

	GESTIÓN DE SERVICIOS ACADÉMICOS Y BIBLIOTECARIOS	CÓDIGO	FO-GS-15
		VERSIÓN	02
	ESQUEMA HOJA DE RESUMEN	FECHA	03/04/2017
		PÁGINA	1 de 1
ELABORÓ	REVISÓ	APROBÓ	
Jefe División de Biblioteca	Equipo Operativo de Calidad	Líder de Calidad	

RESUMEN TRABAJO DE

GRADO

AUTOR(ES): NOMBRES Y APELLIDOS COMPLETOS

NOMBRE(S): CHRISTIAN JULIAN APELLIDOS: CUELLAR BELTRAN.

FACULTAD: EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS: DERECHO

DIRECTOR:

NOMBRE(S): OSCAR GERARDO APELLIDOS: PEÑUELA LOZANO.

TÍTULO DEL TRABAJO (TESIS): EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO COMO MEDIO DE DEFENSA PARA MIEMBROS DE COMUNIDADES INDÍGENAS EN COLOMBIA. CASO: ELISAFAN DORA CEBRA. MOTILÓN BARÍ DE NORTE DE SANTANDER.

La investigación se enfocó en el estudio del peritaje antropológico como medio de defensa, especialmente en los casos donde se involucra un miembro o comunidades indígenas en Colombia, en el que se buscó evaluar el impacto que genera o podría generar el uso de esta herramienta en los estrados judiciales; específicamente en aquellos de la ciudad del municipio de Cúcuta. es por ello que en la investigación se destinó una metodología interpretativa con enfoque cualitativo; del cual se obtuvo gracias a la colaboración de algunos jueces penales municipales de esta misma ciudad, quienes que, con base a su experiencia, los antecedentes y jurisprudencia existente para el estudio del peritaje; aportaron sus respuestas donde junto al análisis del caso real de un indígena perteneciente al resguardo indígena motilón-barí se respondieron cada uno de los objetivos planteados.

PALABRAS CLAVES: INDÍGENA,

PERITAJE ANTROPOLÓGICO,

JUSTICIA, MEDIO DE DEFENSA Y

COSMOVISIÓN.

CARACTERÍSTICAS:

PAGINAS:161 PLANOS:

___ILUSTRACIONES: ___ CD

ROOM: ___

EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO COMO MEDIO DE DEFENSA PARA MIEMBROS DE
COMUNIDADES INDIGENAS EN COLOMBIA.

CASO: ELISAFAN DORA CEBRA, MOTILÓN BARÍ DE NORTE DE SANTANDER

CHRISTIAN JULIAN CUELLAR BELTRAN

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES
PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO
SAN JOSÉ DE CÚCUTA

2022

EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO COMO MEDIO DE DEFENSA PARA
MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS EN COLOMBIA.

CASO: ELISAFAN DORA CEBRA, MOTILÓN BARÍ DE NORTE DE SANTANDER

CHRISTIAN JULIAN CUELLAR BELTRAN

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR EL
TITULO DE ABOGADO

DIRECTOR

OSCAR GERARDO PEÑUELA LOZANO

PROFESOR

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES
PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO
SAN JOSÉ DE CÚCUTA

2022

**ACTA DE SUSTENTACIÓN
Trabajo de Grado**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE GRADO
PROGRAMA ACADÉMICO DERECHO**

FECHA: 30/06/2022
HORA: 15:00 horas
LUGAR: Sala de Audiencias Fu-106

TÍTULO DEL TRABAJO DE GRADO: "EL PERITAJE ANTROPOLOGICO COMO MEDIO DE DEFENSA PARA MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS EN COLOMBIA. CASO: ELISAFAN DORA CEBRA, MOTILÓN BARÍ DE NORTE DE SANTANDER"

Modalidad de investigación: área Procesal Público
Fecha de presentación: Acta no. 02 del 23 de abril/20
Fecha de Aprobado en el acta no. 04 del 10 de agosto de 2020

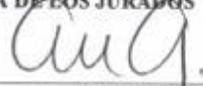
Jurado1: VIVIANA ANDREA GALVIS VELANDIA
Jurado2: LIANY YETZIRA HERNANDEZ GRANADOS
Jurado3: MERLY NATALIA PEÑARANDA CANTILLO

Director del proyecto: OSCAR GERARDO PEÑUELA LOZANO

NOMBRE DEL ESTUDIANTE	CODIGO	NOTA	CALIFICACION EN LETRA
CHRISTIAN JULIAN CUELLAR BELTRAN C 1090496988	1350344	4.2	CUATRO PUNTO DOS

APROBADO

FIRMA DE LOS JURADOS



JURADO1



JURADO2

Merly Peñaranda C.

JURADO3


EDUARDO GABRIEL OSORIO SANCHEZ
Coordinador Comité Curricular

Merly.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	14
1. Problema	16
1.1 Título	16
1.2 Planteamiento del problema	17
1.3 Formulación del problema	20
1.4 Justificación	21
1.5 Objetivos	23
1.5.1 Objetivo general	23
1.5.2 Objetivos específicos	23
2. Marco referencial	24
2.1 Antecedentes	24
2.2 Marco contextual	30
2.3 Marco Teórico	31
2.4 Marco conceptual	35
2.4.1 Peritaje	35
2.4.2 Antropología	36
2.4.3 Derecho a la defensa	36
2.4.4 Indígenas	37
2.4.5 Proceso penal	38

	6
2.4.6 Enfoque diferencial	38
2.4.7 Derechos humanos	39
2.4.8 Acceso a la justicia	40
2.4.9 Igualdad	40
2.4.10 Asistencia	40
2.5 Marco legal	41
2.5.1 Marco jurisprudencial	43
3. Marco metodológico	45
3.1 Tipo de investigación	45
3.2 Instrumento de recolección de información	46
3.3 Enfoque de la investigación	46
3.4 Diseño de la investigación	46
3.5 Sujetos claves	47
3.6 Análisis de contenido	47
4. Resultados	49
4.1 Análisis de la herramienta de recolección de información: Encuesta	49
4.1.1 Unidades de análisis y categorías	57
Experiencia Juez de la República.	57
Capacitación.	57
Desarrollo de casos.	57
Conocimiento del peritaje antropológico.	57

	7
Flexibilidad	57
Barreras.	57
Función del peritaje antropológico.	57
Juicio justo.	58
Dialogo intercultural.	58
Perito antropólogo.	58
Factores humanos.	58
Labor mancomunada	58
4.2 El sujeto indígena	61
4.2.1 Incapaz e inimputable	61
4.2.2 Conflicto armado y criminalización de sus principios y derechos universales	62
4.2.3 El fuero de los pueblos indígenas y su Gobierno propio	64
4.2.4 Contenido de la Ley de gobierno propio	65
4.2.5 Manifestaciones jurisprudenciales	66
4.2.6 Elementos de reconocimiento	67
4.2.7 El fuero indígena	69
4.3 Del peritaje antropológico en Colombia: una realidad social	72
4.3.1 Origen del peritaje antropológico.	72
4.3.2 De sus roles frente a la justicia ordinaria	73
4.4 Del perito antropológico	74
4.5 Del juez de la República	76
4.6 El peritaje como medio de defensa	79

	8
4.6.1 Fuera del ámbito territorial	80
4.6.2 Dentro del ámbito territorial	85
4.6.3 La prueba judicial antropológica	88
4.6.4 Intromisión vs. Discreción	91
4.6.5 Teorías reduccionistas y no reduccionistas	93
4.7 Afectaciones que causa la cárcel	97
4.7.1 Del sujeto juzgado y privado de su libertad	97
4.7.2 Relaciones especiales de sujeción	103
4.7.3 Respuestas de un interno y un líder indígena	106
4.8 Análisis del Caso Elisafan Dora Cebra, indígena Motilón Barí	109
4.8.1 De los hechos jurídicamente relevantes	109
4.8.2 De las actuaciones procesales	111
4.8.3 De la sentencia impugnada	112
4.8.4 Del recurso de apelación	113
4.8.5 De la respuesta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta	114
4.8.6 De la interpretación crítica	115
5. Conclusiones	120
6. Recomendaciones	124
Referencias bibliográficas	126
Anexos	133

Lista de tablas

Tabla 1. Experiencia cuantificada en años	50
Tabla 2. Frecuencia de capacitación	50
Tabla 3. Desarrollo de casos indígenas	51
Tabla 4. Tipo de indagación	51
Tabla 5. Conocimiento del peritaje antropológico	52
Tabla 6. Término asociado	52
Tabla 7. Flexibilidad a la herramienta antropológica	53
Tabla 8. Aplicación supletoria de los usos y costumbres indígenas	53
Tabla 9. Profesional para realizar labores mancomunadas	54
Tabla 10. Necesidad de mayor pedagogía sobre temas de J.E.I.	54
Tabla 11. Tipo de juicio a desarrollar	55
Tabla 12. Factores de cada despacho o dependencia	55
Tabla 13. Existencia de barreras o dificultades	56

Lista de anexos

Anexo 1. Formato de encuesta	133
Anexo 2. Gráfica de aceptación para el tratamiento de los resultados fin académico	135
Anexo 3. Gráfica de respuesta a pregunta	136
Anexo 4. Gráfica de respuesta a pregunta	136
Anexo 5. Gráfica de respuesta a pregunta	137
Anexo 6. Gráfica de respuesta a pregunta	137
Anexo 7. Gráfica de respuesta a pregunta	138
Anexo 8. Gráfica de respuesta a pregunta	138
Anexo 9. Gráfica de respuesta a pregunta	139
Anexo 10. Gráfica de respuesta a pregunta	139
Anexo 11. Gráfica de respuesta a pregunta	140
Anexo 12. Gráfica de respuesta a pregunta	140
Anexo 13. Gráfica de respuesta a pregunta	141
Anexo 14. Gráfica de respuesta a pregunta	141
Anexo 15. Gráfica de respuesta a pregunta	142
Anexo 16. Gráfica de respuesta a pregunta	142
Anexo 17. Caso real de peritaje antropológico	143
Anexo 18. Estudio antropológico sobre la devolución de curul indígena	157

Resumen

El presente proyecto de investigación se enfocó en el estudio del peritaje antropológico como medio de defensa, especialmente en los casos donde se involucra un miembro o comunidades indígenas en Colombia, en el que se buscó evaluar el impacto que genera o podría generar el uso de esta herramienta en los estrados judiciales; específicamente en aquellos de la ciudad del municipio de Cúcuta. Es por ello que en la investigación se destinó una metodología interpretativa con enfoque cualitativo; del cual se obtuvo gracias a la colaboración de algunos Jueces Penales Municipales de esta misma ciudad, quienes que, con base a su experiencia, los antecedentes y jurisprudencia existente para el estudio del peritaje; aportaron sus respuestas donde junto al análisis del caso real de un indígena perteneciente al resguardo indígena Motilón-Barí se respondieron cada uno de los objetivos planteados.

Palabras clave: Indígena, peritaje antropológico, justicia, medio de defensa y cosmovisión.

Abstract

This research project focused on the study of anthropological expertise as a means of defense, especially in cases involving a member or indigenous communities in Colombia, in which we sought to evaluate the impact that generates or could generate the use of this tool in the judicial courts; specifically in those of the city of the municipality of Cúcuta. For this reason, the research used an interpretative methodology with a qualitative approach, which was obtained thanks to the collaboration of some Municipal Criminal Judges of this same city, who, based on

their experience, background and existing jurisprudence for the study of the expertise, provided their answers where, together with the analysis of the real case of an indigenous person belonging to the Motilón-Barí indigenous reservation, each of the objectives were answered.

Key words: Indigenous, anthropological expertise, justice, means of defense and cosmovision.

DEDICATORIA

*“A la memoria de mi abuelo,
quien me enseñó a nunca rendirme”.*

Introducción

El desconocimiento y la falta de aplicación que se deriva en las situaciones donde hay que resolver o descifrar las actuaciones penales donde se involucra un miembro de una comunidad indígena, ha sido todo un desafío en el campo de la búsqueda de unos juicios justos que vayan acorde a los diferentes tratados internacionales y normatividad vigente ratificada por Colombia. Es por eso que, es menester la aplicación del peritaje con sentido antropológico que se convierte por hoy una herramienta de gran espectro interpretativo que le ayuda al juez de la república abordar mejor el caso y evitar el desgaste de todo el aparato judicial reconociendo los principios y derechos constitucionales del que gozan los ciudadanos amparados por el fuero especial indígena.

Sin embargo, aun así, contando con diferentes pronunciamientos de altas cortes y la experiencia que se revela en el desempeño real de cada juzgado en particular, todavía se puede evidenciar que los sujetos indígenas han sido expuestos a diferentes tratos dominantes por los valores hegemónicos de quien tiene una posición juzgadora dentro del sistema judicial, lo que los convierte en una población a la que se le recrimina y se le somete sin sentido aparente. Teniendo como punto de partida esta hipótesis, nos planteamos el siguiente interrogante: ¿Cómo funciona el peritaje antropológico como medio de defensa para miembros de comunidades indígenas en nuestro país?

La presente investigación tuvo como objetivo general explicar el peritaje antropológico y la función que desarrolla al ejercerlo como medio de defensa en los casos donde se encuentra implicado un miembro que pertenece a una comunidad indígena de Colombia.

Los resultados mostrados en este documento fueron obtenidos al aplicar un formato de encuesta a cinco Jueces Penales Municipales de Cúcuta y a partir de una exploración bibliográfica de diferentes obras, lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y pronunciamientos de organizaciones nacionales como también internacionales que velan por el trato apropiado y proporcionado para hombres y mujeres indígenas.

De igual forma, en el transcurso de esta investigación se realizó una descripción del origen del peritaje antropológico, sus primeros usos, precedentes y como este se ha configurado en el sistema judicial afectando de diferentes maneras a sus actores.

Adicionalmente, se analizó el caso del señor Elisafan Dora Cebra, indígena perteneciente al resguardo “Batroctora” de la comunidad Motilón Barí, quien fue procesado por la justicia ordinaria por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos en calidad de cómplice, hechos ocurridos en el municipio de Convención de Norte de Santander realizando un cotejo breve y preciso organizado así, en la sección I, se describieron los hechos jurídicamente relevantes del caso. En la sección II, se presentaron las actuaciones procesales. En la sección III y IV, se analiza la impugnación de la sentencia y el recurso de apelación. De forma continua, en la sección V, se evidencia la discusión y decisión por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta. Y en la sección VI, se muestran las conclusiones y la interpretación crítica del caso en mención.

1. Problema

1.1 Título

EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO COMO MEDIO DE DEFENSA PARA
MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS EN COLOMBIA. CASO: ELISAFAN
DORA CEBRA, MOTILÓN BARÍ DE NORTE DE SANTANDER

1.2 Planteamiento del problema

Las comunidades Indígenas en nuestro territorio Nacional nos hacen recordar la diversidad étnica y multicultural de la que gozamos, pero a su vez también nos obliga a estar atentos en el respeto y la conversión de un derecho dinámico que se acomoda a medida que van surgiendo nuevos casos y se van creando precedentes que ayudan a fundamentar un catálogo de derechos que reconoce en diferentes medidas y proporciones la identidad, las costumbres de enjuiciamiento, la libertad de pensamiento, culto y practicas ancestrales.

Según la última encuesta del DANE realizada en 2018 y publicada en septiembre de 2019, las comunidades indígenas colombianas suman 1.905.617; traducido en una apuesta por un “Estado Social de Derecho” que dote de garantías automáticas al sistema judicial y, en este sentido, se rija por garantías a los tribunales amparados por nuestro ordenamiento jurídico. así como también por la jurisdicción especial indígena.

Por lo tanto, de acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que define el trato de los miembros de esta comunidad en los procesos judiciales, es necesario crear alternativas para tender puentes para la intervención de la justicia común frente a las acciones de los indígenas. En especial aquellos que violan las leyes de la ley occidental, el juez en su deber encomendado debe entonces brindar un análisis minucioso que lleve al análisis profundo de las circunstancias particulares de los indígenas, observando en principio dos características: I) Su nivel de conciencia etnocentrista y II) el grado de a la que se inciden los valores hegemónicos occidentales para tratar de establecer el tipo de juicio que se hará con sus parámetros culturales utilizando la pericia. Es por ello que el trabajo con la antropología comienza con la conversación para ampliar la realidad cultural.

Esta conversación que mantiene el juez con el sujeto indígena en el que la Corte Constitucional a través de su sentencia SU-510 del año 1.998 y la C-370 del año 2002 la denominaron como “Dialogo Intercultural” su propósito es entender en principio el nivel o grado de afectación de los problemas que contaminan la realidad del sujeto que va a ser juzgado.

Autores importantes señalan una serie de cuestiones como I) Expropiación de tierras tradicionalmente habitadas por comunidades. II) La criminalización de su resistencia. III) El asesinato y desaparición de sus líderes. IV) El sometimiento al hambre y la reducción de estas culturas. V) Expansión de latifundios y jefes del narcotráfico. VI) Explotación minera y petrolera. VII) Deterioro de sus ecosistemas por la explotación ilegal de los bosques, flora, fauna y recursos minerales. VIII) Deterioro de las condiciones para la satisfacción de sus necesidades alimentarias y de vivienda. IX) Megaproyectos que comprometen tierras habitadas. X) Desplazamiento que es forzado a causa del conflicto armado interno. XI) Los actos de humillación y discriminación del Estado. (Calvache, 2011)

Todos estos resumiéndose a un aniquilamiento cultural, político y social que sin duda alguna se debe seguir trabajando para fortalecer las políticas existentes y resarcir los daños que dejan estas problemáticas. El derecho en la actualidad se ha ido construyendo gracias a la aplicación de nuevos conocimientos que se convierten en un complemento para dar un mayor rango de comprensión en casos concretos; el peritaje antropológico brinda entonces la posibilidad de enfrentar en un sentido mucho más inteligente dos estudios: el del juez de la Republica y el del perito antropológico, que para llegar a una deducción es necesaria la intervención de ambas ciencias que profundicen y estudien la conducta del hombre y además expliquen la comisión de sus actos.

“El desafío desde la antropología reside en el análisis de esta implicación dinámica del simbolismo, o de la costumbre, en las relaciones de cambio de poder intergrupales. Es así como las comunidades indígenas se enfrentan a través de los acusados a la sociedad blanca representada en el cuerpo jurídico que los juzga. Esta sociedad, cuya razón de ser es la maximización de su poder a través de mecanismos como la búsqueda y la toma de decisiones que conduzcan a contemplar los resultados en similares términos, se niega a una abierta relación transaccional en la búsqueda de la verdad”. (Sánchez, 2010, p. 83)

Esa misma búsqueda de la verdad es la que centra el uso del peritaje como medio de defensa, no se trata de otorgar favorecimientos sino de otorgar elementos probatorios que sean relevantes y fundamentados en un estudio serio para una mejor interpretación de conflictos interculturales, tal como lo explica la Sentencia SU- 510 de 1998 expuesta por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz; en el que añade el equilibrio de la balanza cuando se entrometen derechos como el de la “Diversidad Étnica y Cultural” y algún otro principio, valor o derecho constitucional; fomentando y ejecutoriando una interlocución directa o indirecta entre el o los afectados.

1.3 Formulación del problema

¿Cuál es la función del peritaje antropológico al desarrollarlo como medio de defensa en los casos donde se encuentra implicado un miembro de una comunidad indígena en Colombia?

Sub preguntas

- a) ¿De qué manera influye que el peritaje antropológico sea utilizado como una herramienta en el transcurso de un proceso penal?
- b) ¿Cómo se aplica el enfoque diferencial étnico en Colombia y su realidad al día de hoy?
- c) ¿Qué dificultades hay en la justicia ordinaria cuando se hace presente un caso donde se involucra un miembro de una comunidad indígena?

1.4 Justificación

Desde una óptica más empática para con los pueblos indígenas, es importante reconocer que el conflicto armado interno en Colombia deja unas secuelas que se ven reflejadas en diferentes síntomas que enferman la sociedad como lo es el desplazamiento forzado, reclutamiento forzado, la muerte de dirigentes, ejecuciones extra judiciales, tortura, invasión de territorios, violencia sexual, enfrentamientos y dominación entre distintos bandos, etc. Es por ello, que este grupo poblacional es el más afectado pues un gran porcentaje se encuentran en territorios que sirven como pasadizos de los grupos armados ilegales lo que los convierten según la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) en el universo de las víctimas; los que en mayor situación de riesgo se encuentran.

Es inadmisibles que un país como el nuestro que cuenta con una pluriétnica en cada territorio y una manifestación tan extensa de Normas, Leyes, Decretos y Resoluciones que honran, protegen y visibilizan los sujetos indígenas; se les sume por mera negligencia y suspicacia la no ejecución de protocolos, accionar jurídico y/o medidas que aseguren sus derechos fundamentales por parte de los funcionarios judiciales que desconocen o tal vez que conociendo las herramientas que se encuentran a sus alcances, se cohiben.

Por ello es que a partir de estos valores produzco la realización de esta investigación cobrando un sentido importante y tomando como eje principal el reconocimiento a la integralidad que poseen los miembros que también son ciudadanos de las comunidades indígenas, integralidad que se reconoce gracias al apoyo de otras materias como lo es la antropología que junto a los saberes jurídicos conforman una herramienta muy poco conocida denominada “Peritaje Antropológico” que consta de tres etapas metodológicas: I) Un estudio previo que contextualiza de manera detallada la situación inicial o punto de partida el cual

presenta el indígena o la comunidad en particular, es decir; escudriñar el problema que los invade, las situaciones que conllevaron a su afectación y el bien jurídicamente afectado. II) La solución de los interrogantes que surgen al momento de sumergirse a la cultura en específico ¿Quiénes son? ¿Qué institución los rige? ¿Existe castigo interno para el agresor? ¿Existe compensación para el agredido? ¿Cuáles son sus creencias? ¿Cuáles son sus límites? ¿Que motiva sus acciones? Etc. III) El balance de los resultados obtenidos con el fin de administrar justicia en su etapa definitiva, es decir; eliminar cualquier intención de duda al momento de enfrentar los saberes antropológicos con los jurídicos y así lograr un correcto ejercicio en esta práctica que enaltece la esencia del verdadero derecho.

De manera que, los resultados obtenidos sean una manifestación de la existencia que viven los sujetos de los pueblos indígenas y la operabilidad de los funcionarios públicos que tienen como principal reto el entendimiento de una concepción que le es diferente a la tradicional del mundo occidental y la observación sobre aquello que hace, piensa y creen estas personas para que así se pueda descubrir la cultura desde adentro, sus valores y características que acerquen a una verdad más consciente y dejando a un lado la subjetividad.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo general

Explicar el peritaje antropológico y la función que desarrolla al ejercerlo como medio de defensa en los casos donde se encuentra implicado un miembro que pertenece a una comunidad indígena de Colombia.

1.5.2 Objetivos específicos

1. Describir el Peritaje Antropológico y la manera en cómo se desarrolla para el Juez y los sujetos procesales en los casos donde se involucra un miembro de una comunidad indígena.
2. Identificar el enfoque diferencial étnico en el peritaje antropológico para la defensa de los miembros de comunidades indígenas.
3. Analizar el caso del miembro indígena del resguardo Motilón Barí Elisafan Dora Cebra referente al uso del peritaje antropológico en el desarrollo de su proceso.

2. Marco referencial

2.1 Antecedentes

El Peritaje Antropológico ha sido de gran alcance a medida en que van pasando los años, diferentes autores y organizaciones de carácter Nacional e Internacional se refieren a esta actividad directa e indirectamente como un mecanismo que apoya y fortalece el ámbito investigativo en que los distintos encargados de la administración de justicia pueden motivar sus decisiones judiciales con base en el respeto a la distintividad, tomado como pilar fundamental el enfoque diferencial étnico desde el primer contacto que se tiene con la persona en condición de vulnerabilidad o indiciado en hechos en donde su culpabilidad entra a ser debatida entre la justicia ordinaria o especial indígena.

Es por eso que a continuación se trae a colación los trabajos más destacados que se encaminan a este universo de paradigmas y realidades, con el fin de extraer de ellos antecedentes teóricos que servirán para sustentar y fundamentar el tema que es objeto de estudio:

En primer lugar se tiene que, en junio de 2012 fue presentado el “Manual para los procesos de abordaje integral de los operadores de justicia para grupos vulnerables, Mujeres, Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, Discapacitados, Niños, Niñas y Adolescentes y LGBTI” contando con la participación de diferentes autores, publicado por la Corporación Para el Fortalecimiento de la Justicia y el Desarrollo Integral Comunitario y auspiciado por el programa de Acceso a la Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

El presente estudio tiene como objetivo brindar una asesoría práctica, concisa y sustentable sobre el cumplimiento de las obligaciones de atención, apoyo y tratamiento de las diversas poblaciones vulnerables, regidas por los principios de igualdad, no discriminación y acceso a la justicia.

En él se desarrollan dos importantes protocolos segmentados de la siguiente manera: I) Mujeres, Discapacitados, Niños, Niñas y Adolescentes y población LGBTI. II) Grupos étnicos, miembros de los pueblos indígenas, comunidades negras extendiéndose a gitanos y raizales. En esta última se tomaron en cuenta para su realización diferentes normas de carácter Nacional e Internacional como la Constitución Nacional de 1991, Las 100 Reglas de Brasilia, El Manual para la defensa y representación legal de los miembros de las comunidades o pueblos indígenas y el Protocolo de atención de casa de justicia regional del Sur del Tolima.

Los resultados que arrojó la investigación sobre el tema en interés concluyen que el derecho al acceso a la justicia no solo se compone de la presentación de la víctima en estado de vulnerabilidad sino que es un trabajo mancomunado de todas las entidades de protección que abarca el territorio Nacional como lo son los Juzgados de Garantías, Civiles, Municipales y/o Promiscuos, Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación, Comisarias de Familia, Instituto General de Medicina Legal y la Policía Nacional. Además, añaden la importancia que tiene el proceso de indagación en cada caso particular, esto quiere decir que los procesos investigativos deben manejarse con total mesura para no incrementar el grado de afectación de las víctimas y no inducir en el error en los procesos de judicialización a miembros de comunidades indígenas reconociendo su dignidad, costumbre y tradiciones culturales con el apoyo de otros profesionales expertos.

En segundo lugar, el libro denominado “El Peritaje Antropológico, Justicia en clave cultural” presentado en el año 2010 por la autora Esther Sánchez Botero por encargo del Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Alemania, auspiciado por el programa ProFis encargado en dar apoyo al proceso de paz en Colombia en el contexto de la Ley de Justicia y paz.

Este trabajo se ha desarrollado desde la perspectiva personal de la autora, desde sus experiencias de vida en el campo de la antropología y para criticar diversas decisiones judiciales que vulneran los derechos básicos de los miembros de la comunidad indígena. Además, presenta una serie de lineamientos epistemológicos que sirven como cauce interpretativo para evaluar su integridad, es decir; intenta abordar en profundidad y detalle el tratamiento diferencial de las comunidades indígenas en la aplicación de la justicia en países multiculturales y multiétnicos.

El resultado que arrojó la investigación de la antropóloga fue la importancia que tiene el peritaje antropológico aplicado en las ciencias jurídicas, pues considera que es una ayuda e instrumento que aporta significativamente a la valoración del daño y sujetos colectivos de derecho como lo son los pueblos indígenas y las poblaciones Afrodescendientes. Dentro de su metodología, dedicó gran parte en el análisis de sentencias de Tutela, Constitucionales y de Unificación, haciendo una dura crítica al accionar judicial en cuanto a las sentencias proferidas contra pueblos indígenas desconociendo principios como el de la diversidad étnica, el atropello a derechos como el de la auto disposición y la intromisión de los pensamientos absurdos de los propios funcionarios judiciales que al momento del primer contacto con el indígena afectado o con el victimario; categorizan de forma discriminada bajo unos criterios de una cultura ajena que no se adapta al contexto de las situaciones.

Sánchez concluye en su trabajo, que, a pesar de décadas de querer promover cambios en las distintas decisiones de magistrados y jueces constitucionales, el tema de definir la "pureza"

de un nativo para deslindarse o no de responsabilidad sigue siendo motivo de debates. Todavía se busca medir la cantidad de cultura propia que ha traído consigo o la cantidad de cultura exógena que ha combinado para hacerlo digno o no de ciertas decisiones.

