



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA vs JURISDICCIÓN ORDINARIA: El esquema de judicialización procesal de conductas de violencia sexual en el marco de pueblos indígenas.

Laura Cristina Montenegro Sarmiento

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2021

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA vs JURISDICCIÓN ORDINARIA: El esquema de judicialización procesal de conductas de violencia sexual en el marco de pueblos indígenas.

Laura Cristina Montenegro Sarmiento

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho con Profundización en Derecho Procesal

Director:

Doctor Camilo Alberto Borrero García

Línea de Investigación:

Derecho Procesal

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia

2021

Dedicatoria

*A papá que forjó mi camino y alentó mi interés
en la academia*

*A mamá por su amor incondicional y vasta
sabiduría*

Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

LAURA CRISTINA MONTENEGRO SARMIENTO

Fecha 02/03/2021

Agradecimientos

Agradezco al profesor Camilo Alberto Borrero García quien como Director de este trabajo final tuvo la disposición y el tiempo para ayudarme a culminar con éxito esta investigación. Su enseñanza resultó de gran utilidad en el aprendizaje que poco a poco he adquirido en la línea de Derecho Procesal sobre la Jurisdicción Especial Indígena.

Resumen

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA vs JURISDICCIÓN ORDINARIA: El esquema de judicialización procesal de conductas de violencia sexual en el marco de pueblos indígenas.

Esta investigación da cuenta de las tensiones que concurren en la aplicación de los factores del fuero indígena para casos de violencia sexual de niños, niñas y adolescentes (NNA) al interior de las comunidades. Bajo dicho escenario, hace hincapié en la interpretación que tuvo el Consejo Superior de la Judicatura como órgano responsable de dirimir los conflictos de competencia entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena, la cual vale señalar, se aleja sustancialmente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por tanto, el estudio determinado de cada uno de los factores a saber: subjetivo, territorial, objetivo e institucional, proporciona una serie de recomendaciones que, conforme a unos referentes teóricos que incluyen la interseccionalidad, el feminismo y la interculturalidad sin desconocer elementos del realismo, permiten contribuir al reconocimiento de la JEI en Colombia, el respeto a las garantías de las víctimas, así como la protección del principio de diversidad étnica y cultural.

Palabras clave: Fuero indígena, Jurisdicción Especial Indígena, Jurisdicción Ordinaria, violencia sexual, conflictos de competencia, interseccionalidad, feminismo e interculturalidad.

Abstract

**The INDIGENOUS SPECIAL JURISDICTION vs the ORDINARY JURISDICTION:
The scheme of procedural judicialization in relation to sexual violence behaviours
in the context of indigenous peoples**

This investigation inquires the application of factors to sexual violence cases of young children, children, and adolescents (NNA) and its subsequent tensions for communities under indigenous jurisdiction. In this scenario, the Superior Council of the Judiciary (Consejo Superior de la Judicatura) has been the responsible body for interpreting and reconciling conflicts between the Ordinary Jurisdiction and the Special Indigenous Jurisdiction, which is substantially different from the jurisprudence of the Constitutional Court. The study entails the analysis of subjective, territorial, objective and institutional factors and provides a series of recommendations according to theoretical references such as intersectionality, feminism and interculturality, and elements of realism, leading to the the recognition of the Special Indigenous Jurisdiction in Colombia and the respect for the guarantees of victims, as well as the protection of the principle of ethnic and cultural diversity.

Keywords: Indigenous jurisdiction, Special indigenous jurisdiction, Ordinary jurisdiction, sexual violence, conflicts of jurisdiction, intersectionality, feminism and interculturality.

Contenido

| | Pág. |
|---|-------------|
| Resumen | IX |
| Lista de figuras | XII |
| Lista de tablas | XIII |
| Introducción | 1 |
| 1. Elementos contextuales y estado de la cuestión | 5 |
| 1.1. Violencia sexual y conflictos de competencia | 6 |
| 1.2. Jurisdicción Especial Indígena en Colombia..... | 11 |
| 1.3. El precedente de la Corte Constitucional..... | 16 |
| 1.3.1. Primera lógica. Reconocimiento expreso de la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas. | 18 |
| 1.3.2. Segunda lógica. Desarrollo de los criterios del fuero indígena. | 21 |
| 1.3.3. Tercera lógica. Vigilancia en la aplicación del precedente | 29 |
| 2. Tensiones en los factores del fuero indígena y competencia de la JEI | 33 |
| 2.1. Tensiones en el factor subjetivo | 34 |
| 2.2. Tensiones en el factor territorial | 36 |
| 2.3. Tensiones en factor objetivo. Del umbral de nocividad al reconocimiento del consenso intercultural. | 37 |
| 2.4. Tensiones en el factor institucional..... | 43 |
| 3. Algunas contribuciones teóricas para la formulación de recomendaciones | 49 |
| 3.1. Desde la interseccionalidad..... | 50 |
| 3.2. Desde el reconocimiento del pluralismo cultural y jurídico..... | 54 |
| 3.3. Desde el feminismo poscolonial | 60 |
| 4. Recomendaciones | 65 |
| Conclusiones | 71 |
| Bibliografía | 73 |

Lista de figuras

| | Pág. |
|---|-------------|
| Figura 1.1. Fase del proceso en que se identificó el conflicto de competencia dirimida por el Consejo Superior de la Judicatura en casos de violencia sexual para el año 2016..... | 10 |

Lista de tablas

| | Pág. |
|--|-------------|
| Tabla 1.1. Síntesis de elementos del fuero indígena y su contenido..... | 24 |
| Tabla 4.1.: Garantías mínimas para la atención de mujeres y niñas indígenas víctimas de violencia sexual en Colombia..... | 66. |

Introducción

Los factores del fuero indígena han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no obstante, su aplicación en otras cortes no ha sido consecuente con este desarrollo y el reconocimiento de la JEI. Si bien pueden ubicarse, por un lado, la sentencia fundadora en este tema en el año 1994 y, por el otro, un gran esfuerzo de sistematización de los factores del fuero indígena en el año 2010, no es menos cierto que el Consejo Superior de la Judicatura, como ente competente de su aplicación, pese a citar estos precedentes en los autos en que se ocupa de dirimir conflictos de competencia, les da un alcance diferente que concluye con la asignación a favor de la Jurisdicción Ordinaria.

Esta situación fue señalada explícitamente por la Corte Constitucional en el año 2015 en la sentencia T-196. En la misma, el Alto Tribunal llama la atención sobre el “abierto y consistente desconocimiento del precedente constitucional por parte del Consejo Superior de la Judicatura, en relación con la asignación de competencia en causas penales que se sigan por delitos contra la integridad sexual de niños” (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T-196). Las decisiones proferidas hasta ese momento habrían sido rechazadas por ser “discriminatorias, paternalistas y no respetuosas del principio de la diversidad étnica y cultural, así como de la autonomía de las autoridades indígenas” (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T-196).

Considerando que se esperaba un cambio en la aplicación dada hasta ese momento al precedente jurisprudencial, vale la pena preguntarse qué ocurrió después de dicha sentencia. Esta investigación hizo una revisión de los autos proferidos por el Consejo Superior en el año 2016 en materia de conflictos de competencia. De las providencias revisadas, 74 en total, 30 correspondieron a conflictos de competencia en delitos relacionados con violencia sexual: acceso carnal y actos sexuales, todos con menores de 14 años.

En estos resultados preliminares se evidenció que existía una tendencia a asignar la competencia a la Jurisdicción Ordinaria: de los 30 autos referidos, sólo en 2 casos se decidió asignar a la JEI mientras que en los 28 restantes fue asignada a la JO. De allí que, para poder aportar a una explicación de por qué se presenta esta situación se formuló como pregunta de investigación ¿cuáles son las tensiones que pueden encontrarse en la aplicación del precedente de la Corte Constitucional en cuanto a los factores del fuero indígena en los casos de conflicto de competencia entre la JEI y la Justicia Ordinaria resueltos por el Consejo Superior de la Judicatura?

La pregunta se formula en términos de tensiones toda vez que, a pesar de que se consideran los mismos factores, con iguales definiciones y en ocasiones hasta idénticos criterios de interpretación, las conclusiones a las que llega el Consejo Superior parecen seguir desconociendo el precedente constitucional. Revisados cada uno de los autos en cuanto a cada uno de los factores del fuero indígena, a saber: subjetivo, territorial, objetivo e institucional, se evaluó de cada factor la definición, los criterios de interpretación, la congruencia con la jurisprudencia constitucional, así como si fue o no acreditado y, para todos los casos, cuál fue el razonamiento que llevó a esta conclusión en el caso concreto.

Se identificó como los factores con mayores tensiones el objetivo y el institucional, en particular porque se trataba de casos en que las víctimas eran niños, niñas y adolescentes (NNA). En los autos revisados, más allá de la protección a la diversidad étnica y cultural, la evaluación de estos factores conducía a la asignación de la competencia a la Jurisdicción Ordinaria por la desconfianza del Consejo Superior respecto a las sanciones impuestas, así como la capacidad de las autoridades indígenas para brindar acompañamiento a las víctimas.

Si bien la Corte habría reiterado en múltiples ocasiones que deben evaluarse las condiciones concretas de cada caso y de cada comunidad, se encuentran generalizaciones como parte de la argumentación del Consejo Superior. Así, por ejemplo, en los autos revisados, hay afirmaciones referentes a “pírricas sanciones” que imponen las autoridades indígenas o, incluso, reposan referencias sobre la constante vulneración a los derechos de NNA en el interior de las comunidades. Lo anterior, pese a formular un interrogatorio que fue resuelto la mayoría de las veces con el testimonio de las autoridades indígenas.

De igual forma, mientras la Corte habría destacado el reconocimiento a los sistemas jurídicos de las comunidades como “verdaderos” sin que llegasen a ser “una burda copia de la Justicia Ordinaria”, las exigencias en términos institucionales siguen siendo bastante altas para los pueblos y, aun cumpliendo con ellas, se da una aplicación prevalente al factor objetivo. En esa medida, en algunos de los autos revisados, se cuestiona el hecho de que no haya registro ante el Ministerio del Interior de la Ley de Origen o de la inexistencia de convenios con el INPEC para el cumplimiento de condenas por los indígenas que sean declarados infractores. Por otro lado, en otras de las providencias, se señala explícitamente que resulta “indiferente si la comunidad indígena cuenta con mecanismos institucionales o códigos de conducta para sancionar ciertos comportamientos, pues desbordan la cosmovisión indígena y afectan el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexuales” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201601192).

Para abordar con mayor claridad la pregunta de investigación y su importancia, así como brindar un marco interpretativo acerca de los derechos de las víctimas de violencia sexual que, para los casos revisados fueron en su totalidad niñas, se estructura el texto en cuatro partes. Se incluye un acápite de recomendaciones a efectos, no de aportar una solución unívoca, sino de destacar elementos que pueden ser considerados en investigaciones posteriores. La primera parte aborda elementos contextuales que dan cuenta del reconocimiento incompleto a la JEI y el estado del arte respecto al problema. Lo anterior, en tanto, pese a ser claro en la Asamblea Nacional Constituyente y posteriormente en la Corte Constitucional, no ha sido así por el Consejo Superior de la Judicatura. Se expone, a su vez, cuál es el precedente de la Corte Constitucional en materia de fuero indígena y las lógicas que ha seguido la misma Corte para decantarlo hasta lo que es hoy.

La segunda parte aborda, a partir de la revisión realizada, cuáles son las tensiones entre el precedente de la Corte Constitucional y la aplicación dada por el Consejo Superior para cada uno de los factores del fuero indígena. Se abordan con más detalle las tensiones en los factores objetivo e institucional en tanto son los que suscitaron mayor controversia.

La tercera parte da cuenta de los referentes teóricos que han de tenerse en cuenta para la formulación de recomendaciones del último acápite. Estos referentes incluyen la interseccionalidad, el feminismo y la interculturalidad sin desconocer elementos del

realismo que explican la tendencia del Consejo Superior y que podrían constituir limitantes para la plena vigencia de la JEI.

Por último, y a partir de los resultados obtenidos, se formulan algunas recomendaciones que permitirán contribuir al reconocimiento de la JEI en Colombia. Si bien en este momento la facultad para dirimir conflictos de competencia la ostentaría la Corte Constitucional, no es menos cierto que algunos casos aún se siguen llevando ante el Consejo Superior de la Judicatura y, además, que otros funcionarios han de estar en capacidad de reconocer estos conflictos y de actuar en aras del respeto a los derechos de las víctimas, así como del principio de diversidad étnica y cultural.

1.Elementos contextuales y estado de la cuestión

En 1991, la Constitución Política reconoció la JEI y su facultad jurisdiccional dejando al legislador la tarea de establecer “las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema nacional”. Al día de hoy no ha sido proferida una ley con este contenido siendo la Corte Constitucional la que ha suplido este vacío. A través de su jurisprudencia, el Alto Tribunal ha determinado los factores del fuero indígena, así como sus criterios de interpretación; elementos que permiten delimitar la competencia de la JEI y resolver los conflictos de competencia que se susciten con la JO. Dichos factores y criterios de interpretación integrarían un precedente bastante decantado.

La aplicación de los criterios de interpretación en los conflictos de competencia entre jurisdicciones, sin embargo, ha estado a cargo del Consejo Superior de la Judicatura. Incluso en vigencia del Acto Legislativo 002 de 2015 que otorga esta función a la Corte Constitucional, dicho organismo sigue conociendo de este tipo de casos. En esa medida, el Consejo Superior ha sido el responsable de evaluar el cumplimiento de los factores del fuero indígena y, en consecuencia, determinar qué jurisdicción deberá asumir, esto es, tendrá competencia, para dirimir un determinado conflicto jurídico.

Pese a que estos criterios de interpretación han sido consistentes, aún más después del ejercicio de sistematización contenido en la sentencia T-610 de 2010, su aplicación no ha sido tan coherente con el principio de protección de la diversidad étnica y cultural. El Consejo Superior, pese a citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha otorgado de forma preferente la competencia a la Jurisdicción Ordinaria en los conflictos de

competencia que ha resuelto. En los casos de violencia sexual, delitos que corresponden al 39% de los casos conocidos por el Consejo Superior en 2016, sólo en dos de los 30 que se resolvieron ese año, la competencia fue otorgada a la JEI.

Estos casos, considerados más graves, han permitido evidenciar una tendencia a restar eficacia al reconocimiento de la JEI tanto en la Constitución como el precedente de la Corte Constitucional. De allí que, antes de analizar cuáles son los razonamientos del Consejo Superior que le conducen a otorgar la competencia de forma preferente a la Jurisdicción Ordinaria en los casos de violencia sexual es pertinente reconstruir (i) el status quo en torno a la comisión de estas conductas, así como las implicaciones en los derechos de las víctimas, (ii) cuál ha sido el proceso de reconocimiento de la JEI en el país y (iii) cuál es el precedente de la Corte Constitucional en cuanto al fuero indígena, sus factores y criterios de interpretación.

1.1. Violencia sexual y conflictos de competencia

Esta investigación pretende abordar uno de los múltiples supuestos en que puede producirse un conflicto de competencia y que tiene una grave connotación en los derechos de los sujetos procesales: los conflictos de competencia entre la Jurisdicción Ordinaria (JO) y Jurisdicción Especial Indígena (JEI) en el juzgamiento de delitos de violencia sexual¹ en que la víctima es una mujer o niña indígena. Abordar este supuesto exige dar cuenta del status quo en torno a la comisión de estas conductas y las implicaciones en los derechos de las víctimas, como se abordará en las líneas siguientes.

¹ Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como los pronunciamientos de la CIDH, los casos de violencia sexual en que el sujeto activo es un miembro de la fuerza pública no pueden ser juzgados por la jurisdicción penal militar en tanto no pueden ser considerados como actos del servicio (Mesa de seguimiento al auto 092 de la Corte Constitucional, 2011).

En cuanto a los delitos contra la dignidad, integridad y formación sexuales, estos se han agrupado en la categoría de violencia sexual², la cual incluye desde los actos sexuales abusivos y el acceso carnal hasta la trata de personas. Según cifras presentadas por la Corporación SISMA Mujer (2019), las mujeres y las niñas son el 51% de la población en Colombia y representan (i) el 86% de los casos de violencia sexual, (ii) el 65% de los casos de sospecha de abuso y violencia sexual, (iii) el 80% de los casos de violencia sexual en el contexto de la violencia sociopolítica y (iv) el 93% de los casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado.

Respecto a los delitos contra la integridad, dignidad y formación sexuales en los que el sujeto pasivo es un(a) menor de edad, de los ingresos entre 2012 y 2013 solamente llegaron a imputación el 14% de los casos como “acceso carnal abusivo con menor de 14 años”, delito que corresponde al 32% de los recibidos y, a su vez, apenas llega a 16% como “acto sexual abusivo con menor de 14 años”, delito que corresponde al 40% de los recibidos (Observatorio Penal de Delitos Sexuales contra NNA en Colombia, 2015). Asimismo, para el mismo periodo, los egresos correspondieron al archivo del 81-83% de los casos (Observatorio Penal de Delitos Sexuales contra NNA en Colombia, 2015). No se encuentran cifras que refieran a qué ocurre cuando el sujeto pasivo es un NNA indígena.

La mayoría de las fuentes consultadas desagregan la información por el lugar de ocurrencia de los hechos, la edad de la víctima y hasta el tipo de actor que cometió la conducta, sin embargo, no consideran el factor étnico de la pasiva. Asimismo, concurren, entre otros factores que: (i) no se les da trámite a las denuncias de mujeres indígenas por sus autoridades tradicionales, ya que “en la mayoría de los casos los hechos son asociados a conflictos personales y no por su ejercicio político y de defensa de los derechos humanos” (Comité de la CEDAW, 2019, p. 52), (ii) la denuncia puede tener repercusiones negativas para la denunciante como la culpabilización, juzgamiento y castigo en varias comunidades y (iii) la persistencia de estereotipos de género en el interior de las

² La violencia sexual es entendida como “todo acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo” (OMS, 2011).

