

# LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

INDIGENOUS JURISDICTION IN THE CRIMINAL ACCUSATORY SYSTEM

A JURISDIÇÃO INDÍGENA NO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO

**Jorge Enrique Benavides Ascuntar**

Abogado, Universidad de Nariño - Pasto, Colombia; Especialización en Derecho Penal Procesal y Docencia Universitaria de la Universidad Cooperativa de Colombia; Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño en convenio con la Universidad Nacional, Colombia. Miembro activo y reconocido por línea materna del Cabildo Indígena de Iles del pueblo de los Pasto. Actualmente Procurador en Cali. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y miembro activo del grupo de Antropología Jurídica y del grupo de Investigación de Procesal de la Universidad Libre Seccional Cali, Colombia.  
jorgebenavides1958@hotmail.com.

## RESUMEN

*jurisdicción aborígen, fuero indígena, concepción dogmática, concepción orgánica, ponderación.*

La investigación surge de la necesidad de solucionar, a través del procedimiento del SPA, el conflicto de competencia jurisdiccional por la injusticia e impotencia de las autoridades indígenas de no poder juzgar a sus miembros, cuando incurren en “delitos”. El problema parte de lo general de la base principal dogmática y la incongruencia con normas orgánicas constitucionales aborígenes, específicamente la jurisdicción indígena, la que debe atemperarse a la Constitución para arribar al tema particular de la resolución del conflicto de jurisdicciones. Para este propósito se analizaron e interpretaron los valores, principios y la constitucionalidad de la jurisdicción indígena, tomando incluso las expresiones semánticas del art. 246 de la Constitución Nacional. Los resultados de investigación de esta propuesta surgen de la colisión de los sistemas jurídico y normativo de culturas diferentes e iguales, de este análisis constitucional, legal y jurisprudencial, se concreta la propuesta de una Audiencia Especial como requisito de procedibilidad para solucionar el conflicto de competencias jurisdiccionales. Este procedimiento, no regulado legalmente, es una omisión legislativa; en este sentido estos resultados se recomienda tenerlos en cuenta como propuesta para adicionar a la Ley 906 de 2004, o en la promulgación de la ley de coordinación de jurisdicciones o por la Corte Constitucional en revisión de Acción de Tutela, en sentencias sobre temas de este carácter.

## ABSTRACT

*This research arises out of the need to resolve the conflict of jurisdictional competence using the criminal accusatory system procedure because of the injustice and impotence of indigenous authorities who are unable to prosecute the members of their communities when they commit “crimes”. The problem begins with the general nature of the main dogmatic basis and the inconsistency with aboriginal constitutional organic rules, but particularly with indigenous jurisdiction, which must adhere to the constitution in order to address the specific issue of the resolution of the jurisdictional conflict. To this end, the values, principles, and constitutionality of the indigenous jurisdiction were analyzed and interpreted, taking into account the semantic expressions found in article 246 of the Colombian constitution. The findings of this research proposal derive from an inconsistency between the legal and regulatory systems of different, but equal cultures. This constitutional, legal, and case-law analysis shaped a concrete proposal for a special hearing as an admissibility requirement for resolving the conflict of jurisdictional competence. This proceeding, which is not legally regulated, is a legislative omission. In this respect, it is advisable to take into account these findings as a proposal for making an addition to Law 906 of 2004 or for enacting the jurisdictional coordination act. These findings can also be considered by the Constitutional Court in*

## PALABRAS CLAVE

*Omisión legislativa, Nuevo derecho mayor constitucional, Derecho Mayor Aborígen,*

Fecha de recepción: 11 - 05 - 2011

Fecha de aceptación: 30 - 10 - 2011

*reviewing rulings in the case of actions for the protection of constitutional rights regarding issues of this nature.*

## KEYWORDS

*Leadership, natural leadership, effective leader.*

## RESUMO

*A investigação surge da necessidade de solucionar através do procedimento do sistema penal acusatório o conflito de competência jurisdicional devido a injustiça e a impotência das autoridades indígenas por não poderem julgar seus membros quando incorrem em “delitos”. O problema parte geralmente da principal base dogmática e da inconsistência com as normas orgânicas constitucionais indígenas, especificamente a jurisdição indígena que deve se adaptar a Constituição para chegar ao tema particular da resolução do conflito de jurisdições. Para esse efeito se analisaram e interpretaram os valores, princípios e*

*a constitucionalidade da jurisdição indígena, tomando inclusive as expressões semânticas do Art. 246 da Constituição Nacional. Os resultados da investigação desta proposta surgem da colisão dos sistemas jurídico e normativo de culturas diferentes e iguais, e desta análise constitucional, legal e jurisprudencial se concretiza a proposta de uma audiência especial como exigência processual para solucionar o conflito de competências jurisdicionais. Este procedimento não regulamentado legalmente constitui uma omissão legislativa; nesse sentido se recomenda ter em conta estes resultados como proposta para adicionar a Lei 906 de 2004 ou na promulgação da lei de coordenação de jurisdições ou pelo Tribunal Constitucional em revisão da ação da tutela em sentenças sobre temas desse caráter.*

## PALAVRAS-CHAVE

*Omissão legislativa, Novo direito Civil constitucional, Direito Civil indígena, jurisdição indígena, foro indígena, concepção dogmática, concepção orgânica, ponderação*

## Introducción

Este artículo consecuencia de la próxima publicación del libro ***El Derecho Mayor de los Pastos y la Constitución Nacional***, surgió del interés cuando laboré como Procurador Judicial en los juzgados de la ciudad de Ipiales (Nariño), por la imposibilidad de solucionar a través del procedimiento oral del SPA<sup>1</sup> el conflicto de competencia jurisdiccional y la preocupación de tanta injusticia, sobre todo la impotencia de las autoridades indígenas, al no poder juzgar a sus miembros cuando incurrían en comportamientos desviados -“delito” - a través de su propia jurisdicción; para este propósito, previo a la investigación de la Jurisdicción “Especial” en SPA, es imprescindible revisar el tema constitucional entre la base principal dogmática y la incongruencia con normas orgánicas de carácter aborígen, específicamente la jurisdicción indígena (Constitución Nacional de 1991, art. 246) la que debe atemperarse a la base principal constitucional (Constitución Nacional de 1991, arts. 1,7) como facultad de las autoridades originarias para administrar justicia; falencias del derecho aborígen constitucional que se solucionan mediante la declaratoria de inconstitucionalidad parcial

de normas orgánicas de la misma Constitución a través del mecanismo que dispone la misma, o mediante la expedición de la ley de coordinación de jurisdicciones para solucionar el grave problema de responsabilidad de omisión legislativa.

Son objeto de análisis previo, la constitucionalidad de la Jurisdicción “Especial” indígena, las expresiones semánticas de ***poder ejercer*** su propia justicia y que la misma no deben contrariar la Constitución y ***las leyes de la república***, limitación amplia y compleja, que en la práctica niega el verdadero sentido de la facultad de los pueblos de administrar su propia justicia. Eliminandose las expresiones: ***podrán y las leyes de la república***, corresponde al deber ser acorde con el fundamento dogmático constitucional, debiendo únicamente estar sujeto a las normas constitucionales, y si se quiere a los Derechos fundamentales o Derechos humanos.

Con estas observaciones o sin ellas, la interpretación, análisis y pertinencia del tema de investigación, para el nuevo Derecho Mayor Constitucional (Benavides, 2009) y el Derecho Mayor de los pueblos de culturas diferentes e iguales para el entendimiento y reconocimiento, las autoridades de las jurisdicciones (ordinaria y “especial”)

**deben establecer un debido procedimiento constitucional común para que las partes traben y resuelvan el conflicto.** El método de aplicación teniendo como base este procedimiento, depende de la clase de derecho: civil, laboral, administrativo-penal, etc. y mientras no se regule jurídicamente, el Estado a través del Congreso incurre en omisiones legislativas como en el SPA de Ley 906 de 2004 cuyo vacío de manera casuística deberán solucionar las altas Cortes, especialmente el máximo tribunal de Cierre Constitucional.

La naturaleza constitucional de la jurisdicción indígena establece como facultad discrecional la autonomía de los pueblos originarios para administrar su propia justicia, conforme a sus normas y procedimientos, inexplicablemente la designa como *“Especial”*, posiblemente para diferenciarla de otras, suficiente era referirse como jurisdicción indígena, en iguales condiciones que la ordinaria, como consecuencia del deber de reconocimiento y protección que tiene el Estado. Sin embargo teniendo en cuenta este fundamento principal, la redacción como jurisdicción *“Especial”* es peyorativa, como si los aborígenes fueran personas especiales, pudiendo para los casos concretos diferenciarlos con el nombre de cada pueblo aborígen, pero así lo creyeron equivocadamente algunos constituyentes eurocéntricos, en lo sucesivo designamos *“Especial”* entre comillas.