En tercer lugar, se presenta el criterio jurídico del Dr. Juan Carlos Quintero Calvache denominado en su obra “El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica” publicado el 25 de abril del 2011.

Esta obra se desarrolla desde un enfoque constitucionalista, tomando como pilar la Constitución Nacional, El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) y Pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias de Tutela. Calvache, trata de dejar al descubierto la “crisis del sistema judicial” que según él no permite el desarrollo de una política de reconocimiento seria para los miembros de las comunidades indígenas, puesto que si bien es cierto el Convenio 169 define el trato para los miembros de las comunidades indígenas y tribales en procedimientos judiciales, la Constitución Nacional en sus artículos 10°, 63°, 70°, 171°, 176°, 246°, 286°, 287°; reconocen a las comunidades indígenas como sujetos de derechos y los pronunciamientos de la Corte Constitucional que confirman los alcances de las jurisdicción propia que posee este grupo poblacional y la adaptación de un “diálogo intercultural” en el desarrollo de los procesos judiciales, todo lo anterior no es aplicado pues los operadores judiciales tratan al indígena como sujeto “inimputable” por el simple hecho de poseer una cosmovisión diversa.

El autor concluye que las políticas relacionadas con las comunidades indígenas deben ser reexaminadas sobre la base de las normas, leyes y tratados internacionales ratificados por Colombia. Además, la supervisión y control por parte de los Jueces que éstos ejercían se

consideró incumplida con anterioridad a la omisión (prevaricato) por el simple hecho de desconocer los procedimientos y no implementar la logística respectiva. En otras palabras, no se pierde en absoluto la condición étnica, ni la categoría del individuo, por lo que el operador de la ley no tiene derecho a omitir o sustituir las cualidades subyacentes específicas posibles para los sujetos indígenas.

En cuarto lugar, se presenta el artículo publicado el 21 de diciembre de 2008 por la revista Derecho del Estado, denominado “Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aun por resolver” de autoría de Filipino Burgos Guzmán.

Burgos, enfoca el artículo en la ampliación del panorama sobre la aplicación de la Jurisdicción Especial Indígena en distintas especialidades del derecho, ya que la concepción del hombre de ciudad se encarga de establecer barreras que afectan la integridad étnica a lo que él se refiere en que esta es equiparable al de “integridad personal” que se define al derecho a establecer su propio proyecto de vida y tomar sus propias decisiones, de acuerdo con este, es equivalente también a el “libre desarrollo de su personalidad”. Siendo así, se crea el interrogante de si estos actos valerosos de los miembros de comunidades indígenas representan una ¿Integración o Independencia? A lo que asume como pilares fundamentales: I) Respeto a los Derechos Fundamentales. II) Proporcionalidad entre autonomía y asimilación cultural. III) Maximizar la autonomía.

Luego concluye que el juez de la República, quien es el principal mediador en los conflictos de carácter judicial, tiene la responsabilidad de tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de separación de la cultura a la que pertenece, es decir la facultad en la que el alcance de su investigación se amplía recurriendo a otras materias como apoyo.

Los anteriores trabajos han de servir como base para brindar un apoyo al objeto de estudio sobre “El peritaje antropológico como medio de defensa para miembros de comunidades indígenas” porque primeramente en el “Manual para los procesos de abordaje integral de los operadores de justicia para grupos vulnerables, Mujeres, Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, Discapacitados, Niños, Niñas y Adolescentes y LGBTI” se coloca en contexto la importancia del reconocimiento en todas sus formas de las comunidades indígenas como sujetos vulnerables, se brinda una ruta de atención y protección prevaleciendo el cuidado de los derechos fundamentales.

Seguido de esto, la doctora Sánchez Botero determina el uso del peritaje antropológico en el sector de la justicia, exponiendo como este ha logrado establecer verdades ocultas que el aparato judicial no logra individualmente y el impacto que genera en los sujetos pertenecientes a comunidades indígenas.

Y por último, Calvache y Burgos en espacios diferentes pero con ideas similares, muestran las dos caras ocultas de jurisdicciones que hasta el día de hoy siguen en constante disputa por el reconocimiento de un catálogo de derechos que solo es tomado en cuenta dependiendo del contexto de la situación, refiriéndose entonces a la responsabilidad que recae sobre el estado la no aplicación de los mismos y la búsqueda de nuevas formas en que estos no sean nunca más desconocidos por los encargados de administrar justicia.

2.2 Marco contextual

La investigación denominada “EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO COMO MEDIO DE DEFENSA PARA MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS EN COLOMBIA. CASO: ELISAFAN DORA CEBRA, MOTILÓN BARÍ DE NORTE DE SANTANDER” se desarrolló en la ciudad de San José de Cúcuta, que es la capital del departamento de Norte de Santander, fundada el 17 de junio de 1733 por Juana Rangel de Cuellar con el nombre inicial de “San José de Guasimales” en lo que fue un asentamiento propiamente indígena dado en encomienda por Pedro de Ursúa; un conquistador español asesinado en 1561, a Sebastián Lorenzo; también conquistador español en el año 1550.

La ciudad se encuentra en la región geográfica denominada “Valle de Cúcuta”, en la cordillera oriental de los Andes a una altitud media de 320 MSNM en la frontera con Venezuela, uno de sus puntos más altos es la cima del Cerro Tasajero (de la voz indígena que significa “cerro sagrado”).

Simultáneamente se desarrollaron las encuestas a los Jueces de los Juzgados Penales de la ciudad de Cúcuta ubicados en el Palacio de Justicia de la misma ciudad, con el fin de recopilar información que ayudaron a desintegrar los componentes de justicia e interrogantes de las realidades sociales que atraviesan los órganos de justicia y los sujetos indígenas sobre el caso en particular del motilón Barí Elisafan Dora Cebra.

2.3 Marco Teórico

La tarea de administrar justicia además de ser considerada honorable también conlleva la necesidad de tener una visión más amplia para poder comprender los casos de sujetos los cuales si bien es cierto, compartimos un mismo territorio nacional pero no nos hace semejantes en cuanto a la cultura que nos desenvuelve.

En América latina el primer contacto que tuvieron los “indios” con los “blancos” en la época de la conquista, costó la ruptura de la cosmovisión propia que los indígenas poseían, la pérdida de sus instituciones y la fragmentación de sus diversas unidades culturales. (Bossa, 2012)

Es difícil reconocer que esta pérdida y fragmentación la cual nos habla Bossa, aún se encuentra vigente en nuestros días, al ser un país tan rico en términos culturales; la convierte en un blanco fácil para las crisis sociales que también subsume una población tan importante que son las etnias indígenas que año tras año viven una lucha constante en defensa y reconocimiento de sus derechos.

Desde la década de 1970 en Colombia se han publicado informes de antropólogos profesionales que identifican situaciones indígenas que anteceden a la justicia común, permitiendo distinciones penales en la ley. Esta práctica ha ayudado a identificar vacíos en la constitución que reconocen el pluralismo legalizado e institucionalizado. de la Jurisdicción Especial Indígena. (Sánchez, 2010)

Por ello, desde su promulgación en 1991, los pueblos indígenas han impuesto derechos sobre los principios y formas de organizar la vida social, administrar sus recursos públicos, controlar y resolver los problemas sociales que surgieran. (Sánchez, 2010)

“Cuando se comparan avances a los casos concretos de diversos conflictos con miembros de las comunidades étnicas, la visión no es acorde con la constitución Nacional y en ocasiones pareciera estar bajo el amparo de la constitución monocultural de 1886, uno de los principales retos del aparato judicial colombiano fue el de pasar de un país monocultural a uno pluriétnico” (Burgos, 2008, pg. 1)

Esto infiere a que los indígenas en distintas ocasiones eran castigados a partir de valores culturales muy ajenos y se les despreciaba con el objeto de demostrar “eficacia” que visiblemente era inexistente en términos legales. Ya que, según ellos, la persona idónea para establecer el nivel de conciencia de un sujeto indígena era un psiquiatra quien dentro de sus inferencias valorativas clasificaba en salvajes, semisalvajes y civilizados. Fue entonces hasta que el abogado Luis Fernando Vélez al analizar distintos casos comprendió que no bastaba con el hecho en que el indígena conociera o no la norma; sino de cómo ese conocimiento se entendía desde los referentes a la sociedad en la que el sujeto pertenecía porque es allí donde se da una concepción diferente del mundo. (Sánchez, 2010)

Como sucedió con el caso de Hermógenes Prada, indígena Pijao, oriundo del resguardo Chenche Amayarco en la ciudad de Coyaima (Tolima), quien cometió un asesinato junto a otro indígena de su comunidad y exigió en todos los procesos judiciales que su caso fuera remitido a la jurisdicción de donde pertenece. De todas las formas su solicitud fue denegada, perdió ocho años de su libertad en un penal hasta que decidió interponer una acción de tutela que le fue otorgada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-728 de 2002, que reconoce que hubo dos elementos esenciales para realizarle un juicio ante su jurisdicción Especial Indígena: Factor Personal y Factor Territorial.

Entre las tantas injusticias que se cometen cada día referente a casos indígenas, la Antropóloga Esther Sánchez Botero dentro de sus muchas obras que han sido de gran interés para el sector justicia; ha puesto a disposición todo su conocimiento sobre el peritaje antropológico con el ánimo de acabar las barbaridades y desentrañar lo que hay detrás del sujeto que es investigado.

“Este trabajo espera contribuir a mejorar el ejercicio de la justicia para fortalecer el pluralismo jurídico de tipo igualitario, dentro de los canales democráticos y multiculturales” (Sánchez, 2010)

Y es que recae principalmente la responsabilidad de un enjuiciamiento distintivo al Juez de la Republica y al ente investigador como la Fiscalía General de la Nación, quien frente a estos casos debe apoyar su investigación con los peritos antropólogos; quienes su misión es encontrar en las señales que presenta el enjuiciado, cual es la lógica de sus actos, cual es la institución que rige sus principios reguladores, quien regula sus decisiones, etc.

Para Bossa, la jurisdicción Especial Indígena se queda corta al momento de dar traslado los casos por factor de competencia, pues afirma el que: I) Existe una falta de rigor en la aplicación de los castigos o penas impuestas por las autoridades indígenas y puede no haber proporcionalidad entre el delito y la pena. II) Hay desconocimiento por parte de las entidades encargadas de administrar justicia, de la existencia de la JEI y de su obligación de colaborar para que esta puede hacerse efectiva. III) Existe una concepción errónea por parte de los funcionarios judiciales, con relación a que la jurisdicción Indígena solo se aplica en el Derecho Penal. IV) No existen los medios para hacer cumplir la justicia de una manera eficiente y eficaz. V) Existen concepciones filosóficas diferentes, entre la cultura Occidental y la cultura amerindia en torno al concepto del debido proceso. VI) Falta de apoyo y supervisión, de los demás entes

administradores y colaboradores de la justicia en el orden nacional. VII) La transculturización de las comunidades indígenas, por la pérdida de sus valores, normas y procedimientos tradicionales. (Bossa, 2012, pg. 65-67)

La sentencia C-176 de 1993 por el Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero reflexiona en cuanto esa conducta adoptada por los funcionarios judiciales argumentando:

“De acuerdo a esas precisiones, es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no solo es inaceptable con la filosofía de la Carta Política de 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria sino dentro del margen de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de la Dignidad Humana, Pluralismo y Protección de las minorías”

Entonces, queda claro que abarcar el estudio de un peritaje antropológico con la misión de conocer la cosmovisión del sujeto indígena suprime el desconocimiento de distintos derechos fundamentales como lo son la Dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia, el debido proceso y demás derechos intrincados en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

No se trata de querer comparar a los indígenas con los miembros de nuestra sociedad actual, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural; ninguna visión del mundo puede tener ni siquiera la intención querer sobresalir o gobernar por encima de otra y mucho menos tratar de imponerse solo porque los indígenas para ellos son y se ven distintos. (Sánchez. 2010)

Considera la Corte en su sentencia de Unificación 510 de 1998 expuesta por el Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, la necesidad de la ponderación de estos derechos de la siguiente manera:

“En aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de dialogo interlocución- directa o indirecta. Por ejemplo, a través de los funcionarios expertos y analistas que conozcan parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada o, en general. De la problemática sometida a la consideración judicial”

Sin embargo, se debe partir eliminando de nuestro modo de pensar la idea en que los indígenas son igual a un conjunto de flechas, plumas, encendido con piedra, chozas, grandes selvas y personas a quienes el progreso no llega a sus vidas. (Sánchez, 2010)

2.4 Marco conceptual

2.4.1 Peritaje

Según Vázquez (2014), afirma que una de las consecuencias de utilizar la prueba pericial como prueba se centra en el experto y sus conocimientos en el momento de la valoración, no en estos últimos. Desde esta perspectiva, los trasplantes legítimos han sido positivos para acercar a los profesionales a algunos de los testimonios procesales. Se aclara que nunca se confunde la prueba pericial con la prueba testimonial. La epistemología dice que la prueba pericial es una modalidad de declaración testimonial. A pesar de que en anteriores Códigos Procesales Penales (como la Ley 600 de 2000), el dictamen pericial en realidad se

acercaba al formato de documento, el dictamen pericial es de carácter personal, y los peritos son también personas y peritos.

2.4.2 Antropología

La antropología es una disciplina que llega a Colombia en la década de 1940 y juega un papel importante en la comprensión de la diversidad étnica que habita en todo el territorio nacional. Pioneros como el francés Paul Rivet, el alemán Justus Wolfram Schottellius, el austriaco Gerardo ReichelDolmatoff y la colombiana Virginia Gutiérrez de Pineda, Roberto Pineda Giraldo o Alicia Dussán recogieron sus mochilas y viajaron a lugares recónditos para registrar algo que ningún otro estudioso ha estudiado antes. Fue así como se desarrolló una disciplina que hoy intenta comprender a las comunidades desde una perspectiva cultural, económica, social o política. Y esto es diferente a la sociología, que estudia los procesos sociales de estos mismos grupos de personas, enfocándose en comprender las motivaciones y razones de los miembros. Es por eso que cada vez que el Estado realiza proyectos sobre los territorios, un grupo de antropólogos que saben que los afros del Chocó tienen necesidades y realidades diferentes a las de otros pueblos nativos de Vichada o vecinos de la comunidad en un barrio del sur de Bogotá. (Revista Semana, 2017).

2.4.3 Derecho a la defensa

El artículo 29 de la Constitución Política y el 8 de la Ley 906 de 2004 prevén la protección del derecho a la defensa; a su vez, el artículo 3 de la Ley 270 de 1996, de la Administración Judicial Estatutaria, dispone que en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza el derecho a la defensa sin excepción, de conformidad con la

Constitución Política, y los tratados internacionales en vigor ratificados por Colombia y la legislación. De La Ley 906 de 2004, del Código Procesal Penal, que trata sobre el sistema de justicia penal en su artículo octavo, establece que en materia penal y en el desarrollo del derecho a la defensa, las personas podrán ser oídas, apoyadas y representadas por un abogado de confianza o autorizado por el Estado. La norma se menciona como la disposición más importante que trata sobre el derecho de defensa, tal como lo presenta Camargo (2013). “El artículo 8 constituye la más importante enunciación de los derechos de defensa material del procesado y la defensa técnica, sin que ahí se agoten las garantías, ya que estas se consagran y amplían en numerosos artículos a través del código” (p. 145).

La Corte Constitucional, en la Sentencia C- 371 del 2011, reitera la fundamentación al derecho de defensa en la etapa de investigación, al referenciar que “*el derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación*”. Desde esa perspectiva el Estado brinda al indiciado del derecho a la defensa, para poder evitar así cualquier juicio que no se fundamente en razones jurídicas y probatorias certeras para endilgar un delito a la persona. Por tanto, el derecho a la defensa es uno de los principales elementos del debido proceso, que representa la oportunidad de ser oída, de hacer valer sus razones y argumentos mediante prueba en cualquier proceso judicial o administrativo. Evitando de esta manera cualquier arbitrariedad que se pueda cometer bajo el poder sancionatorio del Estado.

2.4.4 Indígenas

De acuerdo con la ley colombiana, una "comunidad indígena" es un grupo de personas que viven de acuerdo con ciertas formas de relaciones con el medio natural en el que varios grupos aborígenes se habían asentado antes de la conquista y lo conservaron y trabajaron para

revivirlo a lo largo de la historia. Un pueblo indígena puede estar integrado por varias comunidades, es decir, una comunidad indígena es un fragmento de la población indígena.

Organizaciones intermedias de mayor importancia como lo es el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), Autoridades Indígenas de Colombia (AIDC), tenían tal fuerza y reconocimiento dentro de las mismas comunidades que se hizo posible que tuvieran representación en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Siendo entonces esta última quien vino a reconocerle a las comunidades indígenas plurales, derechos por medio de estas estipulaciones: Art. 7 C.N. Art 10 C.N. Art. 68 Para. 5 C.N. Art. 63, 286, 287, 329 y 330 C.N. Art. 70, 71,72 C.N. y Art. 246 C.N.

2.4.5 Proceso penal

El proceso penal o procedimiento penal es un acto de naturaleza jurídica prescrito por la Ley 906 de 2004, para que un organismo estatal pueda aplicar la ley penal a un caso es importante recalcar que cuando la fiscalía toma conocimiento de la existencia de un delito, es aquí donde se debe iniciar el proceso penal. Esta actúa formalmente o contacta el caso a través de la denuncia, petición especial o querrela. En general, todo proceso penal consta de tres etapas: I) Fase de indagación II) Fase investigación III) Fase Juicio.

2.4.6 Enfoque diferencial

Los principios rectores de la Ley 1448 de 2011 definen un enfoque diferenciado como principio rector que reconoce que existen grupos de población con características específicas por su edad, sexo, orientación sexual y condición de discapacidad. Por ello, las medidas integrales de

ayuda humanitaria, atención, asistencia e indemnización establecidas en esta ley tendrán este enfoque.

La jurisprudencia y los postulados en diferentes sentencias de la Corte Constitucional, como las T-602 del 2003, T-268 del 2003, T-1105 del 2008 y en especial la T-025 del 2004, mediante la cual la Corte manifestó que las comunidades étnicas *“quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales ... y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una atención especial por las autoridades: ‘Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado’*”. Dicho postulado es reiterado en varios autos de seguimiento a dicha sentencia, como el 218 de 2006, el 004 de 2009 y el 005 de 2009.

2.4.7 Derechos humanos

En el Artículo 15 del Decreto 4633 del 2011 expresa que el *“Estado garantizará prioridad en la atención, asistencia y reparación integral, como medida de acción afirmativa para garantizar la igualdad real y efectiva a las personas definidas por la Constitución Política de Colombia y el derecho internacional como de especial protección, habida cuenta de su afectación diferencial y sus características particulares de diversidad étnica, ciclo vital, condición de discapacidad y en consideración a la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres indígenas, así como en razón del impacto desproporcionado que les han producido las violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH. Igualmente, el Estado garantizará que las medidas contenidas en el Decreto contribuyan a la eliminación de las estructuras de discriminación, exclusión y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes.”*

2.4.8 Acceso a la justicia

La Corte Constitucional (2013), ha definido el derecho fundamental de acceso a la justicia, como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos.

2.4.9 Igualdad

Según la Corte Constitucional (2017) la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

2.4.10 Asistencia

Según el artículo 49 de la Ley 1448 de 2011, es un conjunto integrado de medidas, programas y recursos de carácter político, económico, social y fiscal, entre otros, a cargo del Estado, con miras a restablecer su vigencia. los derechos de las víctimas, brindándoles condiciones para una vida digna y asegurando su integración a la vida social, económica y política.

2.5 Marco legal

El peritaje antropológico es una de esas herramientas, sin duda una de las más importantes para reconocer derechos y garantías procesales diferenciados a justiciables que de ese modo ejercen concretan su ciudadanía intercultural. Cuando es adecuadamente elaborado por el perito y ponderado por el juez, activa dos principios propios de los estados democráticos pluriculturales: el respeto a la diversidad cultural y la igualdad en el marco de un proceso judicial. Guevara Gil, A., Verona, A. & Vergara, R. (Pág. 16).

La Constitución Política hace explícito reconocimiento de la existencia de una pluralidad de grupos étnicos y culturales con autonomía en sus sistemas de valores, lo cual legitima la vigencia de diferentes órdenes normativos y, por consiguiente, distintas formas de control social. Así mismo, una comprensión cabal del principio de igualdad, cuyo contenido se corresponda plenamente con el paradigma de Estado constitucional de derecho, permite concluir que los pueblos indígenas por su vulnerabilidad con motivo de las diversas violencias de las que históricamente han sido víctimas, merecen una especial protección, la cual debe abarcar a sus autoridades, territorios, lenguas, modelos de desarrollo y sus concretas expresiones culturales, entre las cuales se encuentran sus específicas formas de resolver sus conflictos y de control social. Londoño Berrío (Pág. 28-29).

De esta forma, y manteniendo la importancia de las leyes y normas, encontramos los siguientes artículos de la Constitución Nacional de 1.991 como principales garantes de los derechos de los sujetos indígenas:

- Artículo 2: Se destacan los fines esenciales del Estado y la responsabilidad de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados allí mismo.

- Artículo 7: Se especifica la diversidad étnica y cultural de la sociedad, con la correlativa obligación del Estado a su reconocimiento y protección.
- Artículo 10: Confiabilidad de las lenguas y dialectos indígenas, y la impartición de la enseñanza bilingüe en las comunidades con tradición lingüística propia.
- Artículo 68: Derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los grupos étnicos.
- Artículo 70- 72: Reconocimiento estatal a la igualdad de todas las culturas que conviven en el territorio nacional, en tanto estas son fundamento principal de la nacionalidad.
- Artículo 246: Derecho a una jurisdicción especial propia y al fuero indígena dentro de su ámbito territorial con fundamento en sus propias normas y procedimientos.

Ahora bien, gracias a la producción de diversas normatividades en el escenario de diferentes organizaciones de carácter internacional, comprometen a los países al respeto de los pueblos indígenas y los derechos de sus integrantes. En el caso de nuestro país, se fue incorporando paulatinamente al derecho interno y con fuerza normativa mediante el concepto de “Bloque de Constitucionalidad” de la siguiente forma:

- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobada en nuestro país mediante la Ley 74 de 1968.
- Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Aprobada en nuestro país el 107, mediante la Ley 31 de 1967 y el 169 mediante la Ley 21 de 1991.
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Aprobada en nuestro país mediante la Ley 22 de 1981.

En leyes anteriores se garantizaba la protección de los valores y prácticas sociales, culturales y religiosas de los pueblos indígenas dentro de los límites de los derechos

fundamentales de sus miembros, reconociendo con plena vigencia y eficacia las leyes que producen conforme a la costumbre y la obligación del Estado de cumplir sus propias normas para la administración de justicia y la configuración del centro social, incluidas las de carácter punitivo cuando participe el propio miembro de la comunidad.

2.5.1 Marco jurisprudencial

Conocer e investigar la cultura es fundamental, y los jueces y abogados tienen la lógica para orientar la acción, lo que se ha hecho y el porqué de la situación, sin demostrar y divulgar una perspectiva cultural suficientemente amplia como lo fue alguna vez en la década de 1970, cuando la ley y la jurisprudencia nacional no eran del todo rigurosas, formales, justas y además discriminatorias, haciendo que los pueblos indígenas parezcan "gente de la selva" y sujetos "bárbaros" después de haber sido estudiados con un ánimo de clasificarlos por estadios.

De la mano de la Constitución Nacional fueron naciendo jurisprudencias y pensamientos críticos que estudiaron más a fondo el comportamiento del sujeto indígena y lo que implica su participación en el verdadero ejercicio de la justicia, Teniendo en cuenta los principios y formas de organización de la vida social, la gestión de los recursos públicos, el control y la resolución de conflictos. A continuación, encontramos los puntos de partida más destacados para la universalidad de los pueblos indígenas y sus derechos:

- Sentencia T-380 de 1993: Define a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho autónomo, diferentes a los miembros que lo componen y por ende con derechos y obligaciones como tales.
- Sentencia C-176 de 1993: Resuelve a diferencia valorativa como una directriz integrativa en los procesos penales donde se involucra un miembro de una comunidad indígena.

- Sentencia T-349 de 1996: Sirvió de antecedente y referente para tratar de legitimar a la jurisdicción especial indígena un derecho renunciable, aludiendo a que los “traslados de competencia” no deben entenderse como una “denegación de justicia” sino como una oportunidad para un juzgamiento más justo como también la no obligatoriedad de un abogado ordinario como principio a la prevalencia de la paz y el reconocimiento de costumbres y lenguas tradicionales.
- Sentencia T-496 de 1996: Comprende la situación del fuero especial indígena con dos elementos sumamente importantes: i) carácter persona y ii) carácter geográfico, reconociendo que no es necesario que ambos ocurran de manera simultánea para su reconocimiento.
- Sentencia T-523 de 1997: Hace referencia a el derecho de las comunidades indígenas como un sistema “dinámico” con la capacidad de transformarse atendiendo los ámbitos de conflictos que le corresponde asumir y conforme a la interacción que la comunidad construya con otras realidades culturales.
- Sentencia SU-510 de 1998: Se reflexiona sobre la práctica que ejercieron los Magistrados en la búsqueda de la concepción de daño y reparación, pero con “lentes de abogados” cuando es un tema netamente cultural, leyendo las señales del caso expuesto con “sentido común” pero no con criterios provenientes de la antropología cultural.
- Sentencia T-606 del 2001: Confirma los alcances de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas, argumentándose en que la violación a las normas de la Organización Internacional del Trabajo pueden ser motivos de tutela en cuanto afecta directamente los derechos fundamentales.

- Sentencia C-370 de 2002: Se coloca como factor fundamental el “diálogo intercultural” con el fin de lograr procesos encaminados a un mutuo respeto como condición de paz y unidad nacional así como también se resuelve el problema planteado sobre la inimputabilidad en dos factores: i) la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente y ii) en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no ser declarada inimputable.

3. Marco metodológico

3.1 Tipo de investigación

La investigación titulada *“El peritaje antropológico como medio de defensa para miembros de comunidades indígenas en Colombia. caso: Elisafan Dora Cebra, motilón Barí de Norte de Santander”* se desarrolló a partir del estudio del caso, aplicándose en el área de la justicia como lo son los Jueces Penales del municipio de Cúcuta, determinando como la unidad de análisis, el cual se pretenden analizar diferentes aspectos en lo que se refiere al peritaje antropológico y su desarrollo en materia indígena.

Esta temática es abordada mediante un método de tipo cualitativo, la cual según González (2013) tiene como objetivo principal la construcción de conocimiento sobre la realidad social, mediante el análisis de las condiciones particulares y la perspectiva de quienes la originan y la viven.

3.2 Instrumento de recolección de información

El instrumento de recolección de la información que se utilizó fue la aplicación de una encuesta con trece preguntas cerradas y tres opciones de respuesta.

Tamayo y Tamayo (2008: 24), la encuesta “es aquella que permite dar respuestas a problemas en términos descriptivos como de relación de variables, tras la recogida sistemática de información según un diseño previamente establecido que asegure el rigor de la información obtenida”. Por su parte Arias (2006, p. 72), define encuesta como una técnica que pretende obtener información que suministra un grupo o muestra de sujetos acerca de sí mismo, o en relación con un tema particular.

3.3 Enfoque de la investigación

La investigación tiene un enfoque socio jurídico hermenéutico, debido a que busca comprender los problemas que se presentan entre la relación derecho y sociedad.

Para Packer (1985) el enfoque hermenéutico busca un descubrimiento y una explicación progresivos de la comprensión práctica del investigador de lo que está siendo estudiado.

Heidegger señala que el enfoque hermenéutico es el método de investigación más apropiado para estudiar el comportamiento humano. Este método es un método innovador que desarrolla aún más la fenomenología de Edmund Husserl. La hermenéutica implica tratar de describir y estudiar fenómenos humanos importantes con gran detalle, con la mayor libertad posible a partir de suposiciones teóricas previas, basadas en la comprensión real. (Packer, 1985)

3.4 Diseño de la investigación

El proceso de análisis en la investigación se realizó durante los siguientes pasos:

1. Determinación del objetivo que se persigue.
2. Elección de los sujetos sociales a estudiar.
3. Elección de los instrumentos y procedimientos.
4. Aplicación de los instrumentos y recolección de la información.
5. Organización de la información obtenida para analizarla e interpretarla.
6. Determinación de las unidades de análisis.
7. Generación de teorías y explicaciones a partir de la interpretación de los datos obtenidos en las encuestas.

