

**CRITERIOS COMPETENCIALES DETERMINANTES DE LA JURISDICCIÓN  
ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA**

**JORGE MARIO HENAO MADRID C.C 70.134.218  
JUAN CARLOS RESTREPO ÁNGEL C.C 71.674.793**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA  
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORIA DEL DELITO  
MEDELLIN-ANTIOQUIA  
2022**

# **CRITERIOS COMPETENCIALES DETERMINANTES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA<sup>1</sup>**

**Realizado Por:**

**Jorge Mario Henao Madrid C.C 70.134.218**

**Juan Carlos Restrepo Ángel C.C 71.674.793**

## **Resumen**

El presente documento es una propuesta investigativa que da cuenta de la aplicación de la jurisdicción especial del fuero indígena, para tal fin se abordarán los elementos jurídicos con el objetivo de determinar las circunstancias de su aplicación tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción especial indígena, teniendo como fundamento la visión genérica de la Constitución Política, la universalidad de las normas culturales y la condición de los pueblos indígenas y, de esta manera, poder identificar los criterios que se han establecidos en el fuero indígena, de acuerdo a los principios fundamentales y la constitucionalización del derecho penal; los mismos que han sido desarrollados jurisprudencialmente y que han servido de límite a esta jurisdicción especial.

Igualmente se analizan los eventos en los que es posible aplicar la jurisdicción especial al infractor de la ley penal perteneciente a una etnia y el proceso diferencial a seguir, lo que se conoce como criterios competenciales, que han sido desarrollados ampliamente a partir de la jurisprudencia tratada por las altas cortes, a las que se hace referencia en el desarrollo del trabajo y que ha servido para respetar el derecho que tienen las comunidades indígenas de constituir sus propias organizaciones políticas y a ser reconocidas por las autoridades nacionales. No obstante, no existe una legislación que regule la unión de la jurisdicción ordinaria y la indígena, es por ello que se abordará

---

Fecha de entrega: 06-jun-2022 05:00p.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega:

Nombre del archivo: Jorge Mario Henao Madrid y Juan Carlos Restrepo Ángel.docx (78.85K)

Total, de palabras: 10664

Total, de caracteres: 55086<sup>1</sup>

el factor subjetivo, territorial, objetivo e institucional, los cuales permiten el reconocimiento del fuero indígena, respetando las garantías de las víctimas y el principio de la pluralidad cultural.

**Palabras claves:** Indígena, diversidad étnica, criterios competenciales, fuero indígena, límites materiales.

## **Abstract**

The determining criteria for the application of the special jurisdiction and the attribution of the indigenous jurisdiction are addressed directly and concretely, exposing a legal compilation of the criteria and elements, which allows us to get closer to this jurisdiction and determine in what circumstances apply. the ordinary jurisdiction or the special indigenous jurisdiction; attending to the Generic vision of the political letter of 1991, to the universality of the cultural norms of the indigenous peoples and to their condition as indigenous, where established criteria were identified according to the fundamental principles and the constitutionalizing of criminal law, the same that have been developed jurisprudentially and that have served as a limit to this special jurisdiction.

It is concluded in which events it is possible to apply this special jurisdiction to the indigenous offender of the criminal law, using a differential process in front of these citizens belonging to some ethnic group, that is, what we know as the competence criteria that have been widely developed from jurisprudence of the high courts, because although article 246 establishes this right in favor of the indigenous communities and orders a coordination of the norms and procedures between both jurisdictions.

Coordination that little by little has been established through jurisprudence and the central aspects of the special indigenous jurisdiction have been articulated, the foregoing in view of the fact that the competence criteria do not allow defining the competence of the indigenous or ordinary authorities to administer justice. objectively under its own rules and procedures, because as a general rule criminal acts that do not occur within the territory of an indigenous person begin before the ordinary courts, assuming jurisdiction over the matter; as long as the indigenous authorities do not claim the right to be judged by their community; situation that violates the guarantee of the natural judge, since what is pertinent is that their peers decide the judgment of a member of their community. The foregoing indicates that the trial of an indigenous offender in the special jurisdiction only begins when the acts that constitute a crime occur within HIS TERRITORY with the intervention of members of the same community.

On the other hand, if the majority culture has an interest in the matter, the importance of the legal asset for the national judicial system and the applicability of the ordinary jurisdiction are taken into account; denoting that although a right to these communities is recognized, it is limited by the ordinary jurisdiction, causing the Concrete vision of the political charter to be blurred as well as its autonomy to resolve their conflicts, suggesting that the right to administer justice prevails as a group right and not as a guarantee of the natural judge.

Keywords: Indigenous, ethnic diversity, competency criteria, indigenous jurisdiction, material limits.

## Introducción

Se inicia con una breve reseña del tratamiento penal del indígena antes de la Constitución de 1886, para luego analizar la visión universal de la Constitución Política de 1991, que reconoce la realidad histórica y proyección social de los grupos étnicos, enfatizando en los principios fundamentales del Estado como la pluralidad y la participación, conforme al art. 7 de la Constitución Nacional que dice: “estableciendo igualmente la obligación estatal de reconocer y proteger la identidad cultural” al considerar que “todas las culturas merecen igual respeto por su dignidad” (art. 70 C.P); teniendo en cuenta que el Estado colombiano está conformado por diversidad de grupos sociales con diferentes culturas y, por esta razón “valora positivamente esa diferencia y la considera un bien susceptible de protección constitucional” (Corte Constitucional, 2014).

Posteriormente, se identifican los límites constitucionales para ejercer la jurisdicción indígena en Colombia y, finalmente, se establecen los elementos y requisitos para el reconocimiento del fuero indígena y los criterios competenciales definidos mediante la jurisprudencia, los que corresponden al funcional, al territorial, por la naturaleza del asunto y por el criterio personal. El primero, atinente a la conciencia de ilicitud del sujeto activo de la conducta punible (aculturación) y su pertenencia a estas comunidades étnicas; el segundo, hace referencia al lugar donde se comete la conducta delictiva, también llamado territorial; el tercero, referente a las instituciones encargadas de juzgar al indígena y; como último, se deben tener en cuenta unos requisitos específicos dependiendo de la naturaleza del bien jurídico tutelado. Todo esto atendiendo al integracionismo sistémico que existe en la actualidad y que, de acuerdo a Serrano (2018), “pretende un desarrollo diferenciado de los diversos grupos culturales que comparten territorio, pero con una permanente relación comunicativa entre ellos” (p.2).