**La finalidad de la investigación es dar a conocer las reglas básicas aplicables al tema de solución del conflicto en la confrontación de derechos de diferentes jurisdicciones, específicamente el procedimiento en el -SPA- para el caso de los *“delitos”* o violación al derecho propio o Mayor.** Parte de esta propuesta se publicó en un resumen de la revista *Garantes*, del Instituto de Estudios de Ministerio Público de la Procuraduría General y para conocimiento y crítica de toda la comunidad académica se aborda el tema con más y mejores conocimientos constitucionales, legales y de Derecho Mayor.

Con la constitucionalización de derechos, el análisis e interpretación de conflicto de jurisdicciones es complejo, sensibles para las autoridades de sistemas jurídico y normativo que en síntesis deben buscar la construcción de la relación dialógica comunicativa (Habermas, 2001) en natural controversia entre el Derecho Mayor (Alpala, 2008) o *“consuetudinario”* (Sánchez y Jaramillo, 2007) y el derecho nacional u ordinario, en territorios donde cohabitan pueblos ancestrales con la sociedad

dominante; además de las limitaciones y exigencias de la publicación, únicamente se aborda el problema de las reglas de solución del conflicto que debe aplicar desde el preludio de las audiencias preliminares, cuando el juez de control de garantías, por virtud de la cláusula general de competencia, conoce los asuntos de este carácter. Esta es una propuesta legislativa para adicionar a la Ley 906 de 2004, o para que sea tenida en cuenta por la producción jurisprudencial y no esperar al Congreso de la República, que desde hace veinte años es responsable por omisión legislativa.

El problema fundamental para dirimir el conflicto de derechos para la asunción del conocimiento depende de cada caso en particular, el motivo y la razón esencial para solucionar la diferencia depende de la especificidad de la clase de confrontación de derecho, ahora solamente nos referimos a las reglas de procedimiento para trabar y solucionar el conflicto de jurisdicciones, el debate para solucionarlo depende de la clase de sistema de cada pueblo, con la advertencia de la posible inconstitucionalidad del término *podrá* del artículo 246 de la Constitución Nacional como facultad discrecional de los pueblos para establecer su propia jurisdicción, porque no puede existir disposición tan absurda al considerar que puedan o no disponer de sus propias y especiales formas de juzgamiento. Al darles esa facultad discrecional carece de sentido, ¿cómo es posible que estos pueblos por más *“tribales”* que se encuentren en el proceso de evolución, no dispongan de un sistema para juzgar a su manera las conductas?; lo que sucede es que la composición de estos es tan diversa, diferente, compleja y en proceso de formación, que el mismo Estado es impotente para proteger por igual, pero ninguno de ellos, y por su condición inteligente, puede dejar de tener su propia organización y cuantas más precarias sean las normas de relación, se exige más obligación de protección del Estado por mandato constitucional.

La discrecionalidad para ejercer funciones jurisdiccionales es abiertamente contraria a lo establecido en el fundamento principal de la estructura dogmática de la Constitución, cuando a partir del artículo 7 le impone al Estado el deber de protección y reconocimiento para la autonomía según el artículo 1, el mismo que nos remite al artículo 286 (Constitución Nacional, 1991) de la organización territorial de los pueblos sobre los deberes del Estado colombiano, y si la razón fuese porque se trata de comunidades altamente sincréticas o porque algunos miembros de las comunidades renuncian a su propia identidad y prefieren que se externalicen sus problemas

para que los conozca la jurisdicción ordinaria, ***no se necesita de la condición disyuntiva de la facultad discrecional de las autoridades indígenas*** porque los indígenas gozan de la doble condición y muchas veces renuncian a la propia y prefieren a la ordinaria, es el caso cuando renuncia a su propia identidad, tema que se abordará en la teoría del Nuevo Derecho Mayor constitucional, como aquel que surge “ ... a partir de la Constitución de 1991, lo produce el juez o magistrado y se nutre de la jurisprudencia por omisión legislativa, su nacimiento tiene fuente en la interceptación de sistemas normativos y por provenir del derecho consuetudinario que aplican las comunidades originarias es eminentemente axiológico” (Constitución Nacional, 1991), quedando pendientes también el conflicto de derechos sustantivos con el Derecho Mayor. El objetivo específico son las reglas para resolver el conflicto entre jurisdicciones diferentes e iguales, que debe saber el juez constitucional en el Sistema Penal Acusatorio y que debe aplicar desde las audiencias preliminares. La finalidad entonces reside en encontrar la comunicación de derechos entre culturas iguales y diferentes a través de la audiencia Especial en el SPA.

## 1. Marco teórico

### 1.1. EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS JURISDICCIONALES EN EL SPA

Entre derechos de jurisdicciones diferentes se impone por la cláusula general de competencia el derecho ordinario y determina, así mismo, la suerte de los sistemas normativos aborígenes, pero el tema objeto de investigación hace parte de la discusión de derechos, específicamente el procedimiento previo para desatar el conflicto, no sin antes referirnos a un breve y sucinto estudio constitucional y legal de la naturaleza jurídica de jurisdicciones; sin embargo lo que corresponde es determinar los pasos a seguir en el procedimiento a partir de la igualdad de derechos entre autoridades de diferentes sistemas, para después conocer a fondo los casos de infracción al sistema normativo por la desviación de la conducta o “delitos” según cada sistema aborígen en particular.

Para resolver el planteamiento del problema, tanto el Código de Procedimiento Penal (procedimiento) y el mismo Derecho Penal Indígena (sustantivo), el legislador no previó todas las eventualidades y los muchos problemas que afronta el juez en jurisdicciones donde coexisten comunidades ancestrales. Debe pues recurrir

a la jurisprudencia constitucional para solucionar la omisión legislativa y salvaguardar los elementos estructurales de la identidad de los usos y costumbres de los pueblos.

Aplicar el método por el juez o magistrado que conoce asuntos de este carácter, obliga auscultar insumos constitucionales, legales y jurisprudenciales como compuerta de entrada a la construcción de la teoría del nuevo Derecho Mayor Constitucional después de resolver el conflicto y sin entrar a desentrañar la nueva concepción de este especial derecho intercultural, que surge del proceso lógico de comunicación dialógica entre culturas. Es menester descubrir el proceso para arribar a escenarios no solo de este derecho, sino también las razones propias de las culturas originarias cuando asumen el conocimiento de acuerdo con su propia jurisdicción.

Consecuentes con los fundamentos principales (Valencia, 2005, p.62) constitucionales del deber ser de protección y reconocimiento -art. 7 constitucional-, como medio para propiciar el fin de la autonomía del artículo 1, en congruencia con el artículo 286 y el espíritu del preámbulo constitucional del Estado, desde la óptica del referente ordinario, cuando al juez o magistrado excepcionalmente le corresponda asumir estos, debe aplicar el derecho intercultural, de condiciones sui géneris, pendiente por teorizar; ahora únicamente se enuncian algunos de los problemas del conflicto que surge de la confrontación, pero en condiciones desiguales para los pueblos originarios y para evitar la violación de los derechos aborígenes se proponen las reglas del procedimiento para destrabar el deber ser de resolución del conflicto jurisdiccional.

Lo anterior significa que a las autoridades indígenas y a todas las comunidades se les impuso la obligación coercitiva de conocer el derecho hegemónico nacional u ordinario, condición para la pretendida unidad nacional, en un mundo diverso en donde las comunidades ancestrales, por esa condición, gozan por voluntad de los constituyentes de la doble prerrogativa constitucional, por una parte los derechos que se tienen como minorías étnicas, reconocidas nacional e internacionalmente y también los derechos de que disponemos todos los ciudadanos en igualdad de condiciones en una franca controversia con aquellas, donde al Estado le corresponde defender la identidad y especialmente el Derecho Mayor, para reafirmar la diversidad en el contexto de la unidad nacional.

Este tema se refiere exclusivamente al procedimiento que los jueces constitucionales, en coordinación con las autoridades indígenas deben aplicar en el SPA, es el procedimiento que responde a las formas o maneras de resolver el conflicto de competencia jurisdiccional y que debe propiciarse desde el preludio en los albores de las audiencias preliminares. No se refiere entonces a qué tipo de derecho aplicarán las autoridades de los sistemas como motivo y razón fundamental para dirimir el conflicto; tampoco se aborda el derecho sincrético o intercultural que aplica el juez o magistrado cuando excepcionalmente asume el conocimiento en asuntos de este carácter después de la resolución del conflicto.

