

Bogotá D.C., 19 de mayo de 2022

Honorable Magistrada
CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Corte Constitucional
Ciudad.

Ref. Expediente CJU-1158. Conflicto de jurisdicción entre el Juzgado 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y el Cabildo Indígena Monifue Uruk “Pueblo Uitoto” de Bogotá, comunidad en contexto de ciudad

El profesor Alejandro Santamaría Ortiz, docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional, en nombre del Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, e identificado como aparece al pie de mi firma, doy respuesta al tercer resuelve del auto de 2 de mayo de 2022 en el expediente de la referencia, el cual ordena oficiar a la Facultad de Derecho de la Institución a la que estoy vinculado para responder los siguientes puntos:

i) informen sobre los usos, costumbres y procedimientos internos de la comunidad indígena Monifue Uruk “Pueblo Uitoto” de Bogotá –pueblo MURUI–; ii) precisen los motivos por los cuales esta comunidad se encuentra radicada en la ciudad de Bogotá dentro del polígono 194 de la localidad de Usme y iii) emitan su concepto ilustrado acerca de si en este caso se cumplen los criterios para que la conducta de feminicidio agravado en modo de tentativa que se imputó al procesado, el asunto sea resuelto por las autoridades indígenas, de conformidad con sus usos y costumbres.

En vista de la propia especialidad en la que consideramos podemos aportar al presente conflicto de jurisdicción, el presente escrito se concentra en el estudio de los distintos factores de competencia que se han creado al respecto, con la particularidad de que se trata de un proceso cuyo conocimiento lo reclama un pueblo indígena en contexto de ciudad.

Al respecto, se comenzará por estudiar la jurisdicción especial indígena como derecho de los pueblos indígenas y su armonización en un Estado con pluralidad étnica; posteriormente, se pasará a repasar los factores de competencia utilizados para dirimir los conflictos

interjurisdiccionales y las condiciones para su aplicación; finalmente, se buscará aterrizar lo anterior en el caso concreto con especial atención en las características de una comunidad indígena en situación de ciudad.

1. El reconocimiento constitucional de las justicias indígenas

El reconocimiento y protección de los pueblos étnicos, como máxima transformación del constitucionalismo americano desde las últimas décadas del siglo XX, supuso, más allá del paradigma de los derechos humanos fundamentales, la creación de unas dimensiones de autonomía, como cuarto de máquinas de sociedades con pluralidad étnica (Santamaría Ortiz, 2018). La ciudadanía multicultural de la que hablaba Kymlicka, que advertía la coincidencia del ideario liberal con la creación de derechos de autogobierno para los Estado multinacionales (2003), se veía materializado desde Canadá (en 1982), hasta Argentina (1994), pasando, por supuesto por Colombia (1991), Paraguay (1993), entre otras Constituciones y, con el mayor desarrollo, en Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

Internacionalmente y después de una interminable lucha en la sociedad internacional, desde 2007 podemos afirmar con tranquilidad que todos estos espacios de autonomía son la materialización del derecho a la libre determinación de los pueblos, que en el año indicado por fin se reconoció a los pueblos indígenas en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de aquellos (DNU DPI), que este año cumple 15 años. Es que “los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos” y, como tal, tienen el derecho a ser diferentes y “a considerarse a sí mismos diferentes”, como lo establece el amplio preámbulo de tal instrumento, lo que resulta en la amplia consagración de que “tienen derecho a la libre determinación”: “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural (artículo 3), “tienen derecho a la autonomía”, “al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

La gran lucha que anteriormente había tenido como resultado el principio de participación con todos los eufemismos utilizados en el Convenio 169 de la OIT en 1989 (Swepston, 1989),

se ve absolutamente enriquecida con 46 artículos que determinan un nutrido contenido de lo que los Estados, al menos bajo un compromiso político, debían comenzar a hacer desde ese entonces en adelante. Todo ello, obtiene un nuevo espaldarazo en nuestro continente en 2014 con la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que reitera el contenido mencionado reforzando los compromisos de los países del continente.

Nuestra Constitución y la jurisprudencia constitucional ha tomado nota de todo este desarrollo con una importante matriz de reconocimiento y protección (Ramírez, 2015), en donde vemos un importante catálogo de Derechos que se desprende de la identificación de una sociedad pluriétnica, que se materializa en diversas dimensiones de autonomía: educación (art. 10 y 68), salud (art. 49 y C-063/10 entre otras), territorio (arts. 329, 330) y, aquella que más nos interesa en este escrito, la justicia. Frente a este último derecho de autogobierno, expresa el artículo 246 de la Constitución:

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.