## 1. Tratamiento penal del indígena antes de la constitución política de 1991

La Constitución de 1886 tenía un concepto monocultural, razón por la cual no mencionó al indígena en parte alguna, pues no se presumía la existencia de una diversidad cultural (Burgos, 2003), por lo que se consideraba legítimo homogenizar cultural y políticamente a todos los individuos del territorio nacional; y por tal motivo, los indígenas poco a poco se fueron integrando a la sociedad y a la cultura occidental. Es así como en este contexto, bajo la promulgación de la Ley 89 de 1890, se pretendía tratar en materia penal al indígena como un salvaje reducido a la vida civilizada o en transición a la vida civilizada, negándose el Estado a reconocer política y jurídicamente la existencia de comunidades y pueblos diferentes a la cultura imperante.

En el Código Penal de 1936 no se hizo referencia al indígena, en parte alguna; pero en el Código Penal de 1980, si bien lo hizo, se institucionalizó la discriminación hacia estas minorías, debido a que se diferenciaban los “aculturizados”, quienes eran declarados inimputables y los que conservan su identidad cultural, es decir, quienes se consideran inimputables por su inmadurez psicológica<sup>2</sup>.

*“Otras medidas aplicables a los inimputables. A los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se le impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola. Esta medida tendrá un mínimo de un (1) año de duración y un máximo indeterminado. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona haya adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida. Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural” (Artículo 96, decreto número 100 de 1980).*

Vemos que el concepto de "inimputabilidad" por "inmadurez psicológica", de acuerdo a Londoño (2007), discrimina las culturas diferentes a la dominante, con la excusa de contar supuestamente con una base científica, de lo que se infiere, que más

---

<sup>2</sup> Artículo 31. Concepto. Es inimputable quien, en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.

bien se trata de un juicio descalificador que invalida al sujeto, por tanto, lo percibe como alguien inferior e incapaz. En tal sentido Londoño (2007, señala que:

*El Código de 1980, para dar solución al conflicto que representa la violación de la ley penal por parte de los indígenas, procede a diferenciarlos: de una parte, los que han sido "aculturizados", esto es, han introyectado los valores que subyacen a las normas penales, a los cuales declara responsables penalmente como inimputables; del otro, los que todavía permanecen anclados a los referentes valorativos de su propia cultura y ello les inhibe conocer la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad a las exigencias del derecho positivo, a los cuales los considera inimputables por "inmadurez sicológica" y los sanciona con la "medida de seguridad" de reintegro a "su medio ambiente natural(p. 28)*

La Constitución de 1991 proclama a Colombia como un Estado Social de Derecho, el cual promueve y hace explícitos los derechos de los ciudadanos; con el fin de garantizar su cumplimiento, se adoptan medidas para superar la exclusión, la protección de los sujetos que se encuentren en situación de vulnerable y/o en debilidad manifiesta; además prohíbe la discriminación de índole racial, sexo, ideológico y cultural. El Estado Social de Derecho se caracteriza por garantizar los derechos fundamentales, reconocidos a través de una Constitución, con el fin de evitar la desigualdad y atentar contra la dignidad humana, asumiendo de esta forma un compromiso por la defensa de los intereses de sus ciudadanos y la garantía de los derechos humanos.

Por esta razón se adoptan principios fundantes como la pluralidad y la participación; es así como el art. 7 "reconoce y protege la identidad cultural, considerando que todas las culturas merecen igual respeto por su dignidad" (art. 70 C.P). De esa forma, y de acuerdo a la Corte Constitucional (2014), "el Estado colombiano se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes, que valora positivamente esa diferencia y la considera un bien susceptible de protección constitucional". (Corte Constitucional, Sentencia T-098, 2014)

Igualmente, reconoce la diversidad de grupos étnicos y culturales existentes y las diferentes formas de control social; motivo por el cual otorga a las comunidades indígenas una jurisdicción especial para administrar justicia a través de sus autoridades, donde se interrelacionan los derechos individuales y colectivos, esto es, el derecho individual a ser

juzgados bajos sus propias normas y procedimientos por las autoridades de su comunidad (Sentencia C-215 de 1999), los cuales ejercen la función de juzgar, razón por la cual se constituyen en juez natural, teniendo como garantía el principio de legalidad que opera tanto en materia sustantiva como procedimental, de tal manera que de aplicar normas ajenas a su comunidad o procedimientos distintos a los dispuestos en sus usos y costumbres, estarían vulnerando sus derechos. Del otro lado, está el derecho colectivo que autoriza al pueblo indígena, al que pertenece el infractor, para ejercer la jurisdicción con sus propias autoridades, normas y procedimientos, tiene un alcance de derecho cultural, pues prevalece la vida comunitaria del pueblo indígena en el cual han surgido normas para regular su convivencia y que han sido prácticas culturales mantenidas de generación en generación; es decir, costumbre o reglas de conducta que son el reflejo de su cosmovisión y que han sido introyectadas en su estilo de vida, lenguaje, alimentación, teleología, vestimenta, etc.

## **2. Identidad étnica y fuero indígena.**

Debido a los diferentes periodos de violencia que han afectado al país, las comunidades indígenas han sido víctimas directas de esta situación, por tal motivo merecen del Estado una especial protección, tal y como lo indica Londoño y Vargas (2000), “debe involucrar territorios, autoridades, lenguas modelos de desarrollo, expresiones culturales, así como la forma de resolver conflicto y el control social ejercido” (p.98). Como es sabido, la identidad cultural del individuo depende del contexto en el que se desarrolla, sujeta a modificaciones en su cosmovisión por la influencia de otras concepciones del mundo y formas de vida, lo que origina la interculturalidad; sin que por ello el grupo étnico pierda su identidad cultural, ya que en cada uno de los individuos que la conforman está arraigada sus propias costumbres y la conservación de las mismas; en otras palabras, su identidad es dada por su sentido de permanencia a la comunidad a la que pertenecen y de su autonomía, lo que determina la pertenencia e identidad a la misma, en concordancia con su autorreconocimiento.

De acuerdo a Londoño y Vargas (2000), “la propia identidad resulta ser un criterio de pertenencia al grupo étnico, así como la autonomía; para decidir esa pertenencia e identidad de acuerdo con sus propios criterios de auto-reconocimiento” (p.114), existiendo una doble exigencia espacial -vivir en el territorio- y tener identidad étnica, es decir, conservar la integridad cultural, social y económica. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, con apoyo en instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, ha expresado que en la definición de la identidad indígena confluyen dos factores esenciales según la Corte Constitucional (2014) en Sentencia T-098 **“la consideración del individuo como indígena y el reconocimiento de su comunidad como un miembro de ella.”**

Lo anterior, dio lugar al fuero indígena, término que compendia normas y procedimientos que reglamenta las relaciones entre la sociedad nacional y las distintas comunidades indígenas. Definición que es precisada posteriormente por la Corte Constitucional (2002) en Sentencia T-728, en los siguientes términos:

“El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...) (Corte Constitucional, 2002, Sentencia T-728)