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

comunidades y entidades públicas, en las cuales han de sumarse los estereotipos por el origen étnico de las denunciadas (Comité de la CEDAW, 2019)

No obstante, algunas instituciones han documentado la violencia sexual contra niñas y mujeres indígenas. En su informe, el Comité de la CEDAW (2019), señala que la violencia sexual en estos casos (i) recae en un 75 % sobre niñas menores de 14 años, (ii) se presenta principalmente en el entorno familiar y (iii) cuando es perpetrada por actores armados hay concurrencia de desplazamiento forzado y otros delitos. Del único periodo descrito por el Observatorio de Asuntos de Género de la Presidencia, se encontró que entre 2012 y 2013 la violencia sexual correspondía al 32% de los casos de violencia contra las mujeres indígenas y que “la violencia ejercida contra ellas tiende a identificarse con la violencia doméstica, o el rechazo social asociado por ejemplo a la violencia sexual que induce a guardar silencio, aun dentro de sus comunidades” (Observatorio de Asuntos de Género, 2013, p. 36). Estas consideraciones reafirman que, en estos casos, existe un continuum de violencias, de modo que las distinciones entre violencia entre guerra y violencia en tiempos de paz son difusas pues se producen, reproducen y refuerzan continuamente (Amador, 2011).

Aún con estas cifras de subregistro e incertidumbre sobre el número real de casos, hay procesos que llegan ante los jueces de la especialidad penal para que sea establecida la responsabilidad de quien presuntamente cometió el delito y la forma en la cual serán satisfechos los derechos de las víctimas. En dichos procesos, cuando el presunto responsable pertenece a una comunidad indígena la defensa suele alegar la existencia de una posible causal de nulidad por vulneración al principio de juez natural y, por tanto, tendría el derecho subjetivo a ser juzgado por sus autoridades, de conformidad a sus usos y costumbres; si se determina que debió ser juzgado por la JEI, podría darse lugar a la nulidad de todo lo actuado.

Ante esta situación, los jueces penales envían el expediente ante la autoridad facultada para resolver estos conflictos de competencia. El tiempo que tarde esta autoridad en resolver dicha situación debe sumarse a la duración del proceso penal que ya es bastante considerable. La Constitución Política dispuso, en principio, que quien se ocuparía de esto

sería el Consejo Superior de la Judicatura, no obstante, tras el Acto Legislativo 002 de 2015 esta facultad fue otorgada a la Corte Constitucional.

Los jueces penales inician un incidente en un proceso en el que ya se reconocen demoras y superación de los términos legales. Este trámite, dentro de la jurisdicción penal ordinaria, puede iniciarse una vez se ha presentado el escrito de acusación ante el juez de conocimiento y puede ser promovido por las partes, categoría que no incluye a las víctimas por ser estas intervinientes especiales en el proceso penal (Cáceres y Archila, 2012). Pese a que está previsto en el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal que, tras la remisión del asunto “al funcionario que deba definirla” deberá haber una decisión en el término improrrogable de tres (3) días no es menos cierto que la realidad en el tiempo transcurrido es otra.

Desde la noticia criminal hasta la presentación del escrito de acusación se estima que pasa un promedio de 240 días corrientes y su rango se encuentra entre 1 y 2171 días (Consejo Superior de la Judicatura, 2015). En cuanto a la fase de juicio, el promedio se encuentra en 313 días corrientes con un rango entre 21 y 808 días y, para la fase de decisión (esto es, desde la finalización de la audiencia de fallo hasta la finalización del juicio oral) el promedio es de 96 días corrientes y el rango se encuentra entre 4 y 730 días (Consejo Superior de la Judicatura, 2015). Esto significa que los procesos se demoraron 1,5 veces más del término legal y que la decisión promedio casi cuatriplicó el término legal para proferir sentencia de primera instancia. Lo anterior, constató que solo el 32% de los procesos que se llevan en la especialidad penal se encuentran en los términos legales para decidir los casos que le son puestos a su consideración.

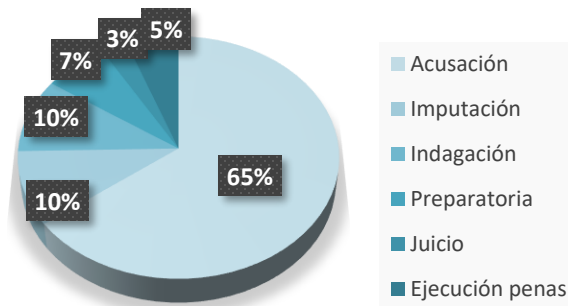
Sobre los casos de delitos sexuales en que un(a) menor es víctima, la duración de la fase de investigación en estos delitos solo es superada por el tiempo que se tarda la investigación en casos de lesiones personales (325 días hábiles) e inasistencia alimentaria (215 días hábiles). Una situación similar ocurre en juicio, ya que los procesos que involucran delitos sexuales contra un(a) menor de edad demoran un promedio de 230,4 días hábiles y 219 días hábiles cuando se trata de otro sujeto pasivo, el cual es superado, de nuevo, por los casos de lesiones personales (cuya duración promedio es de 332,4 días hábiles) (Consejo Superior de la Judicatura, 2015).

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

A esta duración del proceso ha de sumarse el tiempo que tarda el órgano competente en dirimir el conflicto de competencia. Del estudio de los 74 autos que profirió el Consejo Superior de la Judicatura para dirimir conflictos entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena la duración promedio fue de 160,65 días desde que se identificó el conflicto de competencia hasta que se resolvió y 1093, 88 días desde los hechos hasta la adopción de la decisión que dirimió el conflicto de competencia. Sumado a ello, debe señalarse que una prevalente identificación del conflicto de competencia se dio en fase de acusación, lo cual explicaría estos términos

Figura 1.1.: Fase del proceso en que se identificó el conflicto de competencia dirimidas por el Consejo Superior de la Judicatura en casos de violencia sexual para el año 2016.

Fuente: Elaboración propia.



Estas dilaciones procesales prolongan la vulneración de los derechos de las mujeres y niñas que son víctimas de violencia sexual. Además de la evidente vulneración a sus derechos por los hechos que se investigan, pueden ocasionarse transgresiones adicionales por la revictimización en el proceso, así como su reparación tardía. Luego, cuanto más se demore la JO o la JEI en identificar el posible conflicto de competencias, además del tiempo que tarde el Consejo Superior o la Corte Constitucional en resolver, más intempestiva será la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad sobre el hecho victimizante, la sanción de los responsables y la reparación a que haya lugar.

Lo anterior, implicaría a su vez el incumplimiento de obligaciones del Estado en materia de DDHH. Entre otras, se estaría frente a la omisión de: (i) el deber del Estado de actuar con la debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o Particulares (Declaración sobre eliminación de violencia contra la mujer Art. 4 Lit. c, Convención Belem do Para Art. 7 Lit. b) y (ii) el acceso a remedios justos y resarcimiento eficaz a las víctimas y sus causahabientes por el daño que han padecido inclusive la reparación, la indemnización y la curación de estas (Declaración sobre eliminación de violencia contra la mujer Art. 4 Lit. d; Plataforma de acción de Beijing Núm. 124 Lit. d). Dichos remedios y resarcimiento han de ser prontas, razón por la cual la adición en términos es también retardo en estas garantías.

1.2. Jurisdicción Especial Indígena en Colombia

Antes de la Constitución de 1991 existía en la normativa una ley que se ocupaba de los asuntos étnicos. Dicha ley correspondió a la Ley 89 de 1890 “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada” y su contenido no era menos peyorativo para referirse a los pueblos indígenas como “incipientes sociedades que deben ser gobernadas”. Sin embargo, con las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y, posteriormente, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, este panorama normativo fue modificado.

La Carta de 1991 reconoció la diversidad étnica y cultural existente en el territorio colombiano, así como la obligación del Estado en su protección (artículo 7). Igualmente, estableció garantías en cuanto a su participación (artículo 176), integridad cultural (artículos 10 y 68), derechos especiales en el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales (artículo 72) y su territorio (artículos 63 y 329). Respecto a la jurisdicción especial, el artículo 246 de la carta magna consagró que “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 las leyes de la República”. Sin embargo, este fue el resultado de controversias sobre la legitimidad de las jurisdicciones especiales y cuál era la mejor manera de otorgar reconocimiento a la administración de justicia al interior de las comunidades indígenas.

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

En la Asamblea Nacional Constituyente, por un lado, se presentaron múltiples discusiones en torno a las jurisdicciones especiales y, en concreto, sobre la deuda histórica existente con los pueblos indígenas. Sobre el primer asunto, existían múltiples objeciones derivadas del uso de la figura de Estado de sitio para instituir tribunales excepcionales con esquemas procesales que, en términos de los Constituyentes, vulneraban las mínimas garantías procesales (ANC, 12 de febrero de 1991, Transcripción de sesiones; ANC, 18 de febrero de 1991. Proyecto de Acto Reformatorio No. 11; ANC, 9 de abril de 1991, Transcripción de sesiones). Para constituyentes como Hernando Londoño, por ejemplo, las únicas jurisdicciones especiales que deberían existir en materia penal corresponderían a la Justicia Penal para Menores y Penal Militar (ANC, 18 de febrero de 1991. Proyecto de Acto Reformatorio No. 11).

Sobre la deuda histórica con los pueblos indígenas se pronunciaron los Constituyentes Francisco Rojas y Lorenzo Muelas destacando la existencia de formas de control social en el interior de los pueblos que debían ser reconocidas y proponiendo disposiciones para ser integradas en la Carta Política. En sus términos, en “nuestras comunidades indígenas existe una forma de control social, que ha venido adecuándose dizque a la vida civilizada” (ANC, 31 de mayo de 1991, Transcripción de sesiones, p. 133). Rojas describió que el Derecho Mayor orientaba una forma de control social colectiva y no escrita con sus propios procedimientos y sanciones que, más que creada, debía ser reconocida (ANC, 31 de mayo de 1991, Transcripción de sesiones).

Las propuestas sobre la JEI, sin embargo, fueron más allá de su reconocimiento. Lorenzo Muelas, por ejemplo, propuso la creación de jueces indígenas en los pueblos indígenas en que no existían instancias jurisdiccionales propias (ANC, 8 de marzo de 1991, Proyecto de Acto Reformatorio No. 83, p. 18). En la misma línea, los constituyentes Jorge Fajardo y Álvaro Gómez Hurtado incluyeron en su propuesta de artículo que el único límite a la JEI debía ser el respeto a los DDHH, así como la garantía de procesados y víctimas indígenas a ser escuchadas en su propia lengua o asistidos por un traductor (ANC, 24 de mayo de 1991, Ponencia del Constituyente). Sin embargo, como se evidencia en la redacción final del artículo constitucional, estas disposiciones no fueron incluidas.

Sobre los conflictos de competencia entre la JEI y la JO no hubo mayores previsiones más allá de que fuese el legislador quien estableciera cómo proceder en caso de conflicto de competencia (ANC, 31 de mayo de 1991, Transcripción de sesiones). Dicha función, como los demás conflictos de competencia entre jurisdicciones, fue asignada al Consejo Superior de la Judicatura.

Desde la doctrina estos temas también han sido abordados. Se ha hecho hincapié en los conflictos de competencia entre la JEI y la JO, donde se han planteado debates que van más allá de las relaciones entre ambas jurisdicciones, como el contexto que dio origen a la JEI e, incluso, el ámbito de aplicación en los territorios étnicos.

De allí que, si bien la perspectiva teórica que permite hablar de la existencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico y no meramente de costumbres es la de “pluralismo legal” (Sánchez, 2000), la misma no se agota únicamente en el reconocimiento constitucional sino en la aplicación de un ejercicio pleno en la “audisposición” de los pueblos; máxime cuando fue catalogada como “derecho fundamental” ligado a su supervivencia cultural (Burgos, 2008).

Previo al reconocimiento constitucional de la JEI, Herinaldy Gómez (1999) ha señalado que, existía un paralelismo jurídico combinado con formas de recepción jurídica, el cual propició la invisibilidad de las culturas indígenas. Entre las causas de dicho fenómeno resalta: la concepción etnocentrista predominante del derecho occidental de que sólo las sociedades que han alcanzado una organización política estatal poseen sistemas jurídicos, la falta de reconocimiento de la justicia étnica como cultura jurídica y, además, la limitada presencia del Estado en los territorios indígenas.

Dicho Estado monocultural y monista sobre los pueblos indígenas, agrega Esther Sánchez Botero (2005), fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de los recursos para todos, así como del control y solución de conflictos, con base en principios, estructura y enfoque desde un derecho que necesariamente no coincidía -en parte o en su totalidad- con los sistemas existentes en cada uno de los pueblos indígenas. Ello generó que unos se “vaciaran” y “llenaran” con elementos de la sociedad hegemónica y, otros para mantenerse como grupos, mantuvieran

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

sus métodos de control social que resulta vital reconocérseles y protegérseles (Sánchez, 2000).

No obstante, fue la crisis generalizada de la justicia que caracterizaba a Colombia la que, más allá de pretender un propósito democrático, resolvió un problema nacional: “la incapacidad manifiesta del Estado colombiano, para impartir una pronta, eficaz y real justicia y/o solución de los conflictos” (Gómez, 1999, p.290). Lo que implica ceder de forma significativa a las demandas de los pueblos indígenas a efectos de favorecer un nuevo orden social a través de una ruptura con sus orientaciones monoculturales anteriores y, por su parte, que las comunidades no pretendan convertirse en Estados independientes y sí articularse de mejor forma con el Estado nacional (Sánchez, 2000).

Lo que, en palabras de Filipo Ernesto Burgos Guzmán (2008) implica para el Estado afirmar, gracias a su política indigenista, su intervención sobre vastos territorios habitados por las poblaciones indígenas. Mismos que resultan en regiones conflictivas y, dando al tiempo, una respuesta a las exigencias contenidas en la movilización indígena. Fenómeno que, asimismo, devino de la transición acelerada de una Colombia rural a una Colombia urbana, el factor de una violencia incontrolable y, la existencia de una excesiva judicialización de los conflictos, o sea, un sistema de legalidad lleno de formalismos o, incluso, de corrupción (Gómez, 1999).

Ante dicho escenario, tomando como base a Andre Hoekema, los procesos de ajuste para crear un sistema plural permiten dos posiciones antagónicas: el pluralismo jurídico unitario, marcado por ideas monoculturales y sostenidas durante años bajo el influjo de un único derecho o, por el contrario, pluralismo formal de tipo igualitario, que recae en transformaciones edificantes por los esfuerzos sistemáticos tanto de personas como de instituciones proclives a fortalecer los principios de valoración a las culturas y sociedades distintas y, con estas, sus sistemas de derecho (Sánchez, 2003).

La segunda posición se ve reflejada a través de la reforma constitucional de 1991 que faculta a los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales, así como en

redistribuir el poder político y descentralizar el Estado para el desarrollo de regímenes democráticos autonómicos (Gómez, 1999).

Específicamente, los cambios a resaltar son:

1) El paso de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho; se partió de la desigualdad real de los colombianos para configurar la igualdad como un propósito. Aquí se cuestiona el principio de igualdad que sin duda representa un cambio sustantivo. 2) El paso de un Estado Monocultural a un Estado Multicultural y Pluriétnico, afirma la equivalencia de las culturas. 3) El reconocimiento de un sujeto colectivo de derecho afirma la presencia de un sujeto de derecho distinto al sujeto individual. 4) Las acciones afirmativas para que ese sujeto pueda ser y pueda fortalecerse como distinto que es. Todos los miembros de la sociedad y por ende todas las instituciones han de modificarse, para contribuir a configurar una sociedad donde la diferencia sea valiosa. Estos presupuestos acogen por principio a los sistemas de derecho y autoridad, disímiles del derecho estatal para configurar un pluralismo jurídico formal” (Sánchez, 2005, p. 227-228).

Ahora bien, tomando nuevamente a Esther Sánchez Botero (2009), el reconocimiento del poder jurisdiccional a los pueblos indígenas permite, más allá de valorar identidades distintas que puedan coexistir como iguales frente a la sociedad hegemónica, interactuar entre autoridades bajo formas de poder equivalentes. En otras, “cambios en la fisonomía y estructura del Estado al ser las autoridades indígenas autoridades públicas, y por su competencia jurisdiccional, jueces pertenecientes a la rama judicial” (Sánchez, 2009, p. 37).

También, con base en la teoría clásica del derecho procesal, se constituye la JEI bajo los mismos 3 elementos que enmarcan una jurisdicción dentro de una perspectiva occidental: Notio, como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada juez, conforme a sus procedimientos establecidos; iudicium, en cuanto a la facultad de resolver el asunto sometido conforme a las prácticas normales; y, finalmente, el imperium, que consiste en la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas las decisiones judiciales (Rueda, 2008) (Sánchez & Jaramillo, 2009).

De esta manera, surge la importancia de entender el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades indígenas como un derecho y no como una obligación y, por tanto, los pueblos dentro de la autonomía conferida pueden decidir si asumen o no el ejercicio de estas funciones. En caso de que presenten negativa, no incurren en una denegación de justicia, sino en el ejercicio de su derecho constitucional, o en su defecto, si pretende asumir el conocimiento del caso y las reglas determinan que es competente, debe conferirse igual valor a sus decisiones respecto del de jueces ordinarios (Sánchez & Jaramillo, 2009).

Esto es así, como quiera que asiste un interés en las etnias indígenas de recomponer las relaciones con el Estado y la sociedad junto al desarrollo de un Plan de Vida; lo que significa que, no es suficiente el solo reconocimiento del territorio y de poderes jurisdiccionales, sino políticas sociales que potencien su sistema social y económico, sin que destruyan sus formas de trabajo y producción comunitarias, sus prácticas de reciprocidad e inherentes concepciones de equilibrio con la naturaleza, en especial, con los demás sectores con los que conviven y/o se interrelacionan -campesinos, colonos, comunidades negras, grupos guerrilleros, paramilitares y narcotraficantes- (Gómez, 1999).

En consecuencia, con el paso del Estado monocultural al multicultural y pluriétnico, las instituciones judiciales de la sociedad mayoritaria y las de las sociedades indígenas se obligan a cambiar los patrones que garanticen la generalización congruente de expectativas de conducta y, con ellas, cambia también la forma de establecer la validez del derecho. Sin embargo, advierten los tratadistas como Esther Sánchez Botero (2005) que, es claro que el modelo constitucional mantiene el espíritu del centralismo legal desde el cual se avalan o invalidan principios y procedimientos determinados, tachándolos de ser o no jurídicamente aceptables, dado que las normas estatales disponen de preeminencia en caso de conflicto.

1.3. El precedente de la Corte Constitucional

Desde las primeras sentencias de la Corte Constitucional se evidencia un reconocimiento a la JEI como una jurisdicción preexistente a la Carta de 1991. Pese a que también se

evocó en la Constitución, se hizo preciso su desarrollo en la jurisprudencia constitucional para reiterar su vigencia y los factores que debían acreditarse para que la JEI fuese competente para conocer de una controversia jurídica. En aras de lo anterior, el Alto Tribunal ha seguido tres lógicas que han propendido por asegurar el respeto y eficacia del principio de protección a la diversidad étnica y cultural.