3.5 Sujetos claves

La presente investigación se llevó a cabo durante el transcurso del año 2021 y el primer semestre del año 2022, mediante la aplicación de un cuestionario con trece preguntas cerradas a Jueces Penales Municipales de la ciudad de San José de Cúcuta, cuyo objetivo fue con base a su experiencia plantear conclusiones.

En esta investigación se tuvo en cuenta el tiempo de servicio de los jueces de cada juzgado con el ánimo de tener un mayor umbral de desempeño y experiencia en los cargos desempeñados.

3.6 Análisis de contenido

Para analizar la información obtenida por medio de la aplicación del cuestionario a los jueces penales municipales se utilizó una técnica de investigación denominada Análisis de contenido, la cual según López (2002) Este es un tipo especial de análisis de documentos, en el que la técnica cuantifica el significado de la idea, palabra, tema u oración expresada, en lugar del

estilo del texto analizado. En él, el investigador está fascinado por las posibilidades ocultas, latentes, poco claras, desconocidas, tácitas, implícitas en cada mensaje.

Y por último como técnica de recolección de datos se empleó una matriz de análisis documental y legal para detectar las posibles falencias que se puedan dar en el sistema de justicia. Sobre esta dice: Gutiérrez & Delgado, en su libro teoría de la observación, 1195:

En general, las fuentes de información utilizadas en la investigación se denominan genéricamente Unidades Conservatorias de Información, y se trata de personas, instituciones, documentos, cosas, bibliografías, publicaciones, Estados del Arte, Estados del Conocimiento, Tesis, Bases de datos, fuentes electrónicas situadas en la red web, etc. cuya función es la de almacenar o contener información. En particular, un documento está constituido por dos partes: el soporte documental, que es el material físico en que se presenta el documento; y, por otro lado, la información contenida en el documento.

4. Resultados

4.1 Análisis de la herramienta de recolección de información: Encuesta

A continuación, cumpliendo con la metodología aplicada se presentan los resultados obtenidos de la encuesta a los Jueces Penales Municipales de Cúcuta que sirvieron para realizar un análisis de sus respuestas respaldando el cumplimiento del objetivo No. 1 de describir el peritaje y su desarrollo. La misma fue realizada por medio de la plataforma digital “Google Forms” desde el día 05 de mayo hasta el 15 de mayo de 2022 enviadas a los correos electrónicos habilitados públicamente de cada despacho con un porcentaje de respuesta del 46% sobre el 100% de participación. Se generó un consentimiento de la siguiente forma:

“Estimado y respetado señor Juez, agradeciendo su disposición y ánimo de colaboración presento esta herramienta de investigación para el proyecto de grado titulado “El peritaje antropológico como medio de defensa para miembros de comunidades indígenas en Colombia: Caso Elisafran Dora Cebra- Motilón Barí de Norte de Santander” del programa de Derecho para obtener el título de abogado de la Universidad Francisco de Paula Santander. Su principal objetivo es recolectar información con base a su experiencia personal y conocimiento del cargo que posee. Cada respuesta será procesada completamente con fines académicos y valorando su total honestidad.”

Tabla 1. Experiencia cuantificada en años

Tabla 1. Experiencia cuantificada en años

¿Cuál es su experiencia como operador judicial (Juez) cuantificada en años?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	2 a 10 años
Juez 03 Penal Municipal	Mayor a 10 años
Juez 05 Penal Municipal	0 a 2 años
Juez 07 Penal Municipal	2 a 10 años
Juez 08 Penal Municipal	2 a 10 años

Nota: Formato de pregunta y respuesta de encuesta

Tabla 2. Frecuencia de capacitación

Tabla 2. Frecuencia de capacitación

¿En su experiencia como Juez de la República, con qué frecuencia ha recibido capacitación para reforzar su conocimiento en los casos donde se involucra un miembro de una comunidad indígena?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	Nunca
Juez 03 Penal Municipal	Nunca
Juez 05 Penal Municipal	Nunca
Juez 07 Penal Municipal	Nunca
Juez 08 Penal Municipal	Nunca

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 3. Desarrollo de casos indígenas

Tabla 3. Desarrollo de casos indígenas

¿Cuántos casos donde se involucra un miembro indígena ha desarrollado en su despacho?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	1-5
Juez 03 Penal Municipal	Ninguno
Juez 05 Penal Municipal	Ninguno
Juez 07 Penal Municipal	Ninguno
Juez 08 Penal Municipal	1-5

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 4. Tipo de indagación

Tabla 4. Tipo de indagación

Suponiendo que a su despacho le llegue un caso de un miembro de una comunidad indígena ¿Qué tipo de indagación realizaría para su juzgamiento?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	Lo que presente su defensa
Juez 03 Penal Municipal	Lo que presente su defensa
Juez 05 Penal Municipal	Lo que presente su defensa
Juez 07 Penal Municipal	Lo que presente su defensa
Juez 08 Penal Municipal	Lo que presente su defensa

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 5. Conocimiento del peritaje antropológico

Tabla 5. Conocimiento del peritaje antropológico

¿Ha escuchado o leído sobre el “peritaje antropológico” para abordar este tipo de casos?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	A veces
Juez 03 Penal Municipal	A veces
Juez 05 Penal Municipal	Nunca
Juez 07 Penal Municipal	Nunca
Juez 08 Penal Municipal	A veces

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 6. Término asociado

Tabla 6. Término asociado

¿Cuál de las siguientes palabras asocia al leer o escuchar la palabra “indígena”?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	Ciudadano
Juez 03 Penal Municipal	Ciudadano
Juez 05 Penal Municipal	Ciudadano
Juez 07 Penal Municipal	Ciudadano
Juez 08 Penal Municipal	Ciudadano

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 7. Flexibilidad a la herramienta antropológica

Tabla 7. Flexibilidad a la herramienta antropológica

Suponiendo que se le presenta una situación donde hay un grado de desconocimiento en una materia determinada ¿Qué tan flexible se considera en admitir respuestas de una herramienta enfocada al área de la antropología?

Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	Poco flexible
Juez 03 Penal Municipal	Poco flexible
Juez 05 Penal Municipal	Poco flexible
Juez 07 Penal Municipal	No soy flexible
Juez 08 Penal Municipal	Poco flexible

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 8. Aplicación supletoria de los usos y costumbres indígenas

Tabla 8. Aplicación supletoria de los usos y costumbres indígenas

De la frase: “Las costumbres y los usos indígenas están por debajo de la Constitución Política, y su ley, por ende, sería de aplicación supletoria” usted considera que:

Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	No es acertada
Juez 03 Penal Municipal	Es un poco acertada
Juez 05 Penal Municipal	No es acertada
Juez 07 Penal Municipal	No es acertada
Juez 08 Penal Municipal	No es acertada

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 9. Profesional para realizar labores mancomunadas

Tabla 9. Profesional para realizar labores mancomunadas

En un caso donde es importante descifrar la realidad y los preceptos que envuelven la conciencia de un indígena ¿Con cuál profesional de la materia estaría dispuesto a desarrollar una labor mancomunada?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	Perito Antropólogo
Juez 03 Penal Municipal	Perito Antropólogo
Juez 05 Penal Municipal	Perito Antropólogo
Juez 07 Penal Municipal	Perito Antropólogo
Juez 08 Penal Municipal	Perito Antropólogo

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 10. Necesidad de mayor pedagogía sobre temas de J.E.I.

Tabla 10. Necesidad de mayor pedagogía sobre temas de J.E.I.

¿Está usted de acuerdo en qué se realice una mayor sensibilización y pedagogía sobre los temas que conciernen a Jurisdicción Especial Indígena?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	Si
Juez 03 Penal Municipal	Si
Juez 05 Penal Municipal	Si
Juez 07 Penal Municipal	Si
Juez 08 Penal Municipal	Si

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 11. Tipo de juicio a desarrollar

Tabla 11. Tipo de juicio a desarrollar

En su ejercicio del derecho y en este mismo contexto ¿Qué tipo de juicio busca o buscaría como resultado final?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	Justo
Juez 03 Penal Municipal	Eficiente
Juez 05 Penal Municipal	Justo
Juez 07 Penal Municipal	Eficiente
Juez 08 Penal Municipal	Justo

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 12. Factores de cada despacho o dependencia

Tabla 12. Factores de cada despacho o dependencia

Respecto a los “factores humanos” como traductores, catálogo de enlaces directos que conlleven a una comunicación temprana con las autoridades indígenas del departamento, antropólogos, interpretes, etc. ¿Con cuántos de estos, cuenta su despacho o dependencia?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	Ninguno
Juez 03 Penal Municipal	Ninguno
Juez 05 Penal Municipal	Ninguno
Juez 07 Penal Municipal	Ninguno
Juez 08 Penal Municipal	Ninguno

Nota: Formato de pregunta y respuestas de encuesta

Tabla 13. Existencia de barreras o dificultades

Tabla 13. Existencia de barreras o dificultades

¿Considera usted que existen barreras o dificultades que influyen en el desempeño de un juicio cuando se presenta un caso donde se involucra un miembro de una comunidad indígena?	
Sujeto	Respuesta
Juez 01 Penal Municipal	Si
Juez 03 Penal Municipal	No
Juez 05 Penal Municipal	Si
Juez 07 Penal Municipal	Si
Juez 08 Penal Municipal	Si

Nota: Formato de pregunta y respuesta de encuesta

4.1.1 Unidades de análisis y categorías

1. Unidad de análisis

Experiencia Juez de la República. Tiempo, Conocimiento y habilidades adquiridas en el transcurso del cargo como Juez Penal Municipal y que serían o fueron aplicadas en su transcurso especialmente a miembros de comunidades indígenas.

Categorías

Capacitación. Es la circunstancia y/o el conjunto de aptitudes adquiridas en el transcurso de su cargo.

Desarrollo de casos. Se trata de la realización de determinado número de procesos que se hayan adelantado en un determinado despacho judicial, especialmente los referentes a sujetos pertenecientes de comunidades indígenas.

Conocimiento del peritaje antropológico. Es el resultado de la comprensión de esta herramienta para usarla en el transcurso de los procesos, pudiéndose obtener a través de las capacitaciones asistidas, estudio previo o que proviene de hechos o sucesos compartidos.

Flexibilidad. Se refiere a la voluntad que posee el Juez de la República en cuanto a que tan importante o relevante es el tema en cuestión como para aplicarlo en el caso en concreto.

Barreras. Se refiere al reconocimiento que evidencian los Jueces de manera objetiva en cuanto a su experiencia y las preguntas relacionadas.

2. Unidad de análisis

Función del peritaje antropológico. Actividad particular realizada por un experto que se desarrolla en los juicios donde se encuentra involucrado un miembro de una comunidad indígena

en Colombia. Además, que representa la acción de esclarecer y conocer la verdad sobre una cultura diferente.

Juicio justo. Es el derecho que se posee en contar con el reconocimiento de los derechos, contando con suficientes garantías ante un tribunal independiente e imparcial según la ley.

Dialogo intercultural. Se refiere al acercamiento real y continuo que hace el operador judicial de manera directa o indirecta con el sujeto que está siendo procesado y que posee una cosmovisión diferente a raíz de su diferencia intercultural.

Perito antropólogo. Es el tercero interviniente en el proceso que facilita y provee de conocimiento al que lo necesita, realizando una práctica que consiste en sumergirse en la cultura desconocida.

Factores humanos. Elementos que contribuyen a la comunicación temprana, efectiva y precisa con el sujeto indígena y las autoridades a la que este pertenece.

Labor mancomunada. Es el trabajo y la disposición que poseen dos o más expertos en determinado tema para resolver una serie de interrogantes y así poder presentar unas conclusiones.

Interpretación de los resultados

Experiencia Juez de la República

Se logró evidenciar en los resultados de los cinco Jueces una semejanza a que se tomen en cuenta los criterios de pedagogía y capacitación sobre asuntos indígenas, pues existe una ausencia general de hábito de actualización de conocimientos para asegurar un trato y un proceso totalmente justo. De lo que se refiere a sí han escuchado o leído sobre el peritaje antropológico, no es muy adelantador el hecho de que exista una postura clara que otorgue la posibilidad de

aplicar adecuadamente esta herramienta de la antropología en el derecho, apoyando la idea en que claramente es necesario que se fortalezcan estos intelectos lo cual es preocupante o deja mucho que pensar sobre la forma en que se han llevado a cabo aquellos casos donde se ha involucrado miembros de comunidades indígenas. El derecho es una materia dinámica que evoluciona y se imparte dependiendo de la particularidad, aunque las leyes son claras y su aplicación de estricto cumplimiento; cuando un Juez de la Republica considera no tener el suficiente conocimiento sobre una determinada materia se le permite enriquecer su saber con ayuda de otros expertos como por ejemplo peritos balísticos, peritos químicos, peritos informáticos, etc. o en su defecto reformar su conocimiento por voluntad. Entonces, el plano ideal es que deban estar dispuestos a un grado de flexibilidad suficientemente alto para abordar un tema que justamente no conocen o no han abarcado a gran escala para cumplir con la imparcialidad en sus decisiones. Para finalizar este segmento, se evidencia una posible relación de las barreras y dificultades consideradas por los jueces como algo “subjetivo”, ya que existe la herramienta para llevar a cabo la jurisdicción especial indígena de forma “objetiva”, sin embargo, el desconocimiento y necesidad de actualización e información para el ejercicio de los jueces, podría significar las barreras y dificultades que ellos consideran que existen para esos casos logrando que la administración de justicia sea pronta, cumplida y eficaz en todos y para todos los ciudadanos.

Función del peritaje antropológico

Se apreció que ninguno de los Jueces encuestados cuenta con los factores humanos mínimos y necesarios para poder llevar a cabo una interlocución real y efectiva con el sujeto indígena, miembros de su comunidad y/o autoridades superiores del cabildo al que pertenecen como intérpretes de sus lenguas, enlaces directos que conlleven a un dialogo más cercano, peritos

antropólogos que cumplan su función cuando sea estrictamente necesario, etc. Haciendo que esta labor no ofrezca suficientes garantías para el desarrollo de un juicio justo, pues es posible que se desarrolle a partir de los conocimientos hegemónicos, existiendo una muestra de que no hay suficiente capacitación sobre el tema que también se configura como una barrera más y el grado de flexibilidad es muy reducido. Adicional, de las opciones de respuesta proporcionadas todos concuerdan en que estos casos deben abordarse con acompañamiento de un perito antropólogo en comparación a la secuencia de análisis sobre la ausencia de actualización, conocimientos e interés sobre el peritaje antropológico, y las oportunidades de mejora sobre el tema, se evidencia en las respuestas de los jueces, que aunque existe un amplio margen de indagación; su postura frente al profesional idóneo con el cual desarrollaría una labor mancomunada sería este mismo. Para finalizar, con base a la cantidad de casos recibidos en el despacho de los jueces, la frecuencia con la que ha escuchado o se ha informado sobre peritaje antropológico como herramienta para llevar a cabo la jurisdicción especial indígena y el tipo de indagación que realizaría, se evidencia la desestimación del acompañamiento integral para los casos indígenas, así como la necesidad que asumen en la ausencia de capacitaciones frente al tema y deja en entredicho el interés de la forma en la que se realizó el proceso judicial en los casos de los jueces que sí han tenido experiencia con ciudadanos indígenas, ya que el escenario ideal del debido proceso para casos indígenas es una indagación por medio de un diálogo intercultural y no delimitado por lo que presente su defensa.

4.2 El sujeto indígena

4.2.1 *Incapaz e inimputable*

Aun se sigue pensando que los sujetos indígenas son seres inferiores apoyados en una postura totalmente racista, discriminatoria y etnocentrista que producen una eliminación de sus principios y valores de su verdadera distintividad.

(...) para lograr que la conciencia de su identidad sea un criterio fundamental en la determinación de los pueblos y sujetos indígenas, hay quienes piensan estas comunidades como el conjunto de flechas, plumas, encendido con piedra y chozas entre grandes selvas; sujetos y pueblos a los cuales no les llega el cambio, “el progreso”. En contraste, la condición indígena no puede ser el conjunto de fenómenos relacionados con base en una visión evolucionista, según la cual, a mayor implementación de fenómenos de otras sociedades, menor es la identidad o la cultura; los miembros de los pueblos indígenas viven hoy como indígenas modernos, pero con un pasado étnico y cultural naturalizado y arraigado en su conciencia. (Sánchez, 2010, p. 107)

Por ello, debemos comenzar a remover todos los obstáculos que nos impiden creer o pensar que los derechos hegemónicos tienen la capacidad de interpretar otras formas y modos de vida en sociedad. Esto sólo lleva a que todos los fenómenos jurídicos estén dotados de la capacidad de presentarse como portadores de los principios de la verdad.

Se logró evidenciar en sentencias de la Corte Constitucional como las C-176 de 1993 donde se entiende como sujeto inimputable, un individuo que carece de capacidad o aptitud para comprender la ilicitud de un acto o de comprenderlo para poder determinarse de acuerdo con esa

comprensión. Reflexiona Sánchez Botero: Según este criterio, la inimputabilidad del sujeto está dado por la disminución de sus capacidades intelecto valorativas o volitivas, ya sea por “inmadurez mental” o alteración psicosomática al momento de la elección del hecho.

4.2.2 Conflicto armado y criminalización de sus principios y derechos universales

Para la Corte Constitucional, violaciones sistemáticas a los derechos humanos, aparente hacinamiento de las instituciones penales y falta de procesos reales de rehabilitación; contribuyen significativamente a la fragmentación de las identidades, los principios culturales y los mecanismos únicos de resolución de conflictos de los pueblos indígenas.

Su defensa de principios y derechos en Colombia y países latinoamericanos representa el fenómeno de la institucionalización nacional a través de sindicatos, organizaciones campesinas, cooperativas, coaliciones nacionales, reformas agrarias, gamonalismo, caciquismo y caudillismo.

En los estudios sociales latinoamericanos hay consenso en que la existencia de una diferencia étnico cultural indígena, así como la presencia de la marginación, la discriminación, la explotación y la violencia ejercidas sobre bases étnicas, no conduce, necesariamente, al surgimiento del conflicto y la movilización en términos etnicistas. Su relevancia no se discute, pero requieren que además concurren factores exógenos generadores de inestabilidad en el equilibrio identitario tradicional (campesino) y la presencia de una “favorable estructura de oportunidad política”. Entre los componentes más relevantes que integran esta oportunidad, con capacidad de abrir espacios y motivar la acción colectiva sobre bases étnicas, cabe señalar los siguientes: una democratización de los sistemas políticos, las políticas de regulación étnica y el apoyo internacional.

(Berrio, 2009, p. 7)

El conflicto político armado que se define como una “guerra sucia” colonizadora de las expresiones indígenas, se refleja en masacres, asesinato de líderes y autoridades indígenas, desplazamiento y confinamiento forzado de comunidades étnicas, desaparición forzada, criminalización de las luchas y protestas y amenazas. (Berrio, 2006).

La columna vertebral del modelo de justicia transicional llevado a cabo por Colombia fue la investigación penal de la violencia sistemática y generalizada producto del conflicto armado. Sin embargo, hasta el momento solo se ha obtenido una decisión como resultado del proceso, lo que demuestra la importancia de la participación de las víctimas en todas las etapas del proceso judicial.

Si la víctima es miembro de un pueblo indígena, la participación es algo complicada porque factores como el miedo y el desconocimiento básico del proceso no son los únicos factores involucrados. También hay diferencias culturales como el idioma y el sistema judicial único.

Entonces la investigación como la de Esther Sánchez cobra aún más importancia, a través de la metodología del peritaje antropológico, podemos encontrar mecanismos de relación íntima y de confianza con la comunidad para vincularnos al proceso de calificación como víctima.

Sánchez León (2013) en su libro “*¿Cuáles son los derechos de las víctimas?*” establece en principio, que el Derecho internacional reconoce que las víctimas que han padecido de este tipo de violaciones, tienen derecho a conocer la verdad de lo sucedió, incluyendo quiénes cometieron los hechos y las causas o razones que los motivaron. De igual forma, indica que el Estado está en la obligación de esclarecer judicialmente lo que paso, responsabilizando los autores y de ser

necesario, imponiendo sanciones de acuerdo al daño causa. Este derecho es conocido como el ejercicio del derecho a la justicia.

4.2.3 El fuero de los pueblos indígenas y su Gobierno propio

En la historia de nuestros pueblos indígenas hace más de quinientos años, ocurrió la invasión europea que nos transformó; desde entonces han venido resistiendo y luchando por no desaparecer y por conservar vivas a su gente y sus tradiciones, una lucha que ha tenido altibajos y que reunió a todos los pueblos de la ONIC (Organización Nacional Indígena Colombiana) que descrita en la ley de gobierno propio.

Fueron aproximadamente dos años en el que se tejieron las voces, pensamientos y propuestas de más de tres mil personas ya que hace cuarenta años decidieron organizarse para trabajar juntos, luchar y defender sus derechos. En ese momento, no se sabía cuáles y cuantos pueblos indígenas existían, no existía aún la Constitución Nacional de 1991, el papel de la mujer se consideraba “no fundamental” y es por eso que en el año 2016 en el mandato del noveno Congreso, se habló por primera vez de la necesidad de fortalecerse para afianzar la autonomía, se habló entonces de dos puntos importantes como: 1. Reestructuración y continuidad de la ONIC. 2. Definición y acuerdo de una nueva forma de Gobierno, dando como resultado la Ley de Gobierno propio.

La metodología para construir esa ley se aprobó en la Asamblea Nacional del 2017, luego en los años siguientes hubo encuentro de fundadores y fundadoras, asambleas macrorregionales y territoriales con la participación de 49 asociaciones y organizaciones indígenas. Ocurrió entonces la asamblea nacional de mujeres indígenas, hubo reuniones con el consejo mayor de Gobierno y el 18 de noviembre del año 2019 la Asamblea Nacional de Autoridades Indígenas Ampliada aprobó la ley que desde ese momento entró en vigencia.

Dentro de los encuentros se hablaron de su organización, principios que definen la forma de actuar de ONIC, que las decisiones no se tomen solo en oficinas, sino que se entienda que las ideas, reflexiones y propuestas no se quedaran en el centro del país, que se escuchan y tienen efecto a nivel Nacional. Unidos tomaron decisiones y se pusieron de acuerdo en la ley del Gobierno propio.

4.2.4 Contenido de la Ley de gobierno propio

Se divide en dos grandes títulos como lo es lo propio y lo intercultural, el primero habla sobre sus principios, valores y plataformas de lucha y en general ofrece una guía para poder vivir organizando la casa grande (ONIC) de los pueblos indígenas en Colombia, en ese título se reafirman sus propias formas autónomas de gobierno ratificando la ONIC como una autoridad nacional de gobierno indígena, pero respetando la naturaleza de las autoridades nacionales tradicionales.

El segundo, a lo que se refiere de la forma en cómo se comunican y se involucran en los escenarios políticos así incluyendo el dialogo entre la sociedad indígena y no indígena, algo que se encuentra intrínseco en los procesos ancestrales de su resistencia, este título define su organización y estructura interna para el ejercicio de la gobernabilidad de la ONIC, se definen mecanismos de participación, órganos de decisión administrativos y de asesoría, de los derechos y deberes de los asociados, de la organización económica del patrimonio y de los mecanismos de control social para un buen gobierno.

La ley de gobierno propio es una clara invitación para utilizar el conocimiento, recursos y capacidades indígenas para dar ejemplo de unidad, solidaridad y humanidad que aporta a la supervivencia de sus tradiciones, autonomía y soberanía. Esta ley además organiza y

aporta herramientas para fortalecer la sabiduría ancestral, protegerse y enfrentar la violencia, ratificar la lucha de las mujeres y fortalecer los sistemas de justicia interna.

4.2.5 Manifestaciones jurisprudenciales

Los derechos de los pueblos indígenas se encontraban de manera explícita en textos jurídicos, pero eran negados desde la práctica, como, por ejemplo: 1. Utilización de su lengua 2. Respeto a sus lugares sagrados 3. Ser tratados dignamente como hombres y no como “salvajes” o “no civilizados” 4. Respeto a la constitución de su resguardo 5. Otorgar por parte del estado carta de identidad o cedula.

Según la Ley 153 de 1887 afirma que *“la diversidad de los sistemas indígenas y su característica de ser consuetudinarios contrasta con el sistema positivo colombiano donde la costumbre de aplicación supletoria a falta de legislación positiva siempre y cuando no sea contraria a ninguna ley”*.

Desde esta perspectiva de la lectura de las normas de la Constitución que establecen la jurisdicción de los pueblos indígenas, se concluiría que las costumbres y usos indígenas se encuentran bajo la Constitución Política y sus leyes, y por tanto es de aplicación supletoria.

Donde se tomará esto en la práctica se estaría **violando** y **negando** el derecho a la autonomía y la Jurisdicción Especial Indígena, entonces para hacer posible el reconocimiento constitucional de esta jurisdicción se tradujo en la sentencia T- 523 de 1997 lo siguiente:

- I. Las costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.
- II. Solo las normas legales imperativas (de orden público) priman sobre los indígenas siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.

4.2.6 Elementos de reconocimiento

Al respecto, señaló la Corte “[...] se reconoce como hecho probado que el actor si es indígena, pero esta calidad analizada aisladamente no le otorga el derecho al fuero, pues la jurisprudencia de esta Corporación expresamente señala los elementos esenciales que deben concurrir para obtener tal garantía y ellos no se presentan en esta situación por cuando el accionante no residía dentro del resguardo y el delito se cometió por fuera de los límites del mismo”. Corte Constitucional, Sentencia T-667 de 1998, M.P: Antonio Barrera Carbonell.

- (i) Elemento subjetivo: Se refiere a la pertenencia del sindicado a una comunidad indígena, para lo cual, no es suficiente que se acrediten los rasgos meramente étnicos, sino que es necesario además acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres

Señaló también el alto tribunal que “[...] la consideración de la víctima puede ser determinante en el momento de decidir acerca de la procedencia de una jurisdicción especial, y que el ejercicio de este tiene que realizarse dentro de parámetros que garanticen, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, su derecho a la reparación, a saber, la verdad y a la justicia”. Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

- (ii) Elemento objetivo: Se refiere al sujeto u objeto sobre el que recae el actuar criminoso, el cual se requiere que en principio guarde identidad cultural con el sujeto activo del delito. En este sentido, la Corte ha señalado que la consideración de la víctima puede igualmente considerarse como determinante en la procedencia de esta jurisdicción especial.

En palabras de la Corte, *“El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en su zona que objetivamente puede tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo”*. Corte Constitucional, Sentencia T-1238 de 2004, M.P:

Rodrigo Escobar Gil.

- (iii) Elemento territorial: Este se limita no sólo a la entidad territorial propiamente indígena, sino que se refiere a la presencia efectiva de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades territoriales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades.

Señala la Corte en esa misma sentencia expresamente al respecto que en *“cuanto el fuero sólo se materializa cuando la autoridad indígena exterioriza su voluntad de asumir el conocimiento de una determinada causa”*.

- (iv) Elemento orgánico: Este se refiere a la existencia de autoridades en la comunidad indígena que ejerzan control social y estén en capacidad de adelantar el juzgamiento conforme a sus usos y prácticas tradicionales. A ello se le ha sumado como requisito el hecho de que la autoridad indígena deba exteriorizar su decisión de adelantar el juzgamiento sobre el sindicado, y de no hacerlo, el caso será conocido por la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, ante la confluencia de los elementos del fuero indígena entendidos como *“los que determinan la competencia de la jurisdicción indígena”* en la sentencia T-009 de 2007 por el Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, los jueces de la República perderán la jurisdicción respecto del sindicado y por tanto serán las autoridades reconocidas de la

comunidad indígena las que ejerzan jurisdicción sobre el investigado, acorde con sus usos y costumbres pudiendo sus normas ser escritas o consuetudinarias.

4.2.7 El fuero indígena

Tras la promulgación de la Constitución de 1991, se reconoció y protegió la diversidad cultural y étnica. Bajo el reconocimiento del principio constitucional, se han otorgado a estas comunidades ciertos espacios de libre determinación y autonomía. Un ejemplo es el derecho de los pueblos indígenas a vivir de acuerdo a sus usos y costumbres, y por ende el derecho a tener una jurisdicción especial.