De lo anterior podemos inferir que el fuero indígena está constituido por dos elementos, uno de carácter personal (fuero personal), el individuo debe ser juzgado de acuerdo a su identidad étnica, es decir, de acuerdo a las normas y autoridades de su comunidad; y otro de carácter geográfico (fuero territorial) debe ser juzgado en su propio territorio, bajo sus propias normas. Es importante, entonces, diferenciar entre el fuero personal y el territorial, toda vez que algunas veces se atiende a ambos para definir la competencia; según la Corte Constitucional (1996):

Siendo aquí donde se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de

garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo, pero esto no significa que siempre que esté involucrado un indígena en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho (Corte Constitucional, 1996 *Sentencia T496*) (Corte Constitucional, Sentencia T-496, 1996)

De lo anterior, se puede inferir que es preciso establecer el grado de aculturación del individuo (indígena) y la apropiación que éste tenga sobre las normas de conducta establecidas en la cultura mayoritaria, para definir la jurisdicción a que corresponde la competencia, bajo los principios de equidad y razonabilidad, aplicados de acuerdo a las circunstancias del caso, tal como lo establece la Corte Constitucional (1996):

“...a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada solo por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero, para esto se debe tener en cuenta sus reglas de conducta e identidad étnica (Sentencia T-496, 1996).

b. La conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos.” (Sentencia T-496 de 1996 de la Corte Constitucional. M.P. Carlos Gaviria Díaz, 26 de septiembre de 1996)

Según lo anterior, el sistema jurídico nacional está constituido por normas creadas por el poder legislativo, mientras que las conductas que sanciona cada comunidad étnica son establecidas según sus reglas de conducta y la introyección de valores, es decir, de acuerdo a los usos y costumbres, que son determinadas por sus autoridades. Cuando un hecho delictivo ocurre por fuera del territorio indígena y afecta la cultura mayoritaria de la comunidad, situación que debe ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, a no ser que el infractor, una vez se haya confirmado su calidad de indígena, reclame el derecho de ser juzgado por sus propias autoridades y por sus pares, origina un conflicto de competencias, el cual debe proponerse al Consejo Superior de la Judicatura, quien es el órgano competente para dirimir los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción

especial indígena, conforme a la normatividad vigente; siempre y cuando ambas jurisdicciones consideren que tienen competencia sobre el asunto, siendo la Corte Constitucional quien dirime el conflicto.

En el caso de que ambas jurisdicciones consideran que tienen competencia sobre el asunto, situación en un tiempo fue resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura; ahora se debe atender a la reciente modificación que la sala jurisdiccional disciplinaria hace al artículo 241 de la Constitución Política, mediante el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015, donde expresó que la Corte Constitucional asumiría la competencia hasta tanto que la sala jurisdiccional disciplinaria cesara en el ejercicio de sus funciones, modificación que entró en vigencia desde el 13 de enero de 2021, es decir, que a partir de esta fecha la competencia radica en la Corte Constitucional<sup>3</sup>, quien actualmente dirime el conflicto en este caso.

Ahora bien, otro aspecto importante de analizar es la comunidad étnica en particular, ya que la determinación del grado de apropiación cultural, la interculturalidad o la introyección de las normas de la cultura mayoritaria o de las normas de la comunidad étnica por un individuo “no indígena” tenga núcleo familiar con un indígena y decida incorporar sus valores culturales y sea aceptado por la comunidad étnica y reconocido como uno de sus miembros, da lugar para que sea el juez de la jurisdicción ordinaria o la Corte Constitucional (si se presenta conflicto positivo de competencias), quien defina a qué jurisdicción otorgarle la competencia sobre el hecho delictivo. Y en caso de ser competencia de la Jurisdicción Ordinaria, el proceso penal se define de acuerdo a las leyes preexistentes.

---

<sup>3</sup> Atendiendo a la reciente modificación de la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se modifica el artículo 241 de la constitución política, mediante el artículo 14 del acto legislativo 02 de 2015, donde se expresó que la Corte Constitucional asumiría la competencia hasta tanto que la sala jurisdiccional disciplinaria cesara en el ejercicio de sus funciones, hecho que ocurrió el 13 de enero de 2021, es decir que desde esta fecha la competencia radica en la Corte Constitucional.

### 3. Límites materiales impuestos a la autonomía de las comunidades indígenas

Para Sánchez y Jaramillo (2002) lo importante es entender el ejercicio de las funciones jurisdiccionales como derecho y obligación:

Radica en que los pueblos indígenas dentro de la autonomía que se les confieren pueden decidir asumir o no el ejercicio de estas funciones, en este sentido si tal comunidad se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en una denegación de justicia, simplemente está ejerciendo su derecho. Pero también, si la autoridad indígena decide asumir el conocimiento del caso, y las reglas vigentes determinan que es competente, debe conferirse igual valor a sus decisiones respecto de las decisiones de los jueces ordinarios, debido a su derecho de administrar justicia. (p. 130)

Este derecho de administrar justicia ha sido reconocido en múltiples declaraciones<sup>4</sup> y proyectos<sup>5</sup>, como en el proyecto de Naciones Unidas que en su artículo 33 señala:

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones y procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos (Naciones Unidas, s.f.)

Igualmente, en este mismo proyecto se reconoce en el artículo 34 que *“los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”*. Por otro lado, como se resume en la obra de Arbeláez (2004):

“Si bien el texto constitucional no señala explícitamente que la facultad de administrar justicia que se concede a las autoridades indígenas es un derecho de grupo, existen tanto argumentos textuales en el contexto internacional de la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>6</sup> que apuntan a que el artículo 246 constitucional sea entendido como un derecho de grupo a favor de los pueblos indígenas trayendo dos consecuencias, de un lado, que si no se ejerce no se puede entender como una denegación de justicia, y dos, que si se ejerce, las decisiones tienen pleno valor” (pág. 130)

Lo anterior atendiendo a lo expresado por Neira (2010):

El derecho a administrar justicia por los pueblos indígenas tiene un carácter de derecho cultural, en cuanto recoge el reconocimiento de su derecho a participar de su vida cultural. Participación que debe entenderse como conservación y difusión de su cultura, de la que hace parte las normas y procedimientos que ancestralmente han conservado

---

<sup>4</sup> Declaraciones 1, 2 y 3, principios 4, 6, 9 y 10, respectivamente

<sup>5</sup> Ver proyecto interamericano, artículo 16.

<sup>6</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 634 del 30 de agosto de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

para resolver sus conflictos. Las costumbres indígenas utilizadas por los pueblos originarios para mantener el orden y garantizar la convivencia de sus miembros, hacen parte de su vida cultural y, por tanto, los pueblos indígenas y sus miembros, individualmente tiene el derecho a conservar estas prácticas que hacen parte de su particular cosmovisión (p.2).

