



universität
wien

Diplomarbeit

Titel der Diplomarbeit:

Recht hat wer Recht macht?!

Eine Betrachtung des kolumbianischen
Rechtspluralismus unter besonderer Berücksichtigung
der indigenen Volksgemeinschaft der Wayuu

Verfasserin

Sophie Jackl

angestrebter Akademischer Grad

Magistra (Mag.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 057 390

Studienrichtung lt. Studienblatt: Internationale Entwicklung

Betreuer:

Dr. Rene Kuppe ao. Univ.-Prof.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	S. 07
2. Methode und Theorie	S. 10
2.1. Methode	S. 10
2.2. Theoretischer Rahmen	S. 12
2.2.1. Konzept von Recht	S. 13
2.2.2. Konzept von Rechtspluralismus	S. 17
3. Nationales Rechtssystem und indigenes Sonderrecht	S. 19
3.1. Anerkennung indigener Rechte innerhalb des kolumbianischen Staates	S. 19
3.1.1. Geschichtliche Zusammenfassung indigener Rechte in Kolumbien	S. 20
3.1.2. Verfassung von 1991	S. 28
3.2. Einbindung des indigenen Sonderrechts in die nationale Rechtsprechung	S. 32
3.2.1. Gesetz 270 aus dem Jahr 1996	S. 32
3.2.2. Koordination zwischen der indigenen Rechtsprechung und dem nationalen Rechtssystem	S. 34
3.2.2.1. Anerkennung der Autonomie der indigenen Rechtsprechung	S. 42
3.2.2.2. Einschränkung der Autonomie der indigenen Rechtsprechung	S. 42
3.3. Kompetenzkonflikte zwischen der nationalen Rechtsprechung und dem indigenen Sonderrecht	S. 54
3.3.1. Persönliches Element	S. 56
3.3.2. Geografisches Element	S. 56

3.3.3. Unzurechnungsfähigkeit	S. 57
3.3.4. Objektives Element	S. 60
3.3.5. Allgemeines gegen besonderes Interesse	S. 61
3.3.6. Staatliche Einheit gegen Aotonmie	S. 62
3.3.7. Kollektivrecht gegen individuelle Rechte	S. 64
4. Besondere Betrachtung der Gesellschaft der Wayuu	S. 70
4.1. Die Volksgemeinschaft der Wayuu und ihr Rechtssystem	S. 70
4.1.1. Die Guajira und die Gesellschaft der Wayuu	S. 71
4.1.1.1. Die Guajira	S. 71
4.1.1.2. Die Gesellschaft der Wayuu	S. 71
4.1.1.3. Soziopolitische Struktur der Gesellschaft der Wayuu	S. 73
4.1.2. Konflikte in der Gesellschaft der Wayuu	S. 78
4.1.3. Rechtssystem der Gesellschaft der Wayuu	S. 80
4.1.4. <i>Pütchipü'ü</i>	S. 89
4.2. Kompetenzkonflikte zwischen dem <i>ley Wayuu</i> und der ordentlichen Justiz	S. 93
4.2.1. Fall Andis Javier Alvarez Epiayu	S. 95
4.2.2. Fall Englische Touristin	S.100
4.2.3. Fall Luis Gómez García und Rubén Lorenzo Fragozo	S.102
4.2.4. Fall Alexander Jusayu Pushaina	S.104
4.2.5. Fall Juan Plaza Ipuana	S.111
4.2.6. Kulturelle Konflikte zwischen der Gesellschaft der Wayuu und dem staatlichen Rechtssystem	S.118
5. Conclusio	S.123

6. Bibliografie	S.129
6.1. Literatur	S.129
6.2. Fälle	S.134
6.3. Dekrete, Gesetze und die Verfassung	S.137
6.4. Interviews	S.139
6.5. Abbildungsverzeichnis	S.140
7. Anhang	S.141
7.1. Karten und Tabellen	S.141
7.1.1. <i>Resguardos</i> Guajira	S.141
7.1.2. Karte <i>Resguardo</i>	S.142
7.1.3. Bevölkerungszensus nach ethnischer Zugehörigkeit	S.142
7.1.4. <i>Corregimientos y veredas del Municipio de Fonseca</i>	S.143
7.2. Interviews ¹	S.144
7.2.1. Interview mit Maria Consuelo Epinayú	S.144
7.2.2. Interview mit Weildler Guerra Curvelo	S.145
7.2.3. Interview mit Claro Cotez	S.148
7.2.4. Interview mit Germán Aguilar Epiayu	S.152
7.3. Internetartikel zum Fall Rubén Fragozo und Luis Antonio Gómez	S.155
7.4. Internetartikel zum Fall Tourista Inglesa	S.158
7.5. Fälle der Gesellschaft der Wayuu ²	S.163
7.5.1. Fall Andis Javier Alvarez Epiayu	S.163
7.5.2. Fall Luis Antonio Gómez García und Rubén Lorenzo Fragozo	S.180
7.5.3. Fall Alexander Jusayu Pushaina	S.190
7.5.4. Fall Juan Plaza Ipuana	S.230
7.5.5. Fall Velorio	S.246
8. Anlage: CD mit geführten Interviews	

¹ Die gesamten Interviews sind der Arbeit in einer CD beigelegt

² In der Arbeit wurde nach Originalseitenzahl zitiert

Abstract

In jeder Gemeinschaft kommt es unweigerlich zu Konflikten. Die Gesellschaften unterscheiden sich in der Art und Weise, wie sie diese lösen. Mit der Staatenbildung in Lateinamerika trafen verschiedene Rechtssysteme aufeinander und führten so zu einem Rechtspluralismus, welcher in Kolumbien mit der Verfassung von 1991 offiziell anerkannt wurde. Durch die Integration des Rechtspluralismus in den kolumbianischen Staat erkennt dieser die Diversität der Bevölkerung an und ermöglicht so eine individuelle kulturelle und ethnische Entfaltung. Trotz der staatlichen Anerkennung der indigenen Rechtsprechungen stehen diese nicht gleichwertig neben dem staatlichen Rechtssystem. Die indigene Rechtsprechung ist an Konditionen gebunden und die Tatsache, einer indigenen Gruppe anzugehören, ist kein Garant für das Recht auf das indigene Sonderrecht. Der Verfassungsgerichtshof versucht stets, eine Balance zwischen einer möglichst uneingeschränkten Autonomie der indigenen Rechtsprechung und der Wahrung der fundamentalen Rechte, die in der Verfassung festgelegt wurden, zu finden. So hat der Verfassungsgerichtshof Vorgaben für die Koordination und die Lösung von Kompetenzkonflikten zwischen der indigenen Rechtsprechung und dem nationalen Rechtssystem erarbeitet. Diese Konflikte der Zuständigkeit sind in der vorliegenden Arbeit das zentrale Thema und so wird folgende Forschungsfrage gestellt:

Welche Konflikte der Zuständigkeit zwischen dem nationalen kolumbianischen Rechtssystem und dem indigenen Rechtssystem der Wayuu können anhand von Fallbeispielen aufgezeigt werden? In Bezug auf die Forschungsfrage stelle ich die Hypothese auf, dass verschiedene Arten von Konflikten in Bezug auf die Zuständigkeit zwischen dem kolumbianischen Rechtssystem und dem indigenen Rechtssystem der Wayuu auftreten können.

Die Ausarbeitungen der Koordination sowie der Kompetenzkonflikte zwischen den indigenen Rechtsprechungen und dem nationalen Rechtssystem, speziell auf die indigene Gemeinschaft der Wayuu bezogen, ergab, dass die Konflikte der Zuständigkeit meist auf fehlender Sensibilisierung sowohl vonseiten der staatlichen Mitarbeiter als auch vonseiten der involvierten indigenen Personen beruhen. Eine Sensibilisierung der Bevölkerung könnte eine Möglichkeit für eine breitere Akzeptanz der ethnischen und kulturellen Diversität des Landes sein.

Abstract

The emergence of conflicts is inevitable in every community, but each society has its own way of dealing with it. During the state building in Latin America, different legal systems encountered each other and lead to a legal pluralism, which was officially recognized in Columbia in 1991, when the constitution was promulgated. Through the integration of legal pluralism in the Colombian government, the diversity of the population is recognized and thus an individual cultural and ethnic development is allowed. Despite governmental recognition of indigenous jurisdictions, they do not stand on a par with the national legal system. The indigenous jurisdiction is bound to conditions - to belong to an indigenous group is no guarantee for holding the right to the indigenous privilege. The Constitutional Court will always try to find a balance between an autonomy of indigenous justice that is as unrestricted as possible and the preservation of fundamental rights that have been established in the Constitution. Thus, the Constitutional Court has established guidelines for the coordination and solving of conflicts of jurisdiction between the indigenous jurisdiction and the national legal system. These conflicts of jurisdiction are the main subject of the work in hand and thus the following research question is posed:

Which conflicts of jurisdiction between the national Colombian legal system and the legal system of the indigenous Wayuu can be demonstrated using case studies? Regarding the research question, the hypothesis is put forward that various types of conflicts may arise with respect to the competence between the Colombian legal system and the legal system of the indigenous Wayuu.

The elaborations of coordination as well as the conflicts of jurisdiction between the indigenous and the national legal system, specifically related to the indigenous community of Wayuu, revealed that the conflicts of jurisdiction are usually based on a lack of awareness of both the government employees and the involved indigenous people. Raising the population's awareness could be a possibility for developing wider acceptance of ethnic and cultural diversity within the country.

1. Einleitung

“[...] las disputas surgen inevitablemente en la vida social de cualquier agrupación humana y éstas desarrollan mecanismos para el mantenimiento del orden establecido y la cohesión social de sus miembros.” (Guerra Curvelo 2002: 29)

Rechtswissenschaftler und Anthropologen wie Guerra Curvelo (2002) und auch Roberts (1981) sind sich dahingehend einig, dass es in jeder Gesellschaft, egal wie groß diese ist, unvermeidlich zu Konflikten kommt. Jede Gemeinschaft entwickelt demnach eigene Mechanismen oder Normen zur Konfliktlösung. Die europäischen Staaten formten ein abstraktes Norm- und Gesetzssystem, wohingegen in anderen Gesellschaften unterschiedliche Rechtssysteme entstanden, die zum Beispiel auf sozialer Kontrolle, normativen Zwängen, Gesprächen oder auch Kampf beruhen. Die Lösung von Konflikten wird zusätzlich durch die soziale Organisation, Lebensgrundlage, Moral- und Glaubensvorstellungen sowie durch die politische Organisation der Gemeinschaft beeinflusst (Roberts 1981: 14f.).

Das Gleiche geschah bei den indigenen Gesellschaften Lateinamerikas, die eigene Rechtsprechungen formten. Einige dieser noch heute bestehenden Gemeinschaften konnten sich viele ihrer Rechtssysteme erhalten. Der kolumbianische Staat wurde zum Vorreiter der Anerkennung indigener Rechtsprechung, die natürlich schon in der präkolumbischen Zeit existierte.