Por supuesto, la primera parte de esta esfera de autonomía es lo que para la sociedad de corte Occidental es la administración de justicia, lo cual exige, por ello, la existencia de un Derecho propio, que se constituye en la segunda parte de aquella. No se debe perder de vista que, todo ello, de todas formas, supone una imposición de un modo particular de organización del poder de Occidente, que implica la existencia de un ordenamiento jurídico y de unos jueces que lo apliquen; sin embargo, a lo largo de 30 años de vigencia constitucional la realidad nos ha mostrado que sí era posible identificar diversas formas de justicia en nuestros numerosos pueblos indígenas.

Para sintetizar, en desarrollo de la autodeterminación de los pueblos, nuestra Constitución supone para cada uno de estos un reconocimiento de sus reglas de comportamiento (normas y procedimientos), y de la manera de resolver los conflictos que se generaran a su alrededor (funciones jurisdiccionales).

Ahora bien, es importante entender, en especial para lo que es objeto de estudio, que esta dimensión de autonomía supone la materialización de un principio constitucional básico, que seguramente ya se pudo vislumbrar con las palabras citadas del preámbulo de la DNUDPI y que nuestra Constitución magistralmente expresa en el artículo 13 y 70 constitucional: la igualdad. En efecto, desde el artículo 13 nuestra Constitución afirma el compromiso del Estado para asegurar una igualdad real y efectiva que supone medidas en favor de grupos discriminados y marginados, lo que, frente a los pueblos indígenas, supone una lucha particular para la protección de su identidad cultural; el artículo 70, por su parte, afirma la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Son dos las consecuencias de este principio frente a la administración de justicia:

La primera frente al individuo, que no es cosa distinta a que cada persona en nuestro país pueda acceder a aquella que le es propia, como consecuencia de su desarrollo como ser humano. En otras palabras, de la misma forma que para cualquier persona que es parte de la sociedad mayoritaria, de corte Occidental, a quien debe garantizársele su derecho al acceso a la justicia en sus propios términos culturales, a los pueblos indígenas, bajo los mismos parámetros de igualdad, se les debe reconocer y garantizar sus propias reglas de comportamiento y juzgamiento.

La segunda frente al colectivo cultural, que supone que todas las formas de justicia, incluida la de corte Occidental, se encuentran en un plano de igualdad (“el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas”). Esto significa que las relaciones entre las distintas jurisdicciones se dan en un plano de igualdad, por lo que la coordinación interjurisdiccional debe partir de este principio; por supuesto, la especialidad constitucional, al ser el marco que las une a todas, la que establece los límites materiales y formales del ordenamiento jurídico, debe estar por fuera de este plano de horizontalidad, y debe ser la llamada a resolver los conflictos entre éstas, pero bajo el parámetro indicado.

Por supuesto, como el artículo 70 lo menciona, se trata de culturas en convivencia, esto supone una constatación de influencia recíproca de una sobre otra y de múltiples posibilidades de

interacción entre éstas, sobre todo en realidades tan complejas como la colombiana, cruzada por conflictos territoriales, desplazamiento, bandas criminales, narcotráfico, discriminación, necesidades básicas insatisfechas, entre otros factores. Todas estas dificultades, en conexión con los derechos mencionados, especialmente a la autodeterminación de los pueblos y a la igualdad, debieron ser resueltas o al menos atenuadas a través de la Ley de coordinación interjurisdiccional que ordenó el artículo 246 constitucional. Sin embargo, después de 30 años de vigencia constitucional, es hoy en día la principal deuda del Estado colombiano con los pueblos indígenas.

Este vacío normativo pone en riesgo, entonces, otros derechos fundamentales como el debido proceso y el principio de legalidad, que bajo los principios anteriores y en términos de una sociedad con pluralidad étnica, parte del contenido particular de que las personas tienen un derecho de acceso a la justicia de acuerdo con el entorno cultural que les es propio. Todo esto desemboca en la problemática que presenta el caso bajo estudio, que no es otra distinta a la falta de determinación de la garantía del Juez natural, la cual ha sido definida por la misma Corte como “aquél a quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto”¹. Como no hay una definición de competencia expresa, como lo ordena la Constitución Política, no es posible hablar de la existencia de un Juez natural, ya que la Ley que debía definir esta controversia no existe.