Sin embargo, este derecho puede ser limitado, como primera medida, para salvaguardar el interés de mayor jerarquía, fundamentado en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural; como segundo, que, de las posibles restricciones surgidas, se opte por la menos gravosa, con el fin de preservar la autonomía de las comunidades indígenas (maximización de su autonomía). Para determinar el riesgo de dichas limitaciones, el operador jurídico deber tener presente las características definidas de la comunidad de que se trata (mínima intervención y reglas de conducta). Al respecto, la Corte Constitucional (1996) “reconoció la autonomía de las comunidades en cuanto a su decisión de asumir conocimiento de un caso o no”<sup>7</sup>. (Corte Constitucional , Sentencia 349, 1996)

Aunque la Corte Constitucional no ha sido clara en identificar los derechos específicos que limitan la jurisdicción penal indígena, ha adoptado un concepto que abarca todos los derechos humanos; sin embargo, prescribió algunos como el derecho a la vida, la tortura, prohibición de le esclavitud, entre otros, y vinculó el derecho a la dignidad humana. Posteriormente vinculó el derecho de la proporcionalidad de la pena y el carácter redimible de esta, los derechos de la víctima y la culpabilidad por el acto.

El límite jurisdiccional está establecido por la totalidad de los derechos fundamentales consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que éstos constituyen, según la Sentencia C139 de 1996, “un código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad

---

<sup>7</sup> En el numera l cuarto se da la siguiente orden de tutela “CONSULTAR a la comunidad Emberá Chamí reunida en pleno, sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicado, conforme a sus prácticas tradicionales, de las que hace parte la pena imponible (que debe purgarse dentro de la comunidad), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento. Sobre estas circunstancias deben informar al juzgado promiscuo del circuito de Belén de Umbría, en el término de 30 días calendario, contados a partir de la notificación de la presente providencia”

y de la prosperidad de todos los pueblos”. Luego la Corte Constitucional (1996), en Sentencia C-463, concluye que:

El núcleo de derechos intangibles que limitan a la jurisdicción indígena está integrado por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, pues únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural, a ellos se suman, por expresa exigencia del artículo 246 de la Carta Política, la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas (Corte Constitucional 1996, Sentencia C-463)

Aunque estos artículos consideran a la Constitución y ley como limitantes de la jurisdicción local, cabría pensar que la soberanía no puede ser limitada por ningún mandato legal o constitucional, ya que los principios de diversidad y pluralismo serían solo palabras, por consiguiente, y partiendo de este principio, sus límites están dados por aquello que no se pueda tolerar desde los derechos humanos, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible<sup>8</sup> y una aceptación de su particular cosmovisión.

#### **4. Criterios competenciales de la jurisdicción indígena en materia penal**

Para que sea procedente la aplicación de la jurisdicción especial indígena se deben cumplir unos requisitos; los cuales nos llevan a pensar que debe privilegiar la postura del enfoque del fuero indígena, de acuerdo a Londoño (2007) “como garantía del juez natural y como uno de los componentes del debido proceso, consecuente con la tradición liberal en la materia, tendiendo a afirmar su carácter de derecho no renunciable ni sustituible por el titular y de observancia obligada por autoridades indígenas y nacionales investidas del poder jurisdiccional” (p. 96), existiendo entonces, los criterios competenciales que definen la aplicación de la jurisdicción ordinaria o especial indígena, como son el personal, el geográfico, el orgánico y el objetivo; según la Corte Suprema de Justicia se dan tres posibilidades; cuando el bien jurídico pertenece a una comunidad indígena, es la comunidad indígena quien debe conocer del asunto; cuando pertenece a la cultura

---

<sup>8</sup> El artículo 9.1 del mismo convenio establece “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

mayoritaria, es a la justicia ordinaria la competente y; cuando concierne tanto a la comunidad indígena como a la cultura mayoritaria, en este caso, es el juez quien decide una vez comprobados los elementos y los factores que delimitan la competencia de las autoridades indígenas. Sin embargo, tanto los criterios como las cualidades, deben ser determinados por el juez natural, no ante la jurisdicción ordinaria, como hasta ahora se viene haciendo; aunque cuando los hechos suceden fuera de su territorio y son apresados en la comisión de una conducta punible por las autoridades nacionales, son puestos a consideración de la jurisdicción ordinaria.

La Constitución en su artículo 246 señala, “la facultad de administrar justicia de los pueblos indígenas va acompañada de la facultad de hacerlo según sus propias normas y procedimientos”; lo que quiere decir, que los principios de la jurisdicción obedecen a las características de usos y costumbres de las comunidades étnicas y son éstas últimas las que precisa los conflictos que deben ser de conocimiento de la autoridad judicial, los procedimientos a seguir para la toma de decisiones y el uso de la fuerza para lograr el cumplimiento de la decisión tomada.

Por lo que se concluye que la jurisdicción especial indígena privilegia el derecho de los pueblos indígenas y, este derecho, depende de la cultura de cada pueblo, para lo cual existen criterios que determinan los asuntos que pueden conocer las autoridades indígenas; lo que se conoce como factores competenciales de la jurisdicción especial indígena, que seguidamente analizaremos:

El Criterio personal. Establece que el indígena debe ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres, siempre y cuando se verifique si conocía y comprendía el ilícito cometido, la conciencia étnica y de las reglas de conducta del individuo procesado, al igual que su grado de aculturación.

La Corte Constitucional (1996) en sentencia T-496 ha determinado que “para los casos conocidos por la jurisdicción indígena, se debe tener en cuenta el grupo étnico al que pertenecen las partes involucradas, debido a que el factor geográfico es insuficiente”;

sin embargo, en los casos en que intervienen individuos de diferentes grupos étnicos, debe considerarse, toda vez que se pueden presentar los siguientes casos:

Primer caso: cuando el problema surge entre un individuo de una comunidad de indígena y otro que no pertenece a ninguna comunidad indígena, en territorio del primero.

Segundo caso: cuando el problema surge entre el individuo de una comunidad indígena en territorio del sujeto que no pertenece a ninguna comunidad indígena.

Tercer caso: cuando el problema surge en territorio diferente al de ambos individuos.

Cuarto caso: cuando el conflicto se presenta entre individuos pertenecientes a distintas comunidades indígenas en territorio de uno de ellos.

Quinto caso: cuando el conflicto se presenta entre individuos pertenecientes a distintas comunidades indígenas en otro territorio indígena.

Sexto caso: cuando el conflicto surge entre individuos pertenecientes a comunidades indígenas diferentes por fuera de sus territorios.