Die Anerkennung des indigenen Sonderrechts bedeutet ein offizielles Bestehen zweier Rechtssysteme nebeneinander, was als Rechtspluralismus bezeichnet wird. Rechtspluralismus stellt einen in rezenter Zeit vielfach diskutierten Gegenstand innerhalb unterschiedlicher Disziplinen wie der Rechtswissenschaft, der Politikwissenschaft sowie der Rechtsethnologie dar. Nach Griffiths bedeutet Rechtspluralismus „[...] the presence in a social field of more than one legal order.” (Griffiths 1986: 1) Griffiths (1986: 8) unterscheidet zwischen einem weichen und einem starken Rechtspluralismus. Bei Ersterem handelt es sich um die Integration anderer rechtlicher Systeme in den Rechtsstaat, wobei die zentrale und vorherrschende Ideologie in diesen Systemen weiterhin der

Rechtszentrismus ist. Das außerhalb des Rechtsstaats bestehende Gewohnheitsrecht muss anerkannt werden und deshalb in den dominanten Staat eingegliedert werden. Als sogenannten starken Rechtspluralismus identifiziert Griffiths „[...] the coexistence within a social group of legal orders which do not belong to a single ‘system’.” (Griffiths 1986: 8) Besonders in einigen lateinamerikanischen Ländern, allen voran in Ecuador und Bolivien, ist die Integration indigener Rechte in das ordentliche Rechtssystem zwar in der Theorie bereits weit fortgeschritten und existiert gleichberechtigt neben dem nationalen Recht, dennoch ist in Kolumbien der weiche Rechtspluralismus vorherrschend. In der neuen Verfassung von 1991 wird den indigenen Gemeinschaften im Artikel 246 zwar das Recht auf eine eigene Rechtsprechung zugestanden, jedoch ist dies an Konditionen gebunden und dem staatlichen Rechtssystem untergeordnet:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”
(Constitución Política de Colombia 2013)

In diesem Artikel erkennt die Verfassung neben den staatlichen Gerichten auch die indigene Rechtsprechung an. Die indigene Gerichtsbarkeit wird durch den Artikel jedoch dahingehend limitiert, dass diese nur innerhalb ihrer Territorien ausgeübt werden kann und ausschließlich im Rahmen der Verfassung und der Gesetze der Republik. Trotz der Anerkennung der indigenen Sonderrechte bestehen diese in Kolumbien nicht gleichberechtigt neben dem staatlichen Rechtssystem. Aufgrund einer fehlenden Gesetzgebung, der hierarchischen Konstellation der Rechtssysteme, aber auch wegen der Diversität der Kosm visionen sowohl seitens der Mehrheitsgesellschaft als auch seitens der indigenen Volksgemeinschaften, kommt es häufig zwischen den beiden Rechtsprechungen zu Unklarheiten hinsichtlich der Zuständigkeit. Diese Kompetenzkonflikte werden in dieser Arbeit durch juristische Fallstudien aus dem Departement Guajira, Kolumbien, diskutiert, wobei hauptsächlich Fälle von Mitgliedern der Gesellschaft der Wayuu Berücksichtigung finden. Auf der Halbinsel Guajira lebt ein ethnisches Volk mit präkolumbischen Wurzeln, deren Mitglieder

sich selbst als Wayuu bezeichnen und als Indigene identifizieren. Dies begründen sie mit einer gemeinsamen Geschichte, einer gemeinsamen Sprache, Wayuunaiki, diverser Traditionen und Gebräuche, ähnlicher Lebensweisen und Sozialstrukturen. Die ethnische Gesellschaft der Wayuu lebt sowohl in Kolumbien (185.000 Personen) als auch in Venezuela (255.000 Personen), und ist die größte indigene Volksgemeinschaft Kolumbiens (SINIC s.a.). Insgesamt gibt es 26 *resguardos*³ in dem Gebiet der Guajira (Sisaid 2013).

In dieser Diplomarbeit werde ich folgende Forschungsfrage bearbeiten:
Welche Konflikte der Zuständigkeit zwischen dem nationalen kolumbianischen Rechtssystem und dem indigenen Rechtssystem der Wayuu können anhand von Fallbeispielen aufgezeigt werden? In Bezug auf die Forschungsfrage stelle ich die Hypothese auf, dass verschiedene Arten von Konflikten in Bezug auf die Zuständigkeit zwischen dem kolumbianischen Rechtssystem und dem indigenen Rechtssystem der Wayuu auftreten können. Ich gehe davon aus, dass es Fälle gibt, bei denen die_der Angeklagte oder die Familie der_des Geschädigten nicht mit dem zugeteilten Rechtssystem einverstanden sind.

Der Aufbau dieser Arbeit beginnt mit einer Beschreibung der angewandten Methoden. Um den theoretischen Hintergrund der Arbeit darzustellen, wird in Kapitel 2.2. das Konzept des Rechtspluralismus erklärt. Im nächsten Kapitel liegt der Fokus auf der Anerkennung indigener Rechte innerhalb des nationalen kolumbianischen Rechtssystems im geschichtlichen Kontext, was in der Beschreibung der neuen Verfassung aus dem Jahr 1991 mündet, mit der die Basis für die Anerkennung der indigenen Rechtsprechung entstand. Darauf aufbauend wird die Einbindung der indigenen Rechtsprechung in das nationale Rechtssystem anhand der geschafften Regelungen durch einschlägige Gerichtsbeschlüsse gezeigt. In 3.3. werden die Kompetenzkonflikte durch reale Beispiele beschrieben und in einen rechtlichen Kontext gesetzt. Hierfür sind Untersuchungen repräsentativer Fälle von verschiedenen indigenen Gruppen Kolumbiens angestellt worden. Damit ist der allgemeine Rahmen der Arbeit abgeschlossen und es wird vertiefend auf die Konflikte der Zuständigkeit zwischen dem indigenen Volk der Wayuu und dem nationalen Rechtssystem eingegangen:

„[...] en no pocas ocasiones se presentan conflictos entre la norma legal y la norma

³ Kollektiveigentum von Land siehe kolumbianische Verfassung von 1991 Artikel 329

tradicional que practican los naturales de cada comunidad; especialmente en lo relacionado con la sanción de faltas o delitos; la territorialidad; el matrimonio, las obligaciones personales, políticas y sociales, el sentido de pertenencia y cohesión; así como otros valores culturales. Tal vez en estos campos, en el caso concreto de la nación Wayuu, los dos polos de conflicto con la sociedad civil, giren en torno a los conceptos de territorio y a la aplicación de la Ley colombiana, y en lo cual no pocas veces se presentan conflictos, entre las autoridades tradicionales y las autoridades estatales.” (Hernández Guerra, Martínez Ubáñez 2005: 17, 18)

Abschließend werde ich die Ergebnisse, die ich aus der Untersuchung der Fälle mit dem Hintergrund der theoretischen Ausarbeitung gewonnen habe, in einer Conclusio zusammenfassen.

2. Methode und Theorie

Legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an idea, a claim, an illusion.”

(Griffiths 1986: 4)

2.1. Methode

Zuerst soll das Konzept des Rechtspluralismus beschrieben werden, wobei die Erarbeitung anhand von ausgewählter Literatur aus dem Fachbereich des Rechtspluralismus erfolgt. Anschließend wird der Rechtspluralismus innerhalb des kolumbianischen Staates in Bezug auf die indigene Rechtsprechung dargestellt. Hierfür werden sodann die entsprechenden Artikel der kolumbianischen Verfassung analysiert und im Anschluss daran werden die Urteilssprüche durch den Verfassungsgerichtshof mithilfe ausgewählter Fallanalysen untersucht. Im weiteren Verlauf erfolgt die Darstellung der Einbindung der indigenen Rechtsprechung innerhalb des nationalen kolumbianischen Rechtssystems, was anhand ausgewählter Literatur aus den Wiener Universitätsbibliotheken sowie aufgefundener Literatur aus Rechtsbuchhandlungen in Bogotá und Riohacha erarbeitet wird.

Weiter wird das Gesetz 270 von 1996 beschrieben, das die öffentliche Funktion der Rechtsprechung festlegt. Anschließend wird auf die in Gerichtsurteilen entwickelten Regelungen der Koordination in Bezug auf das indigene Sonderrecht und das nationale Rechtssystem eingegangen. Im nächsten Kapitel folgt die Vorstellung der indigenen Gesellschaft der Wayuu und deren Rechtssystem anhand von Fachliteratur.

Des Weiteren fließen auch die Ergebnisse von Beobachtungen, die ich während meines Aufenthaltes in der Gemeinschaft der Wayuu von el Cabo de la Vela durchgeführt habe, in meine Ausarbeitungen mit ein. Außerdem gelang es mir auch, qualitative Interviews mit ausgewählten Personen durchzuführen, deren Erkenntnisse ebenso eine wichtige Grundlage für meine Arbeit bilden. Das erste Interview wurde am 25.02.2013 mit Weildler Guerra Curvelo geführt, dem ehemaligen Beauftragten des Büros für Indigene Angelegenheiten in Riohacha und jetzigem Chef der *Banco de República* in Riohacha. Im Interview berichtete Guerra Curvelo von seinen Erfahrungen als Beauftragter des Büros für Indigene Angelegenheiten und auch darüber, welche juristischen Konflikte er lösen musste. Ein Treffen mit der aktuell Beauftragten des Büros für Indigene Angelegenheiten in Riohacha, Yelenca Elena Gutierrez Fajardo, war trotz wiederholter Versuche nicht möglich. Insgesamt fanden vier Treffen mit dem Anwalt Claro Cotez in dem „Indigenen Haus“⁴ – Riohacha -, am 19.02.2013, 14.03.2013, 20.03.2013 und am 04.04.2013 statt. Herr Cotez erzählte von seiner Arbeit als indigener Anwalt sowie von den Kompetenzkonflikten, mit denen er zu tun hat. Zwei weitere Gespräche folgten über das Onlinekommunikationssystem Skype mit Claro Cotez, um zusätzliche Informationen zu einem bestimmten Fall zu erhalten. Außerdem fand ein Treffen mit dem indigenen Anwalt, Roberto Fajarro, am 03.04.2013 in Uribia statt. Er sprach über die fehlende Sensibilisierung der Polizei und staatlichen Repräsentanten gegenüber der indigenen Rechtsprechung. Die Richterin *Promisco Municipal* von Uribia, war nicht zu einem Interview bereit. Am 05.04.2013 folgte das Gespräch mit dem Strafrichter Carlos Altamiranda Baldiris in seinem Büro in Riohacha. Von ihm erhielt ich zwei wichtige Fälle sowie den Hinweis auf ein Seminar zu indigener Rechtsprechung.