Como lo indica el principal estándar internacional en materia de pueblos étnicos, la respuesta está en la participación, en el diálogo, el cual, por supuesto, es el antídoto del conflicto. Pero no existen espacios para una respuesta dialógica a estas controversias (que debería ser el principal objeto de la Ley de coordinación). Por consiguiente, para lograr identificar en cada caso quién es el Juez natural, nos encontramos en un panorama conflictivo, al vaivén de la ponderación de unos factores de competencia que la Corte Constitucional ha creado a lo largo de estos años como última ratio en estos asuntos). A pesar de lo anterior, es importante identificar los derechos fundamentales mencionados, que son la base sobre la cual debe partir el Juez constitucional, para pasar a sopesar aquellos otros que vaya mostrando cada caso concreto.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-429 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería

2. Factores de competencia y condiciones de aplicación de la justicia indígena

En efecto, la construcción de unos factores de competencia para la resolución de conflictos interjurisdiccionales entre la Jurisdicción ordinaria y las diferentes justicias indígenas, se ha convertido en un salvavidas que la Corte Constitucional ha desarrollado para suplir el enorme vacío de la Ley de Coordinación ordenada por el artículo 246 constitucional. Es abundante la jurisprudencia que se ha encargado de desarrollar estos factores y no queremos detenernos en su contenido, sino más bien tratar de brindar una interpretación que esté de acuerdo con la matriz constitucional que surge del reconocimiento y protección de nuestra diversidad étnica.

Al respecto, tenemos que partir de la base que, en respeto del reconocimiento y protección de los pueblos indígenas a través de diferentes dimensiones de autonomía, la Corte Constitucional ha reconocido, de forma reiterada, un principio vital para la solución de casos relativos a estos escenarios, que ha denominado de “maximización de la autonomía” o de “minimización de las restricciones a su autonomía”, y que implica que las restricciones a ésta solo son admisibles cuando: (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier otra medida; y (iii) la mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, según el cual habrá mayor respeto por la autonomía cuando el problema involucre únicamente a miembros de la comunidad específica².

Hubo mención de otro requisito, pero, afortunadamente se ha superado por su completo desconocimiento de la continua transformación de los pueblos indígenas, este afirmaba que, a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía; ahora se entiende que sólo es aplicable en el sentido que el diálogo con el ordenamiento general será más fluido cuando en la comunidad respectiva no existan usos y costumbres relativos a la situación sujeta a su decisión³.

² Corte Constitucional. Sentencias, entre otras: T-254 de 1994, T-349 de 1996, T-349 de 1996, SU-510 de 1998, T-903 de 2009, T-617 de 2010, T-371 de 2013.

³ Ver al respecto, sobre todo, la sentencia T-903 de 2009.

Bajo este importante principio y los criterios que implica, la Corte Constitucional ha considerado vital entender que cada caso se debe resolver de modo independiente, es decir, en cada situación se deben ponderar los siguientes factores: el personal, el territorial, el institucional y el objetivo. El contenido de cada uno de estos factores se va a tomar de la sentencia T-617 de 2010, que para este propósito diseñó unas tablas muy completas que nos presentan las reglas y subreglas de cada uno, de la siguiente forma:

Elemento personal	
Definición: el elemento personal hace referencia a la pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena.	
<p><i>Subreglas relevantes:</i></p> <p>(S-i) Cuando un indígena incurra en una conducta calificada como delito por la ley penal (o socialmente nociva dentro de una cultura indígena), en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto.</p> <p>(S-ii) Cuando una persona indígena incurre en una conducta tipificada por la ley penal por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece, y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez de conocimiento deberá establecer si la persona incurrió en un <i>error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa:</i></p> <p>(S-ii.1) Si el juez responde afirmativamente esta pregunta, deberá absolver a la persona;</p> <p>(S-ii.2) En caso de que el operador judicial concluya que no se presentó error invencible, pero que la persona sí actuó condicionada por su identidad étnica, deberá remitir la actuación a las autoridades del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la <i>inimputabilidad por diversidad cultural</i>.</p>	<p><i>Criterios de interpretación relevantes:</i></p> <p>(C-i) La diversidad cultural y valorativa es un criterio que debe ser atendido por el juez, al abordar casos en los que se encuentren involucradas personas indígenas.</p> <p>(C-ii) Cuando una persona indígena comete un hecho punible por fuera del ámbito territorial de su comunidad, las circunstancias del caso concreto son útiles para determinar la conciencia o identidad étnica del individuo. (Negrilla fuera del texto)</p>

<p>(S-ii.3) Si el juez de conocimiento concluye que no se presentó error invencible, y que el actor no se vio condicionado por parámetros culturales diversos en su actuar, entonces es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de “aculturación”, lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria. (Negrilla fuera del texto)</p>	
---	--

Este primer factor es uno de los que más relevancia toma de la mano de la matriz constitucional precisada; se trata de una clara consecuencia del derecho a la autonomía en su dimensión de justicia y del principio de igualdad: una persona debe ser juzgada “de conformidad con sus propias normas y procedimientos”. Ahora bien, la subregla ii es absolutamente entendible en términos de la construcción de la figura de la “inimputabilidad por diversidad étnica”, si la diferencia étnica es muy grande, la conducta delictiva no puede serle imputable; pero ¿qué pasa cuando la persona indígena sí conocía la ilicitud de su conducta? La subregla ii-3 nos dice que “es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de ‘aculturación’, lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria”, lo cual se ajusta al criterio ii, que afirma la conciencia o identidad étnica del individuo como un objeto de análisis.