En esta misma sentencia, la Corte Constitucional hace referencia al caso último, en el cual tuvo en cuenta dos aspectos fundamentales para determinar la jurisdicción, la normatividad tanto de la comunidad indígena como las leyes colombianas para castigar la conducta y el nivel de conocimiento que tenían sobre las normas y prácticas sociales de las leyes colombianas, con fin de establecer las diferencias culturales entre ambas jurisprudencias y determinar si se debe dirimir el caso aplicando las leyes colombiana o la normatividad indígena; en el primero de los casos, serían los jueces ordinarios quienes tendrían que intervenir, sin embargo, no se cuentan con los elementos necesarios para resolverlo, ya que “la conducta no es reprimida por la comunidad a la que pertenece el individuo y este no está familiarizado lo suficiente con la sociedad colombiana y sus normas” (Corte Constitucional 1996, Sentencia T-496), o el sujeto siendo indígena tiene comprensión de la cultura mayoritaria.

De lo anterior se puede inferir que la Corte para establecer los asuntos que corresponde a las autoridades de las comunidades indígenas para administrar justicia tiene en cuenta dos factores, territorio o geográfico y subjetivo o personal. El elemento

del territorio establece lo que las autoridades indígenas pueden escuchar sobre lo que sucede en su región, entendiendo como territorio, de acuerdo a la OEA (2009), “no sólo aquellas áreas que legalmente se consideran reservadas, sino también aquellas que son tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas.”

El factor personal se refiere a las diferencias étnico-culturales, éstas deben ser consideradas al someterse a la jurisdicción y cuyo análisis se hace mucho más complejo. En casos de un nivel más sencillo, solo existen normas claras para dirimir los casos en los que el conflicto entre indígenas y no indígenas se produzcan dentro del territorio de propiedad de cualquiera de ellos; las cuales constituyen dos elementos; la comparación de las normas de comportamiento indígenas con las normas nacionales colombianas y el grado de integración del individuo indígena en la sociedad colombiana, la ausencia de interculturalidad y reconciliación entre las culturas indígenas y las culturas mayoritarias, en tal situación se cuestiona la calidad de indígena, por conservar los usos y costumbres, sigue siendo un miembro de su sociedad.

#### **4.1 Principios de la jurisdicción indígena**

Este derecho otorgado a los indígenas para ejercer la justicia debe ajustarse de conformidad con la Constitución y las leyes de la República; en tal sentido la Corte Constitucional, con su interpretación de la norma, determinó los límites de las restricciones constitucionales a la realización de los derechos consagrados en la Carta a favor de los pueblos indígenas y, en la Sentencia T-349 de 1996, estableció los siguientes principios:

##### **4.1.1 Principios de Optimización de la soberanía y/o minimización de las restricciones de la autonomía de las comunidades indígenas.**

Solo se permiten restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en el caso de tener que salvaguardar un interés de más alta jerarquía y/o que no sean de tanta gravedad, frente a cualquier posible elección, con el fin de conservar la soberanía de cualquier etnia indígena; en los anteriores casos se debe proceder teniendo en cuenta las características de cada comunidad.

#### **4.1.2 Principio de mayor autonomía para la toma de decisiones frente al conflicto.**

En este aspecto el respeto por la autonomía debe prevalecer en los temas en el que juez constitucional implica a un miembro de dos culturas diferentes; deben concertarse principios esenciales de cada una de ellas. De acuerdo a la Corte Constitucional (2009) en Sentencia T-903, este principio adquiere importancia “en este punto por tratarse de relaciones internas y de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y de la cohesión del grupo.”

#### **4.1.3 Principio de mayor conservación de la identidad cultural.**

Este principio no puede entenderse como una prescripción con el fin de que el juez dé mayor protección a la soberanía de ciertas comunidades étnicas; más bien es una descripción de sus usos y costumbres actuales, y que, de acuerdo a la Corte Constitucional (1996), tienen como resultado la “traducción de los sistemas jurídicos tradicionales en categorías occidentales o viceversa”. Así las cosas, el juez debe obrar con prudencia frente aquellas comunidades que protegen sus costumbres y fundamentarse en conceptos válidos, para acercarse al propio derecho; mientras que para las comunidades indígenas que hayan adoptado categorías y formas del derecho mayoritarios, es menos exigente. No obstante, el juez no puede desconocer las decisiones propias de cada comunidad, aún las encaminadas a iniciar un proceso de recuperación y/o separación de algunas de sus tradiciones. En suma, se debe aclarar la pertenencia étnica de los involucrados en el caso, así:

Cuando tanto los individuos como los intereses del conflicto son de la misma etnia indígena y suceden en su territorio, corresponde a las autoridades de ese territorio conocer sobre el asunto; o cuando el conflicto se presente entre un individuo indígena y otro que no lo es la jurisdicción, dependen si los hechos se encuentran regulados o no tanto en el ordenamiento indígena como en el nacional y también del conocimiento que tenga cada uno de las prácticas de la comunidad donde sucedieron los hechos, siendo el escenario donde se verifican los criterios competenciales para determinar a quien corresponde en el caso específico.

## 4.2 Geográfico.

En cuanto al entorno geográfico o territorio de la comunidad indígena donde suceden los hechos, éste no tiene límite geográfico, porque en él se incluye el aspecto cultural, lo que da lugar a que este sea cosmogónico, es decir, el espacio donde la comunidad lleva cabo sus actividades sociales, culturales y teológicas; sin dejar de lado que, excepcionalmente, puede ser expansivo debido a las relaciones culturales. Por lo anterior, existen factores culturales que logran identificar si, cuando se juzga a una persona a través de la jurisdicción ordinaria con el fin de sancionar la conducta punible, se está dejando de lado la autonomía de la comunidad, o deben ser de conocimiento de la jurisdicción especial indígena. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2018), en sentencia STP10868-2, se ha pronunciado en los siguientes términos:

Se trata entonces de una noción que no se agota en el aspecto físico-geográfico, sino que abarca el aspecto cultural, lo que implica que, excepcionalmente, pueda tener un efecto expansivo. En consecuencia, una conducta punible que ocurre por fuera de los linderos que demarcan el territorio colectivo podría ser remitida a la jurisdicción especial indígena en virtud de sus connotaciones culturales”.

“Por otra parte, establecida la existencia del territorio en su dimensión formal y cultural, el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico, pero en condiciones que permitan referirla al mismo. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2018. Sentencia STP10868-2, M.P. Patricia Salazar Cuellar)

De lo anterior, surgen los siguientes interrogantes ¿los fallos emitidos por las autoridades indígenas solo pueden ser aplicados dentro de su territorio? y, por consiguiente, ¿solo puede pronunciarse sobre los hechos sucedidos en el mismo? Y si ¿El territorio al que se refiere la Constitución Política es el resguardo ocupado por la comunidad o el que ésta considera como su territorio?