## 1.2. INSUMOS NORMATIVOS Y JURÍDICOS

Para destrabar este conflicto de jurisdicciones en el SPA y saber qué autoridad corresponde conocer conjuntamente con el análisis de la infracción a la norma por el "delito", en el escenario de la hegemónica facultad constitucional del derecho ordinario donde los jueces aplican la cláusula general de competencia, remite inescindiblemente al deber ser de interpretación del análisis constitucional conforme a las normas orgánicas y a los fundamentos principales ontológicos (Valencia, 2008, pp.281, 318) que inspiran el carácter vinculante del preámbulo constitucional que dispone a los pueblos étnicos como facultad para defender su Derecho Mayor y edificar su propio tramado normativo

Los insumos constitucionales, normativos y legales de los derechos y reglas de culturas diferentes e iguales se desarrollan en cada una de sus propias culturas o franja de competencia jurisdiccional (Benavides, 2009, pp.74-75), no solamente para la solución de la controversia procedimental, como el caso del SPA, sino también de todos los conflictos. En ese sentido los aborígenes disponen de su propio Derecho Mayor que nace, crece y se reproduce en sus territorios y lo aplican las autoridades indígenas, como los sabedores, palabreros, ancianos, etc.; derecho que es el referente principal para adecuar las decisiones de los jueces y producir normas positivas por quienes tienen la competencia.

Por omisión legislativa, desafortunadamente, los aborígenes no disponen de suficientes leyes, si acaso de precarias leyes cuestionadas, resaltando por supuesto la fluida y prominente jurisprudencia nacional, sin embargo con el aporte importante del derecho jurisprudencial, se debe dar paso al nuevo Derecho Mayor Constitucional,

que es el que aplica el juez cuando de manera excepcional conoce un asunto de este carácter, dando paso a nuevas expresiones interculturales como consecuencia inevitable de la interacción de culturas, que en la práctica se manifiestan a través de un nuevo derecho sincrético.

El objetivo de la investigación, es descubrir el procedimiento para determinar el tipo de confrontación, y para el caso específico de las infracciones del Derecho Penal o de violación al precepto o reglas del Derecho Mayor, es importante y definitivo encontrar el procedimiento a aplicar en el SPA. Ppara este propósito las autoridades aborígenes deben aprovisionarse, tomar las pautas que correspondan y emprender el camino para llegar al fin y evitar desde el comienzo la confrontación con quien le corresponde la jurisdicción y la discusión entre derechos sustantivos de sistemas diferentes; este es un compromiso y obligación de las escuelas de derecho propio y los centros de investigación de antropología normativa o jurídica; sin embargo en aplicación a los principios fundacionales del deber de protección y reconocimiento constitucional, el juez o magistrado que excepcionalmente conoce asuntos de este carácter, debe aplicar las reglas de la Ley 906 de 2004 y que el legislador no previó de manera específica para solucionar la competencia jurisdiccional.

En la práctica, el análisis e interpretación, en cualquiera de los tres referentes: propio, del conflicto y ordinario, obliga estudiar no solo la Jurisdicción "Especial" indígena, sino temas importantes como el derecho penal indígena, el sistema penal acusatorio, con su doctrina constitucional, en concordancia con el bloque y los precedentes a partir de la misma Constitución Nacional, la ley, y los fallos que han realizado las comunidades indígenas cuando profundizan la sabiduría ancestral, sobre la represión o castigo de conductas desviadas, establecidas en sistemas normativos aprobados por la comunidad indígena.

Se advierte en la Ley 906 de 2004 la omisión legislativa, porque no se determinó qué tipo de procedimiento se aplica en el conflicto jurisdiccional de competencias, yerro que no debe solucionarse de manera complementaria o residual, no solamente desde las audiencias preliminares cuando el juez de control de garantía conoce de este tipo de conductas, sino también después, cuando a luces del art. 339 establece:

"...ordenará el traslado del escrito de acusación; ... a la Fiscalía, el Ministerio Público y la

defensa para que expresen... incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades,... requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato”...” inciso tercero. “También podrán recurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte su validez” (Ley 906 de 2004, art. 339) (Negrillas fuera de texto),

cuando en audiencia de formulación de acusación se concede el uso de la palabra a los sujetos procesales e intervinientes para advertir observaciones, de entre ellos lo relacionado con la competencia jurisdiccional.

El trámite para la solución del conflicto jurisdiccional de competencia es de carácter supra legal, comporta necesariamente aplicar un procedimiento sui generis, no corresponde al tratamiento complementario, residual o subsidiario como regularmente lo vienen aplicando los jueces de la república cuando excepcionalmente tienen que solucionar asuntos de este carácter. La regla general y por principio constitucional, tanto los derechos y el procedimiento aplicable para dirimir el conflicto puede provocarse en cualquier etapa del proceso, y como no existe norma específica, que regule este tipo de asuntos se propone un procedimiento especial, que debe reglarse a través del Congreso de la República, en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa, sin embargo la ausencia de esta reglamentación legal no impide que el conflicto se solucione en las audiencias preliminares por el juez de control de garantías, con la presencia y actuación de todos los sujetos procesales e intervinientes, incluidas las autoridades del cabildo, de conformidad con su procedimiento propio en un encuentro dialógico de autoridades para determinar en primer lugar a qué jurisdicción corresponde la que debe llevar insita la naturaleza del problema, dependiendo de las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

### 1.3. APROXIMACIÓN A LAS REGLAS EN LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

En consonancia con la doctrina y la jurisprudencia constitucional los “microsistemas” no son rígidos, difieren para todos los pueblos, contienen diferentes reglas para la resolución del conflicto, no son definitivas y menos pueden establecerse criterios absolutos, son dialécticos y dependen de la fuente primigenia del

Derecho Mayor de los usos y costumbres; sin embargo para destrabar el referente del conflicto se esbozan reglas desde el referente ordinario cuando aprehenden el conocimiento el fiscal y el juez constitucional. En este sentido se disiente de la propuesta de las investigadoras Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo Sierra (2001), cuando para resolver el conflicto se acude a un tercero, conforme a la propia organización de los pueblos y solamente en ausencia de esta organización, de manera excepcional, conocería el Consejo Superior de la Judicatura.

Para este proceso se parte de los fundamentos del Derecho Mayor que practican y aplican las autoridades indígenas, sistema normativo que se nutre de sus categorías axiológicas que se conoce por los estudios de antropología, arqueología y sociología, etc.; entonces para conocer del conflicto, el juez debe por lo menos entender la cosmovisión del mundo aborigen, fuente principal de donde nace el derecho propio, como la trascendentalidad, la unidad, el equilibrio y la armonía que hacen parte de principios, valores, proceso con el que los sujetos cognoscentes deben familiarizarse por las fuertes tensiones jurisdiccionales.

Filosóficamente, el conflicto es de carácter principal, específicamente entre derechos que de acuerdo con la Constitución por el deber de protección y reconocimiento son iguales, pero que nacen de culturas diferentes, para el análisis e interpretación de la aplicación funcional, las autoridades indígenas en el proceso de solución de confrontación de derechos, no solamente han de anquilosarse en la función de integración de principios y tomarlos como criterios auxiliares de administración de justicia indígena, como lo hace la jurisdicción ordinaria, sino que los pueblos originarios a través de sus autoridades propias deben avanzar en las funciones de interpretación y creación principal de sus sistemas normativos (Benavides, 2008).

Este estudio, desde el referente ordinario es la provisión del juez constitucional, conforme a los postulados del Estado Social y democrático de Derecho para aplicarlos a nuevas y diferentes formas de conflictos y obliga romper con las tradicionales decisiones jurisprudenciales del Tribunal de cierre constitucional, que como obra del ser humano no tiene carácter absoluto, por la débil condición humana del origen del derecho jurisprudencial, el mismo que se somete al ineludible riesgo del cambio dialéctico en el devenir del tiempo y el espacio en el fin teleológico de justicia,

que debe ser la esencia de la permanente comunicación dialógica de bases principales del sistemas normativos de los pueblos y el sistema nacional.

#### 1.4. EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS Y DE CONOCIMIENTO EN EL CONFLICTO

La regla para la solución del conflicto de competencias jurisdiccionales debe propiciarse desde las audiencias preliminares ante el juez de control de garantías, preferiblemente antes de la legalización de la captura en flagrancia (Ley 906 de 2004, art. 301) o en audiencias posteriores como parte fundamental del programa metodológico. En ambos casos el juez dispone de la facultad constitucional para propiciar, trabar y resolver el conflicto entre autoridades jurisdiccionales, acorde con los principios y valores constitucionales para ceder la asunción del conocimiento a la jurisdicción indígena, cuando del análisis supralegal se derive ausencia de una cualquiera de las facultades o poderes que determina y gobierna a la jurisdicción ordinaria, evento en el cual las autoridades indígenas disponen de la prerrogativa constitucional pero con precisas limitaciones.