La lógica inicial de la Corte correspondió al reconocimiento expreso de las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas. En sus primeras sentencias, señaló explícitamente que la vigencia de la JEI no estaba supeditada a la existencia de una ley de coordinación advirtiendo, además, la necesidad de fijar los primeros factores del fuero indígena, institución que permite determinar la competencia de esta jurisdicción. Sin embargo, era necesario avanzar hacia el desarrollo de estos.

De allí que, la segunda lógica correspondió al desarrollo de reglas de interpretación para cada factor. Bajo dicha teleología, la Corte amplió el contenido de los factores del fuero indígena y se ocupó de su sistematización, lo cual facilitarían la tercera lógica. En esta última, más que ocuparse del desarrollo de reglas jurisprudenciales, ha pretendido mediante sus pronunciamientos vigilar la aplicación en concreto de dichos criterios en las decisiones de otras corporaciones como el Consejo Superior de la Judicatura.

Cada una de estas lógicas se describirá con mayor detalle a continuación no sin antes advertir que una nueva lógica podría surgir y ser abordada en estudios posteriores sobre las decisiones que adopte la Corte Constitucional mediante autos que resuelven conflictos de jurisdicción en ejercicio de una de las funciones que le fueron atribuidas en virtud del AL 02 de 2015 y ya no a través de sentencias de tutela o de unificación. Estas inferencias se soportan en una línea jurisprudencial elaborada a partir de 15 providencias de la Corte Constitucional entre 1994 y 2016 guiada por la revisión efectuada por Borrero (en prensa).

1.3.1. Primera lógica. Reconocimiento expreso de la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas.

La sentencia fundadora de esta lógica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional corresponde a la T-254 de 1994. En ella, con un problema jurídico asociado a si existía o no vulneración a los derechos fundamentales de un indígena y su familia a quienes les fue impuesta la sanción de expulsión de la comunidad y la confiscación de sus bienes, el Alto Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas, así como los límites admisibles al ejercicio de dicha facultad. Destacó que las comunidades indígenas tienen autonomía política y jurídica, siendo una de las manifestaciones el ejercicio jurisdiccional en su territorio.

En esa medida, la Corte no sólo admitió que era posible que se presentaran conflictos de competencia entre la JEI y otras jurisdicciones, sino que estableció que estos deberían ser resueltos o superados a partir del respeto de *reglas de interpretación*. Dichas reglas derivaban, además de la expresa limitación de adoptar decisiones contrarias a la Constitución, de una lectura sistemática del texto constitucional en sentido estricto y el bloque de constitucionalidad, que incorporaba el Convenio 169 de la OIT. Se sistematizaron así: (i) respeto por la autonomía de las comunidades en correlación con la conservación de sus usos y costumbres, (ii) los derechos fundamentales como mínimo obligatorio, (iii) la primacía de las normas legales imperativas de la República siempre que protejan un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y (iv) la primacía de los usos y costumbres de las comunidades sobre las normas legales dispositivas.

El reconocimiento expreso de la Corte a la vigencia de la JEI fue reiterado posteriormente en la sentencia C-139 de 1996. Si bien el problema jurídico refería a la exequibilidad de los artículos 1, 40 y 50 de la Ley 89 de 1890 sobre la vinculatoriedad de la “legislación general de la República” para los indígenas, la manera en que debían ser sancionados quienes cometiesen faltas contra la moral y la forma a través de la cual tenía que realizarse

la venta de sus bienes inmuebles, se pronunció también acerca de la vigencia de la JEI. Al respecto, señaló que “no es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos” (Corte Constitucional, 1996a, Sentencia C-139).

En dicha decisión, se hace una primera caracterización de los elementos de la JEI que posteriormente y en conjunto con las reglas de interpretación, darán lugar a los *elementos del fuero indígena*, cuyo desarrollo será posterior. Los elementos de la JEI serían, a partir del análisis del artículo 246 constitucional: “la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias (...), la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, [su] sujeción a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación” con la Jurisdicción Ordinaria (Corte Constitucional, 1996a, Sentencia C-139). Esos elementos son citados en jurisprudencia posterior como la Sentencia T-009 de 2007.

Otro aspecto para resaltar es que, aun cuando no involucra una pluralidad de máximas que sirvan como reglas de interpretación, sí destaca la obligación del juez de evaluar las circunstancias del caso concreto. En esa medida, la Corte en la sentencia C-139 señala que deben considerarse caso a caso: “la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc.” (Corte Constitucional, 1996a, Sentencia C-139) para así, a partir de los criterios de equidad, determinar cómo dirimir el conflicto a partir de “la justicia del caso concreto”.

Además de las anteriores, dos sentencias de tutela de ese mismo año son cruciales para entender esta primera lógica: la sentencia T-349 y la sentencia T-496. La T-349, de un lado, retoma los elementos de la JEI para resolver un problema jurídico relacionado con la violación al debido proceso en la sanción a dos indígenas que habrían dado muerte a otro de la misma comunidad; tratándose, entonces, de una situación típicamente interna en la que se hizo una valoración de los límites de la JEI. Del otro, asimismo, se ocupa de desarrollar tres aspectos de la JEI: la existencia de autoridades propias, la potestad para fijar normas y procedimientos, así como establecer los límites al ejercicio de su facultad jurisdiccional.

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

Los dos primeros son abordados aludiendo a los elementos materiales de una cultura o una etnia; mismos que se definen como un “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano” los cuales incluyen las instituciones políticas y jurídicas junto a las tradiciones y recuerdos históricos, cuya protección sería el principal objeto del principio de diversidad étnica y cultural. En cuanto al tercero, los límites han de establecerse considerando como regla de interpretación “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía” (Corte Constitucional, 1996b, T-349). Sobre esta, la Corte establece a su vez dos subreglas: (i) que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y (ii) que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas (Corte Constitucional, 1996b, T-349). De allí que, precisa de la primera subregla que la afectación debe recaer sobre el núcleo intangible de estos intereses de modo que incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura.

No obstante, es la sentencia T-496 de 1996 la que introduce la noción de *fuero indígena* analizando un problema jurídico relacionado con la extensión del elemento territorial en un caso en que un integrante de una comunidad indígena habría dado muerte a otro y había sido procesado por homicidio en la Jurisdicción Ordinaria. Sobre este, debe destacarse que, si bien está relacionado intrínsecamente con la JEI toda vez que es la existencia de esta jurisdicción la que precede a la evaluación de los elementos que llevarían a concluir que un caso debe ser conocido por esta, su alcance es diferente. Así, el fuero indígena es un derecho subjetivo de los integrantes de las comunidades indígenas, mientras que el reconocimiento de la JEI es un derecho del que son titulares las mismas comunidades.

Esta sentencia señala apenas dos elementos que en jurisprudencia posterior serán ampliados: personal y geográfico. Sobre el primero, cuya evaluación condujo a negar el amparo solicitado, la Corte señala que se refiere a la calidad del procesado como integrante de una comunidad indígena y su grado de aculturación. Respecto al segundo, se estableció que cada comunidad ha de juzgar las conductas que tienen ocurrencia dentro

de su territorio o el de los resguardos con que esta tenga convenio, en particular por la migración de algunos grupos.

En cuanto a las reglas de interpretación para dirimir conflictos de competencia, a diferencia de la jurisprudencia anterior, la T-496 reconoce tres reglas interpretativas que recoge, en particular, las establecidas en las sentencias C-139 y T-396. Dichas reglas corresponderían a (i) la solución del conflicto a la luz de los principios y valores constitucionales, (ii) la consideración de las circunstancias del caso concreto respecto a la cultura involucrada, su grado de aislamiento y el tipo de intereses o derechos involucrados (si son de la comunidad o no) y (iii) las limitaciones a la competencia de la JEI solo pueden provenir de la afectación de un principio constitucional o derecho individual de sus integrantes o una persona ajena a la comunidad siempre que este sea de mayor jerarquía al principio de diversidad étnica y cultural.

Un análisis detallado de la ponderación entre este último principio y otros derechos puede apreciarse en la sentencia SU-510 de 1998 en la que, tras la evaluación de elementos como la cultura involucrada y su grado de conservación, se establece que la integridad étnica y cultural de una comunidad indígena puede prevalecer sobre el derecho a evangelizar de una comunidad religiosa, este como manifestación de su libertad religiosa.

1.3.2. Segunda lógica. Desarrollo de los criterios del fuero indígena.

Con las sentencias anteriores se afirmó el reconocimiento de la JEI y se formularon las primeras reglas de interpretación, incluyendo la noción de fuero indígena. No obstante, la jurisprudencia de la Corte empezó a ocuparse en detalle de los factores del fuero. De allí que, se dio lugar a una lógica en que primó el desarrollo y ampliación tanto de las reglas de interpretación como de los elementos, concluyendo, por ejemplo, con el reconocimiento de los cuatro factores reconocidos hasta el día de hoy: personal, geográfico, orgánico y objetivo.

Esta lógica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional empieza con la sentencia T-811 de 2004. En la misma, además de reiterar los elementos de la JEI, reconoce explícitamente

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

un tercer factor al fuero indígena para resolver un problema jurídico relacionado con la vulneración al debido proceso de un indígena que habría sido procesado por haber matado a otro integrante de su comunidad. En el caso concreto, la responsabilidad del procesado se habría establecido por haber participado en una riña, aunque en las declaraciones se reconocía que habría sido otra persona quien habría cometido el homicidio.

Sumado a los factores personal y territorial, se rescata el elemento objetivo. Este elemento sería definido como “la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva” (Corte Constitucional, 2004, Sentencia T-811) y su acreditación permitiría establecer en qué casos las autoridades indígenas serían el juez natural. La identificación de ello es relevante para establecer en qué casos, pese a cumplirse con los factores del fuero indígena, un caso debería pasar a la Jurisdicción Ordinaria. Tal sería el caso en que, por ejemplo, pese a acreditarse los elementos del fuero, no fuese predecible la existencia de una sanción frente a una conducta particular y, en consecuencia, en aras de proteger el debido proceso, el caso deba ser juzgado por la JO.

Esta exigencia de que sea predecible la existencia de una sanción, así como el procedimiento para su imposición hace parte del *principio de legalidad* cuyo respeto haría parte de las restricciones a la JEI. Tal y como lo señala la sentencia T-514 de 2009, el contenido de este se proyecta en dos vías: (i) la “existencia de instituciones que permitan conocer a los miembros de las comunidades el carácter socialmente nocivo de algunas actuaciones, o de soluciones a determinados conflictos [y (ii)] la preexistencia de las formas en que se aplican esas soluciones o se castigan esas conductas” (Corte Constitucional, 1994, Sentencia T-254). En esta decisión, aun cuando el problema jurídico no era de naturaleza penal, la posibilidad de crear un Tribunal Superior Indígena sí planteaba muchas cuestiones a las cuales respondió la Corte a partir de la reiteración de su jurisprudencia.

En la sentencia T-514 de 2009, la Corte reitera cuatro reglas de interpretación para la solución de conflictos de competencia. Estas corresponderían a: (i) principio de minimización de restricción a la autonomía de las comunidades, (ii) principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, (iii) principio de a mayor conservación

de la identidad cultural, mayor autonomía y (iv) principio de limitación de la autonomía sólo en razón de intereses de mayor jerarquía. Sin embargo, uno de los aportes más grandes en dicho pronunciamiento se encuentra, además de la definición del principio de legalidad como límite a la autonomía de las comunidades, en evaluar la *previsibilidad* mediante las actuaciones de las autoridades tradicionales sin que esto implique una derogatoria implícita de la competencia de ellas. De allí que, debe tenerse en cuenta el proceso de reconstrucción de las comunidades, así como la no exigencia de petrificación de las instituciones dado el carácter dinámico de las culturas.

Igualmente, precisa el Alto Tribunal, los derechos fundamentales como mínimos de convivencia social en torno a las limitaciones admisibles a la autonomía de las comunidades; razón por la que, los límites admisibles están determinados (i) “por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía al debido proceso y, [...] (ii)] por los derechos fundamentales mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias” (Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 2009).

En estas limitaciones, por supuesto, se incluyen los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA), como lo desarrollan las sentencias T-001 y T-002, ambas de 2012. Sobre este punto, señala la Corte que, debe utilizarse el principio *pro infans* en los casos en que estén involucrados NNA. El contenido de este principio corresponde a (i) la prevalencia de los derechos de los NNA sobre los derechos de los demás, (ii) la conciliación de los derechos individuales del NNA con los derechos colectivos relacionados con su identidad étnica y cultural y (iii) la implementación de instancias de diálogo y de participación en las decisiones que les puedan afectar (Corte Constitucional, 2012a, Sentencia T-001). No obstante, aclara que, la prevalencia de los derechos de los NNA no debe entenderse como mandato de aplicación mecánica, sino que deben evaluarse en el caso a caso los criterios jurídicos relevantes, así como las circunstancias fácticas (Corte Constitucional, 2012b, Sentencia T-002).

Esta segunda lógica en la jurisprudencia constitucional, como se mencionaba previamente, dio un desarrollo y ampliación a las reglas y elementos presentados en pronunciamientos anteriores. El esfuerzo más importante de sistematización de las sentencias de este periodo se encuentra en la sentencia T-617 de 2010 del cual se transcribió su Anexo 1

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

como **Tabla 1.1.** en este documento. Esta sentencia, sin embargo, aludiendo al carácter especial de la JEI señala que debe ser de carácter excepcional lo cual resulta contrario al principio de maximización de autonomía de no ser matizado, tal como lo señala Borrero (en prensa).

Tabla 1.1. Síntesis de elementos del fuero indígena y su contenido. **Fuente:** Corte Constitucional (2010) Sentencia T-617.

| Elemento | Parámetro |
|----------|--|
| Personal | Definición |
| | Pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena. |
| | Subreglas relevantes |
| | <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 y remitir la actuación a las autoridades</p> |

Tabla 1.2.: (Continuación)

| Elemento | Parámetro |
|-------------|---|
| | <p>del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la <i>inimputabilidad por diversidad cultural</i>.</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.</p> <p>Criterios de interpretación</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.</p> |
| Territorial | <p>Definición</p> <p>Hace referencia a que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo.</p> <p>Subreglas relevantes</p> <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>Criterios de interpretación</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> |

Tabla 1.1.: (Continuación)

| Elemento | Parámetro |
|---------------|--|
| | (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. |
| Institucional | <p data-bbox="386 726 1344 768">Definición</p> <p data-bbox="386 768 1344 968">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 genérico de nocividad social.</p> <p data-bbox="386 968 1344 1020">Subreglas relevantes</p> <p data-bbox="386 1020 1344 1356">(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 data-bbox="386 1356 1344 1814">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</p> |

Tabla 1.1.: (Continuación)

| Elemento | Parámetro |
|-----------------|---|
| | <p>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>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.</p> <p>(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 <i>genérico de nocividad social</i>.</p> <p>(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.</p> <p>Criterios de interpretación</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> |
| Objetivo | <p>Definición</p> <p>Naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.</p> |

Tabla 1.1.: (Continuación)

| Elemento | Parámetro |
|----------|---|
| | <p data-bbox="391 436 686 468">Subreglas relevantes</p> <p data-bbox="391 489 1339 621">(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</p> <p data-bbox="391 642 1339 774">(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 data-bbox="391 795 1339 974">(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 data-bbox="391 995 1339 1325">(S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la subregla (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> <p data-bbox="391 1346 760 1377">Criterios de interpretación</p> <p data-bbox="391 1398 1339 1530">(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> |

Como se puede apreciar en la **Tabla 1.1.**, la sentencia C-617 incorpora el elemento institucional como cuarto factor del fuero indígena, estabilizando así los componentes a evaluar en la decisión sobre los casos en que la JEI sería o no competente para resolver. A su vez, en esta decisión, se hacen llamados de atención al Consejo Superior de la Judicatura por la aplicación de las reglas de interpretación para resolver conflictos de

competencia, los cuales serán más persistentes en la que aquí denominada como una tercera lógica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1.3.3. Tercera lógica. Vigilancia en la aplicación del precedente

Al ocuparse de resolver acciones de tutela interpuestas contra el Consejo Superior de la Judicatura, el Alto Tribunal llama la atención respecto a cómo su interpretación estaría sesgada por conferir competencia a la Jurisdicción Ordinaria. Esta situación, por supuesto, no es ajena a este estudio, en el cual se encontró que de los 74 conflictos conocidos por el Consejo solamente 2 fueron resueltos confiriéndole competencia a la JEI.

En ese sentido, la primera sentencia que puede reconocerse corresponde a la T-921 de 2013. En esta, se resuelve un problema jurídico relacionado con la violación de derechos fundamentales por la asignación de la competencia a la JO en un caso de acceso carnal abusivo cometido por un integrante de una comunidad a una niña indígena; sin embargo, más allá del caso concreto, pone de presente la tendencia del Consejo Superior a entender los derechos de los NNA como intereses de la sociedad mayoritaria y, por ende, conferir la competencia a la Jurisdicción Ordinaria.

Asimismo, la Corte hace una revisión exhaustiva de los factores del fuero indígena, los elementos de la JEI y las limitaciones admisibles a esta, de las cuales ya se ha dado cuenta en este texto. Empero, uno de los aportes más importantes de la T-921 radica en que se ocupa del contenido del *interés superior del menor indígena*, definiendo su contenido mínimo y obligatoriedad tanto para los jueces ordinarios como para las propias comunidades indígenas. En esa medida, la satisfacción de dicho interés exigiría la garantía de

- (i) su desarrollo integral; (ii) las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos;
- (iii) su protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los padres; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; y, (vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-921).

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

Sobre el particular de la integridad sexual de los menores, la Corte reitera que las decisiones del juez constitucional no pueden excluir la consideración sobre la diversidad. Así, dado que en el caso concreto se demostraba el cumplimiento de los factores del fuero, decidió atribuir la competencia a la JEI. Específicamente, señaló que “dicha jurisdicción también tiene la obligación de velar por los intereses de la menor (...) no existe en este momento siquiera algún indicio que permita inferir que la comunidad Embera – Chamí no va a tutelar los derechos de la menor ni a investigar y juzgar adecuadamente” al presunto autor (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-921). Conclusión de un juez que, más que evaluar desde la perspectiva occidental la situación del NNA indígena, pretende proteger sus derechos individuales y su identidad como integrante de una comunidad indígena.