Para responder a estos interrogantes, es necesario tener en cuenta que el espacio territorial de una comunidad, en este caso indígena, es en el cual ejerce la mayor parte de los derechos de soberanía y su titularidad depende de la posesión ancestral y no del

reconocimiento estatal y, según la Corte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éste debe considerarse tanto desde lo físico-geográfico como desde lo cultural, lo que puede tener una consecuencia expansiva; es decir, que aunque la conducta punible ocurra por fuera del territorio demarcado por la comunidad étnica, puede ser remitida a él, en vista de sus vínculos culturales.

El Convenio 169 de la OIT, regulado en la ley 21 de 1991, artículo 13 incisos 1 y 2, que desarrolla el aspecto del territorio en concordancia con la Constitución Política y la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, proporciona instrumentos para responder a los cuestionamientos antes realizados, en cuanto a que si los fallos emitidos por las autoridades indígenas solo pueden ser aplicados dentro de su territorio y, por consiguiente, solo puede pronunciarse sobre los hechos sucedidos dentro de su territorio. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la restricción territorial se refiere al lugar donde sucedieron los hechos del conflicto. Sin embargo, la Corte ha interpretado expresamente la norma y ha dado validez a las decisiones de las autoridades indígenas a nivel nacional, admitiendo la procedencia de tutelas contra decisiones judiciales indígenas y las fallos judiciales de los jueces ordinarios y ordenando a la policía nacional detener y llevar al territorio a las personas que han huido de la jurisdicción indígena, para que cumpla la pena impuesta en este territorio.

La Corte también ha reconocido que el territorio, no solo es reconocido legalmente como resguardo, sino también como el que normalmente ocupa la comunidad indígena. Es por ello que en la Sentencia T-254 de 1994 la Corte determinó que, aunque la comunidad no había legalizado la propiedad del lugar ocupado, no obstante, “las actividades jurisdiccionales eran procedentes dentro del territorio donde estaba asentada la comunidad”. Es así como la Corte se ha pronunciado en favor de una definición amplia del territorio sin tener en cuenta el resguardo, término establecido legalmente por la Constitución. En la sentencia T-384 de 1994, donde se hace referencia a las lenguas indígenas como lenguaje oficial de los territorios indígenas, la Corte apela al decreto. 2001 de 1998, define como territorio indígena “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no solo las habitadas y explotadas sino también

aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”, de igual manera, el Decreto 2655, art. 124, señala que “los territorios indígenas poseídos de manera permanente y los que no son poseídos irregularmente, se constituyen en ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”.

#### **4.3 Capacidad institucional instalada**

En cuanto a las instituciones, las comunidades indígenas deben contar con las necesarias para una correcta investigación de los hechos delictivos, además con los mecanismos apropiados para la protección de las infracciones penales que van en contra de los derechos de quienes hacen parte de ella. De acuerdo a Solano (2004), las autoridades tradicionales deben tener “poder de coerción social y un concepto genérico de normatividad social; ya que la jurisdicción especial indígena debe contar con autoridades competentes para hacer valer su autonomía”. Lo anterior, de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017):

Define la a jurisdicción especial indígena en función de la existencia de autoridades, sistemas de derecho propio basados en usos y costumbres tradicionales, procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad. La aplicación del derecho propio requiere de una autoridad legítima y una comunidad fuerte para que las penas brinden equilibrio entre las partes y no se produzcan venganzas entre miembros de la comunidad. Debido a que la eficacia de ese derecho propio depende de la fortaleza de sus instituciones, de sus autoridades (p.23).

Este factor está ligado al principio de legalidad y la existencia de instituciones, normas y procedimientos previamente establecidos para que se garantice el debido proceso. Esta contrariedad a los principios de especificidad y legalidad del derecho indígena, fue tratada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-349 de 1996

“Estas restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, según lo expuesto anteriormente, porque: a) se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y b) se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.”

La Corte Constitucional (1996) en sentencia C -377, al respecto se pronunció en los siguientes términos:

Los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional son: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, los dos primeros elementos conforman el núcleo de la autonomía otorgado a las comunidades indígenas-que se extiende no solo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional (Corte Constitucional, 1996).

Y en Sentencia T-617 de 2010 señaló:

La tensión que surge entre la necesidad de conservar usos y costumbres ancestrales en materia de resolución de conflictos y la realización del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena debe solucionarse en atención a la exigencia de predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas dentro de las costumbres de la comunidad, y a la existencia de un concepto genérico de nocividad social (Sentencia T-617, 2010).

#### 4.4 Elemento objetivo

El carácter de bienes jurídicos protegidos, que no son de interés de la comunidad indígena, pertenece a la comunidad mayoritaria y, por tanto, no pueden estar sujetos al principio de autonomía creciente. Ahora bien, un tercer elemento determinante de la competencia, según esta corporación, es el elemento objetivo, aparentemente basado en la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura:

“Pero además de esos factores personal y territorial, en la definición del fuero indígena concurre también el elemento objetivo, **referido a la naturaleza del sujeto o el objeto sobre el que recae la conducta**” || (...) el Consejo Superior de la Judicatura, cuando dirimía conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, se refería a la naturaleza del conflicto, como un factor que puede ser determinante para la valoración que deba hacerse de los demás elementos del fuero...(Corte Constitucional, 2014, Sentencia C-463)<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Posteriormente, en las sentencias T-811 de 2004, T-1238 de 2004 y T-1026 de 2008, se reiteró la necesidad de acreditar el elemento “objetivo referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”.

De acuerdo con la sentencia STP-10868-2018, radicado 99864 del 21 de agosto de 2018, cuando se presenten este asunto caben tres posibilidades:

“ (...)”

1. El bien jurídico afectado o su titular pertenecen a una comunidad indígena.
2. El bien jurídico lesionado o su titular pertenecen EXCLUSIVAMENTE A LA CULTURA MAYORITARIA.
3. Independientemente de la identidad cultural del titular del bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta como a la cultura mayoritaria.

En tal sentido, la Corte Constitucional (2020), en sentencia T-387, referente a la competencia ha señalado, “de ser así, en el evento 1 corresponde a la jurisdicción especial indígena, en el evento 2 corresponderá a la justicia ordinaria y, de presentarse el evento número 3, será el juez quien verificando todos los elementos del caso concreto y los demás factores que definen la competencia de las autoridades tradicionales” (Sentencia T-387 de 2020).