Die Suche von exemplarischen Fällen aus der Volksgemeinschaft der Wayuu

⁴ Im Casa Indígena wird Mitgliedern der Gemeinschaft der Wayuu, der Aruaca und Wiwa in Konfliktfällen geholfen

stellte sich entgegen meiner Erwartungen als besonders schwierig heraus. Alle Interviewpartner, außer der Richter Altamiranda und die Richterin *Promisco Municipal* aus Uribia, bestätigten die Vermutung, dass es zu vielen Kompetenzkonflikten zwischen dem nationalen Rechtssystem und der indigenen Rechtsprechung der Wayuu kommt. Im Verlauf der Nachforschungen kristallisierte sich heraus, dass die Sensibilisierung zu diesem Thema vonseiten der staatlichen Institutionen sehr gering ausfällt. Es fiel häufig die Aussage, dass es gar keine indigene Rechtsprechung gäbe. Der Richter Altamiranda wirkte zuerst sehr hilfsbereit, sprach jedoch nicht über die Kompetenzkonflikte in Riohacha, sondern nur über andere Regionen. Er behauptete, dass es diese in Riohacha kaum gäbe, widersprüchlich zu den Aussagen der indigenen Anwälte und der *Pütchipü'ü*. Als größte Herausforderung stellte sich die Suche nach einem Zugang zu Fällen in den Archiven, die grundsätzlich für die Öffentlichkeit zugänglich sein sollten, heraus. Der Richter Altamiranda behauptete, es gäbe diese Konflikte mit der Gesellschaft der Wayuu nicht, wogegen die Richterin aus Uribia erklärte, dass das Archiv nicht katalogisiert sei und es daher unmöglich sei, einen Fall zu finden.

Der Richter Altamiranda stellte mir sowohl den Fall eines Mitglieds der indigenen Gruppe der Wiwa, als auch den Velorio-Fall zu Verfügung. Als Quelle für die Fälle von Alexander Jusayu, Andis Javier Álvarez Epiayu, Luis Antonio Gómez García und Rubén Lorenzo Fragozo diente mir das Internet. Vom Archiv des Strafgerichts in Riohacha wurde der weiterführende Fall von Alexander Jusayu ausgehändigt. Der Gerichtsschreiber Gustavo Fonseca übersandte den Fall von Juan Carlos Plaza Ipuana sowie den weiterführenden Fall von Andis Javier Álvarez Epiayu. Auf den Homepages des Verfassungsgerichtshofs und des Obersten Gerichtsrats wurde auf die Fälle anderer indigener Gemeinschaften Kolumbiens zugegriffen. Die Fälle werden in dieser Arbeit zuerst beschrieben und nach der zuvor dargestellten Rechtslage analysiert.

2.2. Theoretischer Rahmen

Wie in der Einleitung erwähnt, existieren in Kolumbien mehrere Rechtssysteme nebeneinander, weshalb hier von einem Rechtspluralismus gesprochen werden kann. Um das Konzept des Rechtspluralismus beschreiben zu können, muss zuerst das Konzept von Recht näher erläutert werden. Hart erklärt die

Schwierigkeit einer Definition von Recht wie folgt: „Few questions concerning human society have been asked with such persistence and answered by serious thinkers in so many diverse, strange, and even paradoxical ways as the question ‘What is law?’.” (Hart 2012: 1)

2.2.1. Konzept von Recht

Das Zitat von Hart fasst die Schwierigkeit einer einheitlichen Definition von Recht zusammen, daher werden im Folgenden verschiedene Konzepte von Recht angesprochen. Nach Tamanaha gibt es keine einheitliche Definition des Begriffes Recht in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Rechtspluralismus. Die Begriffsbestimmung der Vertreter des Rechtspluralismus „[...] suffer[s] from a persistent inability to distinguish law sharply from social life, or legal norms from social norms.“ (Tamanaha 2000: 299) Die Schwierigkeit einer Definition besteht demnach darin, Recht vom sozialen Leben zu trennen, oder rechtliche Normen und sonstige Normen auseinanderzuhalten.

Griffiths erklärt Recht mit dem semi-autonomen Sozialfeld von Sally Falk Moore: [...] law is the self-regulation of a semi-autonomous social field‘. The idea that only the law of the state is law, properly so called ‘is a feature of the ideology of legal centralism and has for empirical purposes nothing to be said for it. “(Hervorhebung im Original; Griffiths 1986: 38) Damit spricht sich Griffiths (1986: 3) gegen die Ansicht des so genannten Rechtszentrismus aus, die besagt, dass Recht ausschließlich innerhalb des Staates existiert. Er folgt stattdessen dem Konzept von Sally Falk Moore und sieht Recht als die Selbstregulierung eines semi-autonomen Sozialfeldes an. Moore schließt von Pospisils “Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems”, dass “[...] between the body politic and the individual, there are interposed various smaller organized social fields to which the individual “belongs.” These social fields have their own customs and rules and the means of coercing or inducing compliance.” (Falk Moore 1973: 721, unter Bezugnahme auf Pospisil) Die semi-autonomen Sozialfelder existieren nach Falk Moore als verschiedenste organisierte soziale Felder zwischen den staatlichen Institutionen und dem Individuum. Ein semi-autonomes Sozialfeld ist durch seinen prozessualen Charakter gekennzeichnet, der es ermöglicht, innerhalb des Feldes Regeln zu generieren und deren Einhaltung zu erwirken. Die verschiedenen

Felder existieren nicht geschlossen und getrennt von anderen, sondern überlappen sich gegenseitig und bilden komplexe Ketten, wodurch staatliche und auch private Regelungen auf semi-autonome soziale Felder und deren eigene Regeln und Gebräuche einwirken. Häufig haben staatliche Gesetze jedoch nicht den geplanten Effekt auf soziale Felder, da die internen Strukturen oft stärker sind als die neu aufoktroyierten Gesetze (Falk Moore 1973: 723).

Roberts betrachtet das Konzept von Recht nicht nur in Hinsicht auf die Beziehung zwischen Staat und anderen sozialen Feldern, sondern setzt es in einen geschichtlichen Zusammenhang: „So much of our sense of what law ‘is’, is bound up with, and has been created through, law’s association with a particular history - early on, the emergence of secular government in Europe; later, the management of colonial expansion.“ (Roberts 1998: 98) Somit sieht Roberts den Begriff Recht als Produkt der europäischen Geschichte. Das Konzept Recht und der geschichtliche Kontext stehen daher in einer ursprünglichen und wechselseitigen Verbindung, weshalb Roberts davon abrät, das Konzept von Recht in ein analytisches System umzuwandeln und dieses auf andere Gesellschaften anzuwenden:

Overall, my feeling is that it is inevitably problematic to attempt to fix a conception of law going beyond the robust self-definitions of state law. Where the project is to recover formerly ‘suppressed discourses’, we should begin that process in their own terms, not by telling them what they ‘are’. This means resisting the temptation to co-opt them into that enlarged domain that an explicitly legal pluralism implies. (Roberts 1998: 105)

Auch Sánchez Botero spricht die Problematik an, verschiedene Rechtssysteme zu vergleichen, da dies zu Missinterpretationen derselben führen kann: „Es un hecho, por cierto muy extendido, que tradicionalmente se han confundido los fenómenos externos, lo que hace, o no hace la gente, por comparación con otras sociedades con lo que es la cultura propiamente.“ (Sánchez Botero 2005: 225f.) So können äußere Phänomene einer Gesellschaft durch den Vergleich mit der eigenen Kultur verwechselt und falsch verstanden werden.

Diese Missinterpretationen entstehen durch das subjektive Rechtsempfinden eines Individuums, das wiederum auf der Identität der beobachtenden Person beruht. Das individuelle Rechtsempfinden einer Person stützt sich auf unterschiedliche Bezugsrahmen: Wächst beispielsweise ein Mitglied

der Gruppe der Wayuu innerhalb der indigenen Gemeinschaft auf, so wird es durch das Rechtsverständnis innerhalb dieser Gesellschaft geprägt. Lebt ein durch das indigene Rechtsverständnis der Wayuu geprägtes Individuum außerhalb des Territoriums der Gemeinschaft, so kann dieses das *ley wayuu* (siehe 4.1.3.) beibehalten, dieses in Folge des Einflusses der Mehrheitsgesellschaft ablehnen oder auch die beiden Rechtssysteme vermischen. Das individuelle Rechtsempfinden kann sich hierbei auf die eigene Person, aber auch auf andere Menschen beziehen. Die Kombination verschiedener Strukturen oder Praktiken führt zu einer Hybridisierung soziokultureller Prozesse, wodurch neue Objekte, Strukturen und Praktiken entstehen (García Canclini 2001: 2). Durch die Hybridität der Rechtssysteme gibt es für die Mitglieder indigener Gemeinschaften in Kolumbien keinen einheitlichen Bezugsrahmen zu dem Konzept von Recht, da es von verschiedenen Einflüssen geprägt wird. Mit dem Rechtssystem variiert auch die Schuldfrage, da sich ein_e Indigener_e innerhalb der indigenen Rechtsprechung selbst als schuldig ansehen kann, innerhalb der staatlichen Rechtsprechung jedoch als unschuldig, oder umgekehrt. Kommt eine indigene Person nun mit den Repräsentanten des staatlichen Rechtssystems in Kontakt, können letztere andere Konzepte anwenden und einen Konflikt in einem vollkommen anderen Zusammenhang betrachten. Die Mitglieder der Mehrheitsgesellschaft sehen das Andere aus der Perspektive des Eigenen, wodurch das Verständnis des Anderen verändert wird. Der wissenschaftliche Diskurs des Eigenen und des Anderen/Fremden, geprägt durch Wissenschaftler wie Gayatri Spivak⁵, Edward Said⁶ und Hakan Gürses⁷ mit Bezug auf Foucault, führt zu der Annahme, dass wir durch die Prägung durch unsere Gesellschaft und Umgebung das Andere immer mit dem Hintergrund unserer eigenen Identität betrachten und so färben. Das Betrachten des Anderen mit dem Hintergrund des Eigenen führt zu Missinterpretationen, die durch Sensibilisierung, Anerkennung und Information über das Andere vermieden werden können. Um ein gegenseitiges Verständnis zu fördern, ist beidseitige Sensibilisierung vonnöten. Konkret auf diese Arbeit bezogen, können Missinterpretationen Grund für Kompetenzkonflikte zwischen der staatlichen Rechtsprechung und den indigenen

⁵Spivak, Gayatri Chakravorty 2008: Can the Subaltern Speak? Postkolonialität und subalterne Artikulation. Deutsche Bibliothek (Hsg.). Verlag Turia + Kant. S. 21-65.

⁶Said W., Edward (2012³): Orientalism. Neu Delhi: Penguin Books.