La jurisdicción ordinaria tiene facultad, de acuerdo con la cláusula general de competencia, para el trámite y culminación de las investigaciones a través de la fiscalía mediante programas metodológicos, las audiencias de garantías en capturas en flagrancia y demás facultades como imperativo legal y constitucional; esta investigación para el caso de cederse la competencia jurisdiccional por orden del juez constitucional a la jurisdicción indígena, deberá ordenarse a la fiscalía que remita copias de las actividades de investigación a la autoridad indígena para el juzgamiento en su propia jurisdicción.

***La regla general es que los asuntos de carácter aborígen son de conocimiento y competencia jurisdiccional de sus autoridades y se debe preferir esta, cuando se encuentren debidamente organizadas, en cumplimiento de la ley y demás reglamentos expedidos por el Ministerio del Interior para el ejercicio del Derecho Mayor en la jurisdicción de su territorio; deben cumplir condiciones mínimas, como garantizar los derechos fundamentales del infractor, de la víctima y solamente de manera excepcional el conocimiento lo asume la jurisdicción ordinaria.***

Un requisito fundamental para ceder la facultad de competencia jurisdiccional a la comunidad indígena, es que esta tenga sus propias autoridades y posea las condiciones mínimas para impartir el verdadero sentido de la justicia, y cuando al juez constitucional le corresponda resolver el conflicto, debe acudir a los criterios de ponderación, proporcionalidad, acorde con los valores y principios de su Derecho Mayor y su cosmovisión (Buss, 1998, p.519).

***Por principio del deber de protección y reconocimiento constitucional a las comunidades aborígenes, deben notificarlas y no al contrario como sucede ahora, que estas deben acudir ante las autoridades ordinarias, la obligación surge de la facultad de coerción para que asistan las autoridades indígenas y participen en el desarrollo de las audiencias preliminares o de acusación. El juez de garantías o de conocimiento debe hacer el reconocimiento y respetar el procedimiento de los sistemas normativos, así fuese "precario" porque el mismo nace de su propia cosmovisión y es congruente con los usos y costumbres de su Derecho Mayor, y para esos fines, el juez debe precaver que se observen mínimas garantías, teniendo en cuenta las bases de los principios fundantes sobre las cuales se edifica la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los pueblos aborígenes.***

Con el tema no se pretende cuestionar los fundamentos de la cosmovisión que entrañan el deber ser de las autoridades indígenas, limitadas por el artículo 246 constitucional, en permanente controversia principal y en el evento de resolverse en favor de la jurisdicción indígena, esta debe permitir el control estatal, de lo contrario cómo se garantizaría el procedimiento y las penas, si estuviesen expuestos a la contingencia del desarrollo del procedimiento propio y que puede resultar más grave que la misma, pudiéndose contener los extremos de la gravedad con penas crueles, inhumanas o degradantes o ser también inocuas que no correspondan al deber ser de los postulados ínsitos en los convenios y tratados internacionales.

***Al respecto, el constituyente debió complementar el artículo referido a la jurisdicción indígena, en el sentido de establecer la función de control natural que deben tener las autoridades indígenas, o reglamentarlas a través de la ley de coordinación de jurisdicciones o el mismo gobierno a través***

**de decreto; sin embargo esto no impide que esta función la pueda cumplir el garante del ordenamiento jurídico, defensor de la sociedad y los derechos humanos, atribuida constitucional y legalmente al Ministerio Público o la misma Defensoría del Pueblo, en coordinación con la autoridad aborígena.** Éste ejercicio de control es obligatorio por virtud del principio dogmático del deber de protección y reconocimiento del Estado, control que debe realizarse sobre lo fundamental, teniendo en cuenta las bases de los principios de los sistemas normativos, así mismo que no debe contradecir las categorías fundantes de la Constitución, de los tratados internacionales y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

Para la aplicación de un determinado sistema normativo se ha establecido por la Constitución Nacional la jurisdicción "Especial", la misma que debe observar condiciones mínimas establecidas por el derecho ordinario interno, los tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos y con razón ahora por la delicada situación del país, gravemente azotado por la violencia en diferentes órdenes, **en donde prevalecen los derechos de las víctimas, sobre la base de la justicia, la reparación y el perdón ante la comunidad, conforme a los usos y costumbres, para no quebrantar las mínimas exigencias de las categorías superiores de la convivencia del hombre.** No es entonces el eficientismo de la justicia que se pretenda esgrimir para demeritar la competencia jurisdiccional en favor de los pueblos indígenas, sino la observancia de condiciones mínimas.

En el nuevo Derecho Penal indígena se tiene en cuenta la constitucionalidad de la jurisdicción "Especial" indígena, donde obliga al juez constitucional controlador de las garantías constitucionales y legales no atarse de manera absoluta a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, para resolver un problema de conflicto de jurisdicciones: en la práctica debe acudir a la fuente material del nuevo derecho de los sistemas normativos aborígenes y el análisis e interpretación del precedente constitucional como fuentes principales y obligatorias para la resolución del conflicto, en donde la Corte Constitucional como tribunal de cierre es la última en resolver de manera definitiva la resolución de conflicto, amén también de que es muy importantes para el operador acudir a las fuentes formales, como el derecho jurisprudencial de las otras Cortes y Tribunales del país.

Así mismo, desde el punto de vista constitucional, para la construcción de derechos propios **se advierte un nuevo paradigma, que constituye la base de estudio del Derecho Mayor en el caso de la costumbre, porque esta constituye fuente supletoria para la justicia ordinaria y para el derecho indígena la misma es fuente principal y primigenia de los derechos y procedimientos y difiere al derecho consuetudinario de origen occidental (Sánchez y Jaramillo, 2007, p. 43).**

Esta interpretación constitucional del Derecho Penal indígena responde a la ponderación principal (Jestaedt *et al.*, 2008 compilado por Montealegre, 2006) de sistemas normativos, tiene en cuenta principios y valores de la Constitución, contexto en el cual los derechos fundamentales no son de carácter absoluto y para ejercer el deber ser de la justicia penal debe estar acorde con los bienes protegidos por la norma como fiel expresión de las categorías axiológicas de la humanidad, mismas que difieren en los pueblos en grado de valoración y están sujetas a sus tradiciones.

Para el caso concreto del Derecho Penal indígena pretender unificar la misma jurisprudencia para todos los pueblos indígenas es una equivocación; el derecho jurisprudencial no debe aplicarse por los jueces por igual a todos los pueblos, por la diversidad que entraña la multiplicidad de culturas, que se aprecian cuando en los territorios administran su propia justicia de manera diferente, no es lo mismo, por ejemplo, la justicia de los Wayuu donde la palabra es el instrumento que va y viene en el conflicto guerrero, que la de los Pastos donde es la comunidad la que resuelve el conflicto a través de su autoridad.

Estos son algunos referentes de estudio que debe tener el juez constitucional cuando conozca asuntos de este carácter y crear derecho propio para separarse del criterio jurisprudencial, sobre todo cuando se advierten fallos jurisprudenciales contradictorios y se afronta la disyuntiva de tomar una determinada decisión, momento en el cual debe fundamentar razonadamente la decisión acudiendo a estudios de arqueología, de antropología, de sociología, etc., como ciencias auxiliares para administrar justicia y evitar el camino oscuro de la indecisión o el simple concepto antropológico que no es suficiente en asuntos de connotación y controversia.



## 1.5. LA NUEVA AUDIENCIA ESPECIAL, EL CONFLICTO Y LA JUSTICIA ROGADA

La función del juez de control de garantías (Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. art. 39)<sup>2</sup> cuando aplica el procedimiento para resolver el conflicto, es el verdadero intérprete de supra-valores constitucionales, garantiza la vigencia de los principios y derechos fundamentales, sin embargo en el ejercicio de esta función legal tiene limitaciones, como en estos casos donde la justicia rogada del fiscal debe ceder ante situaciones de carácter constitucional; por eso surge la necesidad imperiosa de pronunciarse oficiosamente en materia de conculcación de derechos del procesado, la víctima y de manera específica en la controversia de la resolución del conflicto jurisdiccional.