Parafraseando lo advertido por la Corte en la Sentencia T-387 de 2020, en la que menciona tal regulación, pretende vulnerar el principio de legalidad y del bien jurídico; sin embargo, considera que en la sociedad colombiana prevalece el esquema jurídico preponderante entre la moral y el derecho en el ordenamiento jurídico; pero, no tiene el mismo efecto sobre el objeto de la norma, es decir, los indígenas. Por lo tanto, resulta mejor optar por adherirse a su particular cosmovisión de conflicto y control social. La moral comprendida como la totalidad de los usos y costumbres de la sociedad, no viola las normas de la Constitución Política. (Corte Constitucional, 2020)

Una variación importante del último supuesto (punto 3) es que la situación de derecho mayoritario es particularmente grave en este caso, y es una posibilidad que lleva al Consejo Superior de la Judicatura a descartar del todo el origen de la jurisdicción especial indígena, ya que en esta clase de fallos no se pueden tomar este tipo de decisiones y tampoco fundamentarse como una regla clara de jurisdicción, porque implica la exigencia de valores culturales mayoritarios y el desconocimiento de la protección de la diversidad racial. En este caso, la Corte Constitucional (2020) ha establecido que lo relevante “es que la aplicación de la jurisdicción no conduce a la

impunidad, por lo que en el examen del juez debe tratar de valorar en profundidad la eficacia de los elementos institucionales, porque de ello dependen la vigencia de los derechos de las víctimas.”

Por lo anterior, se infiere que cuando la conducta excede algún principio de gravedad social, y los factores relevantes para establecer si un caso es admisible a la jurisdicción local especial, existe una expectativa razonable de que el ejercicio de la libertad jurisdiccional no conducirá a la arbitrariedad y se pueda comprobar si la propia ley brinda protección a las víctimas. Una vez se contemple la categorización de las normas sobre los razonamientos para determinar la jurisdicción local especial, vale la pena precisar que estos estándares están estrechamente relacionados y, en cada caso, el juez debe realizar una valoración inclusiva, ya que la falta de análisis de cualquiera de estos elementos puede terminar en la toma de una decisión que vulnere el autogobierno indígena y afecte los derechos de los individuos de la comunidad y el de las víctimas del comportamiento sancionado o afecte el contexto cultural.

Queda claro que, cuando un conflicto involucra miembros de una comunidad étnica, se deben analizar el factor personal y geográfico más a profundidad, pero si se involucran miembros de una comunidad étnica y miembros de la cultura mayoritaria se debe analizar con mayor exigencia el requisito objetivo, esto es, el bien jurídico, el titular del mismo y también el factor institucional para garantizar que no exista impunidad en caso de que pretenda someterse a la jurisdicción especial indígena y se puedan garantizar los derechos de las víctimas.

#### **4.5 Garantía del Juez natural**

Reconocer las diferencias favorece el desarrollo de los principios de la dignidad humana, el pluralismo y la protección de las minorías, pero tratándose de las comunidades indígenas, no pueden ser confrontados con otros miembros de la sociedad, ya que esto sería ilícito en un país cuya constitución reconoce la diversidad cultural, por tanto, no se debe considerar necesariamente que éstos, al ser condenados por la ley penal, conocen y comprenden la ilegalidad de sus actos; de lo que se trata es

cambiar el ángulo de análisis, que ya no se fundamenta en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia entre razón y cosmovisión; por tanto, los nativos deben ser juzgados por aquellos que comparten la misma cosmovisión, es decir, sus jueces naturales. Sobre este tema Londoño y Vargas (2000) señalan lo siguiente:

La garantía del 'juez natural' (...). Significa tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea pre constituido por la ley y no constituido postfactum; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales ( ... ), mientras la preconstitución legal del juez y la inalterabilidad de las competencias son garantías de imparcialidad ( ... ) la prohibición de jueces especiales y extraordinarios es sobre todo, una garantía de igualdad, que satisface el derecho de todos a tener los mismos jueces y los mismos procesos (p. 112).

La garantía del juez natural, entonces, está ligada al principio de legalidad y al factor institucional, analizado en el apartado anterior, el cual no es sólo la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, sino también la posibilidad de permitir un conocimiento a priori del delito y de la pena, pues parafraseando a Roxin (1997), varias garantías se derivan del principio de legalidad tales como la criminal, penal, de ejecución y jurisdiccional; las cuales permiten proteger al individuo, que también se aplica al derecho y en el que se objetivan los requisitos específicamente establecidos para evitar abusos en la aplicación de la ley penal y se pueden resumir de la siguiente manera:

- Exigencia de previsión de esa conducta y de la sanción con anterioridad.
- Que solo el legislador sea quien tenga la potestad de erigir comportamientos como punibles y pueda atribuir la correspondiente sanción penal.
- Que sea el juez natural la persona que pueda valorar las conductas dañosas e imponer los castigos legalmente previstos.**
- Que al imponer esas sanciones se siga el procedimiento establecido con la existencia de una aplicación proporcional entre el daño causado y el castigo elegido.

En lo que tiene que ver con los pueblos indígenas, se han apropiado de unas reglas de conducta específica. Su derecho a la garantía jurisdiccional (derecho de administrar

justicia) nace de ese fuero indígena e identidad étnica, donde también se deben establecer los procedimientos y conductas mediante los cuales se pretende juzgar a un infractor de la ley penal; debido a que el derecho individual de los miembros de los pueblos indígenas a ser juzgados con sus propias normas y procedimientos por las autoridades de su comunidad, y que son quienes constituyen su juez natural, dejan ver que el principio de legalidad opera tanto en materia sustantiva como procedimental, de tal manera que se viola para los miembros de los pueblos indígenas si se aplican normas ajenas a su comunidad o procedimientos distintos a los dispuestos en sus usos y costumbres.

Sin embargo, vemos que no se privilegia esta garantía en materia sustantiva, toda vez que lo que prima es el derecho de la comunidad de solicitar y resolver el asunto de acuerdo con sus normas y procedimientos, pero, por regla general, es la jurisdicción ordinaria quien inicialmente tiene el conocimiento de los hechos propios del delito, que es definido por la cultura mayoritaria y, es en este escenario, donde se reconoce o no este derecho de grupo a favor de estas comunidades; dando prelación al principio de legalidad, remitiendo a la jurisdicción indígena en caso de ser solicitado por las autoridades indígenas, privilegiando la garantía del juez natural en materia procedimental como un derecho de la comunidad.

## **CONCLUSIONES**

En primer lugar se pudo determinar que los individuos que conforman las comunidades indígenas, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son reconocidos como sujetos derecho colectivo, cuyos derechos fundamentales están dados por la subsistencia, que resulta de la protección del derecho a la vida, a la integridad racial, cultura y el derecho a tomar decisiones sobre sus recursos territoriales.

Según lo establecido en el art. 246 de la C.N., la Jurisdicción especial indígena es de gran importancia para las comunidades indígenas porque les permite ejercer la justicia

en su territorio, conforme a las leyes y ordenamientos establecidos. Cuando se hace referencia a territorio, no solo se incluyen las áreas demarcadas como reservas, también a las áreas ocupadas por estas comunidades.

Esta jurisdicción tiene una función legislativa implícita, toda vez que aprueba a las comunidades indígenas desarrollar sus propios procedimientos y normatividad para ser empelados dentro de su jurisdicción; es decir, si una comunidad indígena decide ejercer justicia, y llega a una decisión, ésta tiene la misma fuerza legal a la tomada por cualquier juez de la jurisdicción ordinaria.