⁷Gürses, Hakan (2009): Des Kaisers Tiere.

<http://kulturrisse.at/ausgaben/012009/kulturpolitiken/des-kaisers-tiere>. [Zugriff am 18.1.2014]

Rechtssystemen sein, was im Kapitel 4.2. explizit behandelt wird.

Um das Konzept des indigenen Rechts zu definieren, teilt Sánchez Botero (2005: 226) die Diskussion um den Begriff indigenes Recht in drei unterschiedlichen Klassifizierungen auf: Das erste Konzept geht davon aus, dass Gesellschaften ohne Tribunale, Autoritäten oder geschriebene Gesetze kein Recht besitzen. Diese Gesellschaften haben vielmehr Sitten und Gebräuche oder soziale Kontrolle. Viele indigene und nicht-indigene Intellektuelle hingegen klassifizieren das Gewohnheitsrecht als „más o menos configurado, más o menos estructurado, llamándolo también ‚tradicional‘, para concluir que es ‚más o menos derecho‘ con relación al Derecho [...]“.(Sánchez Botero 2005: 226) In diesem zweiten Konzept wird das indigene Recht als ein „mehr oder weniger Recht“ in Bezug auf das staatliche Recht definiert. Das dritte Konzept geht von einem „derecho propio“, von einem eigenen Recht, aus, wodurch die eigenen Arten und Weisen der verschiedenen Gesellschaften, ihr soziales Leben zu ordnen, ihre Konflikte zu lösen und die Ordnung der Gemeinschaft zu bestimmen, gezeigt wird. Die Prinzipien und Vorgehensweisen dieser eigenen Rechte stammen aus ihrem eigenen sozialen Umfeld, beinhalten aber auch Elemente, die von außerhalb der Gesellschaft angenommen wurden (Sánchez Botero 2005: 226).

Für Roberts ist der Begriff Recht zu sehr von dem Eigenen, von dem eurozentristischen Weltbild, geprägt und sollte daher nicht über das Andere gestülpt werden. Er geht so weit zu behaupten, dass „[...] eine Übereinstimmung zwischen unseren eigenen Rechtsinstitutionen und den Kontrollmechanismen nichtwestlicher Gesellschaften fehlt und daß [sic!] wir deshalb darauf verzichten sollten, den Großteil unseres rechtstheoretischen Gedankengutes anzuwenden.“ (Roberts 1981: 28) Roberts (1981: 28) empfiehlt daher, den Begriff Recht für andere Gesellschaften gar nicht erst zu verwenden, sondern stattdessen die Begrifflichkeiten Ordnung und Konflikt, die jedoch nicht mit einer Rechtsprechung gleichgesetzt werden können.

Benda-Beckmann stimmt Roberts dahingehend zu, dass „in naming concepts such as law, one cannot escape completely from ethnocentric influences.“ (Benda Beckmann 2002: 54) Er widerspricht jedoch der Aussage von Roberts, dass sich Sozialwissenschaftler nicht ausreichend von den Bedeutungen, die innerhalb ihrer Gesellschaft entwickelt wurden, lösen können. Durch die Trennung vom eurozentrischen, staatlichen Recht und anderen Rechtssystemen

kann sich Roberts nicht von der Rechtsideologie trennen, dass Staat und Recht direkt konzeptuell verbunden sind. Benda-Beckmann schlägt daher vor, das Konzept von Recht auszuweiten und so die verschiedenen historischen Entfaltungen von Recht zu vergleichen. Ein ausgedehnteres Konzept von Recht bedeutet nicht, alle Elemente der unterschiedlichen Rechtssysteme in die Definition von Recht miteinzubauen, sondern diese als Variationen anzusehen (Benda-Beckmann 2002: 54f.). Das Konzept von Recht kann also ebenso getrennt vom Staat betrachtet und auch angewandt werden. In dieser Arbeit wird das Konzept von Recht ausgeweitet und nicht nur den staatlichen Institutionen, sondern auch den Rechtssystemen indigener Gesellschaften zugeschrieben. Recht existiert in verschiedensten Formen: Es kann sich dabei um einen geschriebenen oder gesprochenen Text handeln oder Recht kann auch im Wissen von Menschen bestehen. Es kann aber auch in Personen, Organisationen, Ressourcen, soziale Beziehungen und Institutionen eingearbeitet sein, indem diesen ein rechtlicher Status gegeben wird. Als letzten und auch wichtigsten Punkt nennt Benda-Beckmann die Existenz von Recht in sozialen Prozessen oder Interaktionen. Personen richten ihre Aktionen nach dem Recht und werden davon beeinflusst, wodurch Recht eine Quelle sozialer Interaktionen sein kann oder auch eine Legitimierung bestimmter Handlungen. Ebenso kann es dazu verwendet werden, ein gewisses Ziel zu erreichen (Benda-Beckmann 2002: 65ff.). Die verschiedenen Rechtsordnungen werden häufig von Teilnehmern oder Entscheidungsträgern gegeneinander ausgespielt und so gewählt, wie es in den entsprechenden Situationen vorteilhafter für sie ist. So koexistieren verschiedenste Arten von sozialer Praxis und Wechselbeziehungen, wodurch unterschiedliche Systeme in der einen Situation verschmelzen, in der anderen hingegen getrennt betrachtet werden (Benda-Beckmann 2002: 69f.).

2.2.2. Konzept von Rechtspluralismus

Der Begriff Rechtspluralismus entstand im Zusammenhang mit der kolonialen Gesellschaft. Hier wurde erstmals in der Literatur der Pluralismus oder auch Dualismus analysiert, der asymmetrische Machtbeziehungen zwischen der von Europa kommenden Minderheit und der indigenen Mehrheit aufzeigte. Zuerst bezog sich der Begriff Pluralismus auf die Ökonomie und wurde anschließend auf

das Soziale und Kulturelle ausgeweitet. Diese konzeptuelle Verwendung von Pluralismus wurde dann auf das Konzept des Rechtspluralismus ausgedehnt (Benda-Beckmann 2002: 60).

Rechtspluralismus ist also „durch eine Koexistenz unterschiedlicher Rechtsordnungen innerhalb derselben Gesellschaft gekennzeichnet [ist]“. (Benda-Beckmann 2007: 7) Im Gegensatz zum Rechtszentrismus, der davon ausgeht, dass “[...] law is and should be the law of the state, uniform for all persons, exclusive of all other law, and administered by a single set of state institutions [...]”. (Griffiths 1986: 3) Als Vertreter des Rechtspluralismus meint Griffiths, dass

“[...] legal reality is rather an unsystematic collage of inconsistent and overlapping parts, lending itself to no easy legal interpretation, morally and aesthetically offensive to the eye of the liberal idealists, and almost incomprehensible in its complexity to the would-be empirical student.” (Griffiths 1986: 4)

Auch Galanter spricht von der Heterogenität von Recht: “[...] law in modern society is plural rather than monolithic, [that] it is private as well as public in character and [that] the national (public, official) legal system is often a secondary rather than a primary locus of regulation.” (Galanter 1981: 20) Normative Regelungen und Gesetzgebungen gibt es also nicht nur im staatlichen Sektor, sondern auch innerhalb der Gemeinschaft. Galanter geht davon aus, dass der Großteil der Konflikte nicht vor Gericht, sondern im Privaten und alternativ gelöst wird. Franz von Benda Beckmann geht so weit zu sagen, dass „ [...] we do not have to prove to anyone *that* it [legal pluralism] is there.” (Hervorhebung im Original; Benda-Beckmann 2002: 39) Rechtspluralismus ist für ihn eine unumstößliche Tatsache, die es nicht zu beweisen gilt.

Griffiths (1986: 8) unterscheidet zwischen einem weichen und einem starken Rechtspluralismus. Bei Ersterem handelt es sich um die Integration anderer rechtlicher Systeme in den Rechtsstaat. Die zentrale und vorherrschende Ideologie ist in diesen Systemen weiterhin der Rechtszentrismus. Das außerhalb des Rechtsstaats bestehende Gewohnheitsrecht muss anerkannt und in Folge in den dominanten Staat eingegliedert werden. Als starken Rechtspluralismus identifiziert Griffiths „ [...] the coexistence within a social group of legal orders which do not belong to a single ‘system’.” (Griffiths 1986: 8) Innerhalb einer

sozialen Gruppe können mehrere Rechtsordnungen nebeneinander bestehen, ohne einem einzelnen System anzugehören. Diese Definition von Rechtspluralismus kritisiert Benda-Beckmann, da Griffiths weder erklärt, was eine Rechtsordnung ist noch wo der Unterschied zu finden ist. Für Benda-Beckmann existiert Rechtspluralismus nicht nur dort, wo mehrere Rechtsordnungen aufeinandertreffen, sondern auch innerhalb eines Rechtssystems. Daher schlägt er vor, zwischen einem systeminternen Pluralismus und einem Pluralismus der Systeme zu unterscheiden. In der vorliegenden Arbeit wird von einem Pluralismus der Systeme ausgegangen, da dieser in Kolumbien anzutreffen ist. Dies äußert sich dadurch, dass neben dem staatlichen Rechtssystem die Rechtsordnungen der indigenen Gruppen bestehen. Auch das Rechtskonzept von Benda-Beckmann dient dieser Arbeit als Grundlage. Der Begriff Recht wird daher nicht nur den staatlichen Institutionen zugeschrieben, sondern auch auf die verschiedenen Rechtssystemen der indigenen Gesellschaften ausgeweitet.

3. Nationales Rechtssystem und indigenes Sonderrecht

Con la Constitución del 91, nace históricamente un nuevo modelo de nación en Colombia, orientado a valorar y fortalecer las diferencias; rompe la hegemonía de la sociedad occidental como modelo único a seguir. Impuso este reconocimiento la derogación del principio de igualdad formal y la restricción de los valores que etnocéntricamente excluían culturas diferentes, pensadas como “incivilizadas”, “atrasadas” o “bárbaras”. (Sánchez Botero 2005: 227)

3.1. Anerkennung indigener Rechte innerhalb des kolumbianischen Staates

Kolumbien gilt als Vorreiter der Anerkennung indigener Rechtsprechung, die in der Verfassung des Jahres 1991 mündete, wodurch der Rechtspluralismus offiziell in der Verfassung verankert wurde (Kuppe 2010: 10). Bis dorthin war es jedoch ein weiter Weg und ein stetiger Kampf für die indigene Bevölkerung.