Otros pronunciamientos, pese a tener supuestos fácticos muy similares, desarrollaron con mayor énfasis uno de los factores del fuero indígena: el subjetivo. Así, en sentencia T-764 de 2014, además de la reiteración de los elementos del fuero y la exigencia de que sólo cuando no se configure ninguno de ellos la competencia puede ser asignada a la Jurisdicción Ordinaria, llama la atención que admite supuestos en que se configuran uno, dos o tres de estos cuatro elementos. Al respecto, la Corte determina que, en estos casos el conflicto deberá resolverse de acuerdo a las “circunstancias propias de cada caso y ponderando el grado de incidencia que pueda tener cada factor en la resolución del conflicto; claro está, en armonía con los criterios limitantes de la injerencia estatal en asuntos indígenas” (Corte Constitucional, T-764 de 2014).

En el caso objeto de decisión, el Alto Tribunal evaluó si el ser instruido como normalista, esto es, contar con un título de bachiller en una institución no indígena sería suficiente para afirmar que un procesado se ha alejado de su cosmovisión y, por ende, se afirma su pertenencia a la cultura mayoritaria. Allí, señala que, la certificación suscrita por el cabildo y la participación en las actividades propias de este no pueden ser omitidas en la valoración probatoria, so pena de que se incurra en un defecto fáctico. Incluso, la Magistrada Gloria Stella Ortiz hace una aseveración más contundente en su aclaración de voto: “concluir que el señor Estrada no es indígena porque estudió en una Escuela Normal, no es un error de la valoración de la prueba, es un desconocimiento del principio de diversidad étnica y cultural” (Corte Constitucional, T-764 de 2014).

En la sentencia T-196 de 2015, por otra parte, el criterio de mayor desarrollo correspondió al objetivo, donde, además, destacó que no es decisivo para definir la competencia. Respecto a los casos de especial gravedad, como los de violencia sexual, la Corte indicó que la mera valoración de este elemento no puede conducir a “descartar la posibilidad de que el conflicto se resuelva ante la jurisdicción especial, toda vez que ello derivaría en una imposición de valores de la cultura mayoritaria, en desconocimiento de los principios de pluralismo y diversidad cultural” (Corte Constitucional, sentencia T-196 de 2015).

En dicha sentencia, el Alto Tribunal también hace un llamado de atención al Consejo Superior señalando que su postura según la cual es determinante el elemento objetivo “no resulta conforme a los postulados constitucionales toda vez que se basa en un universalismo cultural que dista del relativismo ético moderado que se encuentra incorporado en la Carta” (Corte Constitucional, sentencia T-196 de 2015). Asumir que, por la gravedad de la vulneración a los derechos no sería competente la JEI, correspondería a una contraria interpretación adecuada de las reglas y principios reconocidos constitucional y jurisprudencialmente.

Asimismo, en aras de garantizar los derechos de las víctimas y del procesado, la Corte precisó que el elemento institucional es el más importante en los casos de mayor gravedad de la conducta, en tanto la vigencia de los derechos de las víctimas dependen de él. En la misma línea, señaló como principio orientador y, límite a la JEI y sus instituciones el debido proceso. Este principio estaría integrado por subprincipios de: (i) el respeto por el principio de legalidad en materia penal, tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal; (ii) la garantía de la presunción de inocencia; (iii) el derecho de defensa; (iv) la prohibición de responsabilidad objetiva y el principio de culpabilidad individual; (v) el respeto por el *non bis in ídem*; (vi) la no obligatoriedad de segunda instancia; (vii) la proporcionalidad y razonabilidad de sanciones (Corte Constitucional, sentencia T-196 de 2015).

Por último, la sentencia T-397 de 2016, profundiza en la garantía de los derechos de las víctimas y, además de vincular a la autoridad judicial demandada, vincula a la madre de la víctima de homicidio para que se pronuncie sobre los hechos y las pretensiones. En este caso, aun cuando la madre de la víctima no es indígena, sin embargo, señala la Corte que, para garantizar sus derechos a la verdad, justicia y reparación debe ser “escuchada y su opinión valorada por las autoridades indígenas, en todo lo relacionado con la sanción a

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

imponer y el modo de reparación de sus derechos vulnerados” (Corte Constitucional, sentencia T-397 de 2016). Lo anterior, resulta un gran avance en una perspectiva de respeto de la diversidad étnica y cultural, así como el reconocimiento de la JEI.

Tras recapitular lo pertinente en cuanto al reconocimiento de la JEI y sus elementos, la Corte recalca además que, a diferencia de las sentencias anteriores, el fuero indígena no es una institución diferente a la JEI, sino que correspondería a su *perspectiva individual*. Dado que esa es la última sentencia que se ha proferido sobre el tema y que la función que le permitió al Alto Tribunal decidir sobre estos casos fue la revisión de tutela, se genera mucha expectativa respecto a su ejercicio de la función de dirimir conflictos de competencia según el AL 02 de 2015. No obstante, como se mencionaba previamente, sólo se han proferido 4 autos, conforme a la indagación que se hizo, los cuales, por el momento, no corresponderían a una muestra significativa para afirmar que existe alguna tendencia en estas decisiones.

2. Tensiones en los factores del fuero indígena y competencia de la JEI

Al día de hoy, tanto las definiciones como los criterios de interpretación de los factores de competencia de la Jurisdicción Especial Indígena se encuentran bastante decantados en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, en la aplicación por entidades que se ocupan de aspectos más operativos como los conflictos de competencia, la protección a la diversidad étnica y cultural parece no tener la misma importancia. De allí que, en los autos del Consejo Superior se observa, prima facie, una preocupante tendencia a asignar la competencia en los casos de violencia sexual a la Jurisdicción Ordinaria.

Con el propósito de indagar cuáles son los argumentos que presenta el Consejo Superior en sus providencias para asignar la competencia a la JO, se revisó la totalidad de los autos proferidos por esta Corporación en el año 2016 en los que el conflicto se ubicaba en la jurisdicción penal por la comisión de una conducta contra la formación, libertad e integridad sexuales. 30 proveídos en los que, de cada factor de competencia, se identificaron las pruebas valoradas, la definición dada por el Consejo al factor de competencia y los criterios de interpretación citados. Se evaluó, además, si estaban acorde al precedente de la Corte Constitucional y los argumentos presentados para dar o no un factor como acreditado.

Los resultados obtenidos se formulan como tensiones toda vez que, pese a encontrar citas textuales de las sentencias hito de la Corte Constitucional como la T-167 de 2010, la T-002 de 2012 y T-196 de 2015, las conclusiones no parecen tan evidentemente relacionadas con estas. Así, si bien el Consejo incluye jurisprudencia para definir y dar cuenta de los criterios de interpretación utilizados, también incluye generalizaciones indebidas más cercanas a los prejuicios que a una valoración adecuada de los elementos de prueba con que cuenta en los casos concretos. Como ejemplos de estas

generalizaciones indebidas se encuentran apartados en los cuales se señala que las etnias indígenas no protegen con igual intensidad el interés superior de los NNA (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201603655) y que es sistemática la imposición de “pírricas sanciones” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201600102).

Se presentan en orden las tensiones en los factores subjetivo, territorial, objetivo e institucional. Si bien de los dos primeros factores no hay mucho por decir, el análisis detallado de los factores objetivo e institucional sí permiten dar cuenta de valoraciones marcadas por la desconfianza y el paternalismo. Estas apreciaciones serán más claras en el desarrollo del texto y, a su vez, contribuirán a justificar las recomendaciones que se presentan en la cuarta y última parte de este documento.

2.1. Tensiones en el factor subjetivo

Como fue indicado antes, el factor subjetivo está relacionado con la garantía de que el “individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, siempre que se mantenga dentro de su particular cosmovisión y sometido a sus usos y costumbres”; mismo que se transcribe en la totalidad de los autos revisados. Sobre este factor, se identificaron dos tensiones que, si bien no son muy trascendentales en la discusión para determinar si la competencia será asignada a la JEI o a la JO, dan cuenta de una comprensión limitada sobre la situación de las comunidades indígenas. Dichas tensiones corresponden a: (i) ¿cómo valorar el grado de aculturación de un individuo? y (ii) ¿qué valor probatorio tienen los censos de los pueblos indígenas?

En cuanto a la primera tensión, resultan icónicos dos casos en los cuales el procesado nació o estableció su domicilio en un lugar distante del territorio del resguardo que alegaba tener competencia para decidir sobre su conducta. En ellos, se resalta que, pese a existir indicios sobre la aculturación del autor de la conducta reprochable, no se decretaron pruebas adicionales e ignoran, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el “proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal

culpabilista” (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-002); de modo que, más allá del lugar de nacimiento del individuo, han de evaluarse elementos complementarios a los referidos, por ejemplo, a su actividad en el interior del resguardo.

En el primer caso, respecto al cual el conflicto de competencias fue resuelto mediante auto del 23 de noviembre de 2016, el presunto autor habría nacido en un pueblo distante del territorio del resguardo y en las diligencias ante la Jurisdicción Ordinaria habría admitido tener su domicilio en el municipio de Páez (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 2016) De allí que, el Consejo Superior infirió, sin decretar pruebas adicionales dirigidas a una valoración del individuo e invalidando la declaración de la Gobernadora indígena, la falta de acreditación del elemento subjetivo.

En el segundo caso, el conflicto de competencias surgió por la existencia de una sospecha de fraude procesal. En el caso anterior, el municipio en que habría nacido el presunto autor pertenecía al mismo departamento del lugar en que habrían tenido lugar los hechos, mientras que, en este, sin embargo, si bien el resguardo se encontraba en Córdoba, el domicilio del presunto autor y de la víctima, así como el lugar de los hechos, correspondía a un municipio en Boyacá (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201600126). Sobre este asunto tampoco se decretaron pruebas adicionales más allá de las ya allegadas correspondientes a una certificación aportada por la defensa y copia del expediente con las declaraciones que hasta el momento había rendido el presunto autor.

En cuanto a la segunda tensión, pese a que la Corte Constitucional ha establecido que no existe tarifa legal en esta materia, para el Consejo Superior sigue siendo un elemento fundamental la existencia de un censo y su registro ante el Ministerio de Interior. Lo anterior, por tanto, implicaría desconocer la existencia de resguardos cuyo reconocimiento es relativamente reciente, así como el valor probatorio que tienen las declaraciones y certificaciones emitidas por las autoridades indígenas.

2.2. Tensiones en el factor territorial

El factor territorial tampoco desata mayor controversia. Es común encontrar en los autos revisados la reiteración a la definición de territorio como “el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas y cuya titularidad deriva de la posesión ancestral por parte de éstas, incluso por encima del reconocimiento estatal”. Los dos criterios de interpretación en torno a la noción expansiva de territorio, así como el despliegue cultural como elemento a considerar cuando se verifica la comisión de los hechos fuera del territorio del resguardo, se citan invariablemente en las providencias revisadas.

Este factor es acreditado en la mayoría de autos revisados, excepto dos. En estos casos, se presentan situaciones muy particulares: (i) el territorio reconocido del resguardo se encontraba muy distante del lugar de comisión de los hechos correspondiendo a dos departamentos diferentes que no limitaban entre sí (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201600126) y (ii) la comisión de la conducta ocurrió parcialmente fuera del territorio colombiano, pero en una zona cercana al resguardo que alegaba tener competencia (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603772). Lo anterior, plantea una tensión significativa en cuanto a la importancia que tiene la acreditación del elemento subjetivo cuando se valora el criterio territorial en casos donde los hechos ocurren fuera del territorio reconocido y, a la vez, está registrado en resoluciones del INCORA, del INCODER o en las bases de datos del Ministerio de Interior.

En ambos casos, la prueba central correspondió al oficio remitido por el Ministerio de Interior adjuntando, por ejemplo, una resolución del INCODER en que se delimitaba el territorio del resguardo. A partir de este elemento material probatorio se estableció que los hechos no habrían ocurrido en el interior del territorio de las comunidades y, por ende, no se acreditaba el factor territorial; sin embargo, merece advertir que no se decretaron pruebas adicionales. Incluso, en el primer caso, no se formularon preguntas relacionadas con las actividades económicas desarrolladas por integrantes de las comunidades o

cualquier otro aspecto que pudiese dar lugar a que, por estar el presunto autor y la víctima lejos del territorio originalmente reconocido al resguardo, debiese considerarse el efecto expansivo de la cultura.

En el segundo caso, por su parte, se ignora la declaración del Gobernador. Así, pese a que el mismo Consejo Superior reconoce haber sido informado de que “existen muchas relaciones en común entre colombianos indígenas y peruanos indígenas, puesto que son familias tradicionalmente. Relaciones familiares, económicas, culturales, religiosas entre otras son algunas de los que se vive entre indígenas de la triple frontera” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603772), esta Corporación decide por no dar acreditado el elemento territorial. Aun con esta declaración, el Consejo Superior señaló que, de acuerdo al material probatorio disponible, “el sitio donde se ejecutaron los hechos hace parte de un lugar donde la citada etnia no ejerce control social a sus comuneros ni tampoco tiene la posibilidad de tener autonomía cultural y donde el procesado no encuentra la posibilidad de acatar las normas propias de su comunidad” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603772).

Lo anterior, resultaría especialmente grave considerando que la Corte Constitucional ha señalado que “el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales” (Corte Constitucional, 2012, T-002) y, en este caso, para considerar la aplicación de este criterio de interpretación se había acreditado una razón cultural. Luego, el Consejo le dio primacía a la prueba documental antes que a la prueba testimonial sin ahondar en las razones que motivaban descartar la información que le aportaba la segunda.

2.3. Tensiones en factor objetivo. Del umbral de nocividad al reconocimiento del consenso intercultural.

El factor objetivo, como ha sido definido preliminarmente, corresponde a la naturaleza del bien jurídico afectado por la comisión de la conducta a sancionar. Para ser evaluado,

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

resulta necesario identificar cuál es el bien jurídico que está siendo afectado, quién es su titular y, bajo una interpretación que pretenda la eficacia de la JEI y los derechos de las víctimas, sí existe o no consenso intercultural sobre la tutela de este bien jurídico. Lo anterior, estaría justificado en el reconocimiento de las autoridades, procedimientos y sanciones de la JEI en cumplimiento de las disposiciones constitucionales, jurisprudenciales e incluidas en tratados internacionales, así como en la limitación a la autonomía de la JEI, siempre que se trate de “lo verdaderamente intolerable desde una perspectiva de derechos humanos y [ii] teniendo en cuenta el consenso intercultural” (Borrero-García, en prensa, p. 14).

No obstante, en los autos del Consejo Superior de la Judicatura, se reitera la teoría del umbral de nocividad, cuyos postulados se exponen en la sentencia T-522 de 2003. Estos postulados corresponden a: (i) el carácter excepcional de las jurisdicciones especiales, (ii) la finalidad de JEI que busca resolver conflictos internos de las comunidades indígenas y (iii) la limitación de la JEI a asuntos que sólo conciernen a las comunidades indígenas. Sumados a estos criterios, se consideran en los autos evaluados la gravedad de la conducta y la importancia del bien jurídico tutelado.

En principio, el factor objetivo debería permitir establecer cuál es el bien jurídico afectado y quién es su titular. Empero, en los autos del Consejo Superior se evidencia una tendencia a valorar este factor para no asignar a la JEI casos de *mayor gravedad* o asignarle a esta jurisdicción casos en los cuales, bajo los usos y costumbres de las comunidades indígenas, no existiría una conducta reprochable. Lo anterior implicaría, más que determinar el bien jurídico, evaluar la antijuridicidad de la conducta cuya sanción dio origen al conflicto de competencia.

El Consejo Superior de la Judicatura identifica claramente en las providencias revisadas que el bien jurídico afectado es la libertad, integridad y formación sexuales y, con ello, que sus titulares son todas las personas. Sin embargo, las víctimas de este tipo de delitos hacen parte de dos grupos poblacionales en concreto: (i) mujeres y (ii) niños, niñas y adolescentes (NNA). En este último grupo se encontraron la totalidad de casos que fueron

revisados en el periodo de 2016, lo que no significa que las mujeres dejen de ser un grupo considerablemente afectado por la violencia sexual.

El hecho de que NNA sean víctimas de conductas de violencia sexual y, además que, en su juzgamiento y sanción se origine un conflicto de competencia, explicaría la tendencia clara de asignar a la jurisdicción ordinaria en 28 de 30 casos de violencia sexual que suscitaron conflictos de competencia entre la JO y la JEI en el año 2016. Lo anterior, en tanto uno de los argumentos centrales del Consejo Superior radica en la protección del interés superior de los menores citando, además del artículo 44 constitucional y la legislación existente en el país, la Convención Internacional de los derechos del niño.

La gravedad de la agresión al interés de los NNA ocasionada por la violencia sexual sería suficiente para sustraer de la competencia de la JEI en los casos en que se compromete su formación, libertad e integridad sexuales. En ese sentido, el Consejo Superior afirma que, aun cuando este bien jurídico hace parte del consenso intercultural, “está en juego un bien jurídico universal, motivo por el cual, se encuentra superado el umbral de nocividad referido en la sentencia T-002 de 2012” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201600380) y, en consecuencia, juzgaría la jurisdicción instituida para la cultura mayoritaria. Solo en uno de los casos revisados podría inferirse razonablemente que el bien jurídico pertenecía a la sociedad mayoritaria y se trató de un caso en que la víctima no pertenecía a ningún grupo étnico (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201602250).

A la postre, la razón de fondo para estas decisiones no es la titularidad del bien jurídico según como se evidencia en varios apartados de los autos revisados. Para el Consejo Superior, la JEI no estaría en capacidad de otorgar dicha protección a los NNA que son víctimas de conductas de violencia sexual. Así, por ejemplo, en providencia del 13 de diciembre de 2016 se adujo que la protección reforzada de los derechos de los NNA se ha concretado, entre otras medidas, en “sanciones severas, por considerar aquella como un bien jurídico de la mayor importancia, que la etnia indígena no protege con igual intensidad” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201603655).