***Esta tesis abierta, garantista, dialéctica y democrática de la función constitucional del juez de control de garantías o de conocimiento, es contraria a la que limita y anquilosa la justicia, cuando únicamente debe pronunciarse el juez cuando la fiscalía hace una determinada solicitud -justicia rogada-. Esta manera de analizar el conflicto es el nuevo paradigma constitucional que rompe el cerco para construir el camino de la nueva interpretación constitucional, cuando se advierten elementos diferentes que correspondan a la autonomía de otra jurisdicción; controversia incluso que pueden proponer las mismas autoridades indígenas de cada pueblo, cuando afrontan problemas constitucionales.***

***La propuesta de esta nueva Audiencia Especial preliminar, rogada por cualquiera de los sujetos procesales e intervinientes, o advertida por el juez constitucional, tiene la connotación de ser una audiencia que trasciende el estatuto normativo procedimental, es de carácter supra legal, consecuencia de la interpretación de disposiciones constitucionales, diligencia que deberá abordarse incluso antes de la audiencia de legalización de la captura (Ley 906 de 2004, art. 306) ya que de continuar el trámite sin previa realización, es posible que en su desarrollo se conculquen derechos fundamentales cuando se espera a que el alto tribunal dirima el conflicto.***

En este evento, el juez de control de garantías o de conocimiento, como verdadero intérprete constitucional,

le corresponde sopesar conductas que dejan huellas imborrables y afectan hondamente la vida de la comunidad. Al respecto Valencia Restrepo se refiere a los principios generales del derecho (Valencia, 2008, pp 544 y 545) que le imponen al operador judicial el deber de proteger a la parte sensible y vulnerada, sobre todo para la verdad, la justicia y reparación de los derechos de la víctima, de tal manera que cuando se advierte este tipo de conflictos y no existe procedimiento que evite conculcación de valores, principios y derechos fundamentales el operador jurisdiccional debe dar trámite a la Audiencia Especial para ser consecuente con la fiel interpretación de las partes y el cumplimiento de los fines constitucionales; es el espacio preciso para la creación del derecho, eso sí, atemperándose a lo previsto en la misma Constitución para tramitar y resolver el conflicto de jurisdicciones, trascendiendo de un simple controlador de garantías a un verdadero definidor de las garantías constitucionales, incluso provocando la competencia oficiosa por tratarse de derechos supra-legales.

Conforme a lo anterior, el juez impávido y circunscrito al límite de la justicia rogada, se ubica en contravía de los desafíos del nuevo Derecho Constitucional, amén que la Fiscalía General en el trámite de la diligencias preliminares, específicamente en la audiencia preliminar de formulación de imputación, al referirse a lo fáctico y jurídico, resulta cuestionable que conociendo aspectos importantes de otra jurisdicción -indígena- guarde silencio. Esta postura propicia el desequilibrio y la incoherencia en la interpretación fáctica y jurídica, necesariamente provoca la intervención no solo de la defensa, sino de otros sujetos intervinientes y del mismo juez, ***que según el caso, debe trascender los límites de la simple justicia rogada, para convertirse en un definidor incluso oficioso de las garantías supra-legales; se colige entonces que no todas las actuaciones del juez de control de garantías son rogadas, hay actuaciones que constituyen deberes, especialmente cuando tiene que definir la garantía de la competencia jurisdiccional, o cuando se ven amenazados o menoscabados los derechos de los niños.***

Dado la relativa valoración de derechos según el contexto de los territorios de los pueblos indígenas, son las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las condiciones que determinan la diferencia y en ese contexto de variedad de producción normativa, cada sistema debe ofrecer mínimas garantías, con plena observancia de principios y valores constitucionales como límite

indesbordable al cual se encuentran sometidos, por lo tanto es preciso para la dialéctica confrontación del conflicto ofrecer parámetros mínimos de interpretación y actuación jurisdiccional, para los sujetos procesales e intervinientes y poder instaurar recursos judiciales.

Las difíciles circunstancias de Colombia, asolada por todas las causas de violación de los Derechos Humanos, exigen como nunca la especial protección del Estado y de manera específica el concurso de la rama judicial, diseñando el camino para allanar las omisiones legislativas que se advierten en el SPA, propiciando el espacio del encuentro de jurisdicciones para solucionar entre otros problemas, el del conflicto de competencias jurisdiccionales para atender los fines constitucionales de los grupos étnicos sensiblemente vulnerados en sus sagrados derechos.

Previo a sintetizar las reglas mínimas de procedimiento es necesario para el trámite como base para resolver el conflicto, tener en cuenta los derechos o normatividades recientes, como el Código de la Infancia y la Adolescencia, la Ley sobre Justicia, Paz y Reparación de los derechos de las víctimas, el Código Penal y de Procedimiento, con todo el avance jurisprudencial, insumos necesarios del derecho ordinario y por el otro lado, los avances que los pueblos han tenido en el Derecho Mayor y que por la novedad, aún no han sido tratados en el SPA, como por ejemplo cuando el sujeto activo y la víctima pertenezcan de manera indistinta a una misma o diferente comunidad indígena y los hechos sucedieron en el mismo o diferente territorio indígena, combinaciones de la cual surgen formas de conflictos de jurisdicción en la que por principio debe preferirse a las autoridades y/o comunidades que gozan de reconocimiento y autonomía.

## 1.6. MARCO JURÍDICO Y NORMATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La jurisdicción indígena establece como prerrogativa excepcional de los pueblos que dispongan para el ejercicio de la competencia jurisdiccional de autoridades indígenas, para el juzgamiento conforme a sus usos y costumbres, según su propio derecho sancionador; limitados por la Constitución y las leyes, de donde se infiere que la autonomía jurisdiccional indígena se legitima cuando la misma no desestabilice la unidad nacional. Este reconocimiento constitucional

e internacional permite que sus integrantes gocen de fuero (Sentencia T-811, 2004)<sup>3</sup> y según la sentencia T-667 de 1998 esa garantía tiene limitaciones, de donde se colige que el reconocimiento depende exclusivamente de las circunstancias de modo, tiempo y lugar donde se sucedieron los hechos; así mismo el conflicto de competencia jurisdiccional puede suscitarse en cualquier momento procesal y aun después de la sentencia, acudiendo al mecanismo de la Acción Pública de Tutela, entonces deben precisarse algunas reglas de intervención en el desarrollo de las audiencias del SPA, no solo para evitar el despilfarro de energías procesales en la defensa del orden jurídico, sino también la plena observancia en la aplicación del debido proceso constitucional.

## 2. Requisitos de la resolución del conflicto

Los requisitos son las condiciones necesarias y fundamentales que deben observar los jueces para resolver la controversia entre jurisdicciones, parte de las diferentes concepciones que se tengan del fuero personal, territorial o geográfico y objetivo a tener en cuenta, no solamente en el ejercicio práctico del procedimiento a través de la audiencia especial en el SPA antes de que el juez conozca del asunto, sino también que son condiciones necesarias para el análisis, interpretación y producción del nuevo Derecho Penal para la solución de todos los asuntos de carácter aborígen.

*La regla general en la resolución del conflicto es la preferencia de la jurisdicción indígena, ante la disyuntiva de esta con la ordinaria, como producto de la diversidad étnica y la riqueza cultural (Constitución Nacional 1991, art. 8)<sup>4</sup> y cuando excepcionalmente corresponda conocer el asunto a la jurisdicción ordinaria, esta debe tener en cuenta las diferentes acepciones del fuero indígena que sirven de fundamento para producir el nuevo derecho, para este fin se debe revisar la casuística en las eventualidades del fuero.*

### 2.1. FUERO PERSONAL

Es el requisito principal y necesario de pertenecer a una comunidad aborígen y del respeto por la particular condición de comprender el mundo a partir de su

propia cosmovisión y que el Estado debe protección y reconocimiento constitucional como valor axiológico fundante que emana de la concepción dogmática constitucional. La condición aborígen es el punto de partida para desatar el conflicto, corresponde al estudio extrajurídico que debe realizar el juez natural de la jurisdicción ordinaria para entender y conocer a profundidad si el integrante aún conserva su identidad con los demás miembros de la comunidad, o el asunto es complejo y el sujeto de la infracción tiene alto grado de sincretismo y el operador judicial se encuentra ante la disyuntiva de asumir o ceder la competencia jurisdiccional.