3.1.1. Geschichtliche Zusammenfassung indigener Rechte in Kolumbien

Das 15. Jahrhundert und die erste Hälfte des 16. Jahrhunderts waren geprägt von der „Entdeckung“ des neuen Kontinents Amerika und des alten Kontinents Asien (Varela Iglesias 2005: 123). Nach der Conquista Kolumbiens im 16. Jahrhundert erfolgte im Zuge der Kolonialisierung die Bildung eines kolonialen Systems und somit auch ein institutionelles Rechtssystem (Roldán Ortega 2000: 7f.). In dem Königreich „las Indias“ existierten daher sowohl die Rechtsprechungen der indigenen Gruppen als auch das staatliche Recht. Gleichzeitig bestanden in Europa zur Zeit der spanischen Kolonialisierung „räumlich, sachlich und personell differenzierte und parallel bestehende rechtliche Ordnungssysteme innerhalb ein und desselben politischen Gebildes“ (Kuppe 2010: 3) nebeneinander. In diesem Rahmen legten die spanischen Kolonialherren eher Wert darauf, die bestehenden Organisationsformen und Rechtssysteme in das koloniale System einzubauen und die oberste Kontrolle zu behalten, als diese abzuschaffen (Kuppe 2010: 3). Die Eroberung erfolgte zunächst durch die Ermordung der Indigenen und die Auslöschung ihrer Kultur. Die darauffolgenden Diskussionen in Spanien ergaben, dass die indigene Bevölkerung als Menschen und nicht als Tiere angesehen wurde, woraufhin die Eroberung dieser Menschen von der spanischen Krone durch ihre Aufgabe der christlichen Missionierung legitimiert wurde. Die *Reyes Católicos* erließen infolge der Misshandlungen der indigenen Bevölkerung Gesetze zu deren Schutz, die jedoch nur in den seltensten Fällen eingehalten wurden. Als Alternative der gewaltsamen Eroberung sollte die Unterwerfung der indigenen Bevölkerungsgruppen Lateinamerikas durch das starke Vorantreiben der gewaltfreien Missionierungen vonstattengehen (Sánchez 2001: 11f.). Parallel entwickelte die spanische Krone Anfang des 16. Jahrhunderts das Encomiendas-System, das als Bezahlung für die Soldaten diente. Einem „encomendero“, Auftragnehmer, wurden mehrere hundert Indigene zugeschrieben, die zu Tributzahlungen verpflichtet wurden. Die Auftragnehmer waren für die Sicherheit und die Missionierung der Indigenen verantwortlich und erhielten dafür die Tributzahlungen, die entweder in Form von Geld, Naturalien oder Arbeitskraft bezahlt werden konnten, wobei letzteres die meist geleistete Art der Zahlung war. Auch das System der „repartimientos“, der Aufteilungen, zwang die indigene Bevölkerung offiziell zur Arbeit für die Gemeinschaft. Inoffiziell war dies jedoch ein

System der Zwangsarbeit für die spanischen Eroberer (Varela Iglesias 2005: 141). Ende des 16. Jahrhunderts führte die spanische Krone das „*resguardo indígena*“ ein. Dies ermöglichte indigenen Gruppen innerhalb des „Virreinato de la Nueva Granada“ – heutiges Kolumbien – Teile ihres Territoriums zu behalten (Roldán Ortega 2000: 10f.). Das *resguardo indígena* gab das Recht auf ein eigenes Territorium und verpflichtete die Bewohner zu Tributzahlungen und Arbeit für den Staat. Das *resguardo* bedeutete nicht nur eine territoriale Trennung der indigenen Bevölkerung von den spanischen Einwanderern, sondern auch eine juristische, politische und steuerliche Segregation. Diese Trennung ermöglichte den indigenen Gruppen ihre Traditionen und ihre Kosmovision beizubehalten. Für die „*encomenderos*“ bedeuteten die *resguardos* Machtverlust, weshalb diese effektiv gegen die Installation dieses Systems arbeiteten. Im 18. Jahrhundert wurden große Teile der *resguardos* aufgelöst und an die Nachkommen der spanischen Eroberer übergeben (Sánchez 2001: 13f.).

In Kolumbien fand im Kontext der Französischen Revolution und ihren Grundpfeilern der *Egalité*, *Fraternité* und *Liberté* sowie des Fokusses auf Individualität und Eigentumsrecht, die Sonderstellung der indigenen Gemeinschaften innerhalb des Staates keinen Platz mehr. Die Vertreter des jungen Staates legten eher Wert darauf, eine gemeinsame Identität zu finden und nicht auf die Besonderheiten einzelner Gruppen einzugehen (Sánchez 2001: 14). Mit dem Hintergrund eines aufgeklärten und liberalen Staatsmodelles wurden die indigenen Bewohner in der spanischen Verfassung im Jahr 1811 zu Staatsbürgern gemacht (Kuppe 2010: 4).

Das für die gesamte Bevölkerung geltende Rechtssystem wurde in Lateinamerika nach der Unabhängigkeit der einzelnen Staaten eingesetzt. In den neu gegründeten Staaten wurde ein „frühliberalbürgerliches System eingeführt, das sich in Hinblick auf sein Selbstverständnis am ‚modernen‘ Modell von Staatlichkeit orientierte.“ (Kuppe 2010: 4) Für die Rechtssysteme der Länder bedeutete dieses Modell die Monopolstellung auf die staatliche Rechtsprechung. Die formale Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz wurde in der Realität jedoch nicht umgesetzt. Die Mitglieder indigener Gruppen galten zwar als Bürger, hatten jedoch nicht die gleichen Rechte. Die eigenen Institutionen und Kosmovisionen dieser Bevölkerungsgruppe wurden ignoriert und die indigenen Formen der Rechtsprechung wurden von den neuen Regierungen nicht in das staatliche Rechtssystem integriert oder in anderer Form anerkannt. Die indigenen Gruppen

waren oft Diskriminierung und Ausbeutung ausgesetzt. Viele Gesetze trafen besonders indigene Bevölkerungsgruppen aufgrund ihrer Lebensweise und führten zu Zwangsarbeit und Landraub (Kuppe 2010: 3ff.).

Mit dem Machtantritt der konservativen Partei unter der Führung von Rafael Nuñez wurde das Miteinander von Staat und indigener Gemeinschaften in Kolumbien für die nächsten 100 Jahre bestimmt (Sánchez 2001: 16). Dies erreichte Nuñez durch das Gesetz 89 aus dem Jahre 1890, „Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada“. (Ley 89 de 1890, 2013) Das Gesetz betraf die bereits „zivilisierten“ indigenen Gruppen, da für die „wilden“ und „semiwilden“ Gemeinschaften die Missionare zuständig waren und nur teilweise in die Verantwortung des Staates fielen (Sánchez 2001: 16). Durch dieses Gesetz wurde die Integrations- und Protektionspolitik gegenüber den indigenen Gruppen legalisiert (Mueses 2011: 217f.). Trotz der Integrationspolitik hinter dem Gesetz 89 trug es zur Erhaltung der *resguardos* und *cabildos* bei, innerhalb derer indigenen Gemeinschaften die Möglichkeit geschaffen wurde, eine gewisse Autonomie beizubehalten und sich sowohl selbst zu organisieren als auch eigene Rechtssysteme zu verwenden. Es folgte eine Phase des Bürgerkriegs zwischen der konservativen und der liberalen Partei, der von 1945 bis 1965 andauerte und durch den große Bevölkerungsteile gezwungen waren zu fliehen (Sánchez 2001: 16f.). Besonders das 20. Jahrhundert war geprägt von der Integrationspolitik des Indigenismus. Die fortwährende Ausgrenzung indigener Völker sollte durch die Eingliederung indigener Gruppen in die Bevölkerung und durch die Unterdrückung deren Kultur verhindert werden (Kuppe 2010: 6). Auch die Territorien der indigenen Gruppen kamen durch ökonomische Interessen in Bedrängnis, besonders die brachliegenden Gebiete (Mueses 2011: 218). Nach Kuppe beruhte die Politik der Integration auf drei Grundgedanken, die in ganz Lateinamerika zutreffen:

Förderung wirtschaftlicher Integration der indigenen Gruppen; Beschleunigung von deren Integration in das politische Leben des Staates; und schließlich „kulturelle“ Assimilierungspolitik, bei der unter anderem die indigenen Sprachen nach und nach durch das Spanische ersetzt werden sollten. (Kuppe 2010: 6)

Das Ziel der Integrationspolitik war die Vereinheitlichung des Nationalstaates und somit die Verdrängung kultureller Eigenheiten indigener Gruppen (Kuppe 2010: 6).

Im Rahmen der Integrationspolitik wurden verschiedene Institutionen, wie die *Comisión de Cultura Aldeana*, das *Instituto Indigenista de Colombia* und der *Servicio Arqueológico Nacional*, gegründet. Gedacht als Stützen zur Assimilierung indigener Gruppen, verhalfen diese Entitäten zu einer vertiefenden Identitätsbildung derselben Gruppen, die eigentlich verstärkt in den Staat integriert werden sollten. Kuppe (2010: 6) sieht dies sogar als „[...] eine der Voraussetzungen für die spätere, auch länderübergreifende, indigene Mobilisierung [...]“. Mit dem Gesetz 81 aus dem Jahr 1958, *Ley sobre Fomento Agropecuario de las Parcialidades Indígenas*, änderte sich die Sicht auf die indigenen Bevölkerungsgruppen. Aus den „Wilden“ und „Unzivilisierten“ wurde nun eine „unterentwickelte“ Landbevölkerung (Sánchez 2001: 18). Die Integrationsstrategie behielt die Regierung in dem Gesetz zwar bei, sie konzentrierte sich nun aber hauptsächlich auf die ökonomische und soziale Entwicklung der indigenen Volksgemeinschaften. Außerdem versprach die Integrationsstrategie den Schutz ländlicher Territorien, speziell der Gebiete indigener Gruppen (Roldán Ortega 2000: 14). Gleichzeitig gab das Gesetz 135 aus dem Jahre 1961 dem INCORA – *Instituto Colombiano de la Reforma Agraria* – das Recht zur Entscheidung über die Auflösung eines *resguardos* und auch die Gründung desselben (Mueses 2011: 221). Einerseits versuchten die Vertreter des kolumbianischen Staates die indigene Bevölkerung zu unterstützen und deren wirtschaftliche und soziale Entwicklung voranzutreiben, andererseits verweigerten sie ihnen die Möglichkeit zur Selbstbestimmung und behielten sich das Recht vor, über deren Zukunft zu bestimmen. Durch die neu gewonnene Aufmerksamkeit von Seiten der Regierung und der Gründung neuer Kommissionen und Institutionen die indigene Bevölkerung betreffend, wurde den indigenen Gruppen ermöglicht, ihre eigenen Rechte und Möglichkeiten innerhalb des Staates kennenzulernen und sich dessen bewusst zu werden (Roldán Ortega 2000: 14f.). Durch das massive Eingreifen in indigenes Territorium seitens des Staates und durch das neu gewonnene Bewusstsein der indigenen Gruppen gründeten letztere eigene Institutionen, wie den *Consejo Regional Indígena del Cauca*, das *Cabildo Mayor de San Andrés de Sotavento*, die *Autoridades Indígenas Tradicionales* und den *Consejo Regional Indígena del Vaupés*, um ihre Territorien und Lebensweisen zu verteidigen (Sánchez 2001: 19).