En la época de la conquista y de la colonia, los indígenas fueron vistos como hombres en “estado de salvajismo”, frente a quienes existía el deber de difundir la fe cristiana, en pro del mejoramiento de sus calidades de vida, integración a la sociedad y su salvación espiritual. Dichas intenciones, fueron desarrolladas en las Leyes de Indias, a través de las cuales se crearon además instituciones especiales de protección para los aborígenes, que luego no fueron llevadas a la realidad, como las tendientes a que no fueran exterminados o esclavizados por los españoles. En este contexto entonces, “la segregación física de las comunidades indígenas se combinaba con la separación del régimen jurídico, tributario y político”, evidenciándose, como para esa época, a los indígenas les era reconocida su diferencia a pesar de ser mirada con desprecio, razón por la cual, puede deducirse que para la época esos indígenas, desplazados y casi invisibles, pudieron enfrentar sus conflictos desde sus costumbres y cosmovisiones. Así, puede afirmarse que incluso hasta la colonia, se mantuvo vigente la institución de la jurisdicción indígena como forma de control social, cultural y religioso entre sus miembros. (Velásquez, 2017, p.12)

A pesar del complejo proceso de evangelización por el que han pasado algunos pueblos indígenas, la mayoría de los llamados "salvajes" practican en secreto las costumbres y costumbres de sus antepasados, aun con los ojos inconscientes de la iglesia como un acto de preservación y resistencia a su identidad cultural.

En este sentido, la justicia indígena, por su carácter consustancial a la cosmovisión y a la lengua de cada cultura y por operar a través de las relaciones del parentesco y de todo el tejido social, fue una práctica indivisible a la mirada religiosa occidental, lo cual implicó, de hecho, que no pudiera incidirse consciente y directamente sobre ella. (Valencia, 2000).

Resumiendo un poco lo anterior, es importante reflexionar sobre la movilización organizada que llevaron a cabo los indígenas Paeces en el Cauca, hacia 1970, para la recuperación de sus tierras ancestrales, lo cual conllevó a la fundación del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), seguido de la conformación de la Organización Nacional Indígena colombiana (ONIC) en 1982, por el cual los indígenas protestaban por la aplicación de la ley 89 de 1890, la recuperación de tierras, la administración autónoma de sus recursos y la implementación de diferentes medidas para la conservación de su cultura. Sin embargo, esta movilización encaminada a la recuperar las tierras en el Cauca estuvo acompañada tristemente de sangre por los diferentes conflictos con los terratenientes, el ejército y en ocasiones con otros indígenas, desencadenando, dentro de todo este contexto, el movimiento indigenista Comando Quintín Lame.

En el marco de las declaratorias de autonomía indígena, se presentó a la Asamblea Constituyente una propuesta a partir de la aprobación del fuero indígena por el diputado Lorenzo Muelas, propuesta que no condujo mucho hacia el establecimiento de una institución, pero sí

hacia la regla de reconocer una realidad preexistente. Esta propuesta, a su vez sustentada en las declaraciones de Francisco Rojas Birry, planteó la necesidad de establecer una jurisdicción indígena para preservar sus culturas, por supuesto, reconociendo el necesario alineamiento con la estructura nacional, para que sus decisiones y acciones sean respetadas a la luz de la Declaración de los Derechos Humanos. (Valencia, 2000).

La Constitución Nacional de 1991, entonces, en su artículo 246 establece: *“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”*.

La Corte Constitucional se pronuncia respecto al fuero indígena y su jurisdicción especial en la sentencia C-139 de 1996 por el Magistrado Ponente el Dr. Carlos Gaviria Díaz en el que se exponen los cuatro elementos que posee la misma:

“ (...) la jurisdicción indígena tiene cuatro elementos i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; ii) la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios; iii) el respeto a la Constitución y la ley dentro del principio de maximización de la autonomía; y iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional”

4.3 Del peritaje antropológico en Colombia: una realidad social

4.3.1 Origen del peritaje antropológico.

El peritaje antropológico ha servido como puente para el entendimiento del hombre occidental con el hombre indígena, tanto así que Colombia ha servido como referente para el desarrollo de una herramienta considerada para distintos autores como una “ponderación” de lo que no se puede ver a simple vista, Vasques Luna (2010) nos dice: Una primera aproximación al derecho indígena la tuvimos en la década de los setenta, cuando la aplicación de la ley nacional era absolutamente rigurosa, formal, injusta, discriminatoria contra los pueblos indígenas. (p.86).

Este fenómeno obligó en Colombia, en los años setenta, a impulsar un proceso de reforma legislativa tendiente al reconocimiento de la diversidad cultural. Sin embargo, esta reforma se sustentaba en la idea evolucionista expresada en la Constitución entonces vigente, que hablaba de “sociedades en proceso de ascenso”, y que clasificaba a los indígenas en salvajes, semisalvajes y civilizados, estadios que había que considerar en el momento de ponderar un hecho considerado antijurídico. (Sánchez, 2010, p. 88)

Estos estados de conciencia se debían considerar en el momento de ponderar un hecho considerado antijurídico, aspecto que fue demandado por inconstitucionalidad dictándose sentencia mediante la C-139 de 1996. Se consideraba que un psiquiatra era el encargado de definir cuál era el grado de imputabilidad y la capacidad de distinguir la antijuricidad de una acción a partir de los referentes culturales de occidente.

Fue entonces cuando se propuso encontrar en las culturas unos saberes distintos que ayudaran a identificar cuáles serían esas justificaciones de los actores y causas dio un gran paso al saber antropológico ya que el abogado Luis Fernando Vélez en 1975 buscó comprender e

interpretar todas las actuaciones que catalogaban como “antijurídicas” por el simple hecho de no entender la universalidad y lo que encasilla un mundo distinto. (Sánchez, 2010)

Años más tarde durante el Congreso Nacional de Antropología celebrado en 1984, se presentó un aporte grandísimo sobre el tema, allí se reflexionaron cinco puntos trascendentales:

El primero fue el retiro de los informes psiquiátricos como prueba que acreditaba la capacidad de una persona para actuar frente a determinados hechos. El segundo fue la trascendental importancia de las referencias cognitivas a la realidad social y a la cultura que determinan un comportamiento particular de un individuo. Tercero, el valor del trabajo interdisciplinario entre antropólogos y juristas, portadores de saberes diferentes. Cuarto, la interpretación de los hechos a la luz de la cultura y, quinto y último, el conocimiento antropológico como medio para establecer distintas relaciones de poder.

En resumen, la pericia antropológica es ahora una herramienta para interpretar el comportamiento de ciudadanos culturalmente diversos, con el apoyo de ciencias aplicadas como el derecho, la antropología y la sociología.

4.3.2 De sus roles frente a la justicia ordinaria

Cuando el investigador se encuentra frente a un caso donde se encuentra involucrado un sujeto indígena, reflexiona Esther Sánchez que es fundamental que nos despojemos de todo lo que conocemos hasta ahora para adentrarnos a un mundo distinto, a nuevas perspectivas, comprensiones y estructuras culturales con el objetivo de poder confrontar con sabiduría otros derechos. (Sánchez, 1992).

Un ejemplo de ello es el resultado que nos muestra los análisis de las sentencias T-428 de 1992, T-405 de 1993 y su unificación en la SU-510 de 1998, donde los magistrados fueron a buscar para el caso en específico respuestas culturales con “lentes de abogados” en una concepción

de daño y reparación, tratando de leer las señales con sentido común dejando a un lado los criterios provenientes de la antropología cultural para realizar un juicio justo.

El derecho positivo, de manera dogmática, deduce por análisis silogístico determinadas conclusiones. La antropología trabaja a partir de lo que sabe que es posible en otras estructuras culturales y, apoyándose en otras lógicas, informa para posibilitar juicios más justos. (Guevara Gil, A., Verona, A. & Vergara, 2015, p.41)

Es por ello que, quienes asumen los roles de juzgadores con un conocimiento especializado y una competencia jurisdiccional, pero que aun así no participa de los mismos valores culturales y sistemas simbólicos de los implicados; una forma de influir en sus decisiones es requerir al peritaje antropológico como una alternativa para jueces y defensores. (Sánchez, 1992)

4.4 Del perito antropológico

Los antropólogos son terceros colaboradores técnicos en la disputa, llamados a identificar la causa del hecho, su impacto y la posibilidad de que haya ocurrido o incurrido. En otras palabras, la pericia para ejecutar la prueba la lleva a cabo él, por lo que le corresponde a él determinar específicamente los puntos que debe diseñar “una persona reconocida socialmente como portadora de un conocimiento en determinada materia” Art. 236 del Código del Procedimiento Civil.

El perito antropólogo informa la autenticidad de un elemento de cultura que efectivamente concuerda con la realidad de lo existente, con lo que es demostrable,

porque está compartido intersubjetivamente y, por supuesto, porque se corresponde con los hechos. (Sánchez, 2015, p.43)

Es por ello que, con el ánimo de concebir juicios más justos y evitando el uso de la cárcel; una revisión de las normas internacionales observó obligaciones normativas tendientes a aplicar otro tipo de sanciones en relación con los pueblos indígenas. Esto ha sido propuesto como último recurso y debería ser el punto de partida para el enfoque a los problemas de los pueblos indígenas teniendo en cuenta que esta práctica afecta negativamente a la percepción de su propio mecanismo y les produce un sufrimiento.

Existen también varios criterios que conllevan a una valoración de carácter probatorio, algunos de ellos están encaminados a darle un papel de profesional o de persona al perito antropólogo, otros en cambio están encaminados al comportamiento dentro de los procesos en etapa interrogatorio, relacionados también a la fiabilidad de la prueba pericial, algunos referentes a pruebas técnicas o científicas y otros de carácter general para cualquier otro tipo de prueba. Los criterios de confiabilidad también pueden regularse como un parámetro aceptable para la prueba pericial y, por supuesto, servir como criterio para que el sujeto del procedimiento gestione las audiencias de expertos. La utilización de parámetros relativos a la permisividad procesal del informe pericial puede tener las consecuencias jurídicas de denegación o exclusión de la prueba.

La exigencia de la pertinencia en el CPP/2004 comprende dos aspectos, uno factico y otro cognitivo. Puede hablarse de pertinencia en sentido factico cuando el Código establece que *“el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado”*

(art. 375). Es fáctico o formal porque solo enjuicia la consonancia o congruencia de los hechos del tema de prueba con respecto a los hechos objeto de la decisión en la sentencia; en otras palabras, que la prueba tenga como objeto los supuestos de hecho de las normas sustanciales que serán objeto de decisión en la sentencia. Se puede hablar de pertinencia cognitiva de la prueba “cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito” (art. 375).

4.5 Del juez de la República

En cuanto a los funcionarios públicos y ejecutivos de justicia, existe una gran evidencia de desconocimiento de los conceptos étnicos y culturales, lo que atenta gravemente contra los principios y políticas constitucionales que reconocen a los pueblos indígenas.

Ante hechos que afectan a miembros de la comunidad indígena, los jueces no solo son responsables de la complejidad y responsabilidad de los juicios justos, sino también de las numerosas cosmovisiones valiosas dentro del sistema constitucional de las naciones multiculturales que surgen de la necesidad de prevenir. (Sánchez, 2010)

El fallo SU-510 de 1998 reconoce que el juez no es un tercero necesariamente imparcial, pues tiene una identidad y unas posiciones culturales, aspectos que pueden intervenir negativa o positivamente en un caso:

La Corte propone como salida que un experto, a su solicitud, haga un análisis cultural, en el terreno de la antropología, que contribuya a comprender un asunto que requiere

comprenderse y que por la singularidad del objeto de estudio del derecho no necesariamente se tiene por parte de los jueces. Con este camino trazado, desplaza la Corte la pregunta por la imparcialidad del funcionario de una sociedad multicultural y pluriétnica, con base en las teorías de la justicia, hacia el contexto de las discusiones epistemológicas y metodológicas sobre el análisis cultural practicado por la etnografía. ¿Debe interpretarse esta afirmación como un deber para los funcionarios involucrados en la resolución de estos conflictos? Es decir, ¿deben ellos convertirse en observadores participantes para poder juzgar? ¿Qué hace pensar a la Corte que la metodología del observador participante va a garantizar la imparcialidad de los funcionarios? No obstante, las dificultades que supone, esta propuesta es revolucionaria e interesante. Significa reconocer que los jueces deben contar con una formación y con un aporte externo. Significa reconocer que el conocimiento sobre la cultura cumple una función política como es la de apoyar a los jueces para que realicen decisiones garantes, basándose en un conocimiento especializado. En otras palabras, pide a los científicos sociales que se involucren y que compartan con los funcionarios judiciales la responsabilidad de asumir decisiones de dimensión política y de gran impacto social y cultural. Solicita que la gestión de los asuntos del Estado sea compartida por la investigación, por la ciencia y por la política. Sugiere que para que las decisiones de la autoridad estatal sean adecuadas la sociedad debe contar con una comunidad científica e intelectual, robusta y beligerante, debiendo producirse un diálogo fluido con esta comunidad. Como intelectual urbano de Occidente, el juez constitucional se enfrenta a preguntas como: ¿a qué dar importancia o a qué no? ¿Privilegia los elementos “más tradicionales e inalterables de una cultura” o reconoce también la existencia de “importaciones culturales” y de cambios, muchas veces no asumidos homogéneamente por todos los miembros de una sociedad? El texto

constitucional, por ser una unidad de principios indeterminados, no tiene una única manera de interpretación. Por ello, el juez constitucional, que es un tercero incluido en un conflicto, pero que tiene la mayor autoridad jerárquica, habrá de arbitrar con base en una de las interpretaciones posibles, buscando una salida justa, imparcial y a su juicio, constitucional. (Sánchez, 2010, p.328)

La función de "diálogo intercultural", a la que también se refiere este acuerdo, se centra en la búsqueda del juez de la ampliación de la realidad y es la base constitucional de su decisión en espíritu. Es coherente con la cosmovisión del sujeto o grupo que dibuja el horizonte y afirma la validez de sus derechos.

A la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, los Jueces de Control de Garantías no pueden imponer medidas para asegurar la prisión preventiva en establecimientos penitenciarios a los ciudadanos pertenecientes a pueblos indígenas. El sistema penitenciario nacional para los tratados en esta condición es aplicable un sistema internacional que ordena no tener como recluso a quien reconoce a su vez, que deben ser tratados en condiciones especiales. Las mismas restricciones se aplican a los jueces de conocimiento que no pueden ordenar la ejecución de sentencias condenatorias en centros penitenciarios de rehabilitación del sistema judicial normal.

Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos —entre ellas, la OIT—. Las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos (Barié, 2003, pág. 58).

En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio.

Es evidente que la prueba judicial es una disciplina del conocimiento en el que la racionalidad tiene un papel tan primordial que autores como Bentham consideran que son más trascendentes los principios de la racionalidad que el mismo derecho probatorio (Ferrer, 2007, p. 36). Precisamente, en la valoración de la prueba, aunque hay muchas reglas jurídicas, existe un campo muy amplio para el conocimiento del mundo por parte del juez.

Las soluciones están orientadas a dos líneas de acción, en primer lugar, a la garantía de derechos individuales y colectivos de miembros de pueblos indígenas en establecimientos penitenciarios, en la cual es importante sensibilizar a todos los actores involucrados sobre la importancia del respeto a los derechos humanos y la pervivencia cultural de los pueblos indígenas. Segundo, al ejercicio de la justicia y de las justicias propias, el cual demanda un fortalecimiento en las capacidades sociales, políticas y organizativas para abordar esta situación. (Villareal, 2016, p.5)

4.6 El peritaje como medio de defensa

Existen dos presupuestos básicos para la intervención de las autoridades propias de los pueblos indígenas, una de ellas es la condición étnica del infractor de la ley con un componente particular “personal” y la segunda; que el delito se haya cometido dentro del territorio indígena con un componente de carácter “geográfico”. Esto quiere decir que la etnicidad del sujeto no se pierde por el hecho de delinquir por fuera de la zona de su resguardo o del territorio

específicamente delimitado al pueblo indígena, un reconocimiento que ha hecho expresamente la Corte como un derecho a la colectividad que se puede evidenciar en la sentencia T-341 del 2016.

Teniendo esto en cuenta, ¿qué mecanismo de tratamiento alternativo debe recibir una persona del grupo étnico imputado? En segundo lugar, el tratamiento tradicional del pueblo al que pertenece el perseguido debe ser convocado por las autoridades de esta misma, en este caso encargadas de la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios.

4.6.1 Fuera del ámbito territorial

Para la Corte Suprema de Justicia se les prohíbe a los sujetos indígenas renunciar a la resolución de conflictos presentados en un determinado territorio al que pertenecen o son reconocidos, ya que esto implicaría a un desconocimiento del “juez natural” y su derecho indígena comprometido con el conflicto, sin embargo, este es un derecho individual mas no colectivo.

En la Sentencia T-496 del 1996, el magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz reitera el sentido de que el indígena es indígena en la medida que esté más o menos involucrado en su cultura, y dependiendo de la medida en que la cultura mayoritaria lo haya podido afectar. El magistrado expresa:

“No es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial. No solo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y la

afectación del individuo de cara a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable.

Nos hace reflexionar en que en definitiva el derecho penal como ordenamiento jurídico que regula mediante sanciones las violaciones a ciertas normas de cultura no puede desarrollarse ni profundizar más allá de sus propios límites sin la concurrencia de ciencias como la antropología que analiza, estudia, evalúa y explica la conducta social del individuo con base en el análisis de su propia cultura. (Sánchez, 2010)

Es allí donde inicia la actividad del perito para la defensa del sujeto indígena, pues dentro de su papel como perceptor es un sujeto capaz de explicar lo que no es necesariamente obvio o simplemente sintomático, en otras palabras, el perito dispone de criterios para adentrarse en estructuras no manifiestas para poderlas conocer e interpretar a partir de un contexto cultural.

A continuación, cito en extenso un caso que muestra el papel del peritaje antropológico, realizado por Esther Sánchez Botero para el Magistrado Jaime Araujo Rentería de una Acción de Tutela instaurada por el señor Ángel Peña contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y el Juzgado Primero Laboral del circuito de Santander de Quilichao:

Pregunta el Magistrado: Si se tiene conocimiento de cómo se ejerce el derecho de defensa, ¿cuáles son las ritualidades propias de los procesos penales al interior de las comunidades indígenas, en especial las de Cal dono y Pioya, territorio ancestral SA' TH TAMA KIWE del pueblo Nasa (decía Naya), ¿qué tipo de sanciones se imponen y en qué proporciones operan las mismas?

El antropólogo aquí es donde expone los enunciados que se requieren a cómo es la defensa en ese pueblo indígena particular, defensa que existe en su “mundo real” y que pertenece a esa sociedad particular:

La defensa es una institución ampliamente configurada dentro del Derecho Propio Páez que debe realizarse por parte de los mismos Paeces. Los miembros de este pueblo, rechazan la presencia de abogados externos formados en el derecho estatal, para actuar como defensores en casos en los cuales las autoridades indígenas y la comunidad tienen previsto cómo resolver esos asuntos. El acusado de actuar antijurídicamente, de acuerdo al Derecho Propio Páez, dispone de varias opciones para que como sujeto trasgresor ejerza el derecho de defensa. Este derecho a la defensa es pensado como: /yue gue puchsa/. Es traducido como: “un derecho que tenemos todos”.

Pregunta el Magistrado: Si al interior de alguna comunidad indígena [...] el procesado cuenta con la asistencia de alguno de sus miembros o quien lo auxilie en su defensa.

El peritaje expresa:

Sí. Existen dos modalidades de defensa: actuación de la persona implicada en su propia defensa o con la intervención de otros.

La persona acusada se defiende por sí misma. La primera posibilidad de defensa es que la persona acusada se defienda por sí misma. Esa persona expresa con palabras sus actuaciones a la autoridad competente y ofrece pruebas, si fuera el caso.

Un externo, otro distinto de la persona acusada ejerce la defensa. Esta segunda posibilidad de defensa se centra en el concepto /nausa/ que significa que un externo, un otro distinto de la misma persona acusada de cometer un delito, pueda participar de la defensa de una persona inculpada. Existen varias posibilidades para que diferentes de la persona acusada, intervengan como defensores. /nausa/, traducido al páez como “ayudador de palabra”. Son reconocidos socialmente como “ayudadores de palabra” las siguientes personas o grupos:

La ilar del maíz. Esta opción está dada por miembros de la comunidad a los que la persona acusada solicita su intervención o ellos se ofrecen a apoyarla. Tradicionalmente, los Paeces tienen de manera muy interiorizada la institución del dar y recibir, la cual es enseñada sobre la base de principios comunitarios para su autoidentificación y con ejemplo cotidiano. Así, cada páez monta una especie de dispositivo (aparato y mecanismo) con las personas con las que ha interactuado de cerca, con quienes ha compartido particularmente, alimentos (carreras de maíz), trabajo en minga o trabajo rotativo y obligatorio en una institución comunitaria o cambio de mano: “Yo lo ayudo y usted a mi después”, y con servicios, que son instituciones propias vitales para que la vida cotidiana, material y espiritualmente funcione. Este dispositivo, o ilar del maíz, permite que cada páez –hombre o mujer–, en el caso [de] que sea acusado judicialmente y lo requiera, cuente con la solidaridad de estos, con quienes durante tiempo atrás y mutuamente, se han venido auxiliando.

El titan. Un páez en tercer lugar, puede contar para su defensa con el capitán denominado titán. Se trata de una figura prominente que puede cumplir esta tarea.

Un anciano. En cuarto lugar, los hombres que llegaron a la ancianidad, pueden participar también de la defensa. Ellos se encuentran en un estado permanente o sea que ya llegaron a esa categoría de ancianos; no están en la de un cargo temporal como, por ejemplo, Gobernador del Cabildo. La persona acusada puede acudir a un anciano, este escucha al implicado y puede constituirse en defensor.

Consejo de Ancianos. El prestigio de los mayores es muy elevado en este pueblo. Por ello en quinto lugar se puede buscar a un mayor del Consejo de Ancianos que siendo aliado de la Asamblea pueda actuar como defensor.

Comisión de Investigaciones. Dado el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena y el fortalecimiento del derecho propio, se creó la Comisión de Investigaciones. Esta Comisión se apoya en el medico tradicional o the'wala que refuerza, mediante la lectura de señas en el sujeto trasgresor, el concepto de verdad. Busca demostrar la verdad que favorezca al sujeto o, si el caso lo hace responsable, se convierte en aliado de la Asamblea, la cual representa los más altos intereses de toda la comunidad.

La Asamblea. Los casos graves son presentados a la Asamblea comunitaria que actúa como receptora de las pruebas, como expresión del debido proceso, del equilibrio para ponderar a favor o en contra del acusado y como ordenadora de sanciones. Es posible que su rol sea también el de defensora.

Intervención de otro Cabildo. Un acusado puede pedir el apoyo de algún miembro o de varios de otro Cabildo para que lo apoyen en su defensa.

En este punto, si el sujeto indígena está fuera o se percibe como tal, el informe servirá como un “aporte” para construir un entendimiento intercultural en el marco del pluralismo jurídico. Fomenta en gran medida la participación de todos los actores, incluidas todas las autoridades convocadas para declarar, esclarecer, informar, contribuir y eliminar el etnocentrismo de los diversos interlocutores.

Entonces para hacer posible el reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Indígena se tradujo que:

- i) Las costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.
- ii) Solo las normas legales imperativas (de orden público) priman sobre las indígenas siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.

4.6.2 Dentro del ámbito territorial

Existen planteamientos como el de Armando Guevara Gil que dentro de sus trabajos sobre la antropología aplicada en las ciencias jurídicas reflexiona y comprueba que el peritaje es usado sistemáticamente para disminuir las penas a los indígenas juzgados en la corte amazónica. Un ejemplo de esto es una sentencia, en la que la Corte se basa en la pericia para concluir que los acusados indígenas “no pueden ejercer el derecho del Estado a entender” debido a las afiliaciones étnicas y culturales asociadas con su territorio. La pericia está destinada a los prejuicios que pueden conducir al racismo.

La ideología ayuda a regular, como lo expresa Esther Sánchez en su obra, a decirle a la gente qué pensar sobre los temas sociales, no solo están diseñados para permitir funciones de pensamiento mental, sino que también son (especialmente) fuentes de desempeño social, las prácticas y las interacciones sociales en las que se utilizan. (Sánchez, 2010)

Esto hace reflexionar a cualquier sujeto perteneciente a cualquier sociedad en que existen unas dimensiones básicas y unos criterios de permanencia dentro de un grupo o un territorio en específico ¿Quiénes somos? ¿Quién pertenece a nuestro grupo? ¿Bajo qué normas nos regimos? ¿Cuáles son nuestros objetivos? ¿Cuál es nuestra posición social en relación con otros grupos?

Tanto para los jueces, como para los magistrados y defensores, los peritos antropólogos y los peritos miembros de las propias comunidades han determinado cuando se trata de un indígena que vive en la comunidad o fuera, si fue expulsado y perdió sus derechos por una medida interna, o si ha tomado la decisión de no seguir siendo indígena. Han revelado frente a determinados hechos esta tipología diferencial que efectivamente se da en la realidad y que contribuye muchas veces a exaltar la complejidad que el horizonte de lo indígena tiene. Precisar en hechos estas diferencias ha logrado introducir contenidos epistemológicos paradigmáticos para un nuevo razonamiento judicial en el marco del pluralismo jurídico. (Sánchez, 2010, pág. 124)

En la sentencia T- 496 de 1996 además de especificar el carácter personal y el carácter geográfico de lo que compete la aplicación del fuero especial indígena, traza una ruta de aplicabilidad en el siguiente ejemplo:

“Cuando el sujeto indígena cometa un delito dentro de su territorio se debe cumplir una función jurisdiccional a cargo de las autoridades indígenas correspondientes, sí en cambio el actuar del sujeto afecta a una persona común de otra área diferente fuera de su territorio tradicional; no siempre se debe aplicar la regla del territorio sino que la autoridad ordinaria que es el Juez de la Republica está en la obligación de tener las siguientes consideraciones: Sí la conducta del indígena es sancionada por el ordenamiento nacional en principio los jueces son los competentes para conocer el caso pero aquí es donde el juez debe determinar de manera minuciosa si el sujeto agresor entendía al momento de concebir el ilícito y que su conducta era negativa para efectos de reconocerle o no el derecho al fuero.”

Los jueces no pueden limitar los aspectos territoriales para definir la jurisdicción, pero sí algunas situaciones para determinar si los pueblos indígenas son juzgados y sancionados por su ordenamiento jurídico comunitario o nacional, es obligatorio evaluar:

- I. Conciencia étnica del sujeto.
- II. Su grado de integración frente a la cultura mayoritaria.
- III. El grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece y la afectación del individuo frente a la sanción.

Otra variable considerada para el juzgamiento de los casos según la sentencia T-139 de 1996 es *“la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad”*. Por el contrario, los tribunales y los abogados deben considerar si la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas afecta los derechos fundamentales de las personas como persona jurídica y de qué manera. Lo mismo ocurre si la protección de los derechos básicos de

los pueblos indígenas como entidad jurídica colectiva viola los derechos básicos de los pueblos indígenas.

4.6.3 La prueba judicial antropológica

Cada peritaje antropológico sitúa pues la posibilidad de una crítica. Es un montaje puesto en un escenario para lograr el trato distinto a sujetos culturalmente distintos, que viven en una sociedad históricamente situada, y que portan y tienen en cuenta su mundo cultural en sus actuaciones. Esta orientación social y política aporta también un criterio de límite, en el sentido de que toda tesis del discurso académico puede ser invalidada; pero también, abre una perspectiva por donde avanzar, como es la posibilidad de que los peritajes puedan ser criticados. (Sánchez, 2010, p. 324)

A los requisitos de admisibilidad de la prueba científica el CPP/2004 (art. 422) se refiere concretamente a “aspectos noveles del conocimiento” de la “base científica o técnica” de la prueba propuesta; de esta normatividad se infiere que al momento de la admisión no se hace una valoración integral de la prueba pericial si no de algunos de sus componentes. Menciona este código que para efectos de su admisibilidad la prueba pericial debe presentarse precedida de un escrito en el que se exprese la base de opinión (Art. 415). Prescribe también que para la admisibilidad de la base científica o técnica de los “aspectos noveles del conocimiento” debe cumplir al menos uno de los siguientes condicionamientos: que “*goce de aceptabilidad en la comunidad académica*” o que la “*teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada*” o que “*haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica*”; o que en el caso de la “técnica científica” “*se haya acreditado el nivel de confiabilidad*” (art. 422 CPP/2004).