De igual modo, se encuentran citas de autos anteriores como el radicado 20150332201 del mismo Consejo. En esta providencia del 4 de mayo de 2016, con ponencia de José

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

Ovidio Claros, se puso de presente que la actuación de la JEI lleva a la aplicación “en muchos casos [de] pírricas penas que en ningún caso son proporcionales a la gravedad de las conductas sexuales de las que son víctimas menores de edad” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201600102). Situación que se reprodujo también en otro auto con el mismo magistrado ponente en los siguientes términos: “las sanciones impuestas por dicha jurisdicción, no se corresponden con los principios de retribución justa y proporcionalidad propias del derecho penal, lo que, de suyo, deja a la intemperie los derechos fundamentales de los menores” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201503322). De allí que, llama la atención el uso de estas afirmaciones considerando que en los interrogatorios citados en los autos se pregunta explícitamente cómo se han juzgado casos anteriores que tengan similitud con la gravedad del caso *sub examine* en la misma comunidad.

Estos pronunciamientos del Consejo Superior intentan, a su vez, transmitir una visión paternalista frente a las comunidades indígenas. A su criterio, la aplicación de estas sanciones insignificantes conlleva a que la persona sancionada retorne “a su entraña social, sin tener conciencia de la gravedad de su conducta, por lo que, fácilmente reincidirá en su comportamiento (...) podrá entender que puede atacar a su antojo los derechos de los niños con un alto grado de impunidad” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201600102) y, además que, llevaría a la desestabilización, toda vez que las conductas de violencia sexual conducirían “a embarazos no deseados, a abortos, disfunciones sexuales, enfermedades venéreas entre otros nocivos fenómenos, los que a la larga (...) fomentaran la deserción de los individuos de las comunidades indígenas, poniendo en riesgo su cohesión y su coexistencia” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201600102; Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201600284).

De acuerdo a la mayoría de los autos revisados, se desprende que, para el Consejo Superior sería la excepción que la protección de un bien jurídico tan importante quedase en manos de la JEI. En providencia del 9 de marzo de 2016, señala que, “son varios los casos en los cuales los indígenas han atentado contra la integridad sexual de las niñas de sus comunidades, razón por la cual (...) este es un asunto que debe conocer la Jurisdicción

Ordinaria” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201600108). Siguiendo la lógica de la primera afirmación, dado que personas no indígenas también han atentado contra la integridad sexual de las mismas comunidades, la Jurisdicción Ordinaria, integrada por personas no indígenas, tampoco debería conocer del caso.

La misma situación se presentaría si la víctima tiene algún tipo de discapacidad. El Consejo Superior indicó explícitamente que, de acuerdo a “las probanzas incorporadas al expediente no se puede entrar a deducir que la menor con dicha discapacidad tendría protección seria y racional por parte de la autoridad indígena” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201600102). La justificación para esta afirmación radica en que, en las respuestas al interrogatorio practicado a la Gobernadora indígena, ella no se habría referido a la aplicación de algún enfoque diferencial. Vale decir que esta pregunta tan específica tampoco fue incorporada al interrogatorio.

En esta providencia, que data del 1 de julio de 2016, el Consejo Superior se refirió a un informe de la ONU para fundamentar su conclusión, según el cual “las personas indígenas con discapacidad no pueden obtener una evaluación, atención o tratamientos adecuados (...). Con frecuencia las comunidades indígenas ocultan o disimulan los casos de personas indígenas con discapacidad” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201601102). No obstante, no es posible establecer que esta sea la situación de la comunidad específica a partir de la omisión de información en una pregunta que no fue formulada; y, sí, por el contrario, dio por acreditado que ello ocurría en la Jurisdicción Ordinaria sin especificar exactamente lo que exigía, así como los mecanismos y las garantías existentes para las víctimas que tienen algún tipo de diversidad funcional.

Otra tendencia encontrada en los autos revisados radica en reducir la facultad reconocida a las autoridades indígenas para juzgar a los integrantes de sus comunidades cuando valoran si la conducta es considerada como reprochable o no en el derecho propio. Así, indica que, resultaría “indiferente si la comunidad indígena cuenta con mecanismos institucionales o códigos de conducta para sancionar ciertos comportamientos, pues desbordan la cosmovisión indígena y afectan el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexuales de la comunidad mayoritaria” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201601192; Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201602485).

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

Asimismo, es recurrente la mención de que en algunas comunidades las niñas puedan constituir familias antes de los 14 años y, en este marco, mantener relaciones sexuales. Para que lo anterior sea aceptado en las comunidades, se plantean exigencias como el respaldo de los padres y de la comunidad estableciendo como objetivo la constitución de un hogar. Conductas que no estén enmarcadas en estos supuestos suelen ser reprochadas y deberían poder ser sancionadas por la misma comunidad. Justamente en la medida en que las conductas de violencia sexual rebasan la cosmovisión indígena y que los afectados son NNA de la comunidad, esta misma debería poder imponer la sanción correspondiente.

En contraste, en una de las dos únicas providencias en las cuales se otorga la competencia a la JEI, el Consejo Superior expone que existen casos en los que esta jurisdicción actúa más rápido garantizando que no haya impunidad ni dilaciones en el proceso que menoscaben aún más los intereses de las víctimas. Al respecto, se cita la sentencia T- 921 de 2013 según la cual, siendo procesado un indígena de la comunidad Nasa “la jurisdicción especial no solo operó de manera efectiva, sino que hizo con una prontitud que difícilmente habría podido ser igualada por la justicia ordinaria. En este sentido, se tiene que la justicia eficaz es la justicia pronta” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201504171).

De igual modo, respecto a la víctima y al bien jurídico tutelado, el Consejo Superior en auto diado 4 de mayo de 2016 adujo que “no se puede entrar a deducir que no tendrían protección por parte de la autoridad indígena, máxime cuando ella ha señalado que tienen un procedimiento para atender a la menor en el seno de su comunidad y brindarle la protección y acompañamiento que requiere” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad 110010102000201503322). Esta conclusión debería podría ser la misma en providencias anteriores, por ejemplo, en la providencia del 16 de marzo de 2016 en la cual se citan en las consideraciones que esta comunidad tenía “un código oral de control social, donde prima la asistencia de la persona afectada; a la cual se le garantiza la “asistencia espiritual, física y social”; y de ser necesario se solicita la asistencia de instituciones del Estado” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603772), sin embargo, lo corolario fue no tener por acreditado el factor objetivo ni el institucional.

En esa medida, puede identificarse una tendencia en los autos revisados del Consejo Superior a que, si bien se reconoce que existe un consenso intercultural respecto a la protección del bien jurídico de la formación, integridad y libertad sexuales, esta Alta Corte es reticente a dar como acreditado el elemento objetivo. Para justificar tal recelo se resalta la importancia de los derechos de los NNA, así como la supuesta y constante deficiencia en la JEI para garantizarle a las víctimas sus derechos. Incluso, en casos en los cuales se acredita la existencia de autoridades y procedimientos que podrían proteger la satisfacción de los derechos de las víctimas, las exigencias a las comunidades suelen ser bastantes, tal como se verá en el acápite siguiente.

2.4. Tensiones en el factor institucional

El elemento institucional es definido en varias providencias como “la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201601192; Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201602485; Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201601361).

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, este factor y no el factor objetivo, sería determinante para establecer si el caso sometido a estudio debe ser asignado a la JEI o a la JO. Sobre su valoración, el Alto Tribunal ha establecido que no se trata de ver el derecho propio o las instituciones de las comunidades como un “remedo o una burda imitación del derecho mayoritario (...) se trata de un verdadero sistema jurídico particular e independiente al cual el juez constitucional debe acercarse con la misma reverencia que le merece el sistema jurídico en que él mismo está inmerso” (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T-002 de 2012). Así, una aproximación coherente con el precedente constitucional debería avanzar a comprender las formas propias de este sistema jurídico y no asignar competencia sólo cuando se evidencia similitud con el Derecho Mayoritario.

No obstante, esta no ha sido la interpretación del Consejo Superior de la Judicatura. Primeramente, en varias providencias, ha ignorado el mandato de la Corte de no establecer

El esquema de judicialización procesal de conductas de violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

el criterio objetivo como el elemento principal para dirimir conflictos de competencia. En varios de los pronunciamientos revisados, explícitamente infiere que, resulta “indiferente si la comunidad indígena cuenta con mecanismos institucionales o códigos de conducta para sancionar ciertos comportamientos, pues desbordan la cosmovisión indígena y afectan el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexuales” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201601192; Consejo Superior de la Judicatura, 2016, 110010102000201602485).

A su turno, el Consejo Superior impone exigencias que, más que aproximarse “con la misma reverencia que le merece el sistema jurídico en el que él mismo está inmerso”, dan cuenta de una amplia desconfianza y de una visión paternalista. Uno de los requerimientos formulados, en primer lugar, corresponde al registro de la Ley de Origen o norma equivalente en su Derecho Propio ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior o su aporte en físico al proceso. Si bien esta imposición no concluye automáticamente con la falta de acreditación del elemento institucional, se observa que, por no estar escrita la reglamentación del resguardo “no se conoce de su existencia, por cuanto no hay certificación sobre el particular” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603655).

Aseveraciones que se hacen, sin embargo, aun con la declaración de las autoridades indígenas. En uno de los casos, la Gobernadora indígena señaló en su testimonio, tal como lo transcribe el Consejo Superior, que la JEI “tiene un trámite idóneo para investigar los delitos que atente contra la armonía y el equilibrio en la comunidad aplicando como castigo el trabajo comunitario o fueite, dependiendo de la clase de falta” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603655). Empero, en la valoración de la existencia de normas y regulaciones, estableció que, en tanto la Gobernadora “solamente menciona la existencia de la misma pero no la aporta al diligenciamiento [...] no se dispone de prueba reveladora de su figuración” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603655). De allí que, no se incluyen, sin embargo, observaciones sobre preguntas adicionales en el interrogatorio o razones por las cuales el testimonio de la Gobernadora no sería suficiente para acreditar el elemento institucional. Inclusive, resulta dable tener en cuenta que, en 5 de los 30 casos revisados se ordena una inspección judicial

además de la prueba testimonial a las autoridades indígenas, contrastando la información que aportan cada uno de estos medios de prueba.

En esa medida, puede cuestionarse la valoración del testimonio de las autoridades indígenas como medio probatorio para acreditar el elemento institucional. Esto, por supuesto, en contraste con apartados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional citados en otras providencias del mismo Consejo Superior según las cuales es evidente "asumir la libertad probatoria en tanto se trata de conciliar dos tipos muy distintos de derecho: el de la jurisdicción ordinaria eminentemente reglado, formal y escrito y el de la jurisdicción indígena, regularmente informal, oral y ceñido a sus usos y costumbres" (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201601116).

Sumado a lo expuesto, se identificaron dos exigencias más que, contrario a la maximización de la autonomía de las comunidades, parecen restringir la facultad de juzgamiento de sus autoridades hasta tanto no se acrediten supuestos adicionales: (i) haber juzgado casos similares, como exigencia explícita y, que (ii) el sistema de juzgamiento y ejecución de penas guarden similitud con el sistema de justicia ordinario, como exigencia implícita la cual puede inferirse de la argumentación del Consejo Superior. Estas imposiciones, por supuesto, ignoran que, según el precedente constitucional (i) los pueblos indígenas y sus normas no pueden entenderse como estáticos y tendrían el conocimiento de su cosmovisión y la potestad para imponer sanciones, aún frente a conductas que no hubiesen sancionado antes; y que (ii) los sistemas de los pueblos indígenas son verdaderos sistemas jurídicos, no burdas copias del sistema de justicia ordinario por lo que pueden tener sus propias formas, en tanto sean respetados los derechos al debido proceso y las garantías de las víctimas, en particular cuando estos son NNA.

Respecto a la primera exigencia, de haber juzgado casos similares, esta se incluye como criterio en varias providencias. Por ejemplo, en una de ellas se señala que:

en cuanto a la existencia autoridades propias de la comunidad, aunque se reconociera la legitimidad del equipo del Cabildo al que hace referencia el Gobernador del mismo, lo cierto es que no se acreditaron el tiempo por el cual han ejercido o ejercen dicha autoridad y las funciones específicas de cada uno para

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

aplicar los procedimientos respecto a los juicios y castigos respectivos, no se tiene conocimiento sobre qué tipo de procedimiento es el que se lleva a cabo para la investigación y sanción de un hecho como el que está siendo sujeto de investigación en la cultura mayoritaria, la duración del mismo, las etapas que deben surtir, esto aunado a que no se informa que con anterioridad ya se han juzgado casos similares (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201600108)

Este criterio, en particular, hace parte del razonamiento que conduce a negar la acreditación del elemento institucional en las providencias del 23 de noviembre de 2016 y del 13 de diciembre del mismo año (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603655; Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201601192). Lo anterior, en tanto las autoridades indígenas en dichos casos habrían sólo juzgado hurtos y delitos de menor gravedad, sin que ello significase que no pudiesen, acorde a sus procedimientos, establecer cuál sería la sanción más adecuada.

En cuanto a la segunda exigencia, esta se hace palmaria respecto a los centros de reclusión al interior de los resguardos e inicia desde la misma formulación del interrogatorio a la autoridad indígena. Dentro de las transcripciones se encuentran preguntas como “b) ¿Quién ejecuta y en qué lugar (establecimiento carcelario) se cumple, la sanción impuesta a un indígena de su Resguardo?” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603772). Sin embargo, en su formulación, dicho interrogante ignora un elemento fundamental: no todas las comunidades establecen el encierro como una sanción.

Un ejemplo de esta situación es el resguardo de Macedonia en Leticia. En este caso, el Consejo Superior destaca que, de acuerdo a la declaración del Gobernador Indígena

el encierro no es la estrategia “implementada como medio de sanción o rehabilitación (...) existen “procesos de armonización” el cual designa un equipo de “abuelos sabedores en conjunto con el gobierno indígena representativo de la

comunidad” mediante un procedimiento el cual busca “sanar el espíritu y el cuerpo de quien cometió una conducta de reproche social a través del consejo, trabajo en beneficio de la víctima y sus familiares y la prohibición de mantener cualquier cercanía con la víctima (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201603772).

Incluso, cuando se trata de NNA infractores, hay comunidades que prescinden de la pena privativa de la libertad como alternativa. Así, se resalta en el auto de fecha 1 de julio de 2016, que en el pueblo Embera de Riosucio:

existen sanciones de restricción de la libertad cuando el hombre es mayor de edad y de tareas comunitarias para los menores de edad, medidas que en primer término toma una Comisión llamada de Justicia Propia, compuesta por tres comisionados que señalan tiempo menores de un año, para adelantar tareas agropecuarias, de siembras de cultivos de pancoger, reforestación de cuencas o nacimientos de agua, imposición de estudios de temas de derecho culturales y derechos de los menores y las mujeres, tanto en la ley oral interna como en la norma ordinaria, que deberán replicar en su comunidad y en la asamblea del cabildo, una vez al mes, sesiones de armonización y ritualismos con los médicos tradicionales, cada dos meses entre otras sanciones, que se pueden imponer una o más de ellas (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201600102)

En contraposición, en los dos autos en que el Consejo Superior atribuyó la competencia a la JEI, los resguardos contaban con instalaciones en las cuales se pudiese cumplir una sanción privativa de la libertad. Así, en auto que data 12 de mayo de 2016 se menciona la existencia de la figura de la detención preventiva en la comunidad indígena Nasa de la Laguna Siberia; por lo que, según declaración de su Gobernador

en el momento en que el cabildo asume el caso además de la separación de la menor, el presunto agresor es capturado y llevado al calabozo que se encuentra en la Casa del Cabildo y se deja a custodia de la guardia indígena; esta persona puede durar en el calabozo de 1 a 6 meses o el tiempo que dure la investigación hasta que se tenga toda la certeza de lo sucedido (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201600284)

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

En el siguiente caso, auto diado 10 de febrero de 2016, la descripción frente a la valoración del factor institucional en el Resguardo La Montaña se indica que “cuentan con una guardia indígena, encargada de vigilar a las personas condenadas por esa Justicia Especial y dos cárceles, que son consideradas centros de resocialización” (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201504171). En ambas comunidades es consistente, entre otros elementos, la existencia de una doble instancia y la restricción de la libertad como sanción posible frente a conductas reprochables.

Valdría la pena en este punto cuestionarse sobre el límite de la garantía de los derechos de las víctimas y el debido proceso al investigado en cualquier esquema procesal o en un esquema concreto. Asimismo, es destacable que los resguardos que solicitaron conocer de estos casos ya habían participado en otros litigios ante la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, dando lugar a la sentencia T-002 de 2012 por controversias también de competencia. Ante estas Corporaciones las comunidades habrían demostrado entera capacidad para asumir casos similares.

3. Algunas contribuciones teóricas para la formulación de recomendaciones

Además de describir la situación problemática existente, este trabajo pretende formular algunas recomendaciones que, además de garantizar los derechos de las mujeres y niñas víctimas de violencia sexual, reconozcan su calidad de integrantes de pueblos indígenas y la autonomía de estos en su administración de justicia. Considerando que en los elementos objetivo e institucional se encuentran las mayores tensiones en los autos que definen competencia, es pertinente aproximarse a cómo los derechos de las víctimas no están adscritos a un sistema concreto y, aún menos, si ello resulta en restarle eficacia al reconocimiento constitucional otorgado a las comunidades de las que hacen parte. En esa medida, es preciso dar cuenta de los referentes teóricos que subyacen a esta aproximación a un conflicto que trasciende el ámbito estrictamente procesal. Dichos referentes corresponderán al reconocimiento del pluralismo jurídico y las teorías feministas en tanto abarcan las categorías de etnia y de género.

Este abordaje parte de la interseccionalidad, marco de análisis empleado por Kimberly Crenshaw, en principio, para dar cuenta de las experiencias de las mujeres negras en Estados Unidos (Serra, 2017). En su artículo *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*, Crenshaw (1989) hace hincapié a la multidimensionalidad de la experiencia de las mujeres negras contravirtiendo el análisis paralelo de las categorías de género y raza. Para Crenshaw, las categorías de raza y sexo por separado sólo darían cuenta de un subgrupo de experiencias de un complejo fenómeno que exige, incluso, ahondar en las posibles exclusiones en movimientos de reivindicación como el feminismo. Con el uso posterior de este marco de análisis, se incluyeron, además, categorías como la edad y orientación

sexual (Serra, 2017), así como los elementos que permiten la interpretación de estas en contextos históricos y geopolíticos como el latinoamericano.

De allí que, un análisis interseccional se aproximaría de mejor manera a la experiencia particular de subordinación de una mujer negra en el fenómeno de estudio de Crenshaw y, en el caso concreto, de una mujer indígena. Este análisis no desconoce la pregunta de “cómo las mujeres de los otros pueblos pueden luchar por sus derechos sin que eso perjudique su lucha por los derechos colectivos de sus grupos – y, en algunos casos, inclusive, por los intereses del conjunto de una nación en una lucha anti-imperial – sin que esto sea lesivo para la cohesión de los mismos?” (Segato, 2003, p. 12); lo que, en esa medida, articula un análisis desde: (i) la interseccionalidad, (ii) el pluralismo jurídico y (iii) las teorías feministas.