Exkurs: Internationaler Einfluss auf indigene Rechte

Auch international wurde der Druck auf die Staaten mit indigenen Bevölkerungsgruppen größer. Durch die ILO (International Labour Organisation) wurden spezielle Übereinkommen vereinbart, um die Arbeitsbedingungen der indigenen Gruppen zu verbessern (Kuppe 2010: 7). Das ILO Übereinkommen Nummer 107 aus dem Jahre 1957 wurde in das Gesetz 31 von 1967 in Kolumbien miteinbezogen:

por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes, adoptado por la cuadragésima reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1957). (Congreso de Colombia 2010: 1)

In Kolumbien wurde das Abkommen 1967 ratifiziert, hatte trotz dieses Gesetzes nach der Meinung Mueses jedoch wenig Einfluss auf die Innenpolitik des Landes (Mueses 2011: 222). Mit dem ILO Übereinkommen Nummer 107 sollten der Schutz und die allmähliche Integration der Indigenen vorangetrieben werden, wobei jedoch deren Traditionen und Gebräuche weiterhin beibehalten werden sollten. In den 80er Jahren wurde das

Übereinkommen Nr. 107 noch einmal überarbeitet. Das neue Nachfolgeübereinkommen Nummer 169 entfernt sich von dem Assimilationsgedanken. Es steht für die autonome Entwicklung und Selbstbestimmung indigener Völker. In dem Abkommen werden sowohl die indigenen Akteure anerkannt, als auch deren eigene Prioritätensetzung. Die Bewahrung ihrer eigenen Traditionen und Organisationen wird jedoch nur unter dem Gesichtspunkt gestattet, dass weder die innerstaatlichen Grundrechte noch die Menschenrechte verletzt werden (Kuppe 2010: 7f.). Kolumbien ratifizierte das Übereinkommen 169 vier Monate vor der Aufstellung der neuen Verfassung (Roldán Ortega 2000: 33). Durch das Gesetz 21 wurde die Ratifizierung in die Gesetzgebung miteingebaut (Ley 21 de 1991, 2006).

Später folgte im Jahr 1966 der UN Pakt über bürgerliche und politische Rechte, den Kolumbien am 29.10.1969 ratifizierte (United Nations 2013). Der Pakt besagt in seinem ersten Artikel:

Alle Völker haben das Recht auf Selbstbestimmung. Kraft dieses Rechts entscheiden sie frei über ihren politischen Status und gestalten in Freiheit ihre wirtschaftliche, soziale und

Hier wird zwar von Völkern gesprochen, nicht jedoch explizit auf Personen eingegangen, die sich als indigen bezeichnen.

Die viel später entstandene UN-Deklaration über die Rechte indigener Völker von 2007 geht nun ausdrücklich auf indigene Bevölkerungsgruppen ein. Sie trägt im internationalen Rahmen zur Stärkung der Rechte der indigenen Gruppen bei. Den indigenen Gruppen wird in der Deklaration das Recht auf Selbstbestimmung ausdrücklich zugesprochen. Außerdem werden in der Deklaration ihre eigenen rechtlichen Institutionen anerkannt (Kuppe 2010:

Indigenous peoples have the right to promote, develop and maintain their institutional structures and their distinctive customs, spirituality, traditions, procedures, practices and, in the case where they exist, juridical systems or customs, in accordance with international human rights standards. (UN-Deklaration)

Auch hier werden die anerkannten Rechte dahingehend eingeschränkt, dass sie mit den internationalen Menschenrechten in Einklang stehen müssen. In dieser Zeit entstand ein Umdenken. Das Konzept des Rechtszentrismus geriet ins Wanken (Kuppe 2010: 8f.).

In den 70er Jahren wurde die Politik der Bevormundung indigener Gemeinschaften weitergeführt (Mueses 2011: 222f.). Durch internationalen und auch nationalen Druck, hauptsächlich seitens der indigenen Gruppen, begann die kolumbianische Regierung in den 80er Jahren eine Art Dialog mit den indigenen Organisationen und Gemeinschaften aufzubauen. Durch die voranschreitende Mobilisierung regionaler indigener Gruppen wurde der Ruf nach einer überregionalen Organisation immer größer und so folgte im Jahre 1982 die Gründung der ONIC – *Organización Nacional Indígena de Colombia* (Sánchez 2001: 20). Die verstärkte Vertretung indigener Organisationen und deren Anerkennung durch den Staat sowie die Kommunikation untereinander verbesserte die Möglichkeiten der Wiedergewinnung und Legalisierung der indigenen Territorien (Mueses 2011: 224).

Kolumbien 1991	Peru 1993	Bolivien 1994	Ecuador 1998	Venezuela 1999
Art. 246: Die Autoritäten der indigenen Völker können innerhalb ihres territorialen Zuständigkeitsbereichs rechtsprechende Funktionen in Einklang mit ihren eigenen Normen und Verfahren ausüben, solange diese nicht der Verfassung und den Gesetzen der Republik widersprechen. Das Gesetz wird die Art und Weise der Koordination dieser Sondergerichtsbarkeit mit dem nationalen Rechtssystem regeln.	Art. 149: Die Autoritäten der bäuerlichen und eingeborenen Gemeinschaften können, mit Unterstützung der bäuerlichen Selbsthilfekomitees, innerhalb ihres territorialen Zuständigkeitsbereichs in Einklang mit dem Gewohnheitsrecht rechtsprechende Funktionen ausüben, solange diese nicht die fundamentalen Rechte der Person verletzen. Das Gesetz wird die Art und Weise der Koordination dieser Sondergerichtsbarkeit mit den Friedensrichtern und den sonstigen rechtsprechenden Instanzen festlegen	Art. 171: Die natürlichen Autoritäten der indigenen und bäuerlichen Gemeinschaften können die Funktionen der ... Anwendung eigener Normen, in Einklang mit ihren Sitten und Verfahren soweit diese nicht dieser Verfassung und den Gesetzen widersprechen, zur alternativen Konfliktlösung ausüben. Das Gesetz wird diese Funktionen mit den Befugnissen der Staatsgewalten in Einklang setzen.	Art. 191, Abs. 3: Es wird das Recht der Autoritäten der indigenen Völker auf Ausübung von Funktionen der Gerichtsbarkeit unter Anwendung eigener Normen und Verfahren in Einklang mit ihren Sitten und ihrem Gewohnheitsrecht zur Lösung interner Konflikte anerkannt, solange diese nicht der Verfassung und den Gesetzen widersprechen. Das Gesetz wird diese Funktionen mit dem nationalen Rechtssystem in Einklang bringen..	Art. 260: Die legitimen Autoritäten der indigenen Völker haben das Recht, in ihrem Lebensraum rechtsprechende Institutionen, die auf ihren hergebrachten Traditionen beruhen und gemäß ihrer eigenen Normen und Verfahren nur für ihre eigenen Angehörigen wirksam sind, zur Anwendung zu bringen, solange diese nicht dieser Verfassung, dem Gesetz und der öffentlichen Ordnung widersprechen. Das Gesetz wird die Art und Weise der Koordination dieser Sondergerichtsbarkeit mit dem nationalen Rechtssystem festlegen.

Abbildung: 1 Kuppe 2010:

In den 80er Jahren kam es zur Neugestaltung vieler Verfassungen lateinamerikanischer Länder. (Siehe Abbildung 1) Besonders prägnant erscheint Kuppe (2010: 2f.) die neue Verfassung Kolumbiens aus dem Jahr 1991. An der Versammlung, die die neue Verfassung erstellte, nahmen auch Repräsentanten indigener Gruppen teil und bestimmten das Ergebnis des Verfassungstextes mit. Die ausschlaggebenden Ereignisse zur Verfassungsbildung lagen ebenfalls in den 80er Jahren. Das Land war geprägt von politischer Instabilität und Gewalt (Brunnegger 2005: 83). Auch hatte der Staat seine Glaubwürdigkeit durch fehlende Ermöglichung politischer Partizipation und aufgrund der geringen Beachtung von Forderungen verloren, was die Einbuße seiner Legitimität zur Folge hatte. Das staatliche Unvermögen, für öffentliche Ordnung und ein Ende der Gewalt zu sorgen, intensivierte das Misstrauen gegenüber der Regierung (Mueses 2011: 224). Als Lösung dieser Krise wurde die Entwicklung einer neuen Verfassung vorgeschlagen. Die kolumbianische Regierung musste verschiedenste Interessen beachten, was sie durch eine neu reformierte Agenda erreichen wollte. So konnten auch indigene Vertreter an den politischen Verhandlungen teilnehmen. In den Besprechungen zur Verfassungsänderung übernahm die ONIC die leitende Rolle aller indigener Organisationen. Den verschiedensten

anderen Gruppen, wie zum Beispiel Mitgliedern ehemaliger Guerilla Gruppen, wurde ebenfalls die Möglichkeit geboten, an den Verhandlungen der Verfassung teilzunehmen. Dieser Rahmen ermöglichte Diskussionen zu indigener Rechtsprechung, was die Anerkennung einiger Rechte von indigenen Gesellschaften einleitete (Brunnegger 2005: 83ff.). Kuppe fasst diese vorteilhaften Ereignisse wie folgt zusammen:

Diese indigene Mitwirkung im Rahmen von verfassungsgebenden Versammlungen erlaubt nicht nur, politische Ziele der indigenen Bewegungen in den verfassungsgebenden Prozess unmittelbar einzubringen, sondern erhöht durch Allianzen mit anderen Teilen der hier eingebundenen Zivilgesellschaft auch die Breitenwirkung der bis dahin politisch relativ isoliert agierenden indigenen Bewegung. (Kuppe 2010: 10)

Die Bildung einer neuen Verfassung war für die indigene Bewegung also eine Chance, an deren Ausarbeitung direkt teilzuhaben und dadurch auch ihre eigenen Ziele an die kolumbianische Gesellschaft weiterzugeben. In den Positionspapieren verschiedener Organisationen indigener Völker wurde darauf eingegangen, dass sie sich von der restlichen Gesellschaft Kolumbiens nicht nur durch ihre „kulturelle[n] und ethnische[n] Merkmale unterscheiden, sondern auch durch eine andere Kosmvision und tiefgreifende Besonderheiten in den menschlichen Lebensverhältnissen“. (Kuppe 2010: 10)

Die neue Verfassung bedeutet für die indigenen Gemeinschaften, die als solche anerkannt wurden, Selbstregierung, eine autonome Selbstbestimmung und die Möglichkeit, ihre Rechte einzufordern. Mueses sieht den Rückzug des Staates aus den indigenen Territorien und die darauffolgende Dezentralisierung als eine Strategie an. Hierdurch versucht die Regierung ihr eigenes Unvermögen auszubessern und den Bedürfnissen der indigenen Gemeinschaften nachzukommen. Gros führt diesen Gedanken sogar noch weiter: „[...] el reconocimiento de los derechos particulares (exorbitantes de la ley común) para los grupos étnicos, empezando por las formas de *autonomía*, puede aparecer como una estrategia para entrar, controlar y finalmente ‘modernizar’ las comunidades.“(Hervorhebung im Original; Gros 2012: 105) Gros sieht in der Anerkennung indigener Rechte seitens des Staates eine Strategie, um die indigenen Gemeinschaften zu kontrollieren und zu modernisieren.

