a cabo caso por caso y en consideración de los principios constitucionales enfrentados. Así, los criterios expuestos a continuación muestran sólo algunas de las posibles combinaciones que se pueden presentar en la realidad:

- a. Cuando se presente un caso en el que se cumplen todos los elementos, corresponderá a la jurisdicción especial indígena.
- b. Cuando se presente un caso en el que no se cumple el criterio objetivo, a pesar de que se den los elementos subjetivo y geográfico, corresponderá a la jurisdicción ordinaria. Esto debido a que el bien jurídico o su titular conciernen exclusivamente a la cultura mayoritaria, como los casos de delitos informáticos en los que, en principio, el bien jurídico protegido solo incumbe a la sociedad mayoritaria.

En este último caso deberá examinarse si el autor comprendía la ilicitud de la conducta o si por el contrario se encontraba en un error de prohibición invencible por diversidad cultural<sup>115</sup>. En el último supuesto, el fiscal deberá pedirle al juez la absolución o “la reintegración al medio cultural”<sup>116</sup>.

- c. Cuando se presenten los elementos subjetivo, geográfico y objetivo pero no se dé el elemento institucional corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

<sup>114</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>115</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En esta sentencia se refieren a la Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>116</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.



Hoja No. 42. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

- d. La Corte ha manifestado que “si uno de estos factores no se cumple en el caso concreto, ello no implica que de manera automática el caso corresponda al sistema jurídico nacional”<sup>117</sup>. Por tanto, en estos eventos los fiscales deberán solicitar la realización de un Comité Técnico-Jurídico para determinar el curso de acción a seguir.

## **D. LÍMITES AL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA**

La Corte Constitucional ha manifestado la importancia del respeto a la autonomía de las comunidades indígenas para juzgar los hechos delictivos correspondientes a esta jurisdicción especial. Sin embargo, también ha señalado que los operadores judiciales deben tener en cuenta los límites que matizan ese derecho, con la finalidad de realizar un estudio integral de los principios en tensión, en los casos de conflictos de competencia entre estas jurisdicciones.

### **1. Núcleo esencial de los derechos humanos y derechos fundamentales**

La Corte ha indicado que las decisiones de las autoridades indígenas tienen como límite absoluto el núcleo de los derechos humanos<sup>118</sup>. Esta Corporación Judicial precisó que:

“Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad

<sup>117</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>118</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Hoja No. 43. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

personal y el debido proceso, debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos”<sup>119</sup>.

La Corte ha señalado que en caso de conflicto entre principios pertenecientes a la sociedad mayoritaria y la autonomía de las autoridades indígenas, es necesario realizar un juicio de ponderación<sup>120</sup>. Para realizar este ejercicio de interpretación, se debe considerar el citado principio de maximización de la autonomía, que le otorga un peso mayor a la autonomía y solo permite restricciones cuando exista una vulneración grave de los principios occidentales o la lesión de los derechos de los pueblos indígenas es sutil<sup>121</sup>.

En este sentido, la Corte ha entendido que es inadmisibile el desconocimiento del derecho al debido proceso del denunciado, ya que es un límite a la jurisdicción indígena<sup>122</sup>. Por lo tanto, no es aceptable la imposición de sanciones no previstas previamente en el sistema jurídico de la comunidad, dado que de esta forma no se cumple con el requisito de la previsibilidad<sup>123</sup>. Además, las sanciones impuestas deben ser proporcionales y racionales en relación con la infracción cometida<sup>124</sup>. Por ello, resultan inconstitucionales las penas que involucran destierros o torturas y los castigos desproporcionados “que trasciendan a la persona del infractor, que afecten su mínimo vital, que sean irredimibles, o que impliquen un cercenamiento cultural”<sup>125</sup>.

La Corte ha sintetizado estos límites del siguiente modo:

“(i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo

<sup>119</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>120</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>121</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>122</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta providencia se hace referencia al caso analizado en la Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>123</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta providencia se hace referencia al caso analizado en la Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>124</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>125</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.



Hoja No: 44. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

duro de los derechos humanos. (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa. (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas. (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana”<sup>126</sup>.