La prueba judicial antropológica resulta ser una intermediación formalmente admitida, ya que ha sido configurada por ciertos criterios aprendidos provenientes de un sistema de conocimientos que habilita la posibilidad de justificar la aplicación o suspensión de las normas preestablecidas para un caso particular con el fin de dirimir controversias y establecer responsabilidades. (Peña, 2008)

Los antropólogos culturales legales que estudian la cultura en relación con los hechos responden preguntas y las formulan con declaraciones que asumen valores de verdad formales, coherentes y empíricamente verificables. Desde un punto de vista filosófico, el debate sobre la posibilidad de captar la realidad es un tema importante, y si bien existen diferencias en la relación existente entre la verdad y el hecho, la relación menos cuestionable es que la verdad transmite el hecho y el enunciado de los hechos es verdadero. Esta relación se conoce como la correspondencia de la verdad, y existen dos formulaciones bien conocidas. La relación de Aristóteles significa "decir de lo que es, que es y de lo que no es, no es". La afirmación de que 'la nieve es blanca' se aplica solo cuando la nieve es blanca", dice Tarskis. (Monsalve, 1992).

Dada la diversidad de los pueblos en la nación, se infiere la existencia de una variedad de expresiones distintas de los sistemas de derecho y, por ende, de justicia, que actúan internamente e interactúan con las autoridades de la justicia ordinaria, por lo que se prevé un alto índice de diferenciación y de prácticas judiciales, para abordar una misma situación pensada como antijurídica. Sin embargo, aproximando el lente, a partir de casos, se encuentran edificantes manejos que actuando como "tercer lado" logran entendimiento entre sistemas y evitan grandes arbitrariedades, que desafortunadamente también se presentan. (Sánchez, 2010, pág. 17)

No se trata siempre de hacer creer inocente al sujeto indígena para salvaguardarlo de una eventual sanción, ni tampoco de afirmar que el acto nació de una involuntariedad frente a un daño ni que el sujeto es un inexperto contraponiendo la sociedad a la que pertenece, el papel fundamental del perito es la de exponer y crear ese vínculo intercultural a la autoridad de la justicia ordinaria por medio de una defensa natural, esto acumula un gran significado para abordar la integralidad de una cultura que es totalmente ajena a la nuestra.

Queda evidenciado en este peritaje realizado por la antropóloga a la comunidad indígena Arhuaca en el estudio de la sentencia T 778 del 2005 por el M.P. José Manuel Cepeda, que las ideas que para la cultura occidental se muestran “lógicas” para ellos son acciones con una esencia mucho más trascendental y con propósitos que traspasan de generación en generación con el objetivo de preservar costumbres y a su vez mantener un sistema ancestral coercitivo.

Al presentar una prueba con espíritu antropológico, es necesario comprender los hechos, así como la calidad del concepto expuesto como grado de justificación para esclarecer e interpretar eficazmente la sospecha de existencia. Por su parte, el juez está obligado a usar la prueba para formar una convicción y tomar una decisión final con base a las reglas de la sana crítica. (Sánchez, 2010).

Para que una prueba antropológica sea aceptada se requiere que las enunciaciones realizadas por el perito estén cimentadas en criterios profesionales, en experiencias propias o en el sentido común. La concepción racional de la valoración probatoria permite establecer el juicio sobre el hecho en el sentido de fundamentar una versión que es posible alcanzar procesalmente. Se trata, así, de la aproximación (justificada racionalmente) a la realidad

empírica de los hechos en el proceso, en función de criterios razonablemente rigurosos. (Peña. 2008, p.176)

Por lo tanto, se puede decir que el dictamen pericial es verdadero, ya que inicialmente tiene la intención de informarle sobre lo que realmente es y existe como elemento cultural; a su vez juega un papel importante en los hechos, y aunque no son acciones “repetidas”, quedan registradas en la mente de los miembros de la sociedad y son básicamente utilizadas porque lo que se hace, se muestra y se repite en un lenguaje, lo que constituye una disputa para justificar cualquier pretensión.

4.6.4 Intromisión vs. Discreción

Al ingresar a una comunidad indígena, es necesario desarrollar una actitud de respeto y discreción, teniendo en cuenta las diferencias culturales que allí existen. En el caso de Guevara Gil y Aarón Verona, coinciden en que es fundamental capacitar y sensibilizar a los operadores y profesionales judiciales para comprender y elaborar adecuadamente los informes antropológicos.

Esther Sánchez enfatiza que la preparación y ponderación de un peritaje antropológico están tendidas de una disputa por el poder: ¿quién tiene el poder de definir las categorías jurídicas y el papel de las instituciones en causas interculturales?, ¿qué tipo de representaciones es el que finalmente se impone y por qué?, ¿cómo se justifica el conocimiento que respalda un examen pericial y que lo pondera como elemento probatorio? Al final, lo que está en juego es el control de lo que es y no es aceptable y verdadero en el Derecho. (Sánchez, 2015, p.17)

Por su parte Morita Carrasco en su colaboración del libro “El peritaje antropológico, entre la reflexión y la práctica” argumenta sobre la subjetividad diciendo que es un elemento genético de todo peritaje, realizando una advertencia clara al perito antropológico:

“La distancia epistemológica y sensible se acrecienta cuando el perito presenta sus hallazgos ante las Cortes porque debe representar y traducir para otros, jerárquicamente superiores, una visión del mundo que a ella misma le resulta ajena, por más herramientas de comprensión antropológica que maneje.”

A lo que también añade:

“Debe ser consciente de que la Corte la ha investido del poder de la representación al considerarla como poseedora de un conocimiento experto que ilustrará a los magistrados. Será su deber evitar la tentación del ventrílocuo y aplicar todas las herramientas de la antropología reflexiva (y la psicología) para que su pericia no sea un mero reflejo de sus prejuicios, sean estos románticos o negativos, y sirva para tender puentes entre los universos culturales de los juzgadores y del justiciable. Solo así su aporte al proyecto de una justicia intercultural será significativo.”

Existen algunos autores que advierten que en ocasiones los expertos que elaboran los documentos periciales, se valen de sus contextos institucionales encomendados a comparación del del sujeto cultural desigual; creando un principio pragmático estratégico que apoye a los denunciados (pueblos indígenas, campesinos, ronderos, etc.) y sus modelos culturales y automáticamente les dé la oportunidad de convertir sus informes en discusiones abiertas,

enganchados a un sentimiento que no corresponden a la imparcialidad que deberían mantener, entonces juegan un papel de "salvadores" con una clara inclinación. (Guevara, 2015).

Al lado de los jueces de la república, estos deben también poseer una formación que los evite caer en una intromisión al sistema personal que las comunidades indígenas manejan; no pueden interactuar con ninguna de estas autoridades competentes o sus miembros para interpretar hechos que no existen culturalmente en su sociedad, pues esta se podría interpretar como una forma "violenta" de ignorar sus prácticas. (Sánchez, 1992).

Es defendible la autonomía de las personas y de los pueblos indígenas, pero también se conocen los límites de las personas y de las sociedades, y por ello son posibles contribuciones de otros. Es así mismo aceptable que no se trata de quién hace las tareas “porque es uno de nosotros”, sino de quién puede lograr que el resultado de la tarea sea exitoso. Así como es recomendable a un indígena ir al mejor especialista indígena o no indígena para operar un corazón, también lo es al mejor interprete indígena o no indígena “entrometerse” en los referentes de cultura y exaltarlos cuando requieren ser interpretados para personas ajenas a la cultura misma. (Sánchez, 2010, p.330).

4.6.5 Teorías reduccionistas y no reduccionistas

Desde la epistemología del testimonio las soluciones para justificar las decisiones sobre el conocimiento testimonial son las teorías denominadas reduccionistas y no-reduccionistas (Vásquez, 2014). Las reduccionistas se relacionan con la primera solución (experiencia de la vida del juzgador), y las no-reduccionistas con la segunda, con la presunción de buena fe del testigo (la autoridad del conocimiento científico o del perito). La conexión entre el uso de las

“máximas de experiencia” en la justificación del conocimiento testimonial lego o experto con las teorías reduccionistas consiste en que el juez (como auditorio o destinatario de la prueba) integre en la valoración la experiencia del mundo.

Coady (1992, p. 82-83) menciona que la concepción reduccionista exige de la audiencia (juez) su experiencia en la fiabilidad del testimonio y las expectativas a la que esto da lugar; requiere, por tanto, de la observación constante de la conjunción entre lo que la gente dice y la forma como es el mundo. Al respecto Vásquez (2014) dice que la crítica a los reduccionistas consiste en que estos imponen una carga muy alta al auditorio (en su caso al juez) que le exige que conozca todo sobre los sujetos y la materia del conocimiento en concreto, sin tener en cuenta que la información que se logra obtener individualmente es extremadamente pequeña frente a su objetivo.

Esto plantea una doble objeción al reduccionismo, por una parte, en los casos de la vida real se encuentra una limitada información para aquellos individuos y por otra parte, surge una forma de circularidad que en consecuencia el agente común carece de conocimiento para adquirir razones justas y totalmente sólidas que justifiquen la validez del testimonio y su contenido como tal; Además, surge la circularidad en el sentido de que las razones positivas obtenidas son también testimonio, dado el supuesto de que el agente obtiene información suficiente para justificar la aceptación del contenido.

Según Lackey (2006, p. 166-167) para los no reduccionistas las razones para justificar el conocimiento adquirido mediante el testigo se encuentran en este mismo, por lo que tienen como fuente la memoria, el razonamiento inferencial etc., de este a menos que se presenten informantes relevantes, tales como, contra creencias o contrapruebas. Se puede ejemplificar una

tendencia no-reduccionista en los códigos procesales penales anteriores (como la Ley 600/2000) en los que el error grave como forma de contradicción implicaba la contraprueba del dictamen.

Para Vásquez (2014) La crítica formulada en esta visión no reduccionista es que implica la ingenuidad de las creencias infundadas de los testigos. Por lo tanto, pueden ser culpables de hacer que las decisiones judiciales sean controvertidas o irrefutables, en términos absolutos y sin fundamentos razonables.

La imposibilidad de la realización de las teorías reduccionistas y las no- reduccionistas ha motivado a Vásquez (2014, p. 181-182) a seguir la postura ecléctica de Lackey con los puntos fuertes de ambas teorías; lo que implica exigir a la audiencia (juez) que tenga razones positivas que hagan que al menos sea razonable aceptar el contenido de un testimonio y, a la vez, una exigencia de fiabilidad por parte del hablante (testigo); así, tanto el hablante (testigo) como el auditorio (juez) deben contribuir epistémicamente para la justificación testimonial. En el caso concreto de la prueba pericial, el perito debe dar suficiente información para demostrar que sus afirmaciones conducen a la verdad.

Es menester considerar la heterogeneidad de la prueba pericial, ya que existen unos tipos de pruebas con mejor aceptación de sus fundamentos en el ámbito científico o técnico, y hay legos con mejor capacidad para analizar o evaluar las afirmaciones de los expertos; por lo tanto, hay que considerar tanto al experto como al conocimiento, al juez y el contexto judicial en el que se discute la justificación testimonial (Vásquez, 2014, p. 194). En el contexto judicial los interrogatorios de las partes y los poderes del juez son esenciales para obtener suficiente información del perito sobre la fiabilidad de su conocimiento.

En el contexto judicial es necesario superar la concepción consistente en que el experto transmite conocimiento al juez en quien produce un estado mental de convicción o de persuasión (Ferrer, 2007). Por lo tanto, el valor no depende del estado mental del juez, sino de la prueba, las garantías procesales y el apego a normas parámetro que le den al conocimiento pericial credibilidad o validez, pero para su adecuada asimilación, requiere una intervención más activa de los jueces y comprensión de la pericia. Las audiencias orales se especializan en varias etapas en las que la información pericial puede ser procesada de manera más adecuada por el juez, en la medida en que el juez obtiene pruebas, presenta el dictamen pericial y es testigo de las actividades del perito. Su aceptabilidad, y de hecho la posibilidad de preguntas por el mismo juez.

En cuanto a eso, el valor no tiene nada que ver con el estado mental del juez sino que por el contrario, dependen de del acatamiento que asuma este de los estándares de una prueba, sus garantías procesales y los parámetros que definen la validez o la fiabilidad al conocimiento profesional, pero es una responsabilidad del juez de ser más activo en cuanto a su participación para lograr un entendimiento y asimilación de lo que se encuentra escondido y no es posible de ver y analizar con facilidad. Es por ello que, el juicio oral se experimenta una mejor fluidez de los resultados del peritaje desde el descubrimiento probatorio, la presentación del informe, la admisibilidad y seguida de la practica con la posibilidad de interrogatorios emitidos por el juez mismo.

Todos estos aspectos del contexto procesal son importantes para que, en términos de Vásquez (2014, p. 263, 351 y 387), la valoración no se convierta en un mero soliloquio del juez. El soliloquio del juez con las ideales “máximas de la experiencia” de la concepción reduccionista

tiene la potencialidad de convertir la sana crítica en un eufemismo que solapa, con la apariencia de racionalidad, una decisión arbitraria. Por lo tanto, el juez requiere de una previa interacción con el perito, las partes y demás elementos del proceso para acertar mejor en la decisión judicial, con su participación activa en la admisión y en los interrogatorios.

4.7 Afectaciones que causa la cárcel

4.7.1 Del sujeto juzgado y privado de su libertad

La conceptualización del término indígena ha sido construida desde la visión de numerosos autores; sin embargo, no hay una existencia que defina y sea totalmente válida de manera generalizada. No obstante, la más radical y acorde al tema político, jurídico y social que enmarca para varios el hecho de concernir a una población indígena; es la que hace la Organización Internacional del Trabajo en su convenio 169 de 1989; en la que conceptúa a los pueblos indígenas como “pueblos en países independientes” que descienden “de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Aceptando esta definición es en efecto que son comunidades que han conservado aun rasgos y características culturales como lo es su lengua, su sistema de organización social, una relación que se eleva a lo ancestral con territorios habitados que va más allá de las fronteras demarcadas por los países actuales entre otros atributos que merecen ser tomados en cuenta para salvaguardar, proteger y defender estos pueblos.

Sin embargo, la interacción con sociedades que no pertenecen a un pueblo indígena y el hecho de concordar bajo el contexto legal de un Estado, logra que ciertas infracciones realizadas por un miembro de esas comunidades; deban ser objeto de sanción por la justicia ordinaria y por tal razón deban ser atribuidas las medidas que correspondan en los centros de reclusión o en el lugar que las autoridades judiciales lo deliberen.

Según un informe estadístico del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en el año 2016 los delitos más frecuentes cometidos por los reclusos indígenas son: 1. Homicidio 2. Trafico, fabricación y porte ilegal de estupefacientes y 3. Hurto llegando alcanzar una población de hasta 1.326 personas, pertenecientes a esos pueblos y distribuidas en detención o prisión intramural, domiciliaria y control electrónico. El mayor porcentaje de indígenas privados de la libertad se ubica, como es de esperarse, en intramuros y corresponde al 86,8% (1.151); en domiciliaria se encuentra el 12,4% (165) y con algún mecanismo de control electrónico apenas el 0,8% (10).

Surge entonces la duda sobre que, si el problema de que estas cifras existan está en los instrumentos normativos o en los operadores del sistema de justicia estatal. Según (Luis Francia, 2015) afirma que: El problema principal no se encuentra en la normatividad vigente sino en los actores de lo aplican o dejan de hacerlo. Las consecuencias de este diagnóstico son significativas porque de ser así, es necesario poner énfasis en las labores de capacitación y sensibilización que permita cambiar los contextos institucionales adversos y las actitudes personales contraproducentes.

Por su parte el acusado tiene legalmente la posibilidad de acudir a sus propios peritos que le sean de más confianza, dicho de otra manera, en nuestro país esto no deja de ser una ilusión por el obstáculo económico para poder pagar por sus servicios. Las únicas posibilidades

que son reales de contratar peritos para los acusados son aquellos que la Defensoría del Pueblo presida o los que designe las instituciones adscritas a la Fiscalía General de la Nación. Como resultado, los acusados en Colombia poseen un acceso real a peritos que “no son de su entera confianza” (Defensoría del Pueblo) o los que “si son de su confianza” (Fiscalía) y solo esporádicamente a los de su “confianza” (si pueden pagarlo). Es por ello que el sesgo institucional se coloca a favor del órgano que acusa, pero va en contravención al acusado. En este sentido, la desigualdad que se presenta al ejercerse un ánimo probatorio es preocupante.

Se podría decir que, la falta de medidas institucionales para proteger efectivamente las prácticas culturales y sociales indígenas es un denominador común de las cárceles nacionales. Los pueblos indígenas están así expuestos al proceso de aculturación y desarraigo sin aumentar la capacidad de respuesta, lo que afecta a las comunidades y regiones a las que pertenecen y su extinción como pueblo es una clara contribución que repercute.

En la sentencia T-388 del 2013 por la Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, hace alusión a una visita realizada por la Defensoría del Pueblo a la cárcel de San Isidro en el municipio de Popayán, una de las cárceles con mayor población indígena privada de libertad en el país mencionando este informe lo siguiente:

“Los medios de comunicación han dado cuenta de las dificultades que tienen por ejemplo las interacciones de la justicia indígena con el sistema carcelario y penitenciario general de la nación que se dan cuando una persona es condenada por su comunidad, pero la condena debe pagar en una cárcel ordinaria”

Identificando también ciertas problemáticas que afectan directamente el desarrollo de este grupo poblacional:

- I. Falta de información sobre población indígena, no existe un censo diferenciado.
- II. Desconocimiento de las autoridades penitenciarias y carcelarias, de las normas que protegen a las personas que forman parte de una comunidad indígena y de tales personas para poder reclamarlas.
- III. Las organizaciones representativas de carácter nacional y regional no cuentan con el recurso humano y económico suficiente para establecer un contacto efectivo y permanente entre el indígena recluso y su cabildo o comunidad que permita legalizar su condición ante el INPEC.
- IV. Dificultades lingüísticas que tiene esa población en prisión y sus consecuencias jurídicas.
- V. La asignación del presupuesto no ha sido adecuado ni suficiente, la exigencia o condicionamiento de que haya un mínimo de (10) internos indígenas en el establecimiento para poder asignar la partida correspondiente.
- VI. Ninguno de los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país tienen espacios suficientes donde puedan recluirse a los indígenas privados de la libertad ni posibilidades de trabajo y estudio que de acuerdo con su enfoque cultural les permite ser resocializados.

Así mismo, la Corte Constitucional indica que *“igualmente, la pena privativa de la libertad desarraiga a los internos indígenas de su comunidad, ya que a estos el INPEC los ubica en centros carcelarios sin tener en cuenta el criterio de cercanía de su comunidad o resguardo,*

con detrimento de la conservación de su cultura y diversidad étnica. El distanciamiento de sus familiares y resguardos o comunidades es la queja más frecuente que se registró durante la visita a los diferentes establecimientos de reclusión”

La Corte Constitucional mediante su sentencia T-291 del 2013 ha establecido algunas reglas para la privación de libertad, en el contexto del procesamiento de miembros de comunidades indígenas en la justicia ordinaria, con el fin de evitar que se desconozca su derecho a la identidad en los establecimientos carcelarios, a saber:

(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

De lo anterior, la Corte Constitucional decidió que teniendo en cuenta el principio de “favorabilidad” esos procedimientos serán aplicados a los indígenas que se encuentren actualmente privados de la libertad mediante el siguiente protocolo:

- (i) Quienes con autorización de la máxima autoridad de su comunidad podrán cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su resguardo siempre y cuando el mismo cuente con instalaciones necesarias para el cumplimiento de esta.
- (ii) La solicitud para la aplicación de esta medida puede ser presentada ante el juez que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia, además ordenan a la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación; hacer un seguimiento del cumplimiento de la misma.

4.7.2 Relaciones especiales de sujeción

Dada la sentencia T -023 del 2010 donde el accionante es el señor William Mosquera Macías demandando a la Penitenciaría de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada y el INPEC por la vulneración de derechos fundamentales:

En el presente caso, como se explicó, el peticionario es un miembro de la religión evangélica, quien alega que las directivas de la Penitenciaría de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada (Caldas) le vulneraron su derecho a ejercer su libertad de cultos por cuanto el día 15 de mayo de 2009 no pudieron realizar 12 bautismos que estaban programados, por cuanto no obtuvieron autorización para ello. De igual manera, alega ser víctima de discriminación, ya que las mencionadas autoridades públicas privilegian a los internos que practican la religión católica, en el sentido de que su sacerdote puede (i) ingresar al penal los días que desee y por el tiempo que considere necesario; (ii) entrar con acompañantes (monjas y catequistas) e igualmente (iii) ingresar con instrumentos musicales y aparatos de sonido, situaciones todas ellas que no se presentan en relación con su pastor. Así mismo, alega ser víctima de discriminación por cuanto *“El pastor evangélico está limitado a realizar el culto en un salón o área de 2 x 4 mts. aprox., siendo éste un salón muy pequeño fuera del patio; el sacerdote católico si puede entrar al patio donde existe todo y espacio suficiente para realizar el culto cómodamente, es de anotar que el salón donde estamos limitados es para un promedio de 15 personas, donde se nos dificulta difundir en forma colectiva nuestra religión, y nos incomoda ya que nos congregamos más de 30 personas”*.

Fue de vital importancia puesto que la Corte analizando los hechos reflexiona sobre el cumplimiento de los derechos fundamentales que poseen las personas privadas de su libertad independiente de los manuales de reclusión el cual también ordena que estos deben adaptarse a la

necesidad y ponderación sin que los reclusos sean afectados; pues se estaría desconociendo ante esa negativa los artículos 01 y 19 de la Constitución Política de 1991, La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 12, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 18 y en los protocolos número II de Ginebra de 1977 específicamente en su artículo 5.

En el caso específico de los internos, la Corte igualmente ha desarrollado diversas líneas jurisprudenciales, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

“De la jurisprudencia de la Corte Constitucional la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).”

En pocas palabras cuando nos referimos a las “conductas activas” señala la Corte Constitucional en que es un deber positivo que le pertenece al Estado de garantizar el goce real como lo son de los derechos fundamentales como también los no- fundamentales, como resultado de no ser objeto de ninguna clase de limitante cuando esta procede y en su integridad que se ocupa en la “indefensión” o la “debilidad” manifiesta que se puede llegar a encontrar un recluso.

En la sentencia T-690 del año 2010 la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que el hecho de la privación de la libertad no significa de ninguna manera la anulación de los derechos fundamentales de los(as) condenados(as) o detenidos(as):

“En este sentido existen algunos derechos fundamentales que se les suspenden, otros que se les limitan y otros tantos que permanecen intactos. La determinación de aquellos derechos que pertenecen a cada uno de estos grupos –los derechos suspendidos, los limitados y los intangibles- debe estar guiada siempre por los objetivos de lograr la resocialización, cual es el fin principal de la sanción penal, y de permitir el ejercicio de los derechos fundamentales de todos(as) los(as) internos(as). En otras palabras, cada suspensión o limitación de los derechos del (de la) interno(a) debe estar justificada como una medida necesaria y proporcionada para lograr la resocialización o para garantizar los derechos fundamentales de toda la población reclusa. Una suspensión o limitación de los derechos fundamentales que no esté legitimada en estos objetivos, que sea innecesaria o desproporcionada resulta una sanción adicional y excesiva no autorizada por la Constitución y una violación de derechos fundamentales.”

Otro referente a lo que son las conductas activas se puede encontrar en la sentencia T-881 del 2002 del Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett en donde se desglosa el

principio de dignidad humana en un caso donde este derecho es vulnerado debido a las condiciones en las que son obligados padecer los reclusos de la cárcel Distrital de Cartagena:

Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

4.7.3 Respuestas de un interno y un líder indígena

Se ha explicado en el transcurso de este proyecto que la presencia de los ciudadanos indígenas en las cárceles pertenece a un cumplimiento a procesos judiciales de la justicia ordinaria como también la de la justicia que ellos mismos han establecido en sus propias comunidades, las medidas intramurales en los centros penitenciarios es sin duda alguna una característica de la sociedad mayoritaria, pero este recurso dentro de las comunidades indígenas

es una práctica “prestada”, que al tomarse de esta forma también se toman los conceptos que la hacen mayormente funcional.

Mediante unos talleres realizados en el año 2016 para la realización de un informe técnico en materia de política criminal y penitenciaria denominado “Situación de Indígenas Privados de la Libertad en Establecimientos Carcelarios: Propuestas para un Pluralismo Igualitario” se recopilaron una serie de testimonios de los cuales se destacan el de un interno de la cárcel de San Isidro y el de un líder indígena del Departamento del Cauca.

Interno cárcel San Isidro

“(..) un muchacho que mandamos [a la cárcel] no se está resocializando, antes se está perdiendo y cuando venga el gobernador a llevárselo, ese muchacho no se ha resocializado, antes ha empeorado, acá no hay un trato diferente por pertenecer a un grupo indígena. A todos nos tratan por igual”.

De acuerdo con el artículo 7 de la Constitución Nacional de Colombia, donde “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” por lo tanto no cabe duda que, es deber del Estado desarrollar políticas diferenciadas que reconozcan y confirmen el proceso identitario de los colombianos, incluidos los pueblos indígenas.

Líder indígena Departamento del Cauca

“(...) cuando un indio llega a una cárcel no se muere físicamente, se muere lentamente y esa es una muerte gota a gota, cuando el indio sale de la cárcel, salen vivos, pero como indígenas están muertos. Veinte o treinta años en una cárcel es la muerte para el indio.”

Cuando se les preguntó sobre el propósito de las cárceles en el “vigilantismo” o concepto de “justicia propia” los participantes del taller señalaron a priori que las cárceles son un medio para castigar a quienes cometen actos que la comunidad considera reprochables. Algunos asistentes a los talleres indicaron que *“el indígena debe aprender/reflexionar en la cárcel que su acto fue reprobable y esta acción disuadirá a quienes pretenden cometer otros actos susceptibles de ser reprobados”*.

Los motivos por los que indígenas envían a la cárcel a otros indígenas se asientan, regularmente, en conceptos occidentales, como “la gravedad del hecho”, “la peligrosidad del individuo” o la “reincidencia”. Esta “occidentalización” de sus juicios se traduce en una clasificación de “delitos mayores y delitos menores” donde las autoridades indígenas se abstienen de solucionar una disputa catalogada como “delito mayor” para recurrir a la cárcel. La generalización y aceptación como natural de estas distinciones y prácticas representa un peligro para la comunidad, pues debilitan el mandato de sus autoridades. (Villareal, 2016, p.21).

El producto de esto es que toda acción que coloque en riesgo la vida y su forma de vivirla y de paso amenace o atente los derechos de los sujetos o ciudadanos indígenas que se encuentran reclusos en los establecimientos carcelarios, se considera una afectación directa también a sus comunidades y colabora negativamente al desarraigo y desaparición de esos pueblos y junto a ellos todos los conocimientos y prácticas socioculturales.

En la sentencia T-791 del 2013 de la Corte Constitucional, se han evidenciado tres causas centrales a estos problemas las cuales son: (i) El uso excesivo del uso de la cárcel (ii) La hegemonía del derecho estatal y (iii) La debilidad de las justicias indígenas. De esta manera, la

cárcel se plantea como un mecanismo de resolución de conflictos y su uso generalizado obedece a una visión moderna de la sociedad donde prevalece la justicia punitiva sobre otras justicias. Así mismo, la hegemonía del derecho estatal obedece a un proyecto nacional que en efectos prácticos es excluyente y que deviene del proyecto mismo de Estado Nación, que en sus inicios se planteaba único y monista. Por su parte, la debilidad del derecho indígena obedece a que las culturas indígenas son ajenas a la sociedad mayoritaria y, por lo tanto, se desenvuelven en condiciones de marginalidad.