3.1.2. Verfassung von 1991

Die neue Verfassung sollte für Kolumbien einen Neuanfang bedeuten, die Konstruktion eines neuen Staatsmodells, das nicht mehr auf der Vereinheitlichung, sondern auf der Diversität der Bevölkerung beruht. Sie entstand durch das Mitwirken von Vertretern indigener Organisationen und Gemeinschaften, wodurch diese eine rechtliche Stärkung und größere Einbindung in das politische Geschehen erwirken konnten.

Schon im ersten Teil der Verfassung, der von den fundamentalen Prinzipien handelt, beziehen sich fünf Artikel auf indigene Gemeinschaften. Im ersten Artikel der Verfassung heißt es:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.
(Hervorhebung durch die Verfasserin; Constitución Política de Colombia 2013)

Der erste Artikel verankert den Rechtspluralismus in die Verfassung Kolumbiens und öffnet so den Weg für die Anerkennung anderer Rechtssysteme. Im Artikel 7 erkennt der Staat die ethnische und kulturelle Diversität seiner Bevölkerung an und verpflichtet sich dazu, diese zu schützen: „El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin; Constitución Política de Colombia 2013) Für indigene Bevölkerungsgruppen bedeuten dieser Artikel und auch der nächste Artikel sowohl eine Anerkennung als auch eine Absicherung ihrer Kosm visionen und Lebensweisen. Mit dem achten Artikel verantwortet sich der Staat noch einmal explizit dazu, die natürlichen und kulturellen Reichtümer des Landes zu beschützen. „Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación“. (Hervorhebung durch die Verfasserin; Constitución Política de Colombia 2013) Der Artikel 287 gewährt den indigenen Autoritäten innerhalb ihres Territoriums die Selbstregierung:

ARTICULO 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus

intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Den territorialen Entitäten wird hier die Autonomie zugesprochen, ihre Interessen zu vertreten. Dies bedeutet, dass sie das Recht auf eine eigene Regierung haben und so die entsprechenden Kompetenzen ausführen können. Außerdem haben sie das Recht dazu, die Ressourcen zu verwalten und die nötigen Abgaben für das Ausführen ihrer Funktionen aufzuerlegen.

Der Artikel 329 besagt im dritten Kapitel, dass die Umgrenzung der indigenen Territorien vom Staat mit der Beteiligung indigener Repräsentanten durchgeführt wird:

ARTICULO 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

PARAGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo. (Constitución Política de Colombia 2013)

Außerdem wird darin festgelegt, dass indigenes Territorium ein Kollektiveigentum ist und auch unverkäuflich. Des Weiteren folgt Artikel 330, in dem die Aufgaben und Kompetenzen der anerkannten indigenen Autoritäten beschrieben werden:

ARTICULO 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los

usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

(Constitución Política de Colombia 2013)

Im selben Artikel wird die Ausbeutung der natürlichen Ressourcen innerhalb der indigenen Territorien festgelegt. Diese darf die soziale, kulturelle und ökonomische Integrität der Bewohner nicht verletzen und es müssen bei Entscheidungen über die Ausbeutung natürlicher Ressourcen indigene Repräsentanten hinzugezogen werden.

Eines der wichtigsten Ergebnisse der Verhandlungen während der Verfassungsbildung für die indigene Gemeinschaften ist der Artikel 246 im achten Titel, fünftes Kapitel, der den indigenen Gesellschaften das Recht auf eine eigene Rechtsprechung gibt:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (Constitución Política de Colombia 2013)

Dieser Artikel besagt, dass indigene Autoritäten innerhalb ihres territorialen Bereiches nach ihren eigenen Normen und Verfahren Gerichtsfunktionen ausüben können. Die Regierung erkennt also an, dass neben den staatlichen Gerichten auch indigene Rechtsprechung gültig ist. Der Verfassungsgerichtshof bestätigt dies in dem Fall T-254 aus dem Jahr 1994 mit den Worten:

La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la constitución y a la ley. (Cifuentes Muñoz 1994)

Die indigene Gerichtsbarkeit wird durch den Artikel jedoch dahingehend limitiert, dass sie diese nur innerhalb ihres territorialen Bereiches ausüben können und ausschließlich im Rahmen der Verfassung und der Gesetze der Republik. Dies bringt einige Schwierigkeiten mit sich, da zum Beispiel gesetzlich festgelegt ist, dass eine Gefängnisstrafe und Geldstrafe nur bei einer Verurteilung als Bestrafung möglich sind. Diese Bestrafungen werden jedoch nicht in jeder indigenen Gemeinschaft Kolumbiens angewandt (Artikel 11, 12; Constitución Política de Colombia 2013). Zuerst scheint es, dass der Staat im Artikel 246 den indigenen Gruppen große Freiräume zuspricht und die indigene Rechtsprechung in gewisser Weise beschützt. Genauer betrachtet, wird die indigene Rechtsprechung jedoch durch den Verfassungs- und Rechtsrahmen limitiert und sie muss mit dem nationalen Rechtssystem koordiniert werden. Nach Sánchez Botero ist die indigene Rechtsprechung daher nur möglich, solange sie Teil der staatlichen Justiz ist:

La Constitución reconoce la justicia de los indígenas y, en cierta manera, la protege, pues les otorga y autoriza su ejercicio dentro de su ámbito territorial, pero, enseguida de ese reconocimiento y protección a lo diverso, la limita al marco constitucional y legal de la República, y se anuncia que deberá coordinar con el sistema judicial nacional (Artículo 246 C.P.), es decir, la justicia indígena, con todo lo particular y propio que tenga, es posible en tanto hace parte de algo 'más grande', la justicia de la República de Colombia. (Sánchez Botero 2010: 119)

Dies bestätigt, dass in Kolumbien der weiche Rechtspluralismus vorherrschend ist, da die indigene Rechtsprechung nicht alleinstehend anerkannt wurde, sondern nur im Rahmen des staatlichen Rechtssystems akzeptiert wird (siehe Griffiths 2.2.2.).

In der Sentencia No. C-139/96 legt der Verfassungsgerichtshof vier zentrale Elemente für den Artikel 246 fest, um die Möglichkeiten der indigenen Rechtsprechung genauer zu definieren:

El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. (Gaviria Díaz 1996a)

Die beiden ersten Elemente bilden das Zentrum der gewährten Autonomie, die sich nicht nur auf den gerichtlichen Bereich erstreckt, sondern durch die Möglichkeit der Bildung eigener Normen und Vorgehensweisen auch auf den legislativen Bereich übergeht. Das erste der zentralen Elemente der indigenen Rechtsprechung ist die Möglichkeit, dass juristische Autoritäten innerhalb der indigenen Gemeinschaft existieren. Nach dem zweiten Element müssen diese Autoritäten die Macht besitzen, eigene Normen und Methoden festzulegen. Das dritte und vierte Element stellen die Integration der indigenen Rechtsprechungen innerhalb des Kontextes der nationalen Gesetzgebung dar: Das dritte Element besagt, dass diese Rechtsprechungen und Normen der Verfassung und den Gesetzen des Staates unterworfen sind und viertens die Kompetenz des Gesetzgebers vorgesehen ist, um die Koordination zwischen den beiden Rechtssystemen zu bestimmen (Gaviria Díaz 1996a).

Der schon in Kapitel 3.1.1. beschriebene Konflikt des Staates zwischen der Anerkennung der Diversität und dem Wunsch nach Einheit schlägt sich auch im Artikel 246 der Verfassung nieder: „En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad.“ (Gaviria Díaz 1996a) Der Verfassungsgerichtshof spricht hier die Schwierigkeit an, eine Linie zwischen dem Schutz der ethnischen sowie kulturellen Diversität und der politischen Einheit sowie der Verteidigung einer minimalen Ethik, repräsentiert durch fundamentale Rechte, zu ziehen. Im nächsten Kapitel folgt die Beschreibung der Einbindung der indigenen Rechtsprechungen in das nationale Rechtssystem.

3.2. Einbindung des indigenen Sonderrechts in die nationale Rechtsprechung

3.2.1. Gesetz 270 aus dem Jahr 1996

Die kolumbianische Verfassung von 1991, wie in Kapitel 3.1.2. besprochen, nimmt die indigene Rechtsprechung in das staatliche Regelwerk auf und verschafft den indigenen Gemeinschaften somit einen legalen Rahmen, der ihnen erlaubt ihre eigenen Rechtssysteme anzuwenden. Im Gesetz 270 von 1996 ist die indigene Rechtsprechung als Teil der Judikative der öffentlichen Gewalt festgelegt:

Ley 270 de 1996

CAPÍTULO II.

DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR LAS AUTORIDADES

ARTÍCULO 12. DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR LA RAMA JUDICIAL. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria.