Esta última subregla, puede ser violatoria del derecho fundamental a la autonomía en su dimensión de justicia y del principio de igualdad y no tiene ninguna justificación constitucional. Si la conducta es también ilícita en su pueblo indígena, quiere decir que su pueblo tiene la intención de proteger los bienes jurídicos en juego, por lo que se debe permitir su competencia, en respeto de los derechos mencionados, que reconocen la igualdad y dignidad de toda cultura en el país; más aun cuando de por medio está el principio de maximización de la autonomía. Cuando la conducta no es considerada ilícita por el pueblo indígena respectivo y el imputado sí conocía dicha ilicitud para la sociedad mayoritaria, es posible que la jurisdicción ordinaria asuma competencia.

Corolario a lo anterior, podemos advertir como el criterio mencionado (C-ii), que le indica al Juez que la “conciencia o identidad étnica” es relevante en todo este aspecto, es también potencialmente muy grave. Si la entendemos en los términos del análisis de la

inimputabilidad del implicado (si existió o no error invencible), puede respetar los derechos en comento; pero si se utiliza para la identificación de una supuesta “aculturación”, es tremendamente violatorio de la dignidad de los miembros de los pueblos indígenas, es claramente un espacio al que no puede llegar el examinador, porque depende de la esfera íntima de la persona y vulnera el más importante elemento de identificación de un pueblo indígena, la propia percepción de sí mismo, protegida por el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, el cual afirma que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

En otras palabras, por expresa disposición del Convenio 169 de la OIT, que hace parte de nuestro bloque de constitucionalidad, la pertenencia de una persona a un pueblo indígena debe satisfacerse con la autoidentificación, la cual, por supuesto, opera en dos dimensiones: en la del individuo que se considera parte y en la del colectivo, que lo considera propio. No es posible entonces a Juez alguno, definir una “aculturación” como consecuencia del conocimiento de la ilicitud de una conducta.

Adicionalmente, esto desconoce la realidad de cualquier sociedad pluriétnica y del propio tenor literal del artículo 70, que nos dice que las culturas de nuestro país están en constante convivencia. Esta idea parece revivir el criterio de “conservación cultural” que ya se había superado, y es que pensar de otra forma es partir de ideas raciales de pureza o de culturas intocables e incapaces de transformación en el tiempo (¿será que nuestra propia cultura no está en continua transformación?); de mantenerse esa idea, sólo pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial pueden reclamar una jurisdicción propia, lo cual es absurdo, discriminatorio y contrario a la matriz constitucional desarrollada.

Elemento territorial	
Definición: este elemento hace referencia a que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo.	
<i>Subreglas relevantes:</i>	<i>Criterios de interpretación relevantes:</i>

<p>(S-iii) De acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política, la autonomía jurisdiccional se ejerce dentro del ámbito territorial de las comunidades indígenas. Por lo tanto, la ocurrencia de los hechos antijurídicos o socialmente nocivos dentro del territorio de la comunidad indígena, es un requisito necesario para la procedencia del fuero.</p>	<p>(C-iii) El territorio de las comunidades indígenas es un concepto que trasciende el ámbito geográfico de una comunidad indígena. La constitución ha considerado que el territorio de la comunidad indígena es el ámbito donde se desenvuelve su cultura.</p> <p>(C-iv) Por esa razón, excepcionalmente, el elemento territorial puede tener un efecto expansivo, lo que significa que cuando un hecho ocurre por fuera de los linderos geográficos del territorio colectivo, pero <i>culturalmente puede ser</i> remitido al espacio vital de la comunidad, es aconsejable que su juzgamiento se desarrolle por las autoridades indígenas.</p>
---	---

Cómo lo expresa el cuadro, este es un elemento primordial en términos del tenor literal del artículo 246 constitucional, y es muy importante entender que el concepto de territorio no puede corresponder a la noción Occidental que lo restringe a resguardo indígena, necesariamente, debemos tener en cuenta las formas de percepción del entorno de cada pueblo indígena, que le otorgan una característica dinámica al concepto, como lo desarrollo de mejor forma la Corte en la sentencia T-693 de 2011. Al cuadro anterior hay que agregarle, una acotación muy relevante que se ha mantenido desde la sentencia T-617 de 2010, y que responde a la complejidad de la realidad colombiana a la que se hizo referencia en el primer título:

Con todo, estima la Sala que estos criterios deben aplicarse con cautela en casos de comunidades indígenas que, por causa de desplazamiento forzado, han tenido que reubicarse o se encuentran en procesos de retorno. Algunas de estas comunidades pueden tener la institucionalidad necesaria para conocer el caso pese a no estar, temporalmente, residiendo en su ámbito territorial.