En consecuencia, los efectos identificados son: el hacinamiento, la negación del pluralismo jurídico y la desaparición paulatina de las justicias indígenas. Los cuales, a su vez, generan procesos de deshumanización, límites en la aplicación del pluralismo jurídico y sociedades más homogéneas y, por ende, desencadenan problemas estructurales más amplios como el Estado de Cosas Inconstitucional, la existencia de un Estado fallido y la inexistencia de una democracia efectiva. (Villareal, 2016, p.22).

4.8 Análisis del Caso Elisafan Dora Cebra, indígena Motilón Barí

4.8.1 De los hechos jurídicamente relevantes

Basado en el informe que proporcionó la Fiscalía General de la Nación el 07 de diciembre del año 2012, firmado por los miembros del Ejército Nacional, integrantes del Bacot-136 de la brigada #30 siendo las 07:25 horas; realizando una operación conjunta en la vereda conocida como “Caño azul” en el municipio de Convención donde encontraron un laboratorio con cultivo de mata de coca, en donde a su vez hubo cuatro personas de sexo masculino que fueron identificados como RICARDO DORA CEBRA, DAVIS MAR DORA BOCOTA, NELSON TARAZONA y de quien está en mención ELISAFAN DORA CEBRA. En el transcurso de la

operación también se presentó otra persona identificada como ELIAS ROA GRIMALDO quien manifestó ser propietario y quien era la persona encargada del laboratorio y añadiendo también que estas personas que se encontraban allí haciendo referencia a los cuatro sujetos indígenas; eran sus empleados y que después de haberle leído sus derechos fueron capturados y puestos a disposición de la autoridad competente realizándose un traslado en helicóptero desde Convención hasta Cúcuta.

En la inspección al lugar se hallaron algunos elementos como 11 canecas metálicas con capacidad para 55 galones, conteniendo en su interior una sustancia líquida de color negro producto de la destilación de gasolina con la hoja de mata de coca (guarapo), 4 canecas con capacidad para 55 galones y en su interior una sustancia sólida vegetal picada en estado de maceración de color marrón con un peso aproximado cada de 87,5 kg que por las características que presentaba se asemejaba a la hoja de coca, también 2 pimpanas de color beige con capacidad para 18 galones cada una que en su interior contenía una sustancia líquida de color rojizo con características similares a la gasolina con un total de 20 galones aproximadamente.

Entre los capturados el señor Elisafan Dora Cebra con identificación No. 88176260 fueron trasladados a la Unidad de Reacción Inmediata (URI) donde procedieron a realizarle el proceso de judicialización, siendo presentados ante el Juzgado Promiscuo Municipal del municipio de El Zulia con funciones de control de garantías, quien decidió decretar como ilegal el procedimiento de captura ordenando su libertad inmediata, fue cuando entonces que el ente acusador continuó con sus labores investigativas donde obtuvieron un informe pericial No. DRNORIENTE LAES-0000219-2013 del 31 de enero del 2013 firmado por el profesional especializado GILBERTO DE JESÚS DIAZ ORDOÑEZ, quien se encontraba adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses con sede en la ciudad de Bucaramanga quien estimó algunos elementos

materiales probatorios referentes al uso de estupefacientes acudiendo después a la fiscalía el 23 de abril del 2013 ante el juzgado primero penal municipal de control de garantías ambulante, quien seguidamente de acuerdo a sus resultados emitió órdenes de captura a varios miembros de ellos las cuales fueron prorrogadas el 08 de mayo de 2014 ante el juzgado noveno penal municipal con funciones de control de garantías de la ciudad de Bucaramanga y el 07 de mayo de 2015 ante el juzgado octavo penal municipal con funciones de control de garantías de esa misma ciudad con vigencia hasta el 06 de mayo de 2016.

4.8.2 De las actuaciones procesales

Después de la aprehensión del indígena Elisafan Dora Cebra, fue presentado por parte de la fiscalía general de la Nación ante un juez de control de garantías con quien se llevó a cabo la audiencia preliminar de legalización de captura el día 08 de diciembre del 2012 declarándose la ilegalidad de la aprehensión al haberse excedido el termino para dejar a disposición al entonces indiciado. Es por ello que Elisafan se le respetó su derecho a ser dejado en libertad, motivo por el cual la fiscal a cargo solicitó la expedición de una orden de captura en su contra, la cual fue dictada y registrada en la base de datos de las autoridades competentes; sin embargo el acusado decidió presentarse voluntariamente el 31 de julio de 2015 de tal suerte que, se adelantaron las audiencias de legalización de captura y se le formuló la imputación por el delito denominado TRAFICO DE SUSTANCIAS PARA EL PROCESAMIENTO DE NARCOTICOS (ART. 382 CODIGO PENAL) a título de cómplice.

La representante de la Fiscalía la Dra. Aura Nubia Martínez Patiño presentó escrito de preacuerdo con el imputado y su abogado defensor, a través del cual, el señor Elisafan aceptaba el cargo endilgado a cambio de que se le reconociera una rebaja del 50% de la pena a imponer. Al Juzgado Segundo Penal Del Circuito Especializado Con Funciones De Conocimiento de esta

ciudad, le correspondió el reparto llevar a cabo la audiencia de aprobación y verificación del preacuerdo, la individualización de la pena y la sentencia, quien en decisión adoptada el 10 de agosto de 2016, improbo el preacuerdo presentado por la representante de la Fiscalía y el acusado al estar en su criterio al margen de la legalidad, decisión que fue revocada la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, y en su lugar se le fue aprobado el acuerdo.

En virtud de esto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, el día 13 de octubre de 2016 dictó sentencia en contra del sujeto indígena Elisafan Dora Cebra tras hallarlo penalmente responsable del delito de TRAFICO DE SUSTANCIAS PARA EL PROCESAMIENTO DE NARCOTICOS.

4.8.3 De la sentencia impugnada

El Juez de instancia luego de hacer referencia a las probanzas con las que se contaba el diligenciamiento, se refirió a ellas como suficientes para que el señor Elisafan fuera acusado en calidad de cómplice penalmente responsable en la ejecución del delito de Tráfico de Sustancias Para Procesamiento de Narcóticos previsto en el artículo 382 del Código Penal, quien rodeado de las garantías fundamentales, libre y voluntariamente expresó ser penalmente responsable de la conducta endilgada, no quedando más que dictar sentencia condenatoria y proceder a la individualización de la sanción correspondiente. Seguido sostuvo que como se había suscrito un preacuerdo, no había lugar a aplicar el sistema de cuartos establecidos en el artículo 61 del código penal en obediencia a lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004 y, en consecuencia, dijo que la pena a imponer era la determinada en el mismo acuerdo, esto fueron veinticuatro (24) meses de prisión y multa por valor de setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el año 2012.

4.8.4 Del recurso de apelación

El apoderado del acusado Elisafan Dora Cebra interpuso un recurso de apelación contra la decisión por las siguientes razones:

Porque su defendido cumplía a cabalidad con los requisitos para acceder al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como son en su criterio:

- Pena impuesta inferior a cuatro años de prisión.
- A pesar de que haya una exclusión de beneficios y subrogados, el defendido carecía de antecedentes penales, se presentó voluntariamente y colaboró con la justicia evitando un desgaste del aparato judicial.
- En lo que se refería a sus aspectos socioculturales subjetivos y las condiciones individuales, decía que era una persona de 41 años de edad, natural del municipio de Tibú, perteneciente a la comunidad indígena Motilón Barí, se desempeñaba como agricultor y haciendo parte de una familia extensa porque era padre de 10 hijos.

Es por ello que solicitó el otorgamiento de ese beneficio a favor de su defendido, indicando que, de no prosperar ese beneficio a favor de su defendido, se decretara la nulidad por “FACTOR DE COMPETENCIA” teniendo en cuenta que, en el caso del señor en mención, se cumple con los requisitos del fuero indígena mencionadas por la honorable Corte Constitucional como lo son:

1. Elemento personal, ya que el acusado pertenece a una comunidad indígena.
2. Elemento territorial, dado que los hechos se presentaron al interior de la comunidad indígena.

3. Elemento institucional, en virtud de que la comunidad indígena a la que pertenece el acusado cuenta con “organización jurídica del pueblo Barí”
4. Elemento objetivo, que se refiere a la naturaleza del bien jurídicamente tutelado, en este caso el bien jurídico presuntamente afectado se refiere a la libertad, bien jurídico individual que afectó de manera directa la salud pública en calidad de cómplice.

Conforme a esto, el defensor solicitó decretar la nulidad “por factor de competencia” y, en consecuencia, que se ordenara al Juzgado Segundo del Circuito Especializado de Cúcuta; colocar al señor Elisafan Dora Cebra a disposición de las autoridades tradicionales de la comunidad “Batroctora” de la etnia Motilón Barí para que estas definan su situación jurídica.

4.8.5 De la respuesta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta

La sala al examinar la solicitud de la defensa de cara a los principios que orientan el instituto de la nulidad, consideró que dando aplicación a mandatos establecidos en nuestra Carta Magna como son los fines del Estado social, el carácter participativo y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación; en ese caso se entró a revisar si hay lugar a decretar la nulidad de toda la actuación para que en su lugar fuese adelantada por la Jurisdicción Especial Indígena. Se destacó entonces el artículo 246 de la Constitución Política que reconoce la autonomía de las comunidades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (fuero indígena). Del mismo modo resaltó que la Corte Suprema de Justicia, ya tenía un pronunciamiento sobre los elementos que deben constatarse a efectos de determinar si es procedente asignar un determinado asunto a la jurisdicción especial indígena.

En el caso en concreto, consideraron que el elemento territorial no se acredita puesto que el delito no tuvo ocurrencia en el territorio dentro del cual ejerce jurisdicción la comunidad

indígena a la cual pertenecía el procesado, ya que solo se supo que tuvo lugar en la “Vereda Caño Azul del Municipio de Convención” declarándolo improcedente añadiendo además que no se observó una voluntad de las autoridades étnicas de asumir el conocimiento del asunto.

Entonces, no queda de otra que resolver la Sala sí era procedente el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad y de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, destacando la “facultad libre de configuración legislativa” estableció que están excluidas la suspensión de la ejecución de la pena contenida en el artículo 63 del Código Penal y la prisión domiciliaria descrita en el artículo 38B de este mismo estatuto, cuando la sentencia se imponga por uno de los delitos relacionados en el inciso 2º del artículo 68ª del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014 (Ley vigente al momento de ocurrencia de los hechos) entre los cuales se encuentran los relaciones con el tráfico de estupefacientes.

Concluyendo entonces la respuesta del Tribunal, no decretar la nulidad planteada por el defensor y confirmar la sentencia condenatoria en contra de Elisafan Dora Cebra.

4.8.6 De la interpretación crítica

En el transcurso de la investigación se han mencionado distintas formas de violencia que los pueblos indígenas son víctimas, la más significativa y que ha tenido un impacto grandísimo es todo lo que surge a raíz del conflicto armado. Es cierto que las conductas tipificadas en nuestro Código Penal son muy específicas, sin embargo, reconociendo un poco la humanidad en el tema; somos un país desafortunado que aun padece de hambre, abandono, desplazamiento forzado y falta de oportunidades para la subsistencia de nuestra población en especial la indígena.

La absorción de estos sujetos en este plano de conductas irregulares genera una responsabilidad social de esclarecer los hechos y las causas motivantes sin dejar a un lado su

juzgamiento, puesto que no es el ánimo de “disfrazar” la responsabilidad de sus hechos sino de escudriñar y revelar la verdad de lo que ha sucedido.

En cuanto al reconocimiento del fuero, señaló el Tribunal Superior de Cúcuta que el elemento territorial para aplicarlo se desconoce porque la acción se perpetuó en una zona conocida como “Caño Azul” del municipio de Convención- Norte de Santander, desconociendo también completamente los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en donde se entiende que al sujeto indígena no se le exime su aplicación por no haberse cometido los hechos fuera de los límites de su resguardo aun cuando en reiteradas oportunidades el señor Elisafan Dora Cebra junto a los demás indígenas capturados expresaron que pertenecían a la Comunidad Indígena Batroctora- Motilón Barí.

Sin embargo, la Corte también señala muy bien la “voluntariedad” que deben tener las autoridades indígenas sobre el tema en cuestión, y que al analizar el fallo del Tribunal para la admisión del recurso; existe una insuficiencia de acercamientos reales y de informes emitidos a las autoridades mayores del resguardo para colocar en conocimiento sobre el caso y si dentro de sus capacidades y deliberaciones aceptaban tomar o no justicia propia acorde a sus usos, costumbres y modelos de pena; lo que considero que más bien existió una invasión y una postura dominante respecto a los saberes hegemónicos de cada uno de los magistrados de la Sala conformándose meramente con lo que en su momento reposó en sus escritorios.

Sobre el peritaje antropológico aplicado, se puede reconocer que los indígenas en los formatos FPJ-17 para los interrogatorios de indiciados, manifestaron en su relato que *“Quiero agregar que yo soy de la comunidad indígena motilón Barí y me encontraba trabajando en eso debido a que en nuestra comunidad escasea mucho la comida y lo que me pagaban lo invertía en comida”* cabe resaltar que Elisafan vivía en un núcleo familiar de 6 personas según el acta de

verificación de arraigo del 31 de mayo de 2015 donde fue entrevistada su compañera sentimental Elena Totovira Dora Cebra quien afirmó que residían en la comunidad Batroctora resguardo del municipio de Convención, donde sus labores están enfocadas a la agricultura, caza y pesca. Esta fue toda la información recolectada por parte del ente acusador y que tuvieron a su disposición los Magistrados encargados del caso, lo que a mi opinión fue muy limitada, pero a la vez determinante para saber en principio que Elisafan era un miembro activo de la comunidad a la que pertenecía.

Entonces, puedo decir que tuvieron una similitud de hechos de lo que trata la sentencia SU-510 de 1998, donde los Magistrados basaron sus respuestas con una visión muy diferente a lo que conforma la integralidad de un individuo indígena; es decir con “lentes de abogado” y que afectaría el espíritu de una sentencia justa. De haberse involucrado un perito antropólogo o por lo menos tener una información mucha más amplia de la vida, costumbres y motivos que encaminaron a esa acción determinada, la respuesta sobre su tratamiento muy probablemente hubiese sido diferente, atendiendo que Elisafan tal como reposa en los expedientes de la fiscalía, las actas de las audiencias y la sentencia del Tribunal; siempre mantuvo una actitud solidaria para evitar el desgaste del aparato judicial presentándose voluntariamente.

Atendiendo la actitud y diligencia de los operadores judiciales, el juez de la república en su primer contacto con el sujeto indígena y siendo este un tercero imparcial al notar que todos los cuatro indígenas provenientes de una misma familia se encontraban en un escenario violento y una actividad como la del ser “raspachin” en una zona fuera de su territorio geográficamente establecido; pudo haber enriquecido sus conceptos y sus decisiones basados en otro profesional experto de la materia garantizando sus derechos tanto individuales como los colectivos.

Conviene subrayar cuando en la sentencia T-496 de 1996 pronuncian que *“Sí la conducta del indígena es sancionada por el ordenamiento nacional en principio los jueces son los competentes para conocer el caso, pero aquí es donde el juez debe determinar de manera minuciosa si el sujeto agresor entendía al momento de concebir el ilícito y que su conducta era negativa para efectos de reconocerle o no el derecho al fuero.”* Es probable que, estos sujetos indígenas tal como lo expresan en sus interrogatorios no conocían muy bien la conducta ni la finalidad del método de raspar mata de coca, pues expresan que tuvieron indicaciones de las personas que les buscó ese trabajo y que tenían ordenes claras de no cruzar el campo que les habían asignado de donde estaba el cultivo, solo pudieron darse cuenta que existían elementos que configuraban un laboratorio para procesar narcóticos como los incautados mucho después por soldados del ejército nacional y que además de ello fueron cambiados de lugar y trasladados al mismo para esperar el arribo del helicóptero que los llevaría para el municipio de Cúcuta.

Por lo que se refiere a la defensa del abogado encargado el Dr. Fabio Alex Ortega Acero, al entender la posición de sus defendidos en el primer momento que tuvo contacto con ellos, su estrategia de sacar a relucir *“el fuero indígena”* fue muy tardía, ya que se esperaron otras instancias judiciales que no eran las más propicias para ellos, ya que se echó a perder una oportunidad grandísima para que esta figura fuera reconocida y se abriera una mejor exposición del caso dirimiendo controversias y de sentar responsabilidades.

Para finalizar este segmento, considero que una de las razones que le acreditaron más peso al accionar judicial fue la interpretación errónea y la no ejecución que evitara el desconocimiento al derecho de *“identidad”* de los procesados indígenas incluyendo el de Elisafan Dora Cebra, puesto que la Corte Constitucional es clara precisando *“Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a*

la máxima autoridad de su comunidad o su representante” y aun así fue condenado a pagar en el complejo carcelario y penitenciario de Cúcuta sin la consulta y deliberación de sus autoridades mayores indígenas, sometiéndolo entonces a *“una visión moderna de la sociedad donde prevalece la justicia punitiva sobre otras justicias”* de la que habla la sentencia T-791 de 2013 de la Corte Constitucional a lo que se refieren a sus tres causas principales del uso de la cárcel como una decisión generalizada.

5. Conclusiones

Las comunidades indígenas como se logró evidenciar en el caso del indígena Elisafan Dora Cebra, son afectadas y absorbidas por la violencia que a representado por muchos años el conflicto armado interno; el ofrecimiento de trabajos derivados al negocio del narcotráfico, el desplazamiento forzado de sus resguardos, el hambre y el instinto de supervivencia al no lograr ver más oportunidades que las de sus propias costumbres que ya terminan siendo insuficientes para evitar la pérdida de sus fuentes y sostenimiento económico obligan al sujeto indígena de salir de sus resguardos a las ciudades cercanas atravesando barreras como el nivel educativo, el idioma y las capacidades de adquirir nuevos conocimientos para desarrollar trabajos que no son convencionales debido a las costumbres de sus propios resguardos.

La normatividad en Colombia sobre la protección de este tipo de población es muy precisa pero muy poco aplicable, debido a que no es común que este tipo de casos lleguen a los despachos judiciales, por lo que es fácil para los jueces de la república dejarse llevar por los conocimientos que poseen y aplicarlos de forma generalizada, esto evidenciándose en las respuestas de la encuesta aplicada donde se desarrollaron dos unidades de análisis que a mi pensamiento se evidenció unanimidad a favor de la sensibilización y pedagogía sobre jurisdicción especial indígena, lo cual es concerniente a la necesidad evidenciada en la información recopilada.

Sobre el uso del peritaje antropológico se puede decir que es de aplicación supletoria, pues marca una ruta para abordar con efectividad los casos donde se desconoce la cultura del sujeto que está siendo judicializado y es aquí donde se debe empezar a aceptar que nuestra cultura no funciona de la misma manera que otras, que existen otras costumbres, otros sistemas de justicia,

otras formas de ver y comprender las acciones del hombre con base a conocimientos ancestrales que logran pasar de generación en generación incluso con compromisos y tareas para la preservación de sus culturas.

Así mismo, esta herramienta se enfoca en el uso mayormente de la observación que permita la visión interna de su cultura para extraer de ella tres características: la primera en lo que se refiere a sus manifestaciones culturales de su vida en sociedad y como el sujeto se organiza. La segunda, en los reglamentos internos de sus resguardos y/o comunidad en específico a la que pertenece. Y la tercera, en la de solucionar los conflictos de una forma que no amenace su identidad ni tampoco produzca un desgaste al aparato judicial, es decir; en la búsqueda de un juicio justo acorde a los principios que acompañan la administración de justicia.

En general, desde una posición como “abogado defensor” la ruta para llevar a cabo esta herramienta como medio de defensa teniendo en cuenta el análisis bibliográfico de diferentes peritajes que ya se han realizado en Colombia y la forma de desarrollarse, sería de la siguiente manera:

1. Apropiación del caso
2. Conocer el sujeto indígena junto a sus características, valores y situaciones que determinan que se encuentra en un conflicto.
3. Análisis profundo de los actos urgentes.
4. Entrevista con el procesado indígena con preguntas que eviten la subjetividad, obteniendo resultados que arrojen información de hecho y de opinión.
5. Preparación de la defensa.
6. Exposición de la defensa frente al Juez de la República.
7. Solicitud formal de la intervención de un Perito Antropólogo.

8. Aceptación o rechazo de la solicitud e intervención del Perito Antropólogo.
9. Intervención del perito antropólogo a la cultura desconocida.
10. Recepción y análisis de los resultados obtenidos.
11. Verificación del grado de conciencia cultural.
12. Verificación de antecedentes.
13. Verificación de aceptación o rechazo de las autoridades propias de la cultura a la cual se le practicó un peritaje antropológico.
14. Confrontación de todos los saberes involucrados permitiendo el estudio de las conductas.
15. Disposiciones finales.
16. Sentencia.

La defensa está encaminada a que el uso de la cárcel se configure como último recurso, esto con el fin de preservar la “identidad” del sujeto indígena pero sin dejar a un lado la responsabilidad de sus actos procurando la implementación de otras sanciones que sean alternativas en materia penal; que vayan ajustadas a las circunstancias culturales, sociales y económicas, circunstancias que se pueden conocer gracias a la labor de un buen peritaje que se sumerja a la cultura desconocida y logre responder todos los interrogantes que subyacen de la ignorancia para la protección de los derechos constitucionales y fundamentales como lo es el reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

Para terminar, hay que considerar las variables de las problemáticas que se presentan como lo es el hacinamiento de las cárceles, el obsoleto modelo de reinserción social aplicado en las penitenciarías y la carga laboral de los jueces de la república que genera una pérdida de “humanidad” actuando en modo automático sobre estos casos. Es por eso que debe ser un

compromiso de todos los involucrados en tomar todas las medidas correspondientes que conlleven al respeto y reconocimiento de la etnicidad.

6. Recomendaciones

La primera recomendación es la incrementación de capacitaciones y talleres de actualización y formación a los jueces de la república sobre los temas de la justicia especial indígena, sus formas de aplicación, los recursos que deben poseer para poder garantizar un buen desempeño en el transcurso de los procesos y el primer contacto o interacción con el sujeto o la población indígena.

La segunda se enfoca en que el Estado en cabeza de sus Ministerios, brinden un acompañamiento real y oportuno a todas las problemáticas que se presentan en los entornos de las comunidades indígenas, y que traen consigo el sometimiento de las familias a unas necesidades que subyacen del abandono y la falta de oportunidades.

La tercera va dirigida a las universidades que imparten la carrera de derecho, para que dentro de sus pensum según la necesidad se actualicen los ejes temáticos que tienen que ver con los temas de protección, protocolos, acuerdos y normatividad en el marco de un estado multicultural.

La cuarta está dirigida a todos los demás funcionarios públicos de la rama judicial, desde el recepcionista hasta el secretario del despacho, quienes deben actuar siempre con respeto y diligencia en los casos donde se involucra un miembro de alguna comunidad indígena, por el hecho de su posición dominante de una cultura y un sistema judicial que, además, puede que ellos sepan que existe pero que muy poco han experimentado por la razón en que estos también poseen una justicia propia. Añadiendo que, debe estar dentro de sus voluntades la adherencia a los talleres y cursos de formación y/o profundización que brinda la propia rama para fortalecer sus conocimientos ante la universalidad de derechos, protocolos y procedimientos que debe poseer esta comunidad en particular.

La quinta y última, es para todos los abogados litigantes de ampliar sus conocimientos y preparar una defensa fundamentada en el respeto a la normatividad existente sobre la jurisdicción especial indígena, que el uso de esta herramienta sea de interés para el desarrollo de los juicios y la adopción de medidas que sean acorde al nivel de cosmovisión de su defendido.

Referencias bibliográficas

- SANCHEZ BOTERO, Esther. El Peritaje Antropológico Justicia en Clave Cultural. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), Bogotá, 2010. Obtenido de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Justicia_Enfoque_Etnico/Publicaciones/Esther%20Sanchez%20-%20El%20peritaje%20antropologico%20justicia%20en%20clave%20cultural.pdf
- GUEVARA GIL, A., VERONA, A. & VERGARA, R. (eds.). El Peritaje Antropológico. Entre la Reflexión y la Práctica. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Lima 2015. Obtenido de <http://files.pucp.edu.pe/departamento/derecho/cicaj/2015/05/14175213/libro-completo-peritaje.pdf>
- BOSSA ROMERO, N., ARISTIZABAL, H., GARCIA, O., LOZANO, A. (eds.) Manual Para los Procesos de Abordaje Integral de los Operadores de Justicia Para Grupos Vulnerables, Mujeres, Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, Discapacitados, Niños, Niñas y Adolescentes y LGBTI. USAID. Colombia. 2012. Obtenido de <https://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/MANUAL-PARA-PROCESOS-DE-ABORDAJE-1.pdf>
- GOMEZ SIERRA, G., ORTEGA, T., BAYONA. Trabajo de grado titulado Garantías Constitucionales del Derecho a la Defensa en las Audiencias Preliminares. Universidad Libre sede Cúcuta. 2018. Obtenido de

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11851/PAPER%20GARANCIAS%20CONSTITUCIONALES%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20DEFENSA%20EN%20LAS%20AUDIENCIAS%20PRELIMINARES.pdf?isAllowed=y&sequence=1>

- ALVARES SAN MARTÍN, Roberto. El Peritaje Antropológico y la Defensa Penal de Imputados Indígenas en la Araucanía, 2004-2011. Universidad Santo Tomás, sede Temuco. Chile, 2014. Obtenido de <https://www.researchgate.net/publication/287451488> El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en La Araucanía 2004-2011
- GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. La Jurisdicción Especial Indígena en el Sistema Jurídico Colombiano. Revista Boliviana de Derecho. No. 25; Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2018. Obtenido de <http://www.revista-rbd.com/articulos/2018/586-609.pdf>
- BÚRGOS GUZMÁN, Filipo. Entre la Justicia Indígena y la Ordinaria: dilema aun por resolver. Revista Derecho del Estado. No. 21; Universidad Externado de Colombia. 2008. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/494>
- ROA ROA, Jorge. Pluralismo Jurídico y Mecanismos de Coordinación entre los Sistemas de Justicia Indígena y el Sistema Nacional de Justicia en Colombia. Revista Derecho del Estado. No. 33; Universidad Externado de Colombia. 2008. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3958>

- CALVACHE QUINTERO, Juan. El Fuero Judicial de los Pueblos Indígenas frente a la Justicia Ordinaria y la Responsabilidad del Estado colombiano por su Vulneración Fáctica. Revista Criterio Jurídico. No. 11; Vol. 1, Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali. Colombia, 2011. Obtenido de <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/356>
- ACOSTA ALVARADO, Paola. Administración de Justicia y Acceso a la Justicia: el actual Plan Sectorial de la Rama Judicial en Colombia. Revista Derecho del Estado. No. 24; Universidad Externado de Colombia. 2010. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/441>
- LONDOÑO BERRIO, Hernando. La Jurisdicción Penal y el Fueros Indígena en Colombia: su Vigencia Material como Consecuencia del Conflicto Político Armado y de los Límites Impuestos por los Derechos Humanos. Revistas Académicas. Vol. 5, No. 73; Universidad EAFIT. Colombia, 2009. Obtenido de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1870>
- LONDOÑO BERRIO, Hernando. El Fuero y la Jurisdicción Penal Especial Indígenas en Colombia. Derecho Penal y Pluralidad Cultural; Anuario de Derecho Penal. Université de Fribourg. Suiza, 2006. Obtenido de <http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros>
- BOSSA ROMERO, Nelson. Jurisdicción Especial Indígena. Revista La Defensa de la Defensoría del Pueblo, Vol. 5; Universidad EAFIT. Bogotá, 2004. Obtenido de <http://bdigital.eafit.edu.co:8080/bdng/query/single.xsp?idregistro=2176839>