Sobre el primero de los límites la Corte ha sido prolija en resaltar que la autonomía de los pueblos indígenas no puede estar por encima de los derechos humanos, sino que debe supeditarse a estos. Al respecto:

“[La Corte Constitucional en] **primer término**, ha defendido una **teoría de mínimos en términos de derechos humanos** que no pueden librarse a la autonomía de los pueblos indígenas. Estos mínimos también han sido denominados núcleo duro de los derechos humanos<sup>127</sup>. [...] La Corte consideró en este fallo<sup>128</sup> que la jurisdicción especial indígena y la posibilidad de gobernarse por leyes propias encuentran límites en “(...) lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”. En el caso bajo revisión, la Corte estimó que la comunidad había excedido sus facultades jurisdiccionales y desconocido el debido proceso del actor -uno de los derechos mínimos que limitan la jurisdicción especial indígena- por imponerle una sanción no prevista de antemano por el derecho propio de la comunidad, es decir, una sanción no previsible.

**En segundo término**, la Corte también ha indicado que constituye un límite de la jurisdicción especial indígena “la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al

<sup>126</sup> Sentencia T-921 de 2013, Op. cit.

<sup>127</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>128</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



Hoja No. 45. Directiva No. 0012 Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena”

afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”<sup>129</sup>. Como se indicó en la sentencia T-514 de 2009<sup>130</sup>, el concepto de derechos fundamentales es distinto al de “núcleo duro de los derechos humanos”, [...]. El límite que ahora se explora se refiere a los contenidos que no pueden ser limitados de todos los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas”<sup>131</sup>.

En igual sentido se había pronunciado el alto Tribunal en sentencia anterior, en la cual afirmó que las restricciones a la autonomía de los pueblos indígenas deben contraerse a circunstancias o hechos que transgredan lo tolerable desde el punto de vista de los derechos humanos: el núcleo de estos derechos es “un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas”<sup>132</sup>.

Por otro lado, se encuentra el contenido esencial de los derechos fundamentales en cabeza de los miembros de las comunidades indígenas que constituye un límite independiente frente al ejercicio de la jurisdicción especial indígena. Así, la responsabilidad del acusado, por su parte, se debe establecer de forma individual y con base en pruebas que desvirtúen la presunción de inocencia y demuestren su culpabilidad. La jurisprudencia constitucional ha proscrito de forma absoluta cualquier tipo de régimen penal fundado en la responsabilidad objetiva, incluso en la jurisdicción especial indígena<sup>133</sup>. No obstante, la Corte indicó que no es necesaria la existencia de la doble instancia en el sistema jurídico de la comunidad indígena<sup>134</sup> pero sí la efectividad del principio de *non bis in idem*<sup>135</sup>.

<sup>129</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>130</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

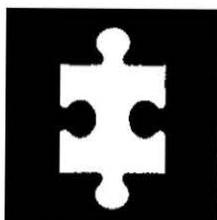
<sup>131</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>132</sup> Sentencia T-617 de 2010, Op. cit.

<sup>133</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>134</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Ver: Sentencia T-903 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>135</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-549 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 46. Directiva **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

La Corte ha señalado con total claridad que la jurisdicción especial indígena debe garantizar el derecho de defensa. No obstante, la garantía de este derecho puede adquirir distintas formas en función de los usos y costumbres de la comunidad indígena. Así pues, la jurisprudencia constitucional ha admitido que no es necesaria la presencia de un abogado defensor para considerar satisfecho este derecho, sino que la defensa puede ser ejercida por familiares de la víctima u otros miembros de la comunidad que estén autorizados para tales efectos, sin que tengan que contar necesariamente con los conocimientos técnicos de un abogado profesional<sup>136</sup>.

## **2. Garantía efectiva de los derechos de las víctimas**

En consonancia con lo antedicho, la Corte ha establecido la primacía de los derechos de las víctimas frente a la jurisdicción especial indígena. Es decir, un requerimiento esencial para que la jurisdicción especial indígena sea constitucionalmente legítima, consiste en tomar en serio los derechos básicos de las víctimas y satisfacerlos en la mayor medida posible. Ahora bien, la evaluación de si la jurisdicción indígena puede garantizar de forma adecuada los derechos de las víctimas, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad en el marco del examen del factor institucional. Así lo expresó la Corte:

“La resolución de conflictos mediante los instrumentos previstos por cada comunidad, como elemento de garantía y conservación de las culturas aborígenes y la satisfacción de los derechos de las víctimas en ese contexto, requiere la existencia de cierto poder de coerción social por parte de las autoridades del resguardo.

“En lo atinente al contenido de los derechos de las víctimas, la Corte recordó que la jurisprudencia constitucional, y regional, en el ámbito del

<sup>136</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.



Hoja No. 47. Directiva No. 0012 Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena”

Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha establecido que comprenden la persecución de la *verdad, la justicia y la reparación* [cita omitida], e indicó que dentro de la jurisdicción especial indígena, tales derechos deben entenderse a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad”<sup>137</sup>.