De vital importancia es esta excepción que resulta crucial para los hechos en este caso estudiados. Fue un gran acierto de la Corte reconocer esta realidad que, lastimosamente, es cada vez más frecuente y, por ello, los conflictos a resolver deben valorar la fortaleza de los pueblos indígenas que, aun en situaciones extremas para ellos, en donde las separan de su

espacio ancestral, continúan buscando el modo de mantener sus identidades, incluso frente a realidades tan desafiantes como las que presenta una ciudad como Bogotá.

Elemento institucional	
<p>Definición: el elemento institucional (a veces denominado orgánico) se refiere a la existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto <i>genérico</i> de nocividad social.</p>	
<p><i>Subreglas relevantes.</i></p> <p>(S-v) El juez encargado de dirimir el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional debe tomar en consideración la existencia de una institucionalidad social y política, que permita asegurar los derechos de las víctimas en el proceso. (S-v.1) el primer factor para determinar la existencia de esa institucionalidad es la manifestación positiva de la comunidad, en el sentido de tener voluntad para adelantar el proceso.</p> <p>Sin embargo, (S-vi) la verificación de la compatibilidad entre el contenido del derecho propio de una comunidad indígena y los derechos de las víctimas, por regla general, solo puede ser objeto de un control judicial posterior. (S-vi.1) excepcionalmente, en casos de extrema gravedad o en los que la víctima se encuentra en situación vulnerable, debido a su condición de especial protección constitucional, o en estado de indefensión, el juez encargado de dirimir el conflicto podría realizar una verificación más amplia de la vigencia del elemento territorial, valiéndose de pruebas técnicas, o de la propia experiencia del resguardo. Sin embargo, el contenido material del derecho propio es ajeno a esa verificación.</p> <p>(S-vii) El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad.</p>	<p><i>Criterios de interpretación relevantes.</i></p> <p>(C-iv) Los derechos de las víctimas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, comprenden la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación. El contenido de esos derechos, empero, varía en el contexto de cada cultura.</p> <p>(C-v) El principio de legalidad se concibe, en el marco de la jurisdicción especial indígena, como predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales.</p>

Sin embargo, (S-viii) cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad.

(S-ix) El debido proceso tiene, en el marco de la jurisdicción especial indígena, el alcance de **predecibilidad** o **previsibilidad** sobre las actuaciones de las autoridades tradicionales, y la nocividad social de ciertas conductas. Sin embargo, (S-ix.2) no puede exigirse a la comunidad indígena que acredite la existencia de normas escritas, o de compendios de precedentes para ejercer la autonomía jurisdiccional, debido a que el derecho propio se encuentra en proceso de formación o reconstrucción. Lo que se exige es un concepto *genérico de nocividad social*.

(S-x) Resulta contrario a la diversidad étnica y cultural, y a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, la exigencia de acreditar un reconocimiento jurídico externo de su existencia.

Este factor de análisis es uno de los más delicados de analizar, en el sentido en que el juzgador debe tener cuidado en no exigir una estructura similar a la Occidental, lo cual implicaría una indebida imposición de una cultura sobre otra y, por tanto, una violación de la igualdad entre las culturas que establece nuestra Constitución. En vista del principio de maximización de la autonomía, es muy importante que se presuma la buena fe de cada pueblo indígena que, autónomamente requiere la competencia para conocer un caso; esta manifestación debe leerse en términos que, de acuerdo con sus usos y costumbres, el pueblo tiene la capacidad de conocer el caso, resolverlo y garantizar los derechos en juego.