- MEDINA VILLAREAL, Santiago. Situación de Indígenas Privados de la Libertad en Establecimientos Carcelarios, Propuestas para un Pluralismo Jurídico. Bogotá, 2016. Obtenido de <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Users/057/57/57/indigenas%20privados%20de%20la%20libertad%20FINAL-ilovepdf-compressed.pdf?ver=2018-02-16-123528-470>
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Lineamientos Normas, Políticas, Programas y Proyectos Dirigidos a la Población Vulnerable de Acuerdo con su Misión y Normatividad Aplicable. Bogotá, 2020. Obtenido de [file:///Users/christian/Downloads/LINEAMIENTOS%20%20PARA%20ATENCIÓN%20%20POBALCIÓN%20%20VULNERABLES%20Y%20A%20\(1\).pdf](file:///Users/christian/Downloads/LINEAMIENTOS%20%20PARA%20ATENCIÓN%20%20POBALCIÓN%20%20VULNERABLES%20Y%20A%20(1).pdf)
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Caracterización De La Población Reclusa Indígena Y Afrocolombiana A Cargo Del INPEC. Bogotá, 2016. Obtenido de https://www.inpec.gov.co/documents/20143/362594/Estudio+Afrodescendientes+e+Indigenas_0.pdf/fdf164db-4f07-a741-ba52-1a5bfc58b8bf?version=1.0
- MINISTERIO DEL INTERIOR, El Enfoque Diferencial Étnico En La Política Pública De Víctimas Del Conflicto Armado. Bogotá, 2011. Obtenido de https://gapv.mininterior.gov.co/sites/default/files/cartilla_enfoque_diferencial_fin_1.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 169. Pueblos Indígenas y Tribales. Ginebra. Año 1989. Obtenido de

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-
lima/documents/publication/wcms_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-
lima/documents/publication/wcms_345065.pdf)

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. New York. Año 2007. Obtenido de <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), 100 Reglas De Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Brasilia. Año 2008. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

- CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA, Secretaria del Senado de la Republica. Julio 04 del año 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

- LEY 74, Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966", Sistema Único de Información Normativa, Diciembre 26 del año 1998. Obtenido de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486>

- LEY 160, Por la cual se crea “El Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el

Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”.
Secretaría del Senado de la República, agosto 5 del año 1994. Obtenido de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0160_1994.html

-SENTENCIA T-048. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional. Enero 31 del año
1992. Obtenido de [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-048-](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-048-02.htm)

[02.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-048-02.htm)

- SENTENCIA T- 606. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional. Junio
7 del año 2001. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-606-01.htm>

-SENTENCIA T- 188. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional. Mayo 12
del año 1993. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-188-93.htm>

-SENTENCIA T-380. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional. Septiembre
13 del año 1993. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>

-SENTENCIA T-305. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional. Julio 05 del
año 1994. Obtenido de [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-305-94.htm)

[305-94.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-305-94.htm)

-SENTENCIA T-254. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional. Mayo 30
del año 1994. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>

- SENTENCIA T-496. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional. Septiembre 26 del año 1996. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>
- SENTENCIA T-349. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional. Agosto 08 del año 1996. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>
- SENTENCIA T-523. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional. Octubre 15 del año 1997. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>
- SENTENCIA C-176. M.S. Alejandro Martínez Caballero. Mayo 06 del año 1993. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-176-93.htm>
- SENTENCIA C-058. M.S. Alejandro Martínez Caballero. Febrero 17 del año 1994. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-058-94.htm>
- SENTENCIA C-139. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Abril 09 del año 1996. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>
- SENTENCIA C-370. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Mayo 14 del año 2002. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm>
- SENTENCIA SU- 510. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Septiembre 18 del año 1998. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU510-98.htm>

ANEXOS

Anexo 1. Formato de encuesta

Fecha:

Hora:

Lugar:

Encuestador: CHRISTIAN JULIAN CUELLAR BELTRÁN

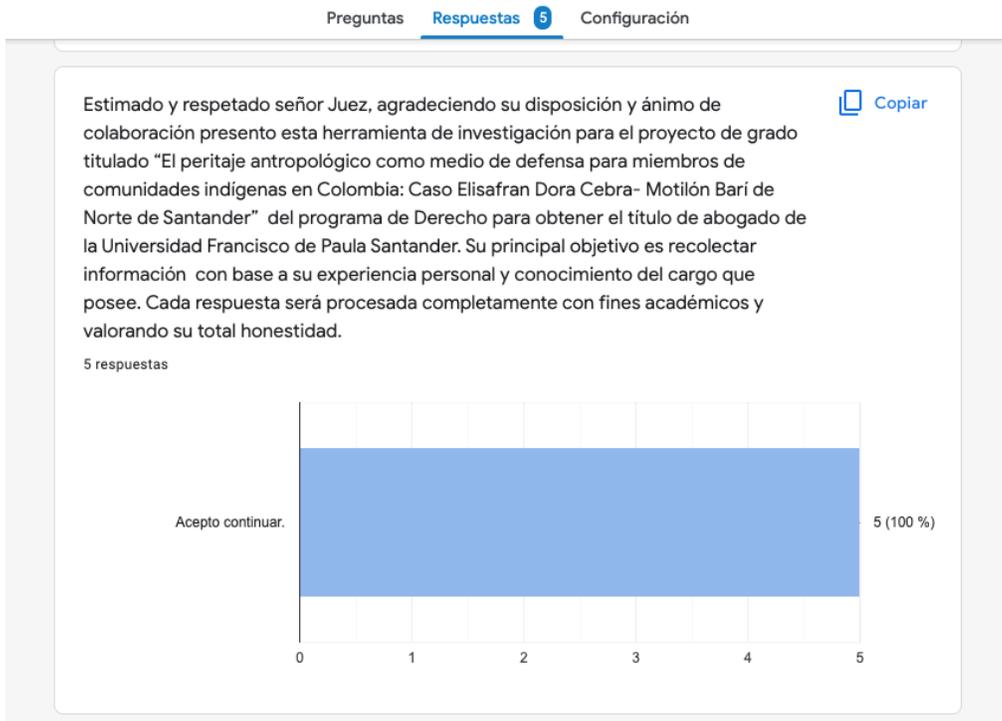
Introducción

Estimado y respetado señor Juez, agradeciendo su disposición y ánimo de colaboración presento esta herramienta de investigación para el proyecto de grado titulado “El peritaje antropológico como medio de defensa para miembros de comunidades indígenas en Colombia: Caso Elisafran Dora Cebra- Motilón Barí de Norte de Santander” del programa de Derecho para obtener el título de abogado de la Universidad Francisco de Paula Santander. Su principal objetivo es recolectar información con base a su experiencia personal y conocimiento del cargo que posee. Cada respuesta será procesada completamente con fines académicos y valorando su total honestidad.

Preguntas

1. ¿Cuál es su experiencia como operador judicial (juez) cuantificada en años?
2. ¿En su experiencia como juez de la república, con qué frecuencia ha recibido capacitación para reforzar su conocimiento en los casos donde se involucra un miembro de comunidades indígenas?
3. ¿Cuántos casos donde se involucra un miembro indígena ha desarrollado en su despacho?

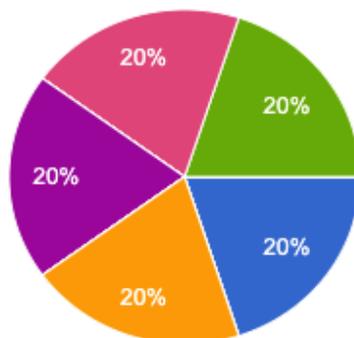
4. Suponiendo que a su despacho le llegue un caso de un miembro de una comunidad indígena ¿qué tipo de indagación realizaría para su juzgamiento?
5. ¿Ha escuchado o leído sobre el “peritaje antropológico” para abordar este tipo de casos?
6. ¿Cuál de las siguientes palabras asocia al leer o escuchar la palabra “indígena”?
7. Suponiendo que se le presenta una situación donde hay un grado de desconocimiento en una materia determinada ¿qué tan flexible se considera en admitir respuestas de una herramienta enfocada al área de la antropología?
8. De la frase: *“las costumbres y los usos indígenas están por debajo de la Constitución Política y su ley, por ende, sería de aplicación supletoria”* usted considera que:
9. En un caso donde es importante descifrar la realidad y los preceptos que envuelven la conciencia de un indígena ¿con cuál profesional de la materia estaría dispuesto a desarrollar una labor mancomunada?
10. ¿Está usted de acuerdo en que se realice una mayor sensibilización y pedagogía sobre los temas que conciernen a Jurisdicción Especial Indígena?
11. En su ejercicio del derecho y en este mismo contexto ¿qué tipo de juicio busca o buscaría como resultado final?
12. Respecto a los “factores humanos” como traductores, catálogo de enlaces directos que conlleven a una comunicación temprana con las autoridades indígenas del departamento, antropólogos, intérpretes, etc. ¿Con cuántos de estos cuenta su despacho o dependencia?
13. ¿Considera usted que existen barreras o dificultades que influyen en el desempeño de un juicio cuando se presenta un caso donde se involucra un miembro de una comunidad indígena?

Anexo 2. Gráfica de aceptación para el tratamiento de los resultados fin académico

Anexo 3. Gráfica de respuesta a pregunta

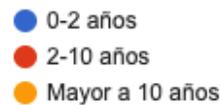
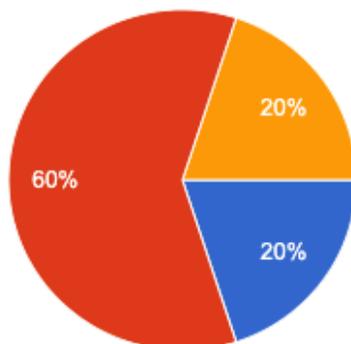
Seleccione a qué tipo de juzgado pertenece

5 respuestas

*Anexo 4. Gráfica de respuesta a pregunta*

1. ¿Cuál es su experiencia como operador judicial (juez) cuantificada en años?

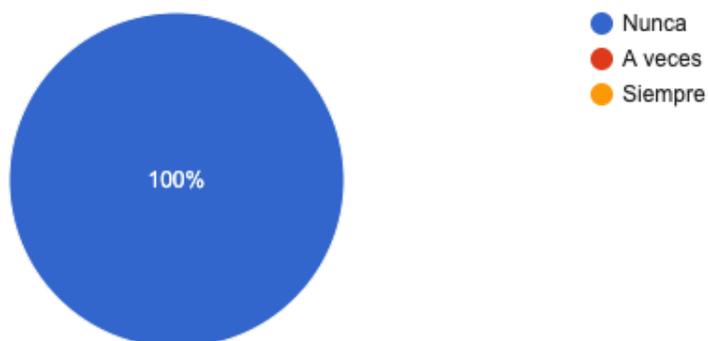
5 respuestas



Anexo 5. Gráfica de respuesta a pregunta

2. ¿En su experiencia como juez de la república, con qué frecuencia ha recibido capacitación para reforzar su conocimiento en los casos donde se involucra un miembro de comunidades indígenas?

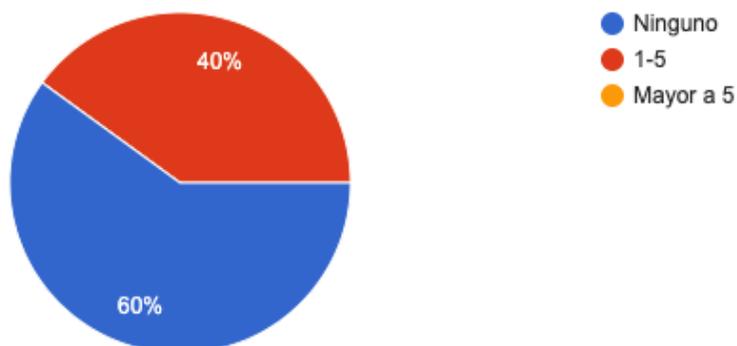
5 respuestas



Anexo 6. Gráfica de respuesta a pregunta

3. ¿Cuántos casos donde se involucra un miembro indígena ha desarrollado en su despacho?

5 respuestas

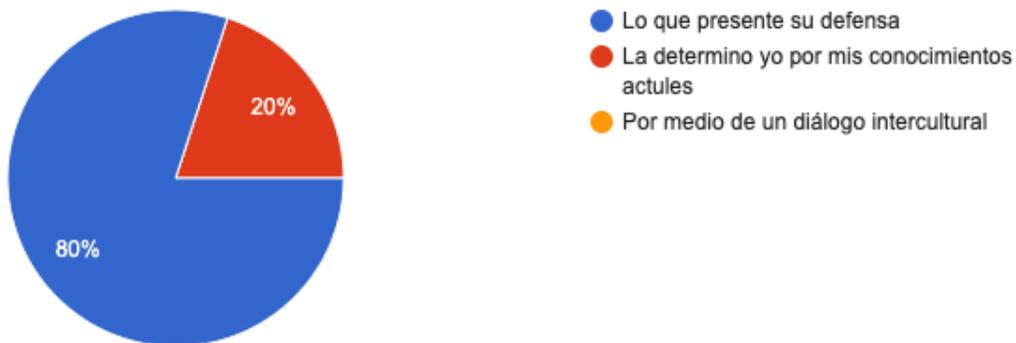


Anexo 7. Gráfica de respuesta a pregunta

4. Suponiendo que a su despacho le llegue un caso de un miembro de una comunidad indígena ¿qué tipo de indagación realizaría para su juzgamiento?

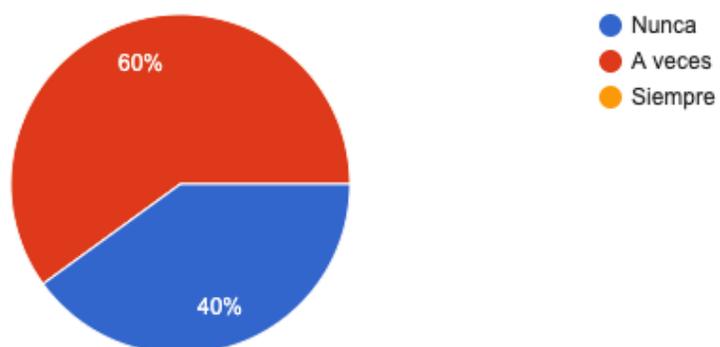
 Copiar

5 respuestas

*Anexo 8. Gráfica de respuesta a pregunta*

5. ¿Ha escuchado o leído sobre el “peritaje antropológico” para abordar este tipo de casos?

5 respuestas



Anexo 9. Gráfica de respuesta a pregunta

6. ¿Cuál de las siguientes palabras asocia al leer o escuchar la palabra "indígena"?

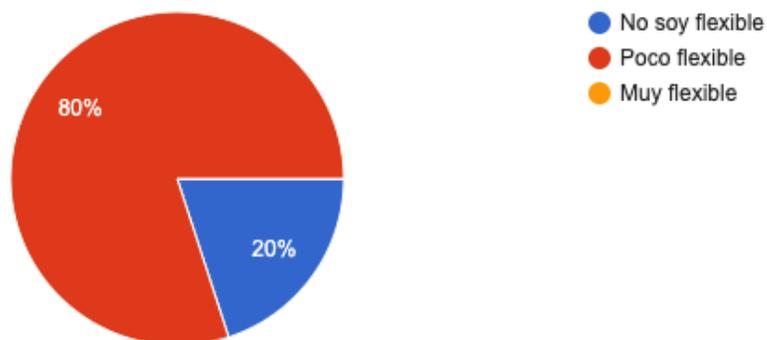
5 respuestas



Anexo 10. Gráfica de respuesta a pregunta

7. Suponiendo que se le presenta una situación donde hay un grado de desconocimiento en una materia determinada ¿que tan flexible se considera en admitir respuestas de una herramienta enfocada al área de la antropología?

5 respuestas

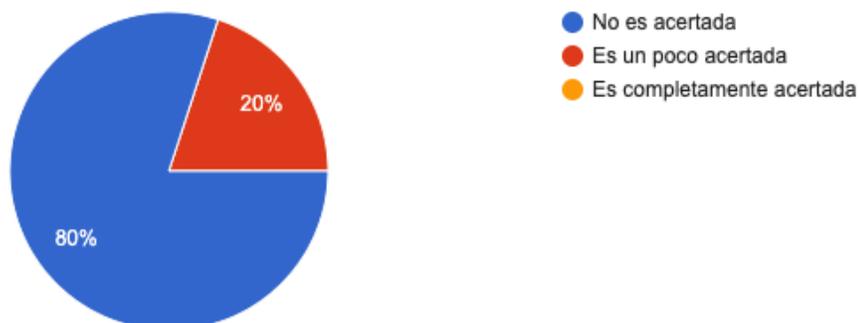


Anexo 11. Gráfica de respuesta a pregunta

8. De la frase: “las costumbres y los usos indígenas están por debajo de la Constitución Política y su ley, por ende, sería de aplicación supletoria” usted considera que:



5 respuestas



Anexo 12. Gráfica de respuesta a pregunta

9. En un caso donde es importante descifrar la realidad y los preceptos que envuelven la conciencia de un indígena ¿con cuál profesional de la materia estaría dispuesto a desarrollar una labor mancomunada?

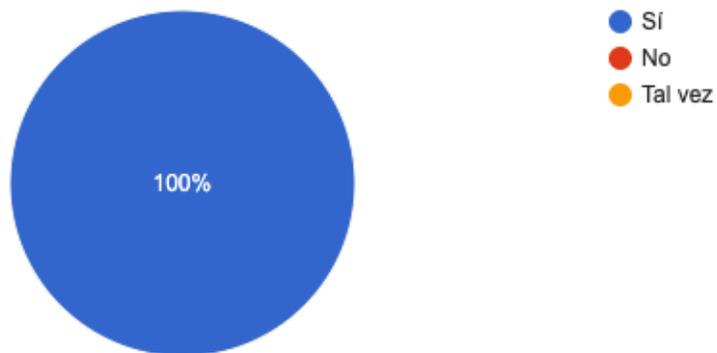
5 respuestas



Anexo 13. Gráfica de respuesta a pregunta

10. ¿Está usted de acuerdo en que se realice una mayor sensibilización y pedagogía sobre los temas que conciernen a Jurisdicción Especial Indígena?

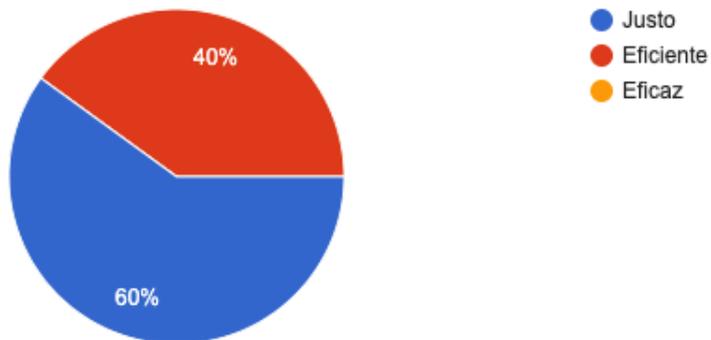
5 respuestas



Anexo 14. Gráfica de respuesta a pregunta

11. En su ejercicio del derecho y en este mismo contexto ¿que tipo de juicio busca o buscaría como resultado final?

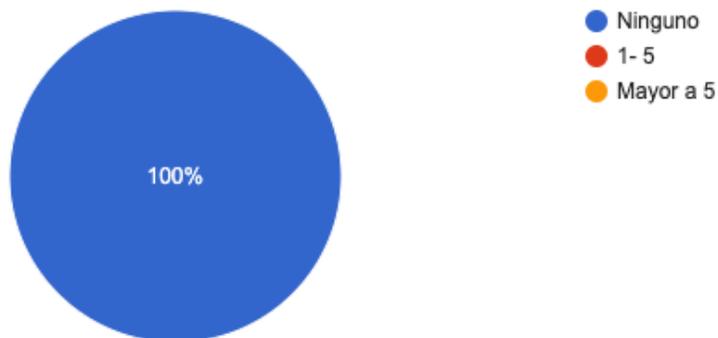
5 respuestas



Anexo 15. Gráfica de respuesta a pregunta

12. Respecto a los “factores humanos” como traductores, catálogo de enlaces directos que conlleven a una comunicación temprana con las autoridades indígenas del departamento, antropólogos, intérpretes, etc. ¿Con cuántos de estos cuenta su despacho o dependencia?

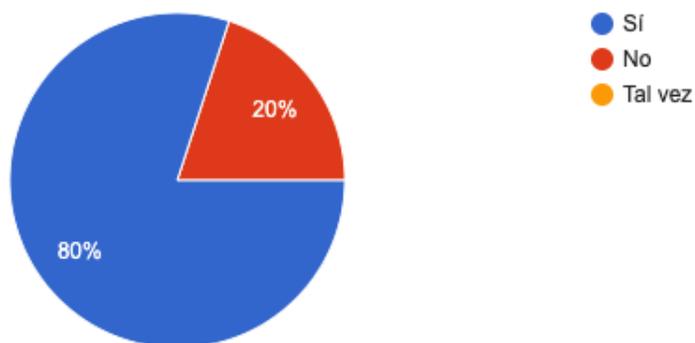
5 respuestas



Anexo 16. Gráfica de respuesta a pregunta

13. ¿Considera usted que existen barreras o dificultades que influyen en el desempeño de un juicio cuando se presenta un caso donde se involucra un miembro de una comunidad indígena?

5 respuestas



Anexo 17. Caso real de peritaje antropológico

A continuación, se expone un ejemplo real de un peritaje antropológico realizado en un caso de dos indígenas con intereses opuestos, este fue solicitado formalmente por la justicia ordinaria para abarcar mucho más su contexto particular multicultural:

Oficio OPT-A 712/2011

Expediente T 2801782. Acción de tutela Corte Constitucional de Colombia Bogotá. D.C.
diciembre 9 de 2011

Me permito responder al cuestionario recibido el 25 de noviembre del año en curso para la realización de un peritaje antropológico frente a la disputa de un padre y una madre separados matrimonialmente, para tener a su hija.

Pregunta 2.1. En el evento de que se presente un conflicto de custodia de un menor que nace dentro de la unión de miembros de la comunidad indígena de Yuri, cuáles son los mecanismos o procedimientos para la solución del mismo de acuerdo a sus usos y costumbres.

Respuesta a 2.1. Los Puinave son un pueblo indígena de Colombia, sujeto colectivo de derecho y portador de derechos humanos y fundamentales especiales. Es un sujeto colectivo vivo, con una cultura distinta y con un sistema de derecho propio oficial y legal, reconocido en la Constitución de 1991. (Art. 246).

Este sistema de derecho propio está pensado y se vive bajo una perspectiva de integralidad porque está tejido con otras realidades como el medio ambiente, la religiosidad. El derecho Puinave tiene tres partes: una ordena toda la vida social. Define cómo la familia es

patrilineal y patrilocal; quienes son parientes (biológicos, por adopción, rituales o simbólicos); los deberes y obligaciones entre parientes y no parientes; los principios y procedimientos para suceder los bienes materiales y espirituales; qué hacer y quién debe actuar frente a los huérfanos o los ancianos; entre quienes se deben casar las personas; qué es ser niño; quién cuida los niños en caso de no poder hacerlo los padres, por cualquier razón entre otras muchísimas situaciones. Es decir, el derecho Puinave representa el ordenamiento de cientos de realidades que se socializan desde temprana edad y que está incorporado dentro de una cotidianidad, un modo de pensar y de hacer. La propia lengua Puinave da cuenta de estas realidades, de modo que lengua y modo de vida van unidos. Una segunda parte constitutiva del derecho propio ordena lo que es de todos: la distribución de la tierra; el manejo del agua, el cuidado de los ríos, los peces, los animales de caza, los lugares donde defecar o donde enterrar los muertos. Y, una tercera parte del derecho propio es el ámbito propiamente de la justicia. Allí se encuentran las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional plena, en todas las materias. Estas autoridades son reconocidas socialmente y toda vez que sea necesario, conocen los hechos, los juzgan y sancionan acorde con sus normas y procedimientos.

En el cuaderno 2 Pagina 8 la señora Y. P. Q. “manifiesta que nació en la comunidad Yuri y que mientras vivió allí no conoció reglamento alguno, acerca de la justicia indígena (...).”

Esta es una pregunta bien contestada, pero mal formulada puesto que si a mí me preguntan si conozco el reglamento de ética de los cirujanos plásticos, es posible que responda que no lo conozco; pero no por ello se puede concluir que no existe.

A la pregunta:

¿Diga si ha acudido a la autoridad indígena de la comunidad Yuri para exponer que si es del caso su derecho de visitas no ha podido ser cumplido?

No, no he acudido porque ellos me van a decir que no.

Expediente de la Corte Constitucional Radicado T- 2801782 página 133

Su respuesta demuestra que conoce quien ejerce autoridad y que son ellos. No es solamente la autoridad del capitán, es además del núcleo familiar clánico, los ancianos los cuales deben haber sido consultados frente al caso. Pero aún más, ella con su respuesta demuestra que conoce qué hacer en un caso como el suyo, en su propia comunidad, por ello sabe que le van a decir que no.

El derecho propio Puinave que rige a esta sociedad no está configurado a la manera del Derecho Positivo con códigos escritos y reglamentaciones. No contiene por supuesto una clasificación de “conductas prohibidas” que se puedan enumerar positivamente. Pero, no se puede negar su existencia en tanto está configurado en las personas cognitivamente mediante procesos de socialización muy eficaces, como lo expresa pasmosamente en el Expediente de la Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Páginas: 108 y 109 el declarante E. M. P.

Las normas que nosotros tenemos es lo hablado; pero no tenemos reglamento escrito.

Los reglamentos internos que ellos fijan (refiriéndose al capitán) los hacen de manera anual, que es el capitán que eligen cada año el que vigila que eso se cumpla, pero eso no es por escrito, es una reunión abierta con la comunidad. Él dice que entre todos acuerdan la forma de castigar cuando ellos cometen una falta, que es cuando alguien roba, cuando alguien se lleva algo sin permiso, cuando hay peleas entre familias, entre personas; buscan la solución, y la persona

que convoca es el Capitán, allí ellos se reúnen los más ancianos de la comunidad para discutir. Ellos se reúnen los ancianos, los más antiguos en la comunidad se reúnen delante de la comunidad, en esa reunión llevan el problema y lo discuten y lo aconsejan y buscan la solución. No se ha llegado al punto de castigar a alguien, solo dan consejos, la gente cumple los consejos.

Las personas saben que tienen restricciones que deben cumplir obligatoriamente y que de transgredirlas son sancionados. Pero, también la antropología establece que la cultura no está homogéneamente repartida y por ello, no hace parte del saber de todos los que pertenecen a un mundo cultural; una mirada a nosotros mismos como miembros de una sociedad y cultura particular permite deducir la veracidad de este planteamiento.

Pregunta 2.2. ¿Dentro de la etnia Puinave es importante que la menor permanezca con su familia?

Respuesta a 2.2. Lo es tanto como para nosotros es, que un niño permanezca con su familia. El valor y estima de la familia, el amor a los niños es significativamente importante para los Puinave; lo es tanto, que los niños son sujetos de cuidado y protección de los miembros de los diferentes clanes. Por esto es importante comprender a fondo que el sistema social de los Puinave trasciende la familia nuclear, ya que están organizados en clanes patrilineales y patrilocales.

Lo que constituye el interés superior de un niño está determinado por la cultura de una sociedad particular, que comparte diferentes asuntos como una clasificación sobre las distintas etapas tales como para ser alimentados por la madre, para conocer desde lo alto (cargados) caminos, peligros, diferencias de alimentos, familiares, animales, distintas realidades, la etapa

para conocer gateando, la etapa desde que se camina y con estas todo el orden deseable para los diferentes asuntos, los que se socializan con palabras y participación en la vida cotidiana. Una buena parte de este proceso está relacionado con las prohibiciones y el ámbito para resolver conflictos.

El ‘interés superior del niño’, pensado desde Occidente, es una posibilidad solamente deseable desde esta visión cultural. El análisis del caso permite afianzar la lógica de los mundos culturales y sociales, que es una particularidad que se vive en una realidad históricamente situada. Permite encontrar y justificar salidas diferenciadas. Esta realidad, que orienta el cómo deben ser ciertas directrices, se fundamenta en los referentes de cada cultura, es decir, en los juegos de lenguaje, que se juegan y se pueden jugar porque se conocen las reglas de ese juego en la sociedad determinada, como resultante de un sistema con principios y modos de hacer las cosas, que buscan afianzar la estructura o espina dorsal de la sociedad particular. Esta variante no se encuentra al primer vistazo, porque no son las manifestaciones exóticas o las curiosidades superficiales las que permiten interpretar la realidad cultural. La interpretación de un hecho cultural parte, en cambio, de encontrar cómo se da la reproducción de un mundo sociocultural determinado.