Ahora bien, los derechos de las víctimas no pueden ser comprendidos de igual modo en ambas jurisdicciones. En el marco de la jurisdicción especial indígena estos derechos tienen una connotación diferente en la medida en que adquieren sentido, en cuanto a su contenido y materialización, en función de sus concepciones culturales y jurídicas más generales. Por esta razón, la Corte precisó que:

“Es importante señalar, sin embargo, que estos derechos deben ser entendidos también en “clave” de diversidad cultural. Eventualmente las sanciones de una comunidad pueden resultar inocuas para la sociedad mayoritaria, acostumbrada a la pena de prisión para todas las faltas graves. Sin embargo, la pena de prisión puede ser incompatible con los procesos de armonización que utilizan algunas comunidades indígenas, especialmente si esta no permite la armonización de las relaciones entre familias, aspecto que suele ser uno de los principales objetivos de la justicia indígena”<sup>138</sup>.

En este contexto, el Tribunal destacó que los jueces no deben rechazar las distintas formas y prácticas que la comunidad aborigen implementa para buscar la verdad, como los métodos rituales cuyo objetivo es la reconstrucción de la memoria a través de la participación de los miembros de la comunidad<sup>139</sup>. De igual modo, deben respetar las vías alternativas que despliegue la comunidad para resarcir a las víctimas, castigar al infractor y recomponer la armonía dentro

<sup>137</sup> Sentencia T-617 de 2010, Op. cit. (cursivas en el original).

<sup>138</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>139</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Hoja No. 48. Directiva No. **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

del territorio ancestral. La extrañeza de tales procedimientos para la sociedad mayoritaria no significa que estos sean inefectivos y que no garanticen de forma idónea los derechos de las víctimas<sup>140</sup>. Así pues, las autoridades deben concebir el derecho propio de las comunidades indígenas:

“[C]omo un sistema jurídico particular e independiente, no como una forma incipiente del derecho occidental o mayoritario, así que el juez debería acercarse a este, en principio, con el mismo respeto con el que persigue obtener conocimiento del sistema jurídico de otro país, si bien existen mínimos constitucionales a los que cada *derecho propio* debe adaptarse, aspecto que solo corresponde verificar al juez competente (en principio, al juez de tutela, mediante un control posterior vía acción de tutela)”<sup>141</sup>.

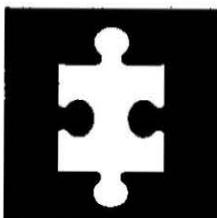
En consecuencia, tenemos dos límites infranqueables ante los cuales se debe rendir la jurisdicción especial indígena: el núcleo de los derechos humanos y la garantía efectiva de los derechos de las víctimas, lo cual debe evaluarse a través de un juicio de ponderación. Si alguno de estos derechos no se encuentra debidamente asegurado o su afectación resulta desproporcionada, entonces la jurisdicción especial indígena no puede configurarse.

### **E. GARANTÍAS DE LOS MIEMBROS DE UNA COMUNIDAD INDÍGENA EN EL MARCO DE LOS PROCESOS PENALES ORDINARIOS**

En varias ocasiones la Corte Constitucional ha resaltado que se debe respetar la identidad cultural de las personas indígenas que se encuentren privadas de la libertad. Ello implica que el cumplimiento de la pena o de una medida de aseguramiento, cuando se trata de indígenas procesados por la jurisdicción

<sup>140</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>141</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 49. Directiva No. 0012 *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

ordinaria, debe ejecutarse de tal forma que no se afecten las costumbres y la conciencia colectiva de estos grupos<sup>142</sup>.

Así, en la sentencia C-394 de 1995 el alto Tribunal afirmó que “la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra [sus cultura, tradiciones y costumbres], que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”<sup>143</sup>.

Por consiguiente, para la efectividad de la condena o de la medida de aseguramiento deben buscarse soluciones que permitan armonizar los principios que subyacen a la imposición de un castigo por parte del sistema jurídico nacional y los valores culturales de la comunidad indígena a la que pertenezca el procesado. De ese modo, se evita la interferencia desmedida en la cosmovisión indígena y se garantiza el cumplimiento de las sentencias judiciales proferidas por el sistema judicial mayoritario<sup>144</sup>.

Para la Corte se trata de un hecho cierto y notorio que un indígena condenado penalmente por la jurisdicción ordinaria no podría desplegar sus rituales y prácticas cotidianas con normalidad si cumpliera su pena o la detención preventiva, dentro de un centro penitenciario corriente en el que no cuenten con los espacios y las condiciones necesarias para llevar una cotidianidad conforme a sus costumbres<sup>145</sup>. En esa medida, la reclusión de indígenas procesados por la jurisdicción ordinaria en cárceles comunes pone en riesgo dos aspectos: (i) la función de resocialización de la pena, que en relación con integrantes de las comunidades indígenas varía en función de las concepciones diferenciadas del castigo dentro de las cosmovisiones y (ii) la identidad cultural de la persona, que se afirma en cada acto de su vida privada y pública.