3.1. Desde la interseccionalidad

Como se describía previamente, uno de los momentos más importantes para el marco de análisis teórico y metodológico interseccional, surgió a finales del siglo XX con los escritos de Kimberly Crenshaw sobre la situación de las mujeres negras en Estados Unidos. Sin embargo, no sólo tiene una historia anterior, sino que su importancia de comprender las relaciones de subordinación y vulneración ha sido reconocida paulatinamente incluyendo otras categorías como la orientación sexual e, incluso, cuestionando la definición misma otorgada a la categoría de *raza*. Estos elementos permitirán comprender la pertinencia de este abordaje y los aspectos metodológicos a considerar para la construcción de una propuesta integradora en la que, además del enfoque de género, se considere de forma recurrente y no paralela, el enfoque étnico.

Tal como lo señala Mara Viveros (2016), el abordaje interseccional, aunque innominado, surgió desde las declaraciones de las feministas de primera ola como Olympia de Gouges. A partir de la comparación de la situación de mujeres y esclavos, se habrían generado para la época alianzas entre feministas y abolicionistas que supusieron campañas comunes por el voto para las mujeres y la población negra (Viveros, 2016). Posteriormente, Sojourner

Truth habría retomado este análisis desde su experiencia propia señalando que, además de la subordinación a la que era sometida por ser mujer, deberían considerarse elementos que distaban de la concepción burguesa de la feminidad (Viveros, 2016).

A nivel latinoamericano y casi un siglo antes de la publicación del artículo de Crenshaw, se presentaban denuncias en las artes de cómo la condición étnico-racial y de género agravaba las agresiones de las que eran sujetas muchas personas en la época de la Colonia y las élites locales que le sobrevivieron. Como ejemplos de lo anterior se citan los libros *Aves sin nido* (1899) de Clorinda Matto de Turner y el cuadro cubista *A negra* (1923) de Tarsila Do Amaral que dan cuenta de una mirada crítica sobre las opresiones de raza, género y clase, en particular de las mujeres indígenas en Perú y las nodrizas negras de la sociedad brasileña (Viveros, 2016). Estos cuestionamientos hacia una perspectiva hegemónica del feminismo se mantuvieron y desarrollaron por movimientos como la Colectiva del Río Combahee, quienes, además de controvertir el feminismo blanco, señalaron directrices decoloniales que llevarían a incluir una perspectiva desde el sur que excedía la consideración de la mujer afrodescendiente estadounidense.

La Colectiva del Río Combahee suscribió un manifiesto que consiguió reunir elementos políticos, teóricos, metodológicos y principios normativos que constituirían el paradigma interseccional (Viveros, 2016). Dichos elementos son sintetizados por Viveros (2016) en (i) la extensión del principio feminista, abordando implicaciones de sexo, raza y clase, (ii) la necesidad de enfrentar un conjunto diverso de opresiones sin lugar a jerarquizar ninguna y (iii) la imposibilidad de separar estas opresiones en el análisis. Esta es, a su vez, una aproximación que parte del feminismo negro, así como de elementos de identidades individuales de los cuales se evidencia su sistematicidad.

Posteriormente, Agne Marie Hancock propuso la formalización del paradigma interseccional a partir de seis presupuestos básicos: (i) la implicación de más de una categoría de diferencia en todos los problemas y procesos políticos complejos, (ii) el foco de atención en todas las categorías pertinentes, aunque las relaciones e interacciones entre las mismas sean una pregunta empírica abierta, (iii) la diversidad interna de cada categoría, (iv) las categorías como producciones dinámicas de factores individuales e institucionales, que son impuestos y han de ser cuestionados en ambos niveles, (v) el examen de las categorías a varios niveles incluyendo las interacciones entre ellos y (vi) el

constante desarrollo tanto teórico como empírico (Viveros, 2016). Esta aproximación, sin embargo, no agota las corrientes metodológicas de la interseccionalidad que aún se debaten entre adoptar perspectivas micro o macro sociológicas que privilegian las identidades individuales o las estructuras como sistemas de poder en la producción, organización y mantenimiento de las desigualdades sobre otros elementos de análisis (Viveros, 2016). Tampoco incluye la dimensión simbólica que, como aspecto a resaltar en la presente investigación, resulta de relevancia en tanto el imaginario de la justicia indígena como un sistema que ha de ser más cercano al de la justicia ordinaria.

Además de estas consideraciones, ha de sumarse la ampliación de la noción de raza y la inclusión de la perspectiva decolonial que, en contextos como el latinoamericano, han sido supuestos de conflicto. El caso mexicano es bastante ilustrativo en este sentido, en particular con el movimiento de mujeres indígenas iniciado el 1 de enero de 1994 que, desde el principio, debió situar sus luchas cuestionando “tanto el sexismo y el esencialismo de las organizaciones indígenas como el etnocentrismo del feminismo hegemónico” (Hernández, 2001). De allí que, los aportes desde la antropología feminista fueron claves y señalaban que “la introducción de relaciones capitalistas habría transformado las relaciones de género, sustituyendo los roles de complementariedad, característicos de las economías de auto subsistencia por relaciones más desiguales” (Hernández, 2001, p. 215). Este estudio sobre las comunidades mesoamericanas, sumado a las transformaciones económicas en la región, habría permitido una aproximación más cercana a la situación de subordinación de las mujeres indígenas, sin que por eso superase todas las críticas a los sistemas normativos indígenas.

Sin embargo, como señala Aida Hernández (2001), seguía siendo insuficiente en tanto concebía a la mujer indígena netamente como un sujeto pasivo. Esta visión, a consideración de la autora, debe ser reemplazada incluyendo los espacios de interlocución en los cuales las mujeres indígenas estarían participando y ejerciendo gran activismo. Luego, se debe otorgar mayor reconocimiento a los espacios en que las mujeres indígenas optan por “reivindicar el carácter histórico y cambiante de sus culturas, a la vez que rechazan aquellos “usos y costumbres” que consideran que atentan contra su dignidad” (Hernández, 2001, p. 17). Esto ha supuesto la defensa de sus propias reivindicaciones a

partir de una comprensión de la categoría de diferencia de raza/etnia que incluye la lucha contra el colonialismo, sin que ello implique una defensa de una *cultura esencial*, sino de los *pluralismos internos* de los propios pueblos indígenas.

En consecuencia, la pertinencia de un abordaje interseccional se hace evidente para la formulación de los lineamientos, en primer lugar, dilucidando la participación de las mujeres indígenas en la reproducción biológica y social. En palabras de Sarah Radcliffe (2008), son cinco las formas en que las mujeres participarían en estos procesos: (i) como reproductoras biológicas de los integrantes de los pueblos, (ii) como replicadoras de los límites entre los grupos que coexisten en los territorios, por ejemplo, con el matrimonio y reproducción endogámica, (iii) al ocuparse de la reproducción ideológica de la identidad étnica, (iv) el significado de la identidad y diferencia étnico-nacional y (v) como abanderadas de las luchas nacionales, políticas y militares a nombre de los grupos étnicos. Lo anterior supondría, cuanto menos, pugnas contra el sistema colonial y, a la par, contra el sistema patriarcal en que “el hombre del hogar indígena-campesino se convierte en el representante de la presión colonizadora y despojadora puertas adentro” a partir de la pretensión de control del cuerpo como territorio más fundamental (Furtado y Gabrino, 2019).

En este contexto, la sexualidad proporcionaría metáforas generadas para la colonización (Wade, 2018) que recae sobre los cuerpos de las mujeres y los territorios de los pueblos. El control de la sexualidad femenina ha pretendido propósitos tan diversos desde la subordinación para mantener la integridad de los pueblos o para intimidar a los mismos, por ejemplo, por grupos al margen de la ley. Este último caso ha sido sistemático en el conflicto armado colombiano, en que, además de las masacres y de la intimidación que puede generar la muerte de varias personas, se suman escenas de violaciones y mutilaciones sobre cuerpos femeninos (Corporación Sisma Mujer, 2009). Así, las agresiones contra las mujeres y niñas tendrían una doble connotación: por un lado, por ser mujeres y, por el otro, por su pertenencia étnica.

Adicional, un componente a considerar radica en la condición socioeconómica en que han sido agrupadas las mujeres indígenas, lo que profundiza aún más su situación de vulnerabilidad. Las mujeres indígenas, en lo que a derechos sexuales y reproductivos atañe, han sido agrupadas con las mujeres rurales (Radcliffe, 2008) y, en los países en que

se ha dado el debate, las políticas multiculturales se ven entorpecidas por falta de presupuesto. Este sería, a su vez, un elemento a considerar respecto a la posibilidad de acceder a la valoración en casos de violencia sexual o de asistencia jurídica, por ejemplo, en el evento en que su caso sea llevado ante la jurisdicción ordinaria o incluso, buscar una alternativa si no encuentra alguna que satisfaga sus derechos como víctima en el proceso que se adelanta en su comunidad.

Los elementos expuestos permiten concluir la pertinencia de un abordaje que incluya, cuanto menos, componentes que se relacionen a las categorías de diferencia étnica y de género. También, las barreras existentes para el acceso a la justicia por personas en territorios alejados del centro del país, así como sin recursos suficientes para el pago por asistencia jurídica, han de ser considerados en la construcción de una propuesta sobre lineamientos para dirimir conflictos de jurisdicción. En esa medida, por considerarlos pertinentes, se abordarán a continuación el reconocimiento del componente étnico desde el pluralismo cultural y jurídico y, en cuanto al componente de género, el feminismo poscolonial en que se incluyen perspectivas desde las mujeres indígenas.

3.2. Desde el reconocimiento del pluralismo cultural y jurídico

El modelo estatal de los siglos XVII y XVIII en el cual sólo un modelo normativo resultaba aplicable para resolver todas las controversias que pudiesen suscitarse ha sufrido múltiples rupturas que han cuestionado su eficacia absoluta. De esta manera, asumir el Derecho positivo formal genera la problemática de no satisfacer las demandas de sociedades como las latinoamericanas “que pasan por distintas especies de reproducción del capital, por acentuadas contradicciones sociales y por flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia” (Wolkmer, 2003, p. 4). En este contexto, delimitar la competencia de una jurisdicción no es entonces una cuestión menor y menos cuando subyace una pugna por el reconocimiento incompleto de otros modelos normativos.

En Latinoamérica, la crisis de legitimidad y contradicciones sociales son de vieja data y encuentran entre sus causas procesos de colonización caracterizados por la dominación económica y política, misma que es impulsada por la imposición de normas jurídicas desde las metrópolis. Dado que ya existían modelos normativos en territorio latinoamericano, la pretensión totalizadora de las metrópolis se redujo a la coexistencia del Derecho del Estado colonizador y los Derechos Tradicionales (Wolkmer, 2003). Esta situación fue un factor de conflictos y acomodaciones precarias en que se favorecía a un modelo sobre otro, lo cual aún hoy persiste. Así, se estaría ante un pluralismo jurídico de *origen colonial*.

En cuanto a las definiciones, el pluralismo jurídico es entendido como “la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio socio político, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales” (Wolkmer, 2003, p. 6). Así, como lo señala Farit Rojas, el pluralismo otorga la posibilidad de entender el Derecho como “un tejido complejo (inte)legible a través de capas sobre capas, pliegues sobre pliegues, hebras sobre hebras, de manera que el Derecho sería siempre un despliegue plural, múltiple” (2011, p. 21).

Debe mencionarse que no se reduce a la contraposición de lo occidental vs lo oriental o, para la presente investigación, de lo occidental vs lo indígena. Como lo menciona Boaventura de Sousa Santos, una de las manifestaciones del pluralismo se encuentra en la adopción de *trasplantes jurídicos* como forma de modernización y consolidación del régimen político, pese a tener sus propias culturas y tradiciones normativas (De Sousa, 1988). Por tanto, incluso entre “Estados occidentales” pueden darse situaciones de pluralismo, por ejemplo, por la adición de tradiciones jurídicas que resultan extranjeras.

Sin embargo, cuando la pluralidad proviene de grupos humanos diferentes asentados en el mismo territorio, el foco de análisis cambia. La pluralidad de prácticas sería consecuencia de un *pluralismo cultural*, categoría que ha tenido una aplicación bastante amplia para el reconocimiento de minorías, incluyendo inmigrantes (Barabas, 2014). Empero, tal como lo presenta Alicia Barabas (2014), resultaría pertinente, a efectos de distinguir el grado de homogeneidad, así como reconocer a los pueblos originarios, reservar para estos el término de *pluralismo cultural*, mientras que, para los inmigrantes de múltiples orígenes que habitan los Estados, hablar de *multiculturalismo*.

La referida autora distingue, a su vez, entre el *pluralismo cultural de hecho*, categoría utilizada para señalar la existencia de diversidad cultural en un territorio delimitado por las fronteras del Estado y el *pluralismo cultural de derecho*; siendo este último aquél que representaría “la ideología social y política de reconocimiento y respeto a esa diversidad cultural, vinculada con las políticas de derechos humanos de los pueblos autóctonos; esto es, una gobernanza de la diversidad” (Barabas, 2014, p. 4). En este marco, además de reconocer la existencia de la diversidad, se pretende el reconocimiento y respeto de la misma.

La presente investigación corresponde a la tercera tipología de pluralismo jurídico de origen no colonial. Situación en que “poblaciones indígenas o nativas no totalmente exterminadas o sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su Derecho tradicional” (Wolkmer, 2003). Si bien esta “autorización” puede ser vista como un avance, por ejemplo, tras el Convenio 169 de la OIT, lo cierto es que la conservación del Derecho tradicional sigue obedeciendo una lógica de subordinación o necesario reconocimiento del Derecho del Estado.

Dicha orientación es crucial cuando se trata de la zona de contacto entre los Derechos, la frontera entre lo moderno y lo tradicional (De Sousa, 2012). En esta zona, tanto los sujetos que se adjudican la potestad de delimitarla y los criterios para su delimitación, son aspectos problemáticos y que, en algunos supuestos, podrían dar lugar al surgimiento de conflictos, así como de híbridos jurídicos (De Sousa, 2012). Este es pues el campo de discusión sobre la competencia de la JEI o de la JO y, además, sería el resultado de la superposición de ordenamientos en un territorio determinado que asigna una consecuencia diferente al mismo supuesto de hecho que se pone en consideración de sus autoridades.

Cada Estado tiene un perfil específico de pluralismo jurídico. En esa medida, Boaventura de Sousa Santos (2018) rescata como las especificidades más marcadas del caso colombiano: (i) la enorme riqueza y complejidad marcada por la dimensión democrática y la concurrencia de componentes formales con otros informales y desburocratizados y (ii) la intensidad del pluralismo jurídico interno que a su vez supone la confrontación entre los ordenamientos jurídicos subnacionales y supranacionales. Como una de las

características más importantes, De Sousa (2018) señala, además, la existencia de un continuo en que se localizan los distintos ordenamientos jurídicos irreductible a sus extremos: oficial/no oficial; formal/informal; monocultural/pluricultural; cívico/armado.

Lo anterior, generaría cuestionamientos a una visión meramente dualista en la que se contraponen dos sistemas o en el que uno correspondería a la formalidad y el otro a la informalidad absoluta. De manera que, como la fragmentación del campo jurídico habría dado lugar a la resolución de conflictos por esquemas implementados por los actores armados, también daría paso a que actores sin tradiciones milenarias como las comunidades populares, urbanas o rurales que buscasen soluciones autónomas. Incluso, en ocasiones estas mismas comunidades habrían acudido ante los pueblos indígenas para que las autoridades tradicionales dirimiesen sus conflictos (Inksater, 2006).

En este marco, sitúa De Sousa Santos (2018) la justicia especial indígena como un caso muy particular en este continuo de ordenamientos. En cuanto a la dimensión oficial-no oficial, señala que, la JEI tendría una localización intermedia “dado que su reconocimiento constitucional hace de ella una justicia oficial, aunque opere según normas, principios y lógicas radicalmente diferentes distintas de las que subyacen al derecho estatal oficial” (p. 60). Asimismo, en cuanto al criterio formal/informal, el autor reconoce que las concepciones de formalismo o grado del mismo han de evaluarse dentro de la misma cultura jurídica y que, en las condiciones actuales, no es posible evaluar su grado de formalidad y mucho menos, compararlo con el tipo de formalismo de la justicia ordinaria.

Esta evaluación, por supuesto, no puede desconocer que hoy no existen sistemas culturales puros o autorreferenciales (De Sousa, 2018). Tal como lo señala De Sousa (2018), el reconocimiento constitucional de la existencia de la JEI es uno de los factores que inciden en su hibridación y en el que se hacen evidentes las relaciones desiguales de la justicia ordinaria y de la JEI. El mismo autor señala como preguntas que han de formularse: (i) quién hibrida, (ii) cuál es su alcance de la hibridación y (iii) qué objetivos persigue.

La situación descrita no puede comprenderse, sin embargo, sin dar cuenta de la incidencia del conflicto armado. La *constelación de jurisdicciones* existente ha sido ampliada con la aparición de actores como las guerrillas y los paramilitares, especialmente en zonas en

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

que el Estado está ausente tanto para la garantía más fundamental del derecho a la vida como para el acceso a condiciones de vida digna, en especial, en muchas áreas rurales del país. En términos de De Sousa (2018), “la extraordinaria fragmentación del campo jurídico y las complejas articulaciones entre los ordenamientos jurídicos que lo componen son el otro lado de la fragmentación del poder político y administrativo del Estado colombiano” (p. 62).

También, esta constelación admitiría figuras de interlegalidades en que se entrecruzan proyecciones de diferentes legalidades de diferente extensión y visibilidad (De Sousa, 2018). En este último fenómeno, las fronteras entre los sistemas normativos se volverían más permeables y determinar quién debe dirimirlo supone un conflicto adicional al preexistente para las partes. Para los casos de violencia sexual contra mujeres y niñas indígenas se evidencia la proyección de al menos dos legalidades: la de la Justicia Ordinaria y la de la Justicia Especial Indígena. En estos, además del conflicto concreto correspondiente a una vulneración de los derechos de las mujeres y NNA, se presenta el entrecruzamiento de dos jurisdicciones que podrían asignar una consecuencia diferente al presunto agresor.