Las condiciones de identidad se derivan de su lengua, tradición y por el mayor o menor grado de aislamiento con la sociedad dominante, circunstancias que se deben analizar en cada caso en concreto, según el pueblo aborígen sobre la cual se hace el estudio de la condición de aforado. Otro de los aspectos a tener en cuenta es el sujeto, "objeto" de conocimiento de identificación y reconocimiento de identidad y su pertenencia, se presenta en casos cuando los miembros de la comunidad comparten poco o nada los usos y costumbres de la comunidad, pero no deja de ser indígena, como el integrante que alcanzó niveles superiores de estudio en la universidad, no habla su lengua y abandonó las características propias de la identidad. Aunque cada caso debe resolverse en particular, es requisito de identificación de autonomía la lengua y su tradición de resguardo que caracteriza a la etnia, conforme a los usos y costumbres, además de conservar su cosmovisión. ***Se colige entonces que la regla general constitucional y requisito en el trámite para la resolución del conflicto de la competencia jurisdiccional indígena es la identidad como etnia.***

En el trámite del conflicto es también requisito, identificar el grado de autonomía, especialmente cuando el infractor utiliza su propia lengua, los usos y costumbres en el resguardo; preferencia que se determina, porque no de otra manera podrá convivir con sus congéneres, si no conoce o habla su propia lengua como medio o instrumento de comunicación. Otras situaciones críticas se presentan cuando siendo indígenas conocen y viven bajo otros patrones de comportamiento, conviven con otra cultura y sobre todo cuando renuncian a su propia jurisdicción o la misma autoridad indígena como sanción determina externalizar la infracción. Tanto la jurisprudencia nacional como los tratados

internacionales han establecido condiciones mínimas en donde las autoridades indígenas no pueden asumir la competencia jurisdiccional, así el infractor pertenezca a dicha comunidad, conserve los usos y costumbres, hable su propia lengua, conviva con los miembros de la comunidad y conserve su identidad como pueblo originario:

- En los delitos graves en contra de los niños y los adolescentes sobre delitos de acceso carnal violento con personas puestas en incapacidad de resistir, o en contra de un menor, cuando las sanciones de represión son intrascendentes o no se castigan y desconozcan el contenido mínimo axiológico reconocido universalmente para todos los seres humanos, así se trate de hechos que sucedieron en su territorio, entre indígenas y la autoridad aborígen pretenda la asunción de conocimiento por simple conveniencia.
- Cuando los castigos en los sistemas normativos sobrepasan el límite impuesto, especialmente en las penas con tratos crueles, inhumanos y degradantes (Corte Interamericana de Derecho Humanos Sentencia de la serie C 123 del 11 de marzo del 2005, párr. 61) como la tortura en la que se pretende anular la personalidad de la vida, disminuyendo su capacidad física o mental, causando dolor físico o angustia síquica. En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Convención Americana de Derechos Humanos CADH. art. 2)

Así mismo el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, establece la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes según el artículo 7 y en una gran cantidad de providencias el Comité ha llegado a las mismas conclusiones, también se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, *Caso Caesar vs Trinidad*, sentencia del 11 de marzo de 2005, serie C No. 123, párr. 63, en la que el Comité está convencido que el castigo corporal constituye un trato cruel, inhumano y degradante que contraviene el art. 7 de la Convención.

Preocupa también que después de haber recorrido un largo trámite procesal, se solicite la prerrogativa constitucional de jurisdicción aborígen, cuando en la sede del juez de control de garantías se han suscitado las audiencias preliminares de haberse asignado al defensor de familia del ICBF para que represente a la víctima para los menores y cuando el juez de conocimiento convocó a audiencia para la lectura del fallo, las autoridades indígenas reclamen la competencia jurisdiccional, si bien las autoridades aborígenes pueden solicitar en cualquier momento procesal la competencia jurisdiccional, queda por supuesto, la sin razón de no haber solucionado de manera temprana y se sospeche que en el conflicto influyeron cuestionables factores externos. Se presentan también casos en los que después del análisis de los medios probatorios, se infiera razonablemente que el infractor no conserve su identidad, conforme a los usos y costumbres, y dice pertenecer a una determinada comunidad indígena.

- ***En otro caso de tensión jurisdiccional derivada del fuero personal, se presenta el que el victimario tiene la condición indígena, y su defensor reclama sea juzgado por las autoridades indígenas, pero la víctima indígena prefiere la jurisdicción ordinaria, conflictos que se solucionarían prematuramente en la Audiencia Especial, como nuevo requisito de procedibilidad no previsto en la Ley 906 de 2004 para la asunción de la competencia jurisdiccional, por ahora según la jurisprudencia ha de acudirse a la ponderación de derechos.***

En ocasiones, las autoridades y las comunidades indígenas prefieren externalizar el conflicto, para que lo conozca la jurisdicción ordinaria y evitar el derramamiento de sangre entre familias, como en los delitos graves, el narcotráfico, las violaciones graves a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cuando se externaliza como forma de represión, bien porque las comunidades no lo han establecido como “delito” o porque la conducta desviada se considera muy grave, como el caso de aquellos que surgen como actores del conflicto

armado interno se debe preferir sin consideración la jurisdiccional ordinaria.

Para efectos de punibilidad en el sistema nacional, debe tenerse en cuenta el sistema normativo aborígen y condensarlo de tal manera que responda a la integración de principios, valores y en los casos de privación de la libertad debe preferirse sitios especiales, según el régimen carcelario. Para el efecto el Estado debe acondicionar sitios para la reclusión y resocialización conforme los usos y costumbres, en consonancia con lo preceptuado en el Código Penitenciario y Carcelario, art. 29 (1993), preferiblemente en cárceles ubicadas en los resguardos, previo convenio con las autoridades indígenas.

***Preocupa en algunos casos y de manera excepcional que las autoridades indígenas se abroguen facultades preferenciales de conveniencia en la asunción del conflicto de competencia jurisdiccional, en contravía de la identidad étnica, con el grave riesgo de la impunidad de delitos graves y la reparación de las víctimas, estos temas son también condiciones para la asunción de la competencia jurisdiccional en el desarrollo del debate cuando se suscita el conflicto en la audiencia Especial.***

***Cuando los indígenas gozan de la doble condición e interactúan bajo la conveniencia, para buscar en la autoridad la reclamación de la competencia jurisdiccional y han perdido su condición e identidad de aborígen, amén de que no hablan su propia lengua y no convivan con sus usos y costumbres, prevalecerá la jurisdicción ordinaria. Sin embargo las reglas o posturas conceptuales deben abordar en cada caso, pero ante la situación de conflicto armado interno, los fines superiores del Estado prevalecen cuando se ponga en riesgo la unidad nacional.***

## 2.2. FUERO TERRITORIAL O GEOGRÁFICO

El fuero territorial parte de concepciones contrapuestas; por una parte el territorio más allá de la designación como límite impuesto por el derecho ordinario dominante y que constituye elemento fundamental de identidad, es para el indígena la razón de ser, la pacha mama, la madre tierra, el mundo natural sin el cual no concibe su existencia, tienen como fundamento las antiquísimas

tradiciones orales, los rituales, es la escritura construida por los tiempos, de acuerdo con los usos y costumbres del Derecho Mayor; por otra parte es la delimitación territorial que establece la Constitución Nacional de 1991, arts. 286 y 329 y ordena el levantamiento topográfico de la ETI (Entidades Territoriales Indígenas), como una necesidad de carácter administrativa, que ha obligado a las comunidades a adecuarse según las tradiciones de los usos y costumbres y ha servido, aunque precariamente, a la recuperación de su propia cultura, disposición orgánica constitucional que se deriva del ejercicio del deber de protección y reconocimiento del Estado, de las cuales se han expedido leyes que siempre favorecen a los terratenientes, convirtiéndose en una de las causas del conflicto interno y preocupación de los diferentes gobiernos, siendo en la actualidad un problema de preocupación nacional.

Para el caso específico, del procedimiento especial para resolver el conflicto de jurisdicciones, se parte de la concepción de territorio desde el derecho ordinario y la jurisprudencia del Tribunal de Cierre constitucional, preferiblemente de aquellas épocas de brillo de la primera etapa de funcionamiento, en la que estableció que los territorios de los pueblos son inalienables, inembargables e imprescriptibles (Constitución Nacional de 1991, art. 63). Desde el derecho positivo, el Ministerio del Interior y de Justicia ha previsto la delimitación de los territorios indígenas, como condición no solo para desatar el conflicto, sino para el desarrollo de las actividades de cada pueblo ancestral.