<sup>142</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>143</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-394 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sobre este asunto, el artículo 29 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario indica que los indígenas deben ser reclusos en establecimientos carcelarios especiales.

<sup>144</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>145</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-394 de 1995, Vladimiro Naranjo Mesa.



Hoja No. 50. Directiva N° **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

Ahora bien, la Defensoría del Pueblo preparó un informe titulado *“Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC”*, en el que destaca las razones por las cuales los centros penitenciarios corrientes no cuentan con las condiciones requeridas para la reclusión de los indígenas condenados o cobijados con detención preventiva. En dicho informe asevera que:

“En la mayoría de los establecimientos carcelarios y penitenciarios donde se encuentran ubicados los internos indígenas no se tiene un área específica para su atención, por lo cual no se reúnen las condiciones para vivir dignamente de acuerdo con su diversidad étnica y cultural, lo que implica una grave amenaza contra estos valores que gozan de reconocimiento constitucional. El INPEC para acatar la normativa penitenciaria referida a la reclusión en lugares especiales de los indígenas ha establecido en ciertos establecimientos de la nueva cultura penitenciaria su ubicación junto con los exfuncionarios y las personas de la tercera edad [...]

Así para los indígenas la reclusión en lugares especiales tiene como propósito directo el de respetar y preservar su identidad étnica y cultural en los términos que ordena la Constitución Política, en sus artículos 7 y 70. En otras palabras, en tratándose de los indígenas privados de la libertad, su reclusión va más allá de la simple y formal separación por grupos. Siendo así el Estado-INPEC- tiene la obligación constitucional y legal de proveer los medios necesarios para el logro de tal fin”<sup>146</sup>.

Por tales razones, es imperativo para los fiscales propender, en las oportunidades procesales respectivas, por la imposición de medidas de aseguramiento acordes con la identidad cultural del indígena procesado, así como requerir que la pena, si hay lugar a ella, se cumpla en centros de reclusión

<sup>146</sup> Defensoría del Pueblo, “Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC”, disponible en <http://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/>



Hoja No. 51. Directiva 0012 *"Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"*

especiales en los que se garantice el respeto y la conservación de las cosmovisiones indígenas sobre el castigo y los remedios espirituales para la resocialización. De este modo, no se interfiere de forma desproporcionada en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona indígena procesada o condenada.

En la sentencia T-921 de 2013, la Corte resaltó que los derechos fundamentales de los indígenas deben ser protegidos con independencia de la aplicación del fuero penal indígena y de la privación de su libertad<sup>147</sup>. De este modo, si el procedimiento se desarrolla de acuerdo con la Ley 600 de 2000 "el fiscal que tramite el caso (...) deberá consultar a la máxima autoridad de [la] comunidad [indígena] para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio"<sup>148</sup>.

Cuando la investigación se adelante conforme con el procedimiento penal previsto en la Ley 906 de 2004, en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, ante el juez de control de garantías<sup>149</sup>, el fiscal debe indicar los aspectos relacionados con la calidad de indígena del procesado, para que se adopten las medidas que respeten su particular identidad cultural.

En el evento de ser necesaria una medida de aseguramiento privativa de la libertad, deberá valorarse la posibilidad de que tal medida se cumpla dentro de su territorio, en el lugar destinado por las autoridades indígenas para tal fin, previa consulta a la autoridad indígena. En todo caso, debe propender por la coordinación armónica de las autoridades y la protección cultural de la comunidad. De lo contrario se deberá dar cumplimiento al artículo 29 de la Ley 65 de 1993<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> Código de Procedimiento Penal. Artículo 306.

<sup>150</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Hoja No. 52. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

En el mismo sentido, deberán intervenir en la etapa posterior relativa a la imposición de una condena a un indígena, durante el traslado concedido por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, para que el cumplimiento de la pena se haga efectivo teniendo en cuenta las concepciones culturales de la comunidad que integre el condenado. En tal sentido, puede sugerir que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad se pueda realizar dentro del territorio de la comunidad indígena, siempre que se cumplan con los requisitos exigidos, o de lo contrario cumplir con la reclusión para casos especiales dispuesta en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993<sup>151</sup>.