Ahora bien, si el Juez que resuelve el conflicto considera que existen serias y fundadas dudas para dudar de la institucionalidad del pueblo indígena, debe tener mucho cuidado con aquello que ordena: los diálogos con los pueblos indígenas no pueden satisfacerse del mismo modo

que con cualquier persona perteneciente a la sociedad mayoritaria, desde la comunicación de una providencia, es necesario tener un enfoque étnico, que reconozca los usos y costumbres de cada pueblo, sus autoridades y sus propias formas de tomar decisiones. Es por ello que es necesario que la Corte Constitucional tenga pronto protocolos contruidos conjuntamente con los pueblos, para que la comunicación sea fluida y respetuosa del plano de horizontalidad que supone la comunicación entre jurisdicciones. La Justicia Especial para la Paz (JEP) ha dado pasos muy importantes al respecto, con un protocolo étnico propio, que le permite la generación de escenarios de diálogo continuos acordes con nuestra matriz constitucional.

La protección de las víctimas es un tema institucional que debe estudiarse en este punto, el cual no debe partir de juicios ex – ante, en donde se presume la insuficiencia orgánica como consecuencia de la diferencia institucional con Occidente. Para la determinación de estas cuestiones, se insiste, se necesitan acercamientos adecuados a las autoridades indígenas, en escenarios dialógicos, en donde la maximización de la autonomía pueda tener lugar. Además, riesgos en la protección de un bien jurídico no tienen que significar una medida que cercene la autonomía, es posible idearse escenarios de acompañamiento que permitan el respeto a la justicia propia y la salvaguardia de cualquier interés vital discutido en el caso concreto.

Lastimosamente, en ausencia de una Ley de Coordinación que se encargue de estos temas, tendrá la Corte la tarea de continuar resolviendo los acuerdos institucionales que las justicias propias deberían tener con las distintas jurisdicciones y las demás entidades que les prestan un servicio a éstas.

Elemento objetivo	
Definición: el elemento objetivo hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.	
<i>Subreglas relevantes:</i> (S-xi) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la jurisdicción especial indígena	<i>Criterios de interpretación relevantes:</i> (C-vi) Para adoptar la decisión en un conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional el juez debe tener en cuenta la naturaleza del bien jurídico afectado.

<p>(S-xii) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria.</p> <p>(S-xiii) Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica.</p> <p>(S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la <i>subregla</i> (S-xv), la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juez, en cambio, debe efectuar un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima.</p>	
--	--

El factor objetivo es el más peligroso de todos los elementos analizados, en términos de los derechos fundamentales de base que supone el reconocimiento y protección de las justicias indígenas. El primer punto para desatacar es el concepto de “interés” que propone el factor, por cuanto que todos los intereses que un Estado incluye dentro de una legislación penal tienen una absoluta relevancia social; que este mismo interés sea reconocido por un pueblo indígena, no hace más que reiterar la relevancia de este. No puede ser, por tanto, un elemento de diferenciación de competencias la importancia del mismo, porque justamente su investigación, en el escenario de que se trate, ya nos lo está indicando.

El segundo punto que subrayar es la presunción de que los pueblos indígenas no son aptos para salvaguardar un interés o bien jurídico importante ¿Por qué la fiscalía y los jueces respectivos, cuando estamos frente a un hecho de relevancia penal, son más aptos para salvaguardar algunos intereses? Si la respuesta es institucional, volvemos al aspecto anterior, donde, como se mencionó, lo más importante es el respeto por las diferencias culturales y las

distintas autonomías de gobierno propio u organización que tienen los pueblos, que no puede ser decidido a través de autos de pruebas u oficios que desconozcan el necesario enfoque étnico que nuestra Constitución exige. Igual ocurre con la potencial desprotección de la víctima, lo cual no puede ser resuelto bajo presupuestos generales de que no se van a proteger, porque se trata de cuestiones que necesitan de evidencia clara y directa respecto de esta posible amenaza.

Es muy importante destacar, además, que delitos como el de narcotráfico, secuestro, porte ilegal de armas, rebelión y muchos otros, han venido siendo conocidos por las justicias propias en innumerables casos, sin que haya evidencias de impunidad o de los desastres institucionales que parece que son imaginados por quienes niegan la competencia de estas justicias. No es posible desconocer o borrar de un plumazo experiencias de décadas, de varios pueblos indígenas (como los Nasa en el Cauca), que han llevado la justicia y la protección de las víctimas a su máxima expresión, por prejuicios o valoraciones superficiales (muchas ex – ante) sobre la capacidad de estos pueblos.

¿Acaso los pueblos indígenas no son parte de la sociedad colombiana, no comparten los mismos intereses, no les “pertenece”? ¿Por qué un fiscal si puede conocer de ciertos intereses supuestamente nacionales y los indígenas no, siendo ellos los involucrados? ¿no son ambos funcionarios que administran justicia en sus propias justicias? Debo aceptar que ante estas preguntas retóricas yo no he encontrado un fundamento que amerite desconocer la matriz constitucional de protección a los pueblos, sobre todo frente a casos en donde el factor territorial y personal se cumple, bajo las características planteadas.