El concepto de propiedad en los pueblos aborígenes, desde la concepción del derecho ordinario y específicamente desde el derecho jurisprudencial, se considera de carácter colectivo, la jurisprudencia constitucional establece que la propiedad indígena es, "El derecho Fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de la diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de la comunidades indígenas." (Corte Constitucional, sentencia T-188 de 1993. M. P. Dr. Eduardo Martínez Cifuentes Muñoz). Así mismo, para las comunidades, la ley establece el Cabildo y el Resguardo como derecho constitucionalizado; al respecto la jurisprudencia estableció tres tipos de resguardo: "Según la Constitución Política los territorios indígenas son, en orden ascendente, de tres clases: resguardo ordinarios o simplemente resguardo (art. 329), resguardo con rango de municipio para efectos fiscales (art. 357) y

las entidades territoriales indígenas (art. 287)" (Corte Constitucional, sentencia T- 257 de 1.993. M.P. Alejandro Martínez Caballero). Finalmente el territorio indígena también lo define la ley para efectos mineros (Concepto de territorio indígena, Decreto 2001 de 1988, art. 2. Concepto de territorio indígena Minero, Decreto 2655 de 1988. el art. 124), es entonces a través del territorio, mediante el cual, tanto autoridades aborígenes como comunidad, están en lucha permanente para conseguir autonomía y que de acuerdo con la jurisprudencia, en consonancia con los artículos 1 y 286 constitucional establece:

Las entidades territoriales indígenas, como toda entidad territorial, gozan de plena autonomía para la administración de sus asuntos. Aquí incluso la autonomía es mayor, pues a las consideraciones generales sobre autogobierno del artículo 287 de la Carta se añaden las prerrogativas específicas en materia de costumbres de gobierno, lengua, justicia y elección, consagradas en los artículos 330, 10, 246 y 171, respectivamente. (Corte Constitucional, sentencia T-257 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Estos insumos son necesarios para abordar el caso específico del conflicto de competencia jurisdiccional, acudiendo al fuero territorial como institución importante sobre la cual se ha desplegado abundante jurisprudencia constitucional que ha permitido analizar gran cantidad de conflictos sobre asuntos cuando dentro de un mismo territorio conviven indígenas con la sociedad dominante; para estos casos críticos, la jurisprudencia es punto de apoyo para el juez; así mismo podrá, si lo considera, remitir por competencia a las autoridades indígenas teniendo en cuenta que:

- Frente a posturas negativas de jurisdicción indígena prevalece la regla de la cláusula general de competencia del territorio donde sucedieron los hechos, previo agotamiento del debate entre autoridades jurisdiccionales, empezando por el problema de la identidad aborígen, sujeto cognoscente a quien se atribuye la conducta desviada por haber infringido la norma.
- Como sanción a la conducta desviada, muchas de las autoridades indígenas prefieren externalizar el conflicto, bien por conveniencia o porque se

generó un verdadero conflicto entre autoridades de diferente territorio indígena y una de ellas no lo solicita, o porque el defensor reclama que el infractor sea juzgado por estas.

Si del análisis de los medios probatorios, se deduce razonadamente que el asunto es de conocimiento de la jurisdicción indígena, cuando los sujetos procesales e intervinientes y el mismo operador judicial de oficio considera se remita desde el comienzo para que el conflicto lo resuelva el Consejo Superior de la Judicatura.

Estos y otros muchos problemas que surgen del fuero territorial, refuerzan la importancia y el deber ser del requisito, no solo para dar aplicación al procedimiento y la celebración de la Audiencia Especial en el SPA, sino también como condición necesaria y suficiente para que el juez o magistrado la tenga en cuenta para solucionar problemas a través del nuevo Derecho Mayor Constitucional.

### 2.3. FUERO OBJETIVO

Las características especiales de este fuero se aprecian en la Sentencia T-811/2004 cuando hace referencia a la calidad del sujeto o del objeto, sobre el cual recae la infracción al deber, por lo tanto su juez natural son las autoridades indígenas en las jurisdicciones aborígenes.

Uno de tantos problemas para la aplicación de este fuero, es precisamente la imposibilidad de ejercer la autoridad en estas comunidades, por la difícil reconstrucción de sus tradiciones, distintivas de su identidad en la conservación de su autonomía, así mismo por los valores superiores positivizados como principio de solidaridad jurisdiccional, elemento fundante del Estado Social y Democrático de Derecho, en donde la jurisdicción indígena debe ceder a la ordinaria por la prevalencia del interés de la unidad nacional.

### 2.4. DE LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Para la solución de estos casos, algunos jueces, si acaso, aplican la jurisprudencia teniendo en cuenta la línea y el precedente constitucional del Derecho Indígena y lo hacen sin ninguna otra observación a lo previsto por las Altas Cortes, así existan territorios indígenas con diferentes sistemas normativos, pero constituye

práctica judicial que en las decisiones no se aplica otro criterio distinto al previsto en la jurisprudencia y si bien se interpreta el sistema normativo fundamental conforme a la tradicional interpretación, únicamente se tiene en cuenta los principios como criterios auxiliares para integrar el derecho, conociendo que estos y los valores son el fundamento del deber ser del derecho jurisprudencial, por eso en este proceso son importantes no solo las decisiones de fondo del Derecho Indígena, sino también los salvamentos en situaciones de penumbra constitucional para el desarrollo del nuevo Derecho Penal Indígena, acudiendo al sistema de fuentes, especialmente la aplicación trifuncional principal, no como criterios auxiliares en la administración de justicia sino fuente principal del derecho.

*Según lo anterior, de conformidad con la heterogeneidad de cabildos y resguardos en los territorios aborígenes, para la construcción hacia un nuevo Derecho Penal Indígena, no es posible aplicar la misma jurisprudencia para todos, esta situación obedece a que el ejercicio de la autoridad indígena en sus jurisdicciones "especiales", tiene contextos sui generis, en el sentido de que son diferentes y por ende la aplicación no es homogénea para todo el territorio nacional.*

La razón fundamental de la inaplicabilidad jurisprudencial para todos los pueblos originarios obedece a que la reconstrucción del Derecho Mayor se edifica sobre la base de los usos y costumbres que se enriquecen a través de la diferencia, con sistemas provistos de principios y valores que difieren en grado de valoración, lo que conduce inevitablemente a la variada jurisprudencia.

Frente al avance ineludible de jurisdicciones "Especiales" y el debilitamiento de otras, a la par con la realidad diferente y tenebrosa en todo el territorio nacional, comporta necesariamente examinar cuál debe ser el esquema de análisis según las decisiones de los altos tribunales, especialmente para el caso hipotético por ejemplo de futuras generaciones que logren el avance de sus jurisdicciones en la forma de administrar justicia; será entonces cuando el pluralismo jurídico haya alcanzado su plenitud máxima, en la que obliga a examinar ya no la jurisprudencia para un Estado unificado y centralizado, sino como un Estado unificado y federal, pero puede ser lo contrario, que es lo que se vislumbra con la descomposición social y la debilidad del Estado.

### 3. Procedimiento para el trámite del conflicto de competencia jurisdiccional

Por tratarse de prerrogativa excepcional de carácter constitucional, el conflicto puede desatarse en cualquier momento de la actuación procesal del SPA, incluso después de la sentencia, sin embargo a través del procedimiento no previsto en la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia, sugerimos debe propiciarse una Audiencia Especial para evitar el despilfarro inútil de energías procesales, amén que excepcionales jueces constitucionales deberían hacerlo, pero por el apego al derecho positivo y el temor al prevaricato la generalidad no lo hace. En la propuesta debe tenerse en cuenta:

- Que en principio, y por regla general, la solución del conflicto se desate en cualquier momento procesal, pero tanto las autoridades indígenas que alegan competencia jurisdiccional, igual que el juez constitucional deben propiciar esta Audiencia Especial para desatar el conflicto, desde el preludio de la investigación, especialmente con las Audiencias Preliminares, posterior a legalizar la captura, formulación de imputación o medida de aseguramiento.

En cumplimiento de los principios rectores, las garantías procesales, de la ley Penal colombiana, y los preceptos constitucionales, los sujetos procesales e intervinientes deben comportarse con lealtad y buena fe, con observancia de los deberes de las partes, según el artículo 140 del C. de P.P. Esta advertencia es necesaria, ya que cuando el infractor de la norma penal pertenezca a un cabildo, y la conducta se ejecute en territorio indígena, debe desatarse el conflicto y el defensor debe advertirlo desde el comienzo de la investigación, para que el juez constitucional resuelva el conflicto suscitado.

Con mayor razón cuando se haya suscitado conflicto positivo de competencia jurisdiccional debe realizarse la Audiencia Especial, evento en el cual se notificará a las autoridades indígenas para dirimir la controversia. Frente a la convocatoria de las autoridades indígenas, puede suceder:

- Que las autoridades indígenas, debidamente notificadas, guarden absoluto silencio, esta actitud

debe resolverse en favor de la justicia ordinaria, porque si pudiendo solicitar la competencia en su debida oportunidad no lo hizo, equivale a reconocer la justicia ordinaria.