Algunos autores han señalado que los derechos propios de los pueblos indígenas no están configurados funcionalmente en un comportamiento especializado para el cumplimiento de unas funciones, esto es, no hay una concordancia entre función y órgano, no tienen o juegan con una racionalidad silogística que parte de unas normas estructuradas y positivas; en cambio, estos derechos actúan como una razón para la vida social, que da sentido a la constitución armónica de un pueblo (Sánchez, 2003). Siendo, entonces, “inexplicable que soliciten una especie de codificación delictual, con penas preestablecidas, a sabiendas que son culturas con usos y costumbres de tradición oral, muy diferente a la cultura occidental que todo pretende codificarlo por escrito” (Plaza, 2001, p.120).

De lo contrario, además de la ausencia de la labor a cargo de quienes deben reglamentarla, ya sea por intereses territoriales, políticos y económicos, podría leerse la norma constitucional mediante una aplicación supletoria que, si bien consagra la JEI, al

caracterizarse por ser consuetudinaria, podría ser sustituida dicha costumbre por la legislación positiva (Burgos, 2009).

Se advierte, entonces, una contraposición con Lizandro Cabrera (2011), pues para este autor en la justicia ordinaria son considerados una premisa inquebrantable y se miran desde el punto de vista individual del ser humano, mientras que para los pueblos indígenas son más importantes los derechos colectivos. Ello, permite inferir que no se presenten juicios indígenas por debido proceso que incluya el derecho a una defensa técnica, doble instancia, controversia probatoria, juez natural, principio de favorabilidad y presunción de inocencia, salvo cuando se acude a la JO propiamente. Tampoco obra reconocimiento del principio constitucional de la doble incriminación, bajo el entendido de que no se “hace un registro de las sentencias ni de los procesos que se tramitan” (Cabrera, 2011, p. 104).

Al entrar en contacto los ordenamientos jurídicos ponen en tensión varios asuntos de gran complejidad, como son los derechos en que se define el proteger de modo universal -la vida, la integridad del cuerpo, la libertad-, y también cuestionan las diferencias culturales cuando se “vulneran” ciertos derechos que tienden a convertirse en universales: “como la igualdad de género, el respeto por las preferencias sexuales o el interés superior del niño, que implican otro tipo de valoraciones para que no se les judicialice en función de reprimir su vulnerabilidad” (Sánchez, 2009, 44).

Las salidas interculturales comprometen una ponderación entre el fin como objeto por proteger y el medio o impacto sobre el sujeto individual o colectivo de esa protección. Amparar bajo argumentos liberales al sujeto libre y racional como demandante de un derecho fundamental, puede acarrear la eliminación de la diferencia y de lo propio, dos derechos humanos de los pueblos indígenas. Otra visión, extiende las categorías de unos derechos globalizados como una circunstancia que puede ser mirada bajo una oportunidad para promover hechos multiculturales que llamen a fortalecer nuevos criterios de defensa de la diferencia y de las dimensiones de la tolerancia o para generar cambios autónomos, cuando se toma conciencia de ciertos hechos como expresión de trabas culturales (Sánchez, 2009).

En esa medida, a partir del reconocimiento del pluralismo jurídico, resulta pertinente generar un diálogo intercultural en que criterios como el grado de formalidad, los mecanismos de tutela para los intereses protegidos por los ordenamientos, entre otros,

sean evaluados desde las mismas culturas jurídicas entendidas como justicias dinámicas. Ese sería el principal aporte desde este marco analítico para la formulación de recomendaciones que, en todo caso, han de aportar a la discusión en aras de la garantía de derechos de sujetos que han sido subordinados e instrumentalizados por la concurrencia de múltiples categorías de diferencia como el género y la pertenencia a una comunidad étnica. El género como categoría de diferencia será abordado en el siguiente apartado.

3.3. Desde el feminismo poscolonial

Varias autoras han señalado la pertinencia de no hablar de el feminismo como si fuese un movimiento, corriente teórica o de reivindicación unívoca sino de los feminismos, considerando la pluralidad existente en lo que significa ser mujer y la concurrencia de otras condiciones que suponen procesos de discriminación histórica y persistente hasta la actualidad (Hernández, 2001; Rousseau, 2011; Viveros, 2016). En esa medida, la perspectiva del feminismo poscolonial y desde las mismas mujeres indígenas sirven como marco para entender la problemática presentada en el primer capítulo y para formular lineamientos que sean un punto de inicio para el diálogo intercultural sobre la delimitación de la competencia de la JEI y la JO.

En primer lugar, cabe destacar que ni siquiera hablar de feminismo poscolonial es apelar a una categoría pacífica (Oliva, 2004). Existen múltiples recelos asociados tanto al feminismo circunscrito a parámetros de mujer blanca, occidental, heterosexual como al uso del término poscolonial. Quienes sugieren el uso de la categoría “feminismo del Tercer Mundo” reconocen los problemas que puede implicar esta denominación. Dichos recelos, provinieron, entre otros, de la insuficiente comprensión de las implicaciones del racismo y el colonialismo en la opresión de la mujer, así como la invisibilización del “Tercer mundo” que concurren a la Tercera Conferencia Anual de la Asociación Nacional de Estudios sobre las Mujeres en Connecticut (Oliva, 2004). Estas habrían sido evidencias de situaciones de racismo, clasismo y etnocentrismo que llegaron a cuestionar el movimiento unificado de mujeres en esa época y el uso mismo de la categoría de feminismo.

Frente a esta situación, además de las múltiples manifestaciones en USA que reivindicaban otras identidades, se sumaron otras que incorporaron la lucha decolonial. Una de estas manifestaciones fue de Spivak, una bengalí que trascendió del análisis en lo privado para concluir que la responsabilidad por la explosión demográfica habría sido atribuida a las mujeres pobres del Sur justificando el control de su sexualidad e ignorando los patrones de consumo del Norte (Oliva, 2004). También, se encuentra el de Chandra Mohanty, quien señaló que como puntos mínimos para un feminismo poscolonial: (i) la confluencia de opresiones que recae sobre las mujeres en que debe evaluarse la opresión específica que el imperialismo y el racismo han tenido en cada contexto social; (ii) el papel del Estado hegemónico, (iii) la importancia la memoria y la escritura en el activismo; (iv) las diferencias, conflictos y contradicciones internas a las organizaciones y comunidades de los países coloniales; y, (v) las complejas interrelaciones entre las luchas feministas, racistas y nacionalistas (Oliva, 2004).

Respecto a las autoras indígenas feministas no fueron encontrados muchos textos en la revisión realizada; no obstante, cualitativamente sus aportes sí son numerosos. Aida Hernández, por ejemplo, destaca los aportes de las mujeres indígenas mexicanas quienes a través de sus voces han perseguido “que se reconozcan y modifiquen las desigualdades que caracterizan las relaciones entre los géneros al interior de las comunidades y organizaciones” (Hernández, 2001, p. 218). En este contexto, las mujeres indígenas han controvertido el falso dilema entre permanecer en la tradición (incluso con aquellos “usos y costumbres” que atentan contra su dignidad) o cambiar a través de la modernidad, abandonando su cultura. Han planteado una consigna desde el pluralismo interno de sus comunidades: “la ley debiera proteger y promover los usos y costumbres que las mujeres, comunidades y organizaciones analicen si son buenas. Las costumbres que tengamos no deben hacer daño a nadie” (Hernández, 2001, p. 219).

Incluso, la Coordinadora Nacional de Mujeres indígenas en 1994 en México habría planteado objetivos relacionados con el fortalecimiento del liderazgo desde una perspectiva de género, pero partiendo desde su identidad cultural, la sensibilización tanto a los pueblos indígenas como a la sociedad en general sobre el respeto de los derechos humanos de las mujeres indígenas, así como en su capacitación y formación (Hernández, 2001). Llama la atención que, destacan en el planteamiento de estos objetivos el uso de

una metodología apropiada que tenga en cuenta la identidad y género de acuerdo con la cosmovisión indígena.

En una visión más reciente, Lorena Cabnal (2010) desde el feminismo comunitario, recoge el pensamiento de las aymaras bolivianas de Mujeres Creando Comunidad y las mujeres xinkas integrantes de la Asociación de Mujeres indígenas de Santa María en la montaña de Xalapán, Guatemala. Según Cabnal (2010) este sería un aporte a la pluralidad de feminismos que pretende “ser parte del continuum de resistencia, transgresión y epistemología de las mujeres en espacios y temporalidades, para la abolición del patriarcado originario ancestral y occidental” (p. 117). Al igual que en el caso mexicano, se destaca la gran capacidad autocrítica del movimiento, que pretende visibilizar experiencias que son enriquecedoras y permiten a las mujeres reivindicarse como sujetos epistémicos y, no por el contrario, únicamente otorgarles reconocimiento y valor como pueblos indígenas.

El feminismo comunitario, de igual forma, reconocería la pluralidad inherente a los pueblos originarios. Dicho pluralismo se evidenciaría en sus cosmovisiones, en las cuales “no hay una sola que homogenice la vida y las prácticas culturales, sino que hay hilos que conectan esta pluralidad como hilos fundantes, entre ellos, sus principios y valores sagrados, es decir, su cosmogonía” (Cabnal, 2010, p. 120). Uno de estos principios sería la complementariedad y dualidad como regentes en el equilibrio entre hombres y mujeres, así como en la naturaleza para la armonización de la vida que incluso ha de ser abordada de forma crítica por constituir un ejemplo de heteronorma cosmogónica (Cabnal, 2010).

En esta lectura, el patriarcado es abordado como una categoría que “permite analizar a lo interno de las relaciones intercomunitarias entre mujeres y hombres, no sólo la situación actual basada en relaciones desiguales de poder, sino como todas las opresiones están interconectadas con la raíz del sistema de todas las opresiones” (Cabnal, 2010, p. 120). El patriarcado tendría, además, una connotación colonizadora: “la penetración colonial (...) la acción de introducir un elemento en otro y lo colonial, como la invasión y posterior dominación de un territorio ajeno empezando por el territorio del cuerpo” (Cabnal, 2010, p. 122). Situación que llevaría a la misma conclusión de las mujeres indígenas mexicanas,

esto es: un feminismo desde las mujeres indígenas ha de partir de una perspectiva decolonial capaz de reivindicar la autodeterminación y la cultura propia (Hernández, 2001).

Empero, como se evidencia, los feminismos nacidos desde las reflexiones de las mujeres indígenas aún están en construcción. La identificación de prácticas patriarcales ancestrales, así como su justificación son un proceso que puede llevar a la confrontación con la identidad propia y elementos de la identidad de un pueblo, por lo que aún se requiere mayor diálogo y una reflexión que surja desde las mujeres de estas comunidades. En ese sentido, serían las mujeres indígenas quienes pueden dar cuenta de normas, prácticas y costumbres patriarcales en los pueblos indígenas, así como justificar de forma más adecuada por qué deberían ser eliminadas tales normas.

Por último, es preciso mencionar que, en todo caso, la protección a las mujeres y NNA junto a la prohibición de la discriminación en razón del género son disposiciones sobre las cuales existe consenso intercultural. Eva Díez Peralta señala que en el Derecho Internacional este debate intercultural parece haberse decantado en que ciertas prácticas antes percibidas como naturales o inevitables, entre ellas “matrimonios forzados, la mutilación genital femenina, los abortos selectivos, el infanticidio femenino, las violaciones en el ámbito de pareja (...) menoscaba[n] y anula[n] el disfrute del núcleo básico de los DDHH de cientos de miles de mujeres” (Díez, 2011, p. 90). El anterior, es un planteamiento que incluye culturas diversas en el mundo presentes en países localizados en todos los continentes y respecto al cual el número de tratados internacionales al respecto revelan la existencia de un consenso más allá de lo que pueda denominarse una perspectiva occidental.

Se han documentado en el Derecho Mayor de algunos pueblos evidencias de que la violación, por ejemplo, es considerada como un acto reprochable y por el cual son impuestas sanciones a quienes los cometen. Así, como lo reseñan Inksater (2006) y Perafán (1995) para algunos pueblos las violaciones son considerados ofensas mayores en alterarían el equilibrio de la vida comunal e irían en contra de su visión del mundo. Ejemplo lo anterior serían los pueblos Nasa y Chami que consideran crímenes serios la violación, venta de tierras, robo y homicidio (Inksater, 2006).

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

Los elementos identificados desde la interseccionalidad, el pluralismo cultural y el feminismo poscolonial permiten aproximarse al contenido de recomendaciones en las cuales, a partir de una perspectiva de DDHH, se fije un punto para el diálogo intercultural. Sin embargo, teniendo en cuenta que, en términos de De Sousa (2018), las extensiones de los ordenamientos harían parte de una constelación de jurisdicciones para definir quién debe decidir en un caso de vulneración de los derechos de una persona, implica dos categorías de diferencia: el género y la pertenencia étnica. Dichas recomendaciones serán objeto del siguiente capítulo.

4.Recomendaciones

El análisis interseccional permite reconocer que las víctimas de violencia sexual de los casos estudiados, además de NNA, también son integrantes de comunidades indígenas, debiéndoseles garantizar dicha calidad mediante el respeto a sus derechos, independientemente de la jurisdicción en que se encuentre el caso. En esa medida, más allá del reconocimiento de que la formación, libertad e integridad sexuales son un bien jurídico del cual son titulares todas las personas, incluidos los NNA, se precisa un abordaje desde la interculturalidad y el pluralismo jurídico.

Tales perspectivas permitirán satisfacer los derechos de las víctimas sin menoscabar el reconocimiento otorgado a la JEI en la Carta Magna y en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. De allí que, en las líneas siguientes se formulan recomendaciones orientadas en relación con (i) la titularidad del bien jurídico, así como los derechos de las víctimas, (ii) la evaluación del grado de formalismo de los sistemas jurídicos de las comunidades y, por último, (iii) los elementos subjetivo y territorial del fuero indígena, en los que, valga mencionarlo, hubo menos tensiones.

Respecto al primero, se recomienda reconocer que la titularidad del bien jurídico de formación, libertad e integridad sexuales no recae sobre la sociedad mayoritaria o la comunidad indígena. Adicional, cuando la víctima es NNA, dicha consideración debe constituir el eje de las acciones a adelantar en cualquier jurisdicción. Así, no basta con afirmar que debe procurarse una protección especial en razón de su edad y género, sino que las medidas de reparación deben ser adecuadas culturalmente.

De igual forma, ha de reevaluarse tanto el rol de las víctimas en el proceso como el de las mujeres indígenas en los feminismos y el cuestionamiento de prácticas que atentan contra

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

su dignidad. Luego, han de ser las mujeres indígenas quienes determinen qué tipo de prácticas han de ser excluidas sin que ello implique un menoscabo a su autodeterminación e identidad. De esta manera, puede avanzarse a partir del reconocimiento de la propia identidad y no de la imposición o el proteccionismo criticado por autoras como Julieta Lemaitre.

En lo referente a las garantías mínimas que han de brindarse a las víctimas, se resalta que, existe consenso intercultural sobre la importancia de su protección y la prohibición de la discriminación en razón del género. Este consenso se evidencia, por ejemplo, en los instrumentos de Derecho Internacional que se han proferido desde la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). Estos tratados, así como la normativa interna, pueden ser considerados como referentes para la satisfacción de los derechos de las víctimas a partir de la evaluación de la idoneidad de los mecanismos existentes y no de la imposición de un mecanismo en concreto. En términos de recomendación, se presenta en la **Tabla 4.1.** una síntesis del contenido de estos instrumentos.

Tabla 4.1. Garantías mínimas para la atención de mujeres y niñas indígenas víctimas de violencia sexual en Colombia. **Fuente:** Elaboración propia.

| <i>Garantías transversales</i> |
|---|
| Preservación de intimidad y privacidad sobre la información de la víctima, testigos y sus familiares |
| Trato digno, privado y respetuoso durante cualquier entrevista o actuación |
| Imparcialidad sobre la valoración de los hechos sin prejuicios contra la víctima |
| Acceso a información clara, completa, veraz y oportuna en relación con sus derechos así como de mecanismos y procedimientos previstos para la sanción y reparación respecto la conducta sufrida |
| Verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición frente a los hechos victimizantes |

Tabla 4-1: (Continuación)

| |
|---|
| <i>Garantías transversales</i> |
| No confrontación con el agresor o a situaciones que puedan derivar en revictimización |
| Mecanismos de protección que eviten la revictimización o represalias contra la víctima, testigos y sus familiares |
| Asistencia de un traductor de ser necesario y por personal sensibilizado con los Pueblos Indígenas, sus costumbres y su Ley de Origen, Ley Natural, Derecho Mayor o Derecho Propio como parte de servicios lingüística y culturalmente accesibles |
| <i>Atención en salud</i> |
| Acceso gratuito a servicios de orientación y de diagnósticos que eviten hacer más lesivos los efectos de la conducta de violencia sexual |
| Exámenes adecuados culturalmente que permitan establecer los efectos de la vulneración sin que impliquen una afectación desproporcionada a la víctima |
| Atención en lugares accesibles, que garanticen privacidad, salubridad, seguridad y comodidad |
| En caso de estar embarazada, información, asesoría y atención sobre la posibilidad de continuar o interrumpir el embarazo |
| <i>Garantías en el proceso</i> |
| Acceso a información referente reconocimiento médico legal, las pruebas aportadas por la defensa así como las decisiones adoptadas en el proceso que pretenda la sanción de los responsables |
| Asesoría, acompañamiento y asistencia en el proceso |
| Debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de todo acto de violencia contra la mujer |
| No sometimiento a pruebas repetitivas y que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad |
| Iguales oportunidades desde un enfoque diferencial para rendir declaración y aportar pruebas |

Tabla 4.1.: (Continuación)

| <i>Garantías en el proceso</i> |
|---|
| Consideración sobre su condición de vulnerabilidad en la adopción de medidas de prevención, protección, garantías para su participación en el proceso y reparación. |
| Pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor, partícipes o tercero responsable que consideren la recuperación física, psicológica y social de las víctimas |

Dichas garantías no pueden, sin embargo, ser consideradas de forma aislada. Lo anterior, dado que los esquemas previstos por los destinatarios son los que le dan efectividad e, incluso, ha de determinarse quién es el obligado y cuáles son los mecanismos que éste ha diseñado. De esta manera, en cuanto a la articulación con los conflictos de competencia entre la JEI y la JO, debe reiterarse que no hay una única manera de satisfacerlas; particularmente, las garantías asociadas a la no revictimización y al actuar diligente de las autoridades para evitar nuevos hechos victimizantes, la amenaza o la intimidación no tienen una única forma de garantizarse, por ejemplo, con la existencia de calabozos (equivalente en un resguardo a las cárceles). Luego, se recomienda que, a partir de la evaluación mediante un material probatorio consistente con la realidad cultural de la comunidad, se determine cuáles serían las medidas adecuadas culturalmente idóneas para satisfacer estos derechos.