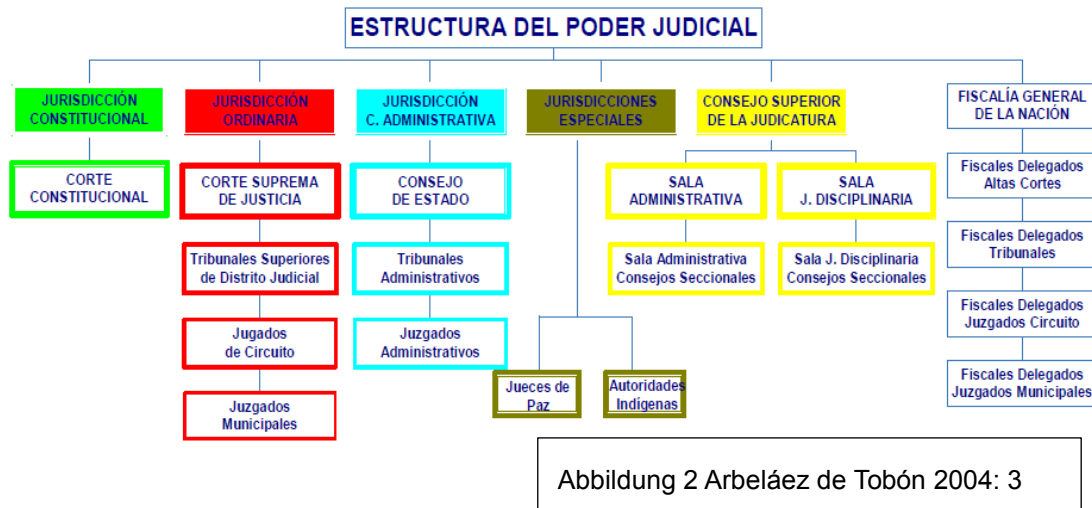
Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción. (Hervorhebung durch die Verfasserin; Ley 270 de 1996, 2013)

Das Gesetz 270 macht die indigene Rechtsprechung zu einem Teil des nationalen Rechtssystems (Sánchez, Beatriz Eugenia 2001: 74). Sánchez Botero beschreibt die Funktion des Gesetzes 270 wie folgt:

La Ley 270 de 1996 'Estatutaria de la administración de justicia' establece la función pública de administrar justicia, con el propósito de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en la Constitución Política. Esta ley define la forma como se integra la rama judicial y consagra la jurisdicción de los pueblos indígenas. (Sánchez Botero 2006: 95)

Das Gesetz bestimmt die öffentliche Funktion der Rechtsprechung, um die in der Verfassung fixierten Pflichten, Rechte, Freiheiten und Garantien festzulegen. Außerdem wird darin die Bildung des staatlichen Rechtsapparates definiert, worin auch die indigene Rechtsprechung integriert ist.

Neben dem Verfassungsgerichtshof (Corte Constitucional), dem Obersten Gerichtsrat (Consejo Superior de la Judicatura), der Ordentlichen Gerichtsbarkeit (Jurisdicción Ordinaria) und dem Verwaltungsstreitverfahren existieren die speziellen Rechtsprechungen. Zu diesen zählen das militärische Strafgericht, die indigene Rechtsprechung und die Friedensgerichtsbarkeit. Die juristische Gewaltenteilung ist in folgender Grafik dargestellt:



In der Grafik "Estructura del Poder Judicial" von Arbeláez de Tobón sind die indigenen Autoritäten als Teil des staatlichen Rechtsapparates abgebildet. Aus der Grafik geht jedoch nicht hervor, dass die indigene Rechtsprechung sowohl dem Obersten Gerichtshof als auch dem Verfassungsgerichtshof unterstellt ist.

3.2.2. Koordination zwischen der indigenen Rechtsprechung und dem nationalen Rechtssystem

Das vierte Element der vom Verfassungsgerichtshof festgelegten zentralen Punkte der indigenen Rechtsprechung (siehe 3.1.2.) besagt, dass die Kompetenz des Gesetzgebers vorgesehen ist, um die Koordination zwischen den beiden Rechtssystemen zu bestimmen (Gaviria Díaz 1996a). Jesús Enrique Piñacúe Achicué, ein Mitglied der Volksgemeinschaft der Nasa und großer Vertreter der Rechte der indigenen Gemeinschaften in Kolumbien, entwickelte in seiner Amtszeit als Senator und Mitglied der Partei *Alianza Social Indígena* (heute *Alianza Social Independiente*) insgesamt vier Projekte (Nummer 003 von 2000 Kammer, Nummer 029 von 2001 Kammer und Nummer 035 von 2003 Senat, Nummer 133 von 2010 Senat und Kammer) für die

Koordination zwischen der indigenen Rechtsprechung und dem nationalen Rechtssystem. Das Projekt Nummer 133 aus dem Jahr 2010 war ein Entwurf des Gesetzes 246, bezogen auf den Artikel 246 der Verfassung. Dieses Gesetz soll sowohl die Funktionen des indigenen Sonderrechts als auch die Koordination desselben mit dem nationalen Rechtssystem bestimmen. Keines der Projekte wurde angenommen und somit sind die eingebrachten Entwürfe hinfällig (Alianza Social Independiente 2013; Kuppe 2010: 9; Proyecto de Ley Estatutaria Número 246 de 2010, Ariza Santamaría 2010: 35f.).

Seit der Verfassung von 1991 entwickelten Wissenschaftler_innen und Institutionen verschiedene Konzepte für die Koordination zwischen der indigenen und nationalen Rechtsprechung. Ariza Santamaría fasst diese Konzepte in drei Typologien von Koordination zusammen: die institutionelle Koordination, die Grundkoordination und die Koordination „von unten“.

1. Institutionelle Koordination

Seit Jahren arbeitet der Oberste Gerichtsrat an der Stärkung der Beziehung des nationalen Rechtssystems zu den indigenen Rechtsprechungen, was zur Unterzeichnung des „Convenio de Cooperación Internacional con el Banco Interamericano de Desarrollo“ geführt hat. Dieses Abkommen hat das Ziel, spezifische Projekte für das Kennenlernen und die Stärkung des Fortschritts der indigenen Rechtsprechungen unter dem Schutz der Verfassung zu entwickeln. Durch dieses Abkommen entstand das Programm “Apoyo a la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional” innerhalb dessen ein Berater_innenkomitee eingeführt wurde und ein Kooperationsabkommen des Obersten Gerichtsrates mit der Nationalen Indigenen Organisation Kolumbiens (ONIC) unterzeichnet wurde. Letzteres dient dem Aufbau von Mechanismen der Koordination, Partizipation und Kooperation für die Durchführung des Projektes, das über fünf Komponenten entwickelt wird. Diese Komponenten beinhalten Öffentlichkeitsarbeit und Aufzeichnung der indigenen Rechtssysteme, interkulturelle Qualifikation, Untersuchungen und Beratung für die Unterstützung der indigenen Rechtsprechungen, Ausarbeitung eines Atlases dieser Rechtsprechungen sowie die Durchführung von Workshops zu indigener Rechtsprechung (Ariza Santamaría 2010: 19ff.).

2. Grundkoordination

Als weitere Art der Koordination beschreibt Ariza Santamaría das “Módulo de Capacitación Intercultural” das innerhalb des Programms „Stärkung der Koordination zwischen der Indigenen Rechtsprechung und dem Nationalen Rechtssystem“ entwickelt wurde. Der Autor zitiert hier das Werk von Carlos Zambrano⁸, der das Modul „Interkulturelle Qualifizierung“ genauer beschreibt. Das Modul entstand in einer interkulturellen Zusammenarbeit zwischen Richtern_innen und Indigenen Autoritäten, um die Rechte der indigenen Volksgemeinschaften zu stärken und um eine Möglichkeit der Sensibilisierung für die potentiellen Schwierigkeiten der Koordination zu finden. Hierfür wurden die kulturellen Praktiken der Rechtsverwaltung präsentiert, die sowohl in den indigenen Gruppen als auch im staatlichen System bestehen. Dieses Wissen soll der Koordination zwischen den Rechtssystemen dienen (Zambrano zitiert nach Ariza Santamaría 2010: 28f.).

La coordinación jurisdiccional es un procedimiento judicial de oficio o de parte que permite, de manera intercultural, que los jueces, magistrados de la República y autoridades indígenas entre sí se apoyen, consulten, coordinen, cooperen y actúen en ejercicio respetuoso de los principios de la administración de justicia, cuando un individuo que cometió un acto jurídico fuera de territorio se auto-identifica como indígena, o un no indígena lo comete contra persona o interés indígena, dentro o fuera del territorio indígena. (Zambrano zitiert nach Ariza Santamaría 2010: 29)

Die Gerichtskoordination ermöglicht auf interkulturelle Weise, dass sich die Richter_innen, die Justizbeamten_innen und indigene Autoritäten gegenseitig unterstützen, konsultieren, koordinieren und kooperieren. Somit kann durch die Koordination bei der Ausübung der Prinzipien der Gerichtsadministration ein respektvolles Handeln ermöglicht werden, sobald eine indigene Person innerhalb oder außerhalb des indigenen Territoriums oder eine nicht-indigene Person innerhalb des indigenen Territoriums in eine Rechtshandlung involviert ist. Daher bietet Zambrano die interkulturelle Sensibilisierung als eine Methode der besseren Koordinierung an, die als ein angewandtes Verfassungsrecht

⁸ Zambrano, Carlos (2005): Módulo de capacitación intercultural para la sensibilización de la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena. Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Organización Nacional Indígena de Colombia y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. (unveröffentlicht).

gesehen werden kann, da sie fundamentale Rechte garantiert, Gerechtigkeit gewährt und die ethnische und kulturelle Diversität beschützt. Zusammengefasst sollte die Koordination zwischen dem nationalen und den indigenen Rechtssystemen nicht bedeuten, dass indigene Autoritäten in Richter_innen und Richter_innen in indigene Autoritäten verwandelt werden, sondern dass die indigenen Rechtsprechungen akzeptiert werden und so ein unabhängiges Handeln innerhalb der indigenen Rechtsprechung möglich wird (Zambrano zitiert nach Ariza Santamaría 2010: 29ff.).

3. Koordination von unten

Ariza Santamaría nimmt Bezug auf seinen Artikel "Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia"⁹, in dem die verschiedenen lateinamerikanischen Erfahrungen zur Koordination zwischen den indigenen Rechtssystemen und den nationalen Rechtsprechungen untersucht werden. Für den Autor herrscht in den lateinamerikanischen Staaten trotz den Veränderungen in den verschiedenen Verfassungen und in den Gesetzen weiterhin ein juristischer Monismus vor, weshalb die Harmonisierung der juristischen Systeme vonnöten ist. Der interkulturelle Dialog und das interkulturelle Verständnis stellen eine große Herausforderung für die Koordination der beiden Rechtsprechungen dar. Außerdem braucht eine Koordinierung eine Transzendierung der Legislative, um Themen wie das Zusammenleben, die nationale Integration und die Rechtsadministration im plurikulturellen Kontext einzuarbeiten. Um Richtlinien für die Koordination zwischen der indigenen und der nationalen Rechtsprechung erarbeiten zu können, müssen zuerst Punkte wie die Festlegung von Kriterien und Regeln für das Definieren und Lösen von Kompetenzkonflikten, die Definition der Interventionsbereiche der indigenen Rechtsprechung sowie die genaue Darstellung der Beschränkungen derselben geklärt werden. Aufgrund dieser Aspekte ist dem Autor zufolge die Bildung stabiler Mechanismen der Koordination nötig, die auf den folgenden

⁹ Ariza Santamaría, Rosembert (2007): Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. In: Justicia Consuetudinaria. ¿Un matrimonio imposible? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente. Konrad Adenauer Stiftung: La Paz.

essenziellen Thematiken aufbauen sollten (Ariza Santamaría 2010: 32ff.):

- Die institutionellen Auswirkungen der Justizentscheidungen seitens der indigenen Autoritäten sollten durch die staatlichen Vertreter_innen anerkannt werden. Dies bedeutet beispielsweise, dass ein_e Indigener_e nicht