- Que se notifique e informe al juez constitucional que en el momento no está interesado en que se resuelva el conflicto, que lo hará posteriormente. Derecho que tiene, mientras el legislador o la jurisprudencia nacional establezcan en qué momento debe descartarse el conflicto de jurisdicciones, y
- Que las autoridades de cabildo se notifiquen y acudan a la Audiencia Especial, y en ese momento se traba el conflicto de competencia jurisdiccional. Aquí pueden suceder múltiples alternativas que son materia de la resolución del asunto en su propia jurisdicción.

La primera es la voluntad de las autoridades indígenas que desean externalizar el conflicto, propuesta que será sustentada, de manera fáctica, conforme a los usos y costumbres, porque en su "derecho penal" indígena, no tiene establecido dentro de sus reglamentos, como conducta desviada el comportamiento del infractor.

En desarrollo de la Audiencia Especial, las autoridades indígenas solicitan asumir la competencia jurisdiccional; frente a esa situación, el juez constitucional puede aceptar los planteamientos de las autoridades indígenas y conocerían del mismo, previa sustentación de acuerdo con los usos y costumbres.

Pero el juez constitucional puede adoptar la postura de no aceptar los planteamientos de las autoridades indígenas, las que serán objeto de los recursos; de no reponerse la actuación, se concederá el recurso de apelación si se solicita.

La legitimación es causa para instaurar el recurso de apelación ante el Consejo de la Judicatura en sala de jurisdicción disciplinaria para desatar el conflicto, por regla constitucional lo tienen las autoridades de cabildo, o por medio del abogado de la defensa, el defensor de las víctimas o el Ministerio Público.

***En la dinámica de la Audiencia Especial de resolución de conflicto jurisdiccional, el juez constitucional concederá el uso de la palabra a las autoridades indígenas y se escuchará de conformidad a los usos y costumbres de su propio Derecho Mayor;***

posteriormente al abogado de la defensa, al Fiscal, al representante de la víctima y finalmente al Ministerio Público. A manera de síntesis, podemos concluir que estos son algunos de los requisitos y condiciones para la celebración de la Audiencia Especial en el SPA, previo a conocer el asunto por cualquiera de las jurisdicciones en conflicto.

1. Por tratarse de prerrogativa constitucional, no existe momento único, momento procesal, para resolver el conflicto de competencias jurisdiccionales. Puede provocarse la colisión en cualquier momento, sin embargo para evitar el despilfarro inútil de energías procesales, y con el fin de proteger y reconocer a las minorías étnicas, debe resolverse desde el preludio de la investigación a través de la propuesta de la Audiencia Especial; solamente por una sola vez, podrá solicitarse la prerrogativa constitucional de la asunción jurisdiccional provocada por el infractor o su defensor, la víctima, sus representantes o por las autoridades indígenas.
2. En este único caso, por tratarse de solución de conflicto de carácter constitucional, cuando el juez considere que con los elementos probatorios suministrados por quienes intervienen no son suficientes para desatar el conflicto, podrá decretar pruebas de oficio como la solicitud de dictámenes de los galenos de la ciencia, como médicos, sicólogos, antropólogos, etc.
3. En esta audiencia, el juez deberá propiciar una dinámica de intervención en la que el Ministerio Público sustentará su postura conceptual previa a la decisión del juez constitucional; contra esta decisión procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación ante el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria-.
4. En tratándose de víctimas de niñas y adolescentes deberá constituirse en Agencia Especial, por parte de Ministerio Público y sea cualquiera la resolución del conflicto de competencia jurisdiccional, en el evento que se remita a las autoridades indígenas deben permitir la vigilancia del Ministerio Público, para la plena observancia de las garantías constitucionales.
5. De ser necesario esta audiencia podrá ser aplazada cuando se requieran los dictámenes de especialistas como sicólogos, filólogos o antropólogos y sobre todo cuando el infractor de los deberes es un adolescente.

6. Sin perjuicio de la cláusula general de competencia jurisdiccional ordinaria, mientras se desata el conflicto ante el Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria, al proceso deberá dársele el trámite normal.

## 4. Conclusiones

Como prerequisite al tema de investigación de la Jurisdicción "Especial" indígena en Colombia, es condición necesaria la integración, análisis, interpretación y ponderación de derechos (Bernal, 2008, pp 93 -94) de la base principal dogmática constitucional del Derecho aborígen, frente a las normas orgánicas, de la que se advierte la inconstitucionalidad parcial de normas constitucionales reguladoras de este derecho, debido a la inapropiada utilización de expresiones: ***Especial, podrá y en contra de la ley por el constituyente primario, así mismo se analiza la casiística desde el marco teórico del derecho aborígen establecido por la jurisprudencia nacional.***

***El tema de investigación surge como consecuencia del conflicto de competencias jurisdiccionales cuando se disputa el conocimiento por las autoridades nacionales e indígenas por la comisión de conductas desviadas o "criminales" en asuntos de carácter indígena; para estos asuntos el SPA no tiene previsto un debido procedimiento previo a la solución del conflicto.***

***Frente a esta situación presentamos la propuesta de la Audiencia Especial que debería contener la Ley 906 de 2004, de cómo ha de regularse el debido procedimiento común para dos sistemas: normativo y jurídico, de culturas diferentes e iguales, para trabar y solucionar el conflicto de competencia jurisdiccional, que debe ser incluido en la Ley de Coordinación de Jurisdicciones o en una reforma al Código de Procedimiento Penal, si antes el vacío no lo llena la jurisprudencia del Tribunal de cierre Constitucional; teniendo en cuenta que para el trámite, lo que parece difícil por debatirse -por las condiciones de la realidad nacional- debe traducirse en una sesión llana y "simple" de resolución alternativa de conflictos, como deben ser todas las cosas complejas de la vida. ≡***



## NOTAS

1. SPA. Sistema Penal Acusatorio.
2. Función del Juez de Control de garantías (subrogado art. 3, ley 1142 del 2007).
3. Fuero indígena.
4. "Protección de las riquezas culturales y naturales de la nación". (negrillas fuera de texto).

## BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución Política de Colombia, Jorge Ortega Torres (comp.), Santafé de Bogotá, Editorial Temis, vigésima edición, 1991, p. 105
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
3. Colombia. Ley 906 de 2004, del Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004.
4. Colombia. Ley 1142 de 2007. Diario Oficial 46673 de junio 28 de 2007
5. ALPALA, Miguel Ángel. El Derecho Mayor en el Pueblo Indígena de los Pastos. Ipiales: Cedigraf Editores, 2.008.
6. BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los Derechos. Quinta reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2.008. p.93 -94.
7. BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. Introducción al nuevo Derecho Mayor Constitucional. En : Criterio Libre Jurídico. Vol. 6 No 2, (jul. -dic. 2009); p. 69-91. ISSN 1794-7200.
8. BENAVIDES ASCUNTAR Jorge Enrique. La Principialística Constitucional en el Derecho Penal Indígena. En: Revista Garantes No 3, de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público. (2008).
9. BUSS MITCHELL, Helen. Raíces de la Sabiduría. México: International Thomson Editores. S.A, 1998.
10. FERRATER MORA, J. Diccionario de Filosofía. Nueva Edición actualizada por la Cátedra de Ferrater Mora bajo la dirección de Josep- María Terricabras. Barcelona: Ediciones Ariel S.A. Tomo II Nueva Edición revisada aumentada y actualizada, 2.001.
11. HABERMAS, Jurgen. Teoría de la acción comunicativa. En : FERRATER MORA, J. Diccionario de Filosofía. Nueva edición actualizada. Barcelona: Ediciones Ariel, 2001.
12. LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Principios Fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá : Ediciones Jurídicas RADAR, 1.994.
13. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano, de la Carta del 91 y sus reformas. Segunda edición. Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez. 2.008 .
14. JESTAEDT Matthias. La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades. En : MONTEALEGRE, Eduardo. La Ponderación en el Derecho. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 75-113 ISBN: 978-958-710-304-5
15. PALACIOS NEIRA, Adalgiza. La Jurisdicción Indígena como Derecho Cultural de los Pueblos Originarios de Colombia. Límites en Materia Penal Punitivo. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.
16. ROLDAN ORTEGA, Roque y GÓMEZ VARGAS John Harold. Fuero Indígena en Colombia. Tercera edición,. Santa fe de Bogotá: República de Colombia Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994.
17. SÁNCHEZ BOTERO, Esther. Derechos Propios. Segunda edición. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP) de la Procuraduría General de la Nación, 2007.
18. SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Bogotá : Instituto de Estudios de Ministerio Público (IEMP) de la Procuraduría General de la Nación, 2001.
19. VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. Tercera edición. Bogotá : Editorial Temis, 2005.