Por supuesto que es posible imaginarse situaciones límite en donde, por ejemplo, estén en juego delitos cometidos por ciertos funcionarios que tienen un fuero especial y que, por ende, deben ser resueltos por autoridades específicas, como, por ejemplo, altos funcionarios del Estado. Aun en estos casos, la decisión no es del todo fácil, pero en estos casos sí es posible encontrar algunos elementos que permitan definir una competencia a favor de la justicia Occidental. No obstante, es posible recurrir a acompañamientos institucionales o decisiones dialógicas que salvaguarden los principios constitucionales en juego.

3. Pueblos indígenas en ciudad y derecho a la justicia propia: el caso concreto

El fenómeno de los pueblos indígenas en ciudad presenta una gran complejidad, sobre todo en ciudades capitales que ocupan grandes extensiones de territorio y en las que se traslapan las diversas crisis sociales que afronta un país; Bogotá es una ciudad que cumple con todas las variables mencionadas, por lo que presenta múltiples pueblos indígenas que atraviesan diferentes realidades. Es posible reconocer en esta urbe, al menos, 3 tipos de realidades que involucran a estos pueblos: pueblos indígenas preexistentes, pueblos indígenas desplazados y pueblos indígenas transnacionales⁴.

En el primer caso tenemos al Pueblo Indígena Muisca, quien tiene reconocido dos resguardos en la capital, en la localidad de Bosa y en la localidad de Suba. Son un pueblo indígena que tuvo una gran fortaleza en época colonial, pero que debido a ello ha sido diezmado profundamente. Actualmente, suman 7.563 personas en el resguardo de Suba y 3.864 en el de Bosa (11.427 en total), de acuerdo con el último censo de 2018 del DANE. Estos pueblos no sólo fueron despojados de su territorio, sino que la ciudad, comenzó a crecer tanto que llegó hasta los asentamientos que les habían dejado anteriormente y han sido integradas a la ciudad a través de las mencionadas localidades

El segundo caso se refiere a las comunidades indígenas desplazadas, que han logrado tener algún nivel de reconocimiento por las autoridades distritales, como consecuencia de incesantes esfuerzos. El Distrito ha reconocido cabildos como autoridad de tales comunidades a cerca de 15 pueblos indígenas procedentes de diversas partes del país: Ambika Pijao, Nasa, Inga, Kankuamo, Pasto, Wuonaan, Múruí-muinane, Yanakona, Kamëntsá Biyá, Misak, Korebaju, Eperara Siapidara, Wayuu, Tibú, Kubeo, Embera Katío y Embera Chamí. Estos pueblos algunas veces han solicitado su intención de regresar a sus territorios y otras buscan su permanencia en la ciudad; en ambas situaciones, se mantiene la solicitud de un reconocimiento mínimo de derechos por sus características étnicas

⁴ Ver al respecto: Secretaría Distrital de Gobierno SDG y Asociación de Cabildos Indígenas ASCAI, 2013

El último caso es el de las comunidades indígenas de origen extranjero o transnacional, en donde encontramos al Pueblo indígena Kichwa (Otavalo – Ecuador). Frente a este pueblo, encontramos que ya existe una tercera generación de aquellos que llegaron por primera vez al casco urbano. En el caso mencionados se encuentra una gran organización, a través del comercio de sus artesanías y, por lo menos en Bogotá, han sido reconocidos como parcialidades y, por ende, tienen un cabildo reconocido.

Dentro del caso concreto, se advierte que el cabildo Monifue Uruk es la autoridad de una comunidad murui-muinane (witoto), localizada en el polígono 194 de la localidad de Usme, la cual se entiende como parte de las comunidades ubicadas en la “base madre en el Resguardo indígena Predio Putumayo – Departamento del Amazonas”. Este cabildo fue el que suscitó el conflicto de competencia positivo, como consecuencia de que el imputado, Elmis Adilson Romero Gabba, pertenece a dicha comunidad. Al parecer, se trata de una comunidad que se encuentra en Bogotá como consecuencia del desplazamiento, aunque no se conoce si tiene o no, intención de retornar a su territorio ancestral.