A través de esta investigación se pudo determinar que la capacidad de conocer asuntos de su competencia está limitada por dos factores: territorio y cultura étnica. En cuanto al territorio, las autoridades pueden tener conocimiento de lo que ocurre dentro del mismo; el factor cultural dependen del juicio personal y del origen étnico; es decir, si las persona involucradas son de la misma población indígena y el hecho ocurrió en este mismo territorio, la jurisdicción corresponde a las autoridades indígenas; pero si la persona involucrada es representante del pueblo, la jurisdicción dependerá de los hechos según el ordenamiento jurídico y el nivel de compromiso de la persona involucrada, como también de las normas y costumbres sociales colombianas.

Por último, si bien el reconocimiento sustancial de los derechos indígenas en la jurisprudencia como sujeto colectivo o individual, existe la necesidad de una legislación ordinaria que armonice con la de los pueblos indígenas, que permita a los operadores judiciales y a las autoridades locales desarrollar reglas claras que ayuden a formular la implementación efectiva de la Jurisdicción Especial Indígena.

## Referencias

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia.

Burgos , G. (2003). *Las minorías étnicas en la Constitución colombiana* . Revista Derecho del Estado n.º 15, diciembre : file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LasMinoriasEtnicasEnLaConstitucionColombiana-5119727%20(1).pdf.

Corte Constitucional . (1996). *Sentencia 349*. M.P Carlos Gaviria Diaz.

Corte Constitucional . (1996). *sentencia C 139* . M.P. Carlos Gaviria Díaz : <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm#:~:text=%E2%80%9CLas%20autoridades%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20podr%C3%A1n%20ejercer%20funciones%20jurisdiccionales,y%20leyes%20de%20la%20rep%C3%ABlica>.

Corte Constitucional . (1995). *Sentencia C-37, expediente D-486*. M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional . (1996). *Sentencia C-463*. M.P. María Victoria Calle Correa: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-463-14.htm>.

Corte Constitucional . (1996). *Sentencia T-349*. M.P, Carlos Gaviria Díaz : <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>.

Corte Constitucional . (1994). *Sentencia T-384*. MP. Carlos Gaviria Díaz : <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-384-94.htm#:~:text=Acci%C3%B3n%20de%20tutela%20originada%20en,Cooficialidad%20de%20las%20lenguas%20nativas>.

Corte Constitucional . (1996). *Sentencia T-496*. M.P. Carlos Gaviria Diaz: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>.

Corte Constitucional . (2010). *Sentencia T-617*. M.P. Lusi Ernesto Vargas Silva: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm#:~:text=Sentencia%20T%2D617%2F10&text=La%20definici%C3%B3n%20de%20la%20competencia,de%20competencia%20\(defecto%20org%C3%A1nico\)](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm#:~:text=Sentencia%20T%2D617%2F10&text=La%20definici%C3%B3n%20de%20la%20competencia,de%20competencia%20(defecto%20org%C3%A1nico)).

Corte Constitucional . (2009). *Sentencia T-903* . M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-903-09.htm#:~:text=El%20principio%20de%20maximizaci%C3%B3n%20de,y%20la%20cohesi%C3%B3n%20de%20grupo%E2%80%9D>.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-098*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-098-14.htm>.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-254* . M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>.

Corte Cosntitucional . (1996). *Sentencia C-377*. M.P. Antonio Barrera Carbonell.: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-377->

96.htm#:~:text=%22Queda%20prohibida%20la%20fabricaci%C3%B3n%2C%20importaci%C3%B3n,residuos%20nucleares%20y%20desechos%20t%C3%B3xicos%22.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2017). *Justicia y Pueblos indígenas. Jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos*. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20y%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20jurisprudencia,%20ritos,%20pr%C3%A1cticas%20y%20procedimientos.pdf>.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,. (2018). *Sentencia STP10868*. M.P. Patricia Salazar Cuellar:  
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/9533918/16938980/Conozca+los+elementos+para+definir+si+un+asunto+debe+ser+conocido+por+la+jurisdicci%C3%B3n+ind%C3%ADgena+o+la+ordinaria.pdf/cceeb75f1-d56e-4842-b859-bf77904b5da0>.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2001). *Decreto 1953. Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas...*  
[https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma\\_pdf.php?i=59636](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=59636).

Londoño , B. (2007). *La jurisdicción penal y el fuero indígenas en Colombia: su vigencia material como consecuencia del conflicto políticoarmado y de los límites impuestos por los derechos humanos*. Nuevo Foro Penal No. 73 - Julio-diciembre de 2009 - Universidad EAFIT:  
[file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaJurisdiccionPenalYElFueroIndigenasEnColombia-3822989%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaJurisdiccionPenalYElFueroIndigenasEnColombia-3822989%20(1).pdf).

Londoño , F., & Vargas , A. (2000). *El indígena ante el derecho penal*. Nuevo Foro Penal, N2 63 pp 87 - 135: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3942/3212>.

Neira, P. (2010). *La jurisdicción indígena como derecho cultural de los pueblos originarios de Colombia límites en materia penal punitivo*.

OEA, C. (2009). *Derechos de los pueblos indígenas tribales sobre las sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.  
<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas , C. (s.f). *Artículo XVI. Derecho indígena*.  
<http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/articulo.XVI.htm>.

Perafán, S., Azcarate, G., & Zea, S. (2000). *Sistemas jurídicos tukano, chamí, guambiano y sikuani*. Instituto Colombiano de Antropología e Histori.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid:  
[https://www.academia.edu/28950073/Claus\\_Roxin\\_Derecho\\_Penal\\_Fundamentos.\\_La\\_estructura\\_de\\_la\\_Teor%C3%ADa\\_del\\_Delito](https://www.academia.edu/28950073/Claus_Roxin_Derecho_Penal_Fundamentos._La_estructura_de_la_Teor%C3%ADa_del_Delito).

Sánchez , B., & Jaramillo , S. (2000). *La Jurisdicción Especial Indígena*. Procuraduría General de la Nación.

Serrano , O. (2018). *Enfoques ante la diversidad cultural*. Tomado de la Guía de conocimiento sobre Educación Intercultural. Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África:  
[https://www.bantaba.ehu.es/formarse/ficheros/view/Enfoques\\_ante\\_la\\_diversidad\\_cultural.pdf?revision\\_id=80128&package\\_id=80030](https://www.bantaba.ehu.es/formarse/ficheros/view/Enfoques_ante_la_diversidad_cultural.pdf?revision_id=80128&package_id=80030).

Solano, G. (2004). *La jurisdicción especial indígena ante la corte constitucional colombiana*. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas:  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1333/11.pdf>.