Debe aclararse que la centralidad de la víctima en este caso no lleva a vulnerar la garantía de juez natural del procesado y, por ello, se sugiere la inclusión obligatoria de que las víctimas formulen recursos, controviertan o aporten pruebas. Esto es así, como quiera que sus intereses merecen ser considerados por quien dirime el conflicto de jurisdicción y, además, deben ser evaluadas con especial atención situaciones en que no se garanticen sus derechos y se pretenda sustraer al procesado de una sanción mayor o las autoridades tradicionales no sean imparciales en el juzgamiento.

Respecto al segundo, debe promoverse que, como lo señala De Sousa (2018), la evaluación del grado de formalismo parta de la misma cultura jurídica sin que exista punto de comparación con la justicia oficial. De lo contrario, se estaría produciendo el tan criticado centralismo legal, homogenización cultural y la destrucción de una diversidad protegida constitucional y legalmente.

Específicamente al tema de investigación, se aconseja que los conflictos de competencia deban ser entendidos en un contexto de pugna y fragmentación del Estado. De allí que, la fijación de límites a las jurisdicciones incluye aceptar la existencia de interlegalidades en que tanto las autoridades estatales como las tradicionales han de determinar una solución que permita maximizar la autonomía de las comunidades indígenas sin que ello implique un menoscabo a los derechos de las partes. Para esa evaluación, debe propenderse por la garantía del principio de inmediatez en la prueba y que, en lo posible, quien decida el conflicto de competencia efectúe la inspección judicial si lo encuentra procedente, así como agotar todos los medios para que rindan declaración las autoridades indígenas.

Se recomienda que sean las propias comunidades, sus representantes y otros integrantes quienes evalúen el grado de formalismo junto al de satisfacción de derechos de las víctimas. Ello, a efectos de reconocer la diversidad y no imponer concepciones elaboradas desde un sistema normativo a otro con el cual no existe punto de comparación. Solo así el juez se aproximará a los sistemas jurídicos de las comunidades con el mismo respeto que se aproxima a la Jurisdicción Ordinaria.

Finalmente, respecto al tercero, vale la pena sugerir como elemento material probatorio central el testimonio de las autoridades indígenas, más allá de la información que reposa ante el Ministerio de Interior. Las autoridades indígenas cuentan con la idoneidad y conocimiento suficiente de su propia comunidad para señalar quienes la integran y cuál sería la extensión de su territorio. Los testimonios de estas autoridades deben ser considerados con mayor cuidado y, en caso de presentarse inconsistencias con los reportes ante el Ministerio de Interior, considerarse otros elementos como desactualización de la información que tiene el Estado, la posibilidad de que la Ley de Origen no haya sido consignada aún de forma escrita y la existencia de conflictos jurídicos o históricos asociados al territorio de las comunidades.

Conclusiones

La investigación realizada, más que dar fin a una discusión, sólo hace una aproximación en relación con las tensiones existentes en torno a los elementos del fuero indígena y, con base en ello, formular algunas recomendaciones que, en todo caso, han de pasar por el diálogo intercultural y la validación de los sistemas que se entrecruzan sin que se fije una jerarquía de uno sobre otro. Su aplicación tendría crucial importancia en un escenario mediante el cual las víctimas sobre violencia sexual de todos los conflictos de competencia conocidos por el Consejo Superior de la Judicatura en el año 2016 fueron niñas (NNA).

La primera parte da cuenta de que la mayoría (28 de 30) de los conflictos de competencia que conoció el Consejo Superior fueron resueltos a favor de la Jurisdicción Ordinaria. Esta tendencia no puede ser pasada por alto e, incluso, a partir de un análisis más detallado, revela la existencia de generalizaciones indebidas y estereotipos que llevarían a los consejeros a concluir que los derechos de las víctimas sólo podrían satisfacerse por el esquema procesal e institucional de la Jurisdicción Ordinaria o de alguna jurisdicción con características similares.

En esa medida, como se muestra en la segunda parte del texto, los factores del fuero indígena con mayor controversia correspondieron al factor objetivo (sobre el cual se discutía la titularidad del bien jurídico) y el factor institucional (referente a la capacidad de las autoridades e instituciones de las comunidades para la satisfacción de los derechos de las víctimas o del procesado). En la argumentación de los magistrados del Consejo Superior para concluir que no se acreditaban estos factores, se encontraron afirmaciones que llaman la atención en el sentido de indicar que los pueblos indígenas aplicaban pírricas sanciones a estas conductas o que, en la valoración resulta “indiferente si la comunidad indígena cuenta con mecanismos institucionales o códigos de conducta para sancionar

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

ciertos comportamientos, pues desbordan la cosmovisión indígena y afectan el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexuales" (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, Rad. 110010102000201601192). Lo anterior, como si la JEI sólo operase para conductas no consideradas como socialmente dañosas al interior de las comunidades y restándole eficacia a su reconocimiento constitucional.

Por lo expuesto, para la formulación de recomendaciones se abordó un marco analítico desde el feminismo poscolonial y el pluralismo jurídico; mismo que, además de comprender la centralidad de la víctima, destaca su condición étnica y género. Igualmente, se asumió como eje orientador la interseccionalidad porque permitía abordar las relaciones entre estas categorías las cuales podrían hacer más gravosa la situación de la víctima y, a su vez, ser consideradas en la decisión judicial para la evaluación de los mecanismos conforme al enjuiciamiento, la sanción y la reparación.

Finalmente, la presente investigación responde a un análisis que debe ser sometido al diálogo intercultural como lo demanda la coherencia con el marco analítico presentado. En esa medida, se formulan como recomendaciones principales, además de tomar como referente la síntesis de garantías de derechos de las víctimas de violencia sexual presentada en la Tabla 2, (I) propender por un rol más activo para las víctimas y por una evaluación del grado de formalismo jurídico desde las propias comunidades y no desde la lectura de un juez de los informes de otra autoridad que practicó una inspección judicial; y, (II) reconocer que no hay una única manera de garantizar los derechos de las víctimas o un único sistema.

Bibliografía

- Amador, M. (2017). Interpelando la invisibilidad estructural, la visibilidad selectiva y la universalización de la violación sexual hacia las mujeres indígenas en Colombia: notas para la construcción de un campo de investigación. *Universitas Humanística* 84, 265-307.
- Asamblea Nacional Constituyente. ANC. Centro de Información y Sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. (12 de febrero de 1991) Transcripción de sesiones. Recuperado de <http://babel.banrepcultural.org/cdm/landingpage/collection/p17054coll28>
- Asamblea Nacional Constituyente. ANC. Centro de Información y Sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. (9 de abril de 1991) Transcripción de sesiones. Recuperado de <http://babel.banrepcultural.org/cdm/landingpage/collection/p17054coll28>
- Asamblea Nacional Constituyente. ANC. Fajardo, J. (24 de mayo de 1991) Ponencia del Constituyente. Creación de Jueces de Paz y Reconocimiento de Jurisdicciones étnicas. Recuperado de <http://babel.banrepcultural.org/cdm/landingpage/collection/p17054coll28>
- Asamblea Nacional Constituyente. ANC. Londoño, H. (18 de febrero de 1991) Proyecto de Acto Reformatorio No. 11. Propuesta de estructura del Sistema Acusatorio. Recuperado de <http://babel.banrepcultural.org/cdm/landingpage/collection/p17054coll28>

- Asamblea Nacional Constituyente. ANC. Muelas, L. (8 de marzo de 1991) Proyecto de Acto Reformatorio No. 83. Propuesta Indígena de Reforma Constitucional. Recuperado de <http://babel.banrepcultural.org/cdm/landingpage/collection/p17054coll28>
- Barabas, A. M. (2014). Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios. *Configurações. Revista de sociologia*, (14), 11-24.
- Borrero, C. (en prensa) Competencias disputadas: Jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria. Texto remitido en comunicación personal del 18 de diciembre de 2020.
- Burgos, F. (2008). Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver. *Revista Derecho del Estado*, N°21, 95-108.
- Cabnal, L. (2010). Acercamiento a la construcción de la propuesta de pensamiento epistémico de las mujeres indígenas feministas comunitarias de Abya Yala. *Momento de paro Tiempo de Rebelión*, 116.
- Cabrera, L. (2011). Efectos jurídicos del conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria penal y la jurisdicción indígena. Un estudio en el resguardo de Huellas – Norte del Cauca. *Justicia Juris*. ISSN 1692.8571, Vol.7, N°2, julio-diciembre. 93-106.
- Cáceres, V. y Archila, C. (2012) El reconocimiento de la víctima como interviniente especial en el procedimiento penal colombiano. *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 4(1), 68-81.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. CEDAW (2019) *Mujeres y Paz, en búsqueda de plenos derechos*. Informe sombra del grupo de monitoreo para la implementación de la CEDAW en Colombia. Bogotá: CEDAW. 60 p.
- Consejo Superior de la Judicatura (2015) *Resultado del Estudio de Tiempos Procesales*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Corporación Excelencia en la Justicia. 275 p.
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 14 de enero. Rad. 110010102000201502852. M.P. Rafael Alberto García
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 10 de febrero. Rad. 110010102000201603272. M.P. María Rocío Cortés
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 24 de febrero. Rad. 110010102000201504171. M.P. Julia Emma Garzón

- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 9 de marzo. Rad.
110010102000201600108. M.P. Martha Patricia Zea
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 16 de marzo. Rad.
110010102000201603772. M.P. Julia Emma Garzón
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 30 de marzo. Rad.
110010102000201600024. M.P. María Rocío Cortés
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 11 de abril. Rad.
110010102000201600126 M.P. Julia Emma Garzón
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 12 de mayo. Rad.
110010102000201600284. M.P. María Lourdes Hernández
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 22 de junio. Rad.
110010102000201600380 M.P. Fidalgo Javier Estupiñán
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 1 de julio. Rad.
110010102000201601102. M.P. Pedro Alonso Sanabria
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 1 de julio. Rad.
110010102000201601116. M.P. Pedro Alonso Sanabria
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 3 de agosto. Rad. M.P.
110010102000201601147. M.P. Camilo Montoya.
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 18 de agosto. Rad.
110010102000201601575. M.P. Camilo Montoya
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 18 de agosto. Rad.
110010102000201601314. M.P. Julia Emma Garzón
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 7 de septiembre. Rad.
110010102000201600305 M.P. Julia Emma Garzón
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 15 de septiembre. Rad.
110010102000201602484. M.P. José Ovidio Claros Polanco
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 21 de septiembre. Rad.
110010102000201602250. M.P. Camilo Montoya
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 21 de septiembre. Rad.
110010102000201601361. M.P. Magda Victoria Acosta
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 28 de septiembre. Rad.
110010102000201600104. M.P. Fidalgo Javier Estupiñán.

El esquema de judicialización procesal de conductas de
violencia sexual en el marco de pueblos indígenas

- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 12 de octubre. Rad. 110010102000201602949 M.P. Julia Emma Garzón
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 24 de octubre. Rad. 110010102000201601541 M.P. Magda Victoria Acosta
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 26 de octubre. Rad. 110010102000201602726 M.P. Camilo Montoya
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 2 de noviembre. Rad. 110010102000201602485. M.P. María Lourdes Hernández
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 23 de noviembre Rad. 110010102000201603254 M.P. Magda Victoria Acosta
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 23 de noviembre. Rad. 110010102000201601192 M.P. Maria Lourdes Hernández.
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Auto del 13 de diciembre. Rad. 110010102000201603655. M.P. Camilo Montoya
- Corporación Sisma Mujer (2009) Mujeres en conflicto: violencia sexual y paramilitarismo. Estrategias, variantes e identificación de situaciones tipo. Bogotá: Litoxpress.
- Corporación Sisma Mujer (2019) Boletín No. 17. Comportamiento de la violencia sexual contra mujeres y niñas durante 2018 y 2019. Recuperado el 4 de Octubre de: <https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2019/07/24-05-2019-Bolet%C3%ADn-SISMA-25-de-mayo-de-2019.pdf>
- Corte Constitucional (1994) Sentencia T-254 del 30 de mayo. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional (1996a) Sentencia C-139 del 9 de abril. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- Corte Constitucional (1996b) Sentencia T-349 del 8 de agosto. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (1996c) Sentencia T-496 del 26 de septiembre. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (2004) Sentencia T-811 del 27 de agosto. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional (2007) Sentencia T-009 del 19 de enero. M.P. Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional (2009) Sentencia T-514 del 30 de julio. M.P. Luis Ernesto Vargas
- Corte Constitucional (2010) Sentencia T-617 del 30 de julio. M.P. Luis Ernesto Vargas
- Corte Constitucional (2012a) Sentencia T-001 del 11 de enero. M.P. Juan Carlos Henao

- Corte Constitucional (2012b) Sentencia T-617 del 5 de agosto. M.P. Luis Ernesto Vargas
- Corte Constitucional (2013) Sentencia T-921 del 5 de diciembre. M.P. Jorge Ignacio Pretelt
- Corte Constitucional (2014) Sentencia T-764 del 15 de octubre. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza
- Corte Constitucional (2015) Sentencia T-196 del 17 de abril. M.P. María Victoria Calle
- Corte Constitucional (2016) Sentencia T-397 del 29 de julio. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *u. Chi. Legal f.*, 139.
- De Sousa, Boaventura (1988) El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio A Fabris.
- De Sousa, Boaventura (2012) Derecho y emancipación. Quito: Corte Constitucional par.
- De Sousa, Boaventura (2018) Construyendo las epistemologías del sur: para un pensamiento alternativo de alternativas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.
- Díez, E. (2011) Los derechos de la mujer en el Derecho Internacional. *Revista Española de Derecho Internacional* 63. 87-121.
- Furtado, V. y Gabrino, V. (2019) Alertas feministas: lenguajes y estéticas de un feminismo desde el sur. En Minervas, Colectivo de Mujeres. *Momento de paro. Tiempo de rebelión. Miradas feministas para reinventar la lucha*. Montevideo: Minervas Ediciones.
- Gómez, H. (1999). Crisis de la Justicia y la Jurisdicción Indígena en Colombia. México Convergencia ISSN: 1405-1435. Universidad Autónoma del Estado de México. 285-307.
- Hernández, A. (2001) Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico. Las mujeres indígenas y sus demandas de género. *Debate feminista* 24. 206-229.
- Inksater, K. (2006) Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del Pluralismo Juri-Cultural Transformativo. Estudio de post graduado en Derecho. Ottawa: Universidad de Ottawa. 106 p.
- Observatorio de Asuntos de Género (2013) Algunos factores asociados a la violencia contra las mujeres indígenas, Colombia 2012-2013. Estudio exploratorio. Bogotá: Presidencia de la República. 45 p.

-
- Observatorio Penal de Delitos Sexuales contra NNA en Colombia (2015) Informe Ejecutivo. Recurso web consultado el 10 de octubre de 2020 y disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/7429328/1.+INFORME+EJECUTIVO++OBSERVATORIO+DE+DELITOS+SEXUALES+NNA.docx/5897f048-04d4-4921-9a4d-374e3959b18b>
- Oliva, A. (2004) *Feminismo postcolonial: La crítica al eurocentrismo del feminismo occidental*. Cuaderno de Trabajo N° 6. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Organización Mundial de la Salud. OMS. (2011) *Violencia contra la mujer: violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer*. Nota descriptiva N°. 239. Actualización de septiembre de 2011. Ginebra, Organización Mundial de la Salud.
- Perafán, C. (1995) *Sistemas Jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule*. Bogotá: Colcultura. Instituto Colombiano de Antropología.
- Plaza, A. (2001). *Jurisdicción Especial Indígena: Competencia*. BIRA 28. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto Riva Agüero. Lima. 117-137.
- Radcliffe, S. (2008) *Las mujeres ecuatorianas bajo la gobernabilidad multicultural y de género* En: Wade, P. Urrea, F. y Viveros, F. (2008) *Raza, etnicidad y sexualidades: ciudadanía y multiculturalismo en América Latina* (105-136) Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Rojas, F. (2011) *Del monismo al pluralismo jurídico: Interculturalidad en el Estado Constitucional*. En: Kans, S. y Heins, C. *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina* (pp. 21-35). La Paz: Impresiones y Editores Garza Azul.
- Rousseau, S. (2011) *Indigenous and Feminist Movements at the Constituent Assembly in Bolivia: Locating the Representation of Indigenous Women*. *Latin American Research Review* 46(2). 5-28.
- Rueda, C. (2008). *El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación*. Estudios Socio-jurídicos. ISSN 0124-0579.
- Sánchez, E. (2000). *Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígenas en una nación multicultural y multiétnica*. En: *Las Sociedades*

- interculturales: un desafío para el siglo XXI. FLACSO. IBIS DINAMARCA. Ecuador. 57-84.
- Sánchez, E. (2003). Justicia multiculturalismo y pluralismo jurídico. Primer Congreso Latinoamericano Justicia y Sociedad. 20 al 24 de octubre de 2003. Centro de Convenciones “Alfonso López Pumarejo”. Universidad Nacional de Colombia. 1-14.
- Sánchez, E. (2005). Reflexiones en torno de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Revista IIDH. ISSN 1015-5074, N°41. 225-251.
- Sánchez, E. (2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. Nueva antropol. ISSN 0185-0636, Vol.22, N°71, 31-49.
- Sánchez, E. & Jaramillo, I. (2009). Pluralismo jurídico y justicia intercultural. En: Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. FLACSO. Quito, Ecuador. 125-173.
- Serra, L. (2017) Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional. Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson S.L.
- Segato, R. L. (2003). Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes. 13 p.
- Viveros, M.(2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. Debate feminista, 52, 1-17.
- Wade, P., Giraldo, F. U. (Ed.), & Vigoya, M. V. (Ed.) (2008). Debates contemporáneos sobre raza, etnicidad, género y sexualidad en las ciencias sociales. En *Raza, etnicidad y sexualidades: ciudadanía y multiculturalismo en América latina* (pp. 41-66). Centro de Estudios Sociales (CES), Universidad Nacional de Colombia.
- Wolkmer, A. C. (2003). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. M. Villegas, & C. Rodríguez, Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídico críticos, 247-259.