Debemos también precisar que se investiga al imputado por tentativa de feminicidio agravado, contra una menor de edad que, además, es su hermana. A pesar de que el cabildo solicitó conocer del caso, la jueza de conocimiento resolvió a favor de la jurisdicción ordinaria en virtud del factor institucional, como lo resalta la corte en los siguientes términos:

30. La funcionaria consideró necesario destacar que en este asunto el delito del que se acusó al procesado es el de tentativa de feminicidio agravado que puede considerarse de especial nocividad para la cultura mayoritaria. Se trata de un delito reglado de manera autónoma por medio de la Ley 1761 de 2015 y forma parte del Código Penal. Encontró que en el asunto de la referencia no se cumplía con “el requisito fijado por la jurisprudencia constitucional del componente objetivo bajo el principio de la institucionalidad”, por cuanto no se pudo determinar cuál era la protección, la garantía de no repetición en favor de la víctima. En otras palabras, no se pudo avizorar cuáles serían las acciones establecidas dentro de la propia comunidad para que se asegure que la víctima no volverá a sufrir este tipo de agresiones dentro de su núcleo familiar.

En vista de lo hasta aquí discutido, es posible apreciar que son dos las razones por las cuales la jueza consideró que el asunto debía permanecer en la jurisdicción ordinaria: por el factor

objetivo, por el “interés especial” que supone el delito de feminicidio agravado (“de especial nocividad para la cultura mayoritaria”), frente a lo cual podríamos agregar que al parecer es una menor de edad; y por el factor institucional, debido a que “no se pudo avizorar” de qué forma se protegería a la víctima”. Se debe destacar que la Jueza reconoció una territorialidad extendida, que se condice con lo expresado sobre dicho factor anteriormente, sobre todo en términos de comunidades desplazadas.

Frente a los dos factores que consideró determinantes para que la jurisdicción ordinaria mantuviera la competencia, es posible identificar un común denominador que es necesario que la Corte analice a profundidad y es la falta de un conocimiento suficiente sobre la justicia propia del pueblo murui-muinane. En efecto, en el primer argumento, la Jueza se preguntó por la nocividad del delito en la sociedad Occidental, pero no indagó lo mismo en la justicia propia; en el segundo argumento, partió de la base que la ausencia de evidencia respecto de la protección de la menor debía correr a cargo del pueblo indígena.

Al respecto, se recuerda que la justicia de corte Occidental y las distintas justicias indígenas se encuentran en un mismo plano horizontal, no hay de entrada una jerarquía de una sobre la otra, por lo que no es posible afirmar que la carga de la prueba recaiga en los pueblos indígenas ¿Con base en que base normativa se puede obligar a los pueblos indígenas a tener que demostrar todo lo que la justicia Occidental requiera para que reconozca su validez, eficacia o capacidad?

Recordemos que el reconocimiento de tales justicias es un mandato constitucional, lo cual se hace bajo ningún condicionamiento, por lo que mal haría cualquier funcionario judicial en solicitarle pruebas de su existencia o eficacia so pena de fallar en su contra. Además, se trata de un hecho supremamente revictimizante, ya que después de siglos de opresión y violencia a cargo de la colonización y del proceso de independencia, cuando por fin logran la materialización del principio de igualdad en términos de justicia, los jueces ponen en duda sus capacidades.

Por supuesto, esto no significa que, al momento de resolver este conflicto, no puede preguntarse sobre la protección de una víctima menor o de cualquier otro sujeto vulnerable. Es completamente válido que se erijan estos cuestionamientos, ahora, entonces, debemos pensar en la mejor forma de resolverlos de acuerdo con la base constitucional sobre la que se construye nuestro estado pluriétnico. Este era el papel de la Ley de coordinación, pero en ausencia de ello, es necesario que la Corte Constitucional no descuide el enfoque étnico y no acceda a la tentación de tomar decisiones apresuradas por la premura de resolver estos conflictos de competencia.

La sugerencia es la misma indicada anteriormente respecto del factor institucional: primero, no es posible juicios ex – ante, prejuiciosos, revictimizantes e inconstitucionales, que partan de la incapacidad de los pueblos indígenas para proteger intereses relevantes para toda la sociedad (es una la sociedad colombiana, así sea diversa) o para garantizar los derechos de las víctimas; segundo, los estándares nacionales e internacionales nos hablan de participación para la interacción intercultural, que no es otra cosa distinta a la creación de escenarios dialógicos respetuosos de las autoridades y procesos decisorios de los pueblos indígenas⁵; tercero, no descuidar experiencias cercanas como las que ha transitado la Justicia Especial para la Paz, en donde se creó un protocolo especial con enfoque étnico que permite acercamientos adecuados a estos pueblos.

En los anteriores términos dejamos planteada nuestra intervención en el expediente de la referencia.



Alejandro Santamaría Ortiz
CC. 80.184.987

⁵ Recomendamos que se comience el diálogo con Organización de autoridades indígenas de Bacatá, cuyo mail institucional es el siguiente: autoridadesindigenasenbakata@gmail.com