Todas estas medidas buscan garantizar un diálogo intercultural entre las autoridades indígenas y los jueces de la República. En consecuencia, los fiscales cuando se establezca que el procesado es un indígena deben:

“i) comunicar de la existencia del proceso a la máxima autoridad de su comunidad o su representante, ii) permitir la intervención procesal de la máxima autoridad indígena o su representante como vocero del sujeto indígena investigado; iii) elevar el conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura en caso de que dicha autoridad, el investigado o su defensor invoquen el fuero especial indígena; iv) en el caso de que se haya dictado una medida privativa de la libertad, el operador jurídico deberá valorar un enfoque diferencial en las condiciones de reclusión que deben aplicarse para poblaciones con características particulares en razón de su etnia (...)”<sup>152</sup>.

En suma, los fiscales deben tomar unas medidas especiales, en coordinación con las autoridades competentes, en favor del procesado perteneciente a una comunidad indígena, con el objetivo de proteger el derecho constitucional a la diversidad étnica.

<sup>151</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>152</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-866 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos.



Hoja No. 53. Directiva No. **0012** Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

#### IV. CONCLUSIONES

1. El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena se funda en los principios constitucionales de pluralismo, diversidad étnica y cultural, autonomía de las autoridades indígenas e igualdad.
2. Las autoridades competentes para conocer una investigación que involucre indígenas, se determina caso por caso, a la luz de los parámetros fijados por la Corte Constitucional, sin que se puedan establecer reglas generales.
3. Los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional que permiten establecer si se configura la competencia de la jurisdicción especial indígena, son los siguientes:
  - a. El elemento subjetivo exige que el procesado pertenezca a una comunidad indígena.
  - b. El elemento territorial requiere para su satisfacción que los hechos objeto de investigación hayan ocurrido dentro del territorio indígena.
  - c. El elemento objetivo consiste en establecer cuál es el bien jurídico tutelado y su titular, para determinar si concierne solo a la cultura mayoritaria o a la indígena. En el análisis de este elemento se pueden presentar las siguientes situaciones:
    - i. Que el bien jurídico pertenezca de manera exclusiva a la comunidad indígena. En este evento, el análisis orienta la investigación hacia la jurisdicción especial indígena.
    - ii. Que el bien jurídico sea protegido exclusivamente por la sociedad mayoritaria. En cuyo caso, el proceso debe, *prima facie*, ser tramitado por la jurisdicción ordinaria.



Hoja No: 54. Directiva **0012** "Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena"

- iii. Que el bien jurídico concierna tanto a la comunidad indígena como a la cultura mayoritaria. En este evento, el elemento institucional debe funcionar para dirimir el conflicto de competencia.
  - d. Para que se satisfaga el criterio institucional debe existir, al interior de la comunidad indígena, un sistema jurídico que establezca usos, "costumbres y procedimientos tradicionales conocidos y aceptados en la comunidad"<sup>153</sup>.
4. La jurisdicción especial indígena admite limitaciones relacionadas con la garantía del derecho al debido proceso, en todas sus acepciones tales como el principio de legalidad (previsibilidad), *non bis in idem*, proporcionalidad de las sanciones, atribución de responsabilidad solo por culpabilidad individual, entre otras. La jurisdicción especial indígena debe respetar los derechos de las víctimas y el núcleo esencial de los derechos humanos. Los fiscales deberán considerar todos estos aspectos para determinar el curso de acción en relación con los casos que involucren indígenas.
  5. Resulta constitucionalmente inadmisibles que un miembro de la comunidad indígena, acusado de cometer una conducta punible, renuncie al fuero por conveniencia o estrategia para recibir un mejor trato por parte de la jurisdicción ordinaria.
  6. Cuando la investigación se procese mediante la Ley 600 de 2000, el fiscal debe consultarle a las autoridades indígenas para que manifiesten si en la comunidad cuentan con las condiciones para garantizar el cumplimiento de la medida de aseguramiento, si procede su imposición.
  7. Cuando el caso sea competencia de la jurisdicción ordinaria y se tramite por medio de la Ley 906 de 2004, los fiscales deben resaltar que el procesado pertenece a una comunidad indígena en las audiencias de imposición de

<sup>153</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. .



**FISCALÍA**  
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 55. Directiva No. **0012** *Por medio de la cual se establecen lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena*

medidas de aseguramiento y de individualización de la pena. Lo anterior, para que la privación de la libertad se efectúe en el resguardo indígena o en centros especiales de reclusión para indígenas.

Comuníquese y cúmplase,

Dada en Bogotá, a los **27 JUL. 2016**

*Jorge Fernando Perdomo Torres*  
**JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES**  
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN (E)