El matrimonio Puinave constituye una forma de realizar alianzas entre clanes. El intercambio entre clanes para tomar esposa es circular y se origina desde la familia del novio hacia la familia de la futura novia. Este intercambio tiene dos funciones principales: la primera, validar el matrimonio; la segunda, transferir la capacidad procreadora del novio desde la familia hacia la de la mujer. Mediante esta transferencia se concede al hombre y a su familia el derecho a reclamar a todos los hijos que tenga con la mujer, sea o no Puinave. Debido a que la sociedad

considera que todos los niños nacidos durante el matrimonio pertenecen en primer lugar a los Puinave como pueblo, al clan paterno, la protección de los niños, en caso de ruptura matrimonial o muerte, es considerada un derecho y un deber del clan paterno. El matrimonio ha sido el medio para asegurar alianzas entre distintos clanes, y por ello se considera a los niños como vínculo esencial de unión. Aunque la mujer se fugue es deber de los miembros de la familia conservar los niños a fin de seguir sosteniendo relaciones con las familias de otros clanes, es su medio de continuar un proceso íntimamente relacionado con su existencia a futuro.

Dado que la sociedad está organizada en clanes. Estos colectivos definidos por sentirse descendientes de un antepasado común son los que realizan importantes prácticas económicas, espirituales y rituales. En este contexto, es importante el reconocimiento de sus derechos y deberes sobre los niños y jóvenes, para cumplir con realizaciones y funciones necesarias a la reproducción del clan, inserto en una unidad mayor que es su pueblo.

Los clanes a los que pertenecen los jóvenes en calidad de futuros cónyuges están directamente implicados en la concertación del matrimonio. El joven novio debe someterse a las posibilidades de su clan para casarse; la joven a su vez, a la decisión de su propio clan. Estas formas de reglar el matrimonio definen con quien es posible casarse y con quién no. Estas decisiones hacen parte de la cultura y tiene una importancia social considerable. Este paso, no fija edad mínima para el matrimonio como lo establece el derecho estatal y es señal de la capacidad de un clan para acoger a una nueva familia y para que pueda participar en la vida social bajo su apoyo y su respaldo.

Pregunta 2.3. Qué tan importante es la presencia del Capitán en la mediación de los conflictos de custodia dentro de la comunidad de Yuri?

Respuesta a 2.3. El Capitán es la autoridad con competencia jurisdiccional que los Puinave reconocen y valoran. Es elegido por la comunidad por un periodo de un año y está registrado en la Alcaldía de Inírida el 14 de enero de 2011. Ver en Expediente en Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Pagina 24. Como autoridad él y los mayores o ancianos del pueblo, muchos de los cuales fueron capitanes, o son llamados a petición, se enteran y toman la iniciativa, en primer lugar, para dar consejo o, en segundo lugar, para intervenir frente a los casos que lo requieran.

Los viejos de la comunidad hablaron con ella para que no se fuera, pero ella no les dio importancia a los consejos de ellos.

Cuaderno 1 página 18

Su presencia como capitán en la comunidad es substantiva. Ellos son elegidos en reconocimiento de su capacidad para que permanezca la armonía ya sea previniendo problemas y conflictos, mejorando la calidad de vida de los comunitarios y representándolos en el mundo de fuera, (como lo hiciera al ser llamado por el ICBF) y para ejercer funciones jurisdiccionales sólo o con otros miembros de la comunidad como cabildantes y ancianos consejeros.

El capitán es el líder de toda la comunidad junto con los ancianos y, el capitán es el que legalmente está reconocido ante cualquier entidad sea la Alcaldía, o Gobernación y que ellos tienen carnet que los acredita como capitanes que da la Alcaldía. La función es gestionar las necesidades de las comunidades, esas funciones no se escriben, se conocen en la comunidad. No

hay manual de funciones que ellos solo nombran y ese el trabajo de ellos, es trabar por la comunidad y liderarlos. Ver en Expediente en Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Pagina 108.

Pregunta 2.4. ¿Cuándo interviene el Cabildo indígena en los conflictos de menores?

Respuesta a 2.4. Cuando hay niños huérfanos y los familiares cercanos están en imposibilidad de tenerlos bien. Cuando existe, como en este caso, un conflicto que irrumpe negativamente la tradición y es necesario reorganizar lo que está saliéndose de los principios que él debe proteger, porque ha sido elegido y nombrado por representar los intereses de su pueblo y el más importante es poder seguir siendo un pueblo indígena portador de una identidad diferenciada. Cada uno de sus miembros se siente indígena, se siente Puinave y miembro de la comunidad de Yuri.

En el expediente estas funciones quedan claros en la declaración de la señora Y. P. Q. D.

Por favor indique al despacho quien tiene asignada la custodia de su hija S. E. P. Q.

Los abuelos porque ellos la han criado hace un año y por decisión del capitán de la comunidad de Yuri. (Negrillas fuera del texto)
(Cuaderno 1 página 10).

También, al ser llamado el capitán por la Juez de Familia en Inírida, como le corresponde hacer a una juez formada en el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural, y en conocimiento de la resolución ICBF 2785 de 2009 por lo tanto de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, en el marco de la coordinación interjurisdiccional.

La señora Juez afirma:

“(...) respetando la diferencia cultural, de los indígenas, garantizándoles sus derechos y evitar la vulneración de los derechos de la menor”. Bajo estos parámetros Procede el Capitán de la comunidad de Yuri E. M. P., en calidad de Autoridad indígena de esa comunidad, a adelantar una conciliación por Custodia, con la señora Y. P. Q, en calidad de madre biológica de la menor S. E. P., plasmándose esta conciliación en un acta que en su interior contiene textualmente, “A lo que dice que la señora C. R. Y J. P., en calidad de abuelos paternos de la menor tendrá la custodia de esta”.

Continúa la Juez: *“Ante esta afirmación queda demostrado y sin duda alguna que la Defensoría de familia no tomó decisión al respecto, solo actuó en cumplimiento de su deber en aras de garantizar el bienestar de la menor y respetar la competencia de la Jurisdicción especial indígena.*

(Cuaderno 1 página 12)

Esta competencia se expresa de modo cultural en la presencia de principios y procedimientos del derecho propio Puinave:

La infidelidad en esta sociedad no es reprochable como lo es en otras sociedades, dado que no existe un concepto de “propiedad”: mi mujer, o mi hombre. Pero, si es reprochable por transgredir con quién se hace pareja cuando esta se configura por fuera de las permisibilidades.

Es claro que la señora demandante rompió una norma importante:

(...) ella siguió molestando con el muchacho que es su propio tío (...)

La decisión la tomamos entre todos los que estuvimos en la reunión. Expediente Cuaderno 1 página 22

Pregunta 2.5. ¿Si el conflicto se soluciona en el marco de una conciliación realizada ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las normas indígenas son relevantes para la resolución del caso?

Respuesta a 2.5. El artículo 246 cierra con la frase: “La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. El ICBF dentro del marco de una Política Pública de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, definió, e implementó principios y procedimientos desde el año 2000, como también mediante la Resolución 2785 de julio de 2009, para interactuar intercultural e interlegalmente en los casos de niños, niñas y jóvenes indígenas cuando estos casos salen de la jurisdicción especial indígena. Es claro que los servidores públicos deben hacer control constitucional de sus actuaciones para compatibilizarlas con los derroteros de la carta. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Pagina 69).

En primer lugar, los Defensores y jueces deben definir si esta institución es o no la competente o, si en casos especiales como este, deben actuar con la autoridad indígena.

Por tratarse de miembros de una comunidad indígena esta defensoría cito a las partes para brindarles espacio para que estos decidieran sobre la custodia de la menor S. P. a la luz de los artículos 246 de la CP y 13 de la Ley 1098 de 2006. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 página 78)

En la comunidad compartimos todos como familia, comemos juntos (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 página 107)

Bajo estas circunstancias las normas y procedimientos de ambas autoridades se presentan, para dar salida a las medidas de protección o restablecimiento de derechos.

El hecho que la madre viva en la capital y el padre en la comunidad y que ella acuda a la jurisdicción ordinaria es una situación que amerita actuar interrelacionadamente. La Defensora en uso del conocimiento de que dispone, que trasciende su formación como abogada porque sabe que de aplicar el derecho que ella conoce únicamente estaría negando el reconocimiento constitucional no solamente a la autoridad que tiene competencia jurisdiccional sino al pueblo Puinave que tiene derecho a la distintividad cultural y a lo propio, en este caso a su derecho propio. Este reconocimiento y valoración se deduce del Convenio 169 de la OIT que es vinculante y de la Declaración sobre pueblos indígenas de Naciones Unidas, derroteros libremente aceptados por el Estado colombianos que se comprometió a aplicarlos.

La señora expresa de manera enérgica en el Cuaderno 1 Pagina 2

(...) hoy pago luz en Inírida, estudio en Inírida y trabajo en Inírida; además no recibo ningún privilegio de la comunidad de Yuri desde hace muchos años y como dije mi embarazo fue controlado por la medicina del blanco y el parto fue atendido por medico blanco. (Negrilla fuera de texto).

Puesto que la madre es la que debe tener a los niños (Cuaderno 1 Pagina 10)

Pero la niña no pertenece al resguardo porque ella nació en Inírida (Cuaderno 1 Pagina 11)

Una característica de los Puinave es su visión cultural sentada en el sujeto colectivo, la comunidad, como digna de protección, pero en función de apoyar a cada uno de sus miembros. En esta sociedad se necesita dar para recibir. El dar y el recibir es una institución que atraviesa la vida cotidiana. Cada individuo sabe, porque lo ha vivido toda la vida, que no se basta por sí mismo; que requiere intercambio de mano de obra, trabajo colectivo, ayuda mutua y participación en todos los asuntos de la comunidad. El que ella plantee que se basta así misma, y con vehemencia exprese que no recibe ningún privilegio de la comunidad de Yuri, desde hace mucho tiempo significa que se la /desconoce/ o porque ella repudia su sociedad o porque la sociedad la repudia a ella.

Juega como indígena de su comunidad (no siempre) pero cuando lo hace no acata sus normas y actúa como blanca (libre y racional) desvinculándose de la misma, comunidad que es sujeto de derechos y ella de deberes. Se la denomina “cabuca” allí en su comunidad, porque es medio indígena y medio blanca. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 página 111)

Mi hija vive y se desarrolla con la cultura de mi familia y la de Inírida (Guainía)
Cuaderno 1 página 2

“de igual forma no pueden obligarme a hacer algo que yo no quiera, ni mucho menos aplicarme una ley o norma de un lugar al cual yo no pertenezco, dado que estarían violándome el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 de la Constitución Política actual) y el acceso a la justicia (Artículo 29 de la Constitución Política Actual).

Es que el desarrollo de la libre personalidad como miembro de un pueblo indígena, tiene los límites que le impone ser miembro de un sujeto colectivo de derecho.

(...) “mi hija S. E. P. Q. se encuentra en una situación de amenaza a su derecho fundamental a tener una FAMILIA y a no ser separada de ella (...) para evitar a la niña S. E. P. Q. un perjuicio irremediable en sus derechos al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16), de la vida, a tener una familia (Art. 44 CP) y a no ser separada de ella, el cuidado y el amor y la libre expresión de su opinión en cabeza de su madre, al igual que gozar de una formación integral al lado de su mamá; (...)

La niña a futuro puede definir como ella lo ha decidido ser libre y desarrollar su personalidad a su manera. Pero, mientras esté bajo las reglas de la comunidad han de vivir con ciertas restricciones. Esas restricciones hacen parte del derecho Puinave a lo propio, que de ninguna manera es un mundo clonado que se repite sin cambios y modificaciones. Es un pueblo que se abre cautelosamente a los mundos culturales foráneos.

Como madre no responde a los deberes pensados por este pueblo y que se constituyen en graves violaciones al derecho de los niños:

Desde su nacimiento la señora P. Q. nunca demostró su responsabilidad como madre porque nunca le proporciono la leche materna que tanto amerita en un recién nacido; porque le importaba más su presentación de servicios domésticos en la casa del doctor Manotas. (...) Y nunca ha puesto en consideración de aportar no solo económicamente sino también en otras especies que contribuyan positivamente al cuidado de la niña.

Los conflictos de pareja es usual que se arreglen entre la pareja, a veces con apoyo de los familiares; ese es el principio del derecho propio y ese es el procedimiento. Ella, la demandante, que lo sabe y lo reconoce, decide en contravía de ese derecho sacar el caso a la jurisdicción ordinaria, descalificando el derecho interno, ya que fue aconsejada por los ancianos a solicitud de su marido, pero no se acogió a estas solicitudes, sino que individualmente determino actuar.

La demandante es sobrina de la esposa del Capitán (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 Pagina 107) y sin embargo este ha actuado según el debido proceso Puinave; es decir si un niño está en peligro -como lo ha estado la niña-, dado que su mamá no la amamantó, ni la ha cuidado en sus primeros meses de vida como corresponde a una mamá; y, sí la ha protegido el padre apoyado por los abuelos paternos que si demuestran capacidad afectiva y condiciones materiales; y, si como en el caso, este no se resolvió entre los miembros de la familia porque el caso ella lo saco a la jurisdicción ordinaria, el define en colaboración con la Defensoría de menores y con la juez, la restitución de su derecho a actuar con competencia jurisdiccional para resolver y hacer eficaces sus resoluciones y el de la niña a tener una familia.

No queda claro que problema tuvo ella con un motor. Pero todo parece indicar que se alejó para no seguir con un problema en el que se encontraba involucrada. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782 página 109). Los Puinave tienen un censo y allí están todos sus miembros aún si viven en Inírida u otro lugar. Pertener es de todas maneras ser identificados como propios de la comunidad viviendo fuera, pero con deberes frente a su comunidad como medio de seguir siendo sujetos de los derechos de grupo. Resulta pues claro que ella reconozca que no recibe pues todo parece indicar que no se siente miembro de esta.

La interlegalidad se manifiesta claramente en la frase de la Juez:

“En este caso se respetó la diferencia cultural de los indígenas, se les garantizo sus derechos y se evitó la vulneración de los derechos de la niña”.

Es claro que la juez aplicó el derecho de manera edificante. No solamente protegió el derecho de la niña a tener una familia, al goce de seguir viviendo con sus parientes patrilineales con los cuales ha compartido, sino a proteger el derecho de los pueblos indígenas a ser reconocidos y valorados como iguales en la diferencia. Esta medida implicó fundamentarse en cuatro de los derechos humanos de los pueblos indígenas: el derecho a la distintividad, a lo propio, a la igualdad (otro derecho con igual valor) y a la desigualdad (pluralismo jurídico de tipo igualitario).

Anexo 18. Estudio antropológico sobre la devolución de curul indígena

De la sentencia T 778 del 2005 se destaca un estudio antropológico sobre la devolución de una curul indígena en el congreso de la república a una mujer de la comunidad Arhuaca donde se enfrenta la cosmovisión del occidente con la del pueblo indígena; realizado por Esther Sánchez Botero solicitado por el Magistrado Ponente José Manuel Cepeda:

Pregunta: ¿Como se sabe que un hombre o una mujer pertenecen al pueblo arhuaco?

Respuesta: “Independientemente de la vestimenta, independientemente del hilo amarrado a las manos, se es indígena desde el momento que nace una persona y se lo bautiza; es como llevarlo y presentarlo ante nuestra ley espiritual, en ese momento ya es indígena, y le dan un nombre. Va creciendo. Cuando tiene la primera menstruación a la mujer se le hace trabajo espiritual. Se van reconociendo todas las etapas hasta llegar a adulto: cuando se casa le dan /achocue/ que es como la silla donde van a vivir y entonces ya es reconocida dentro de

nuestro territorio. Otro elemento es que se pertenece a un linaje, a pesar de que nos llaman a todos arhuacos, los arhuacos tenemos un linaje y a ellos corresponde una misión”.

Pregunta: ¿cómo se transmite el linaje, quién lo transmite: la línea materna, ¿la línea paterna o por ambas?

Respuesta: “Hay un linaje, como guardián del fuego y se lleva esa tradición independiente de mi papá y mi mamá”.

Pregunta: ¿Si uno de los dos padres no es arhuaco (hombre blanco, mujer indígena; o, mujer blanca hombre indígena), ¿se reconocen esos hijos como iguales a los arhuacos de padre y madre? ¿Conoce una familia conformada por una mujer blanca y hombre indígena o al contrario? ¿Cree usted que los hijos bajo estas condiciones pueden ser seguidores de la tradición? ¿Se puede pensar que ese hijo también consigue conocer la cultura mayoritaria y, por lo tanto, ambas culturas? ¿Entonces esa persona conoce y maneja ambas culturas? ¿Hay predominancia de una de las dos culturas?

“Se recibe siempre que cumpla la tradición y que esté allí y que esté pendiente; lo importante es que la cultura continúe. Nosotros somos muy conscientes de lo que pasa en el mundo; de todos los que viven aquí, que son mestizos. Pero entonces, si tenemos uno que es aliado que es el que conoce bien nuestra tradición y conoce bien el mundo mestizo, para nosotros es como un /mamu/, también porque va a defender nuestras raíces y entiende mejor nuestra tradición y podrá traducir y romper esa ignorancia que existe del occidente. Entonces, para nosotros no es malo, no está dañando, más bien nos está defendiendo. Hay historias. Por ejemplo, Marcos Vicente tenía un gran conocimiento y él era mestizo. Tenía un

conocimiento de adentro y un conocimiento de afuera. Y él dio a entender como era nuestra forma de vida y entonces así nos reconocían y él nos defendía. Personas así pueden hablar un lenguaje para darnos a conocer al exterior”.

Pregunta: ¿Es importante que una persona nazca dentro del territorio o dentro de una familia arhuaca para ser reconocido como un arhuaco? ¿Puede un mestizo que nació fuera del territorio llegar a ser un arhuaco?

Respuesta: “Existen varias clases: hay mestizos que nacen y quieren favorecer a su gente; pero también hay gente que no favorece. Es como el gorgojo que va minando el espíritu y vuelve negocio. Hay blancos que quieren ser indígenas y a veces lo hacen de buena fe y quieren defender. Pero hay otra gente, como en el momento que estamos viviendo, que quiere ser hippie, camuflándose detrás del ropaje indígena. Pero para nosotros lo más importante es aquellos o aquellas que cumplen lo que dijimos al principio: el trabajo espiritual desde el momento que nace, desde el momento que empieza a ser adulto y cuando se casa, de acuerdo a la ley, y que rinde siempre cuentas; lo que nosotros llamamos pagamento espiritual, lo cumple en el mes de junio y en el mes de diciembre; la persona que está en contacto y que se sabe que está cumpliendo esa tradición; pero entonces para decir este si es indio, no tenemos un “indiómetro”, sino que tenemos que tener mucho cuidado y por eso no quiero emitir o decir que ¡eso es así!”.

Pregunta: ¿Cuándo se considera a una mujer Arhuaca adulta? Plantea el Magistrado.

“Teniendo en cuenta que en el expediente obra prueba de que: “[...] a partir del momento en que la mujer Arhuaca se considera mayor de edad adquiere responsabilidades sociales y políticas como esposa y madre, participando en las reuniones o asambleas (sic) convocadas por las autoridades”, se solicita precisar: ¿Qué condiciones se requieren, como edad, matrimonio, hijos o condición biológica y si las mismas son necesarias para el ejercicio de los derechos políticos de una mujer Arhuaca?

Pregunta: ¿En qué momento pasa de ser un niño pequeño o una niña pequeña, a ser un (a) joven? ¿En qué momento pasa a ser un adulto? ¿Cuál es el reconocimiento social que se le da a un niño o a una mujer en las distintas etapas, para pasar de un estado al otro?

Respuesta: “El mandato que tenemos no es inventado por los indígenas de hoy. Existe desde que nosotros aparecimos y es el orden natural. Decimos que la madre tierra menstruaba cuando empezó a formarse la tierra blanca, la tierra amarilla, la tierra roja, la tierra negra, las cuatro estaciones, los cuatro colores del maíz, los cuatro colores de la raza humana, las cuatro direcciones y los cuatro pasos que sufre la mujer para menstruar”.

Pregunta: ¿Cuáles son esos cuatro pasos?

Respuesta: “La mujer tiene el primer lujo blanco, el lujo antes de tener hijos, después de tener hijos y ya cuando es apta para tener la fortaleza o la fertilidad para tener el poder de la palabra, para poder hablar con la sociedad. Así como la madre esta apta para fecundar la tierra, también el hombre tiene el tiempo de verano, el tiempo de invierno, el tiempo de las cosechas. Ambos son complemento. Así también se bautizan ellos: allí nació un niño o una niña; la niña, por ejemplo, toca saber de dónde nos la mandaron: si del lugar donde están los

que han de conservar el agua, la lluvia, la palabra; toca saber cuál es la misión de ella. A pesar que pertenece a un linaje, tiene su propia misión; entonces de acuerdo con esa misión los mamus consultan al padre espiritual de donde nos la mandaron: si es guarda del agua, si es guarda de la lluvia o guarda de la palabra; de acuerdo a eso le dan el nombre y entonces los bautizan. Para, el mamu no es que simplemente se bautice, hay que hacer reconocer y sabrá cuál es su misión en un tiempo”.

Pregunta: ¿En qué momento se bautiza? “En el momento que nace, un mes mínimo hay que bautizar”.

Respuesta: ¿En ese mes se sabe si será guardián del agua, de la lluvia o guardián de la palabra? “En el momento que nace ya se sabe que será. Lo que hace el mamu es presentarlo. La madre siente que nació una hija o un hijo. Igual que cuando sale una planta, si uno no la hace reconocer entonces vienen las fuerzas no positivas que se lo quieren llevar. Por eso es necesario decir: ¡aquí tienes tu hijo o tu hija! Luego la mujer sigue otro paso cuando llega la menstruación, así como también la tierra que es oro rojo, oro blanco, oro verde, oro amarillo, oro negro, también pasa por ese sitio. Por eso es que la mujer y el hombre también hacen parte de ese mundo externo y conectado. Por eso es que la mujer está conectada con la luna según cuantas lunas va a menstruar. Entonces el hombre también es como el viento, como el verano y el invierno que sabe cuándo hay que cosechar cuando no; cuando son lluvias... Por eso también se hace reconocer cuando nace un niño y cuando le dan los cambios en la voz. Pero entonces los mamus están pendientes y vigilan cada paso. Es importante la conducta y en ese momento del crecimiento tiene en cuenta su conducta, lo van vigilando hasta que se case. Hasta que la mujer tenga ya otro hombre. Cada paso tiene una

aseguranza: cuando tiene la menstruación tiene una aseguranza; cuando se casa, tiene otra aseguranza, lo mismo el hombre. La diferencia es que ellos, los hombres, tienen solo la representación femenina de la fecundidad de la tierra. El hombre es como el viento; pero son complemento que tienen que unirse, estar interconectados”.

Pregunta: ¿Existe entre los arhuacos, como en nuestra sociedad la norma que un joven no es responsable de sus actos por ser menor de edad si comete, por ejemplo, un robo? ¿No es sancionado? ¿Es tenido en cuenta que es un menor de edad? ¿En qué momento se considera que es responsable de sus actos como hombre o como mujer ya adultos?

Respuesta: “Es difícil de interpretar. Hay varias causas. A veces tienen causa y efecto. Por ejemplo, cuando es producto de conciliación de papá y mamá nace un hijo. ¿Qué problema va a tener ese hijo? Ese niño no va a tener contradicciones, problemas. El otro caso es que por causa de su papá o por causa de su mamá él empieza a hacer alguna cosa... El culpable, a veces, no es el niño; hace alguna cosa porque no han rendido los papas. Entonces se enfermó el alma, y ese niño empieza a actuar. Aquí el papel del mamu es averiguar qué está pasando, de donde provino y averigua su enfermedad mental, física, sus actos, su conducta. Tienen a veces que responder los padres con el niño ocultamente para enseñarle consejos”

Pregunta: ¿Cuándo ya no tienen que responder los padres, sino que la persona misma ya es responsable? ¿En qué momento la persona asume su responsabilidad, por ejemplo, ante un robo, y ya no deben responder los papás? ¿Existe una edad o momento para que la persona tenga que asumir su responsabilidad frente a un acto, como un robo? ¿Cuándo les

llega la menstruación, se considera que las niñas que ya son adultas, ya están aptas para concebir, ya están aptas para el poder de la palabra, para responder sus propias conductas?

Respuesta: “El hombre cuando ya tiene su voz, gruesa ya está apto para responder, porque ya la mente empieza a perturbarse, por eso es que los mamus vigilan mucho; entonces usted tiene que entregarle lo espiritual, entonces ya se considera que ya es responsable; pero... a veces no todo el tiempo... porque a veces tiene que venir de antes, por la genealogía... pero suceden cosas, hacen alguna cosa: se enferma o roba, entonces es porque el abuelo no pagó, entonces la culpa es del abuelo; entonces ahí todos, la familia tiene que reunirse y empezar a rendir cuentas”.

Respuesta concluyente de la antropóloga. La mujer Arhuaca es adulta cuando habiendo pasado por los rituales de bautizo y menstruación, que le permiten ser “reconocida”, adquiere el poder de la palabra y empieza responsablemente a “pagar”, es decir a hacer pagamentos rituales de modo individual, como corresponde a una persona que ya ha conocido los principios y los procedimientos para actuar con toda responsabilidad, frente a los deberes.

Pregunta el magistrado: ¿Cuándo adquiere una mujer Arhuaca la posibilidad de ejercer derechos políticos?

Pregunta: ¿Qué se entiende por política?

Respuesta: “Primero vamos a definir la política. En el mundo blanco no sé como sea la política; en el mundo de nosotros todo es integral. Pero la política, entendemos como el trámite de nuestros deseos, tramite donde nosotros creemos que, si nosotros no podemos

hablar bien, el otro lo hace mucho mejor para poder convencer mucho mejor que es lo que necesitamos, que es lo que sentimos, eso es lo que nos lleva; eso es lo que nosotros entendemos”.

Pregunta: ¿Ustedes creen que en el pueblo arhuaco puede hablarse de derechos o del ejercicio de una actividad política en defensa de los intereses del pueblo mismo? ¿Existe una edad distinta para el hombre o para la mujer, para poder participar en las decisiones, en las asambleas, en las reuniones?

Respuesta: “El caso de la participación tanto indígena hombre, como mujer, para nosotros no existe una edad límite, porque esos límites son como discriminar esas edades. Que si les ponemos (límites) son como discriminación y también son ellos que dicen, un término. Es como cuando una mata está creciendo y está creciendo bien y uno la mocha, le quita el cogollo, entonces ya no crece. Nadie debe privar. Lo que hacemos es, si a esa persona le vemos la capacidad, la actitud de representarnos, más bien nos toca ayudarle, para que eso siga y fluya como debe ser. Y no irle obstruyendo el paso”.

Pregunta: ¿Hay mujeres /mamu/ entre los arhuacos?

Respuesta: “Las mujeres son las que más fuerza tienen. Las mujeres son la madre tierra y los hombres son árboles. La mujer puede ser/mamu/, porque cuando la mujer del /mamu/ está con él, aprende a ser mamu, ella hace el trabajo, ellas son las que canalizan la energía para que el mamu pueda hacer el trabajo espiritual. Los hombres son los que dan la lucha, pero detrás están las mujeres que están sosteniendo. Son reconocidas en nuestra comunidad”.

Pregunta: ¿Por qué la mujer no es reconocida como la autoridad, tal como es el mamu?

Respuesta: “El hombre trabaja la parte externa rente a la parte no indígena, son los que dan la cara. La mujer tiene un trabajo más interno, tiene la responsabilidad de cuidar la cultura. La mujer conoce todo el linaje”.

Respuesta concluyente de la antropóloga. La mujer puede ejercer derechos políticos cuando habiendo pasado por los rituales de bautizo y menstruación, da señales de querer actuar públicamente. Pasar por los rituales significa que ha pasado por un proceso de inmersión en la cultura. No existe una edad entre los arhuacos para poder actuar políticamente. Meterse a trabajar en política tiene que ver con lo que la persona es capaz de ir logrando. El ejemplo del arbusto es interesante, porque a pesar de realizar una sola siembra, algunas plantas avanzan más y se distinguen de otras. Esta situación hace parte de la planta misma y ellos consideran que alguien de fuera, no puede cortarle el cogollo, para homogeneizar el crecimiento. Cada persona que nace con una responsabilidad frente a la naturaleza, ya tiene que empezar a rendir cuentas. Por eso la confesión, por eso los ciclos que tienen que sufrir. La persona nace con esa posibilidad de distinguirse y nadie la puede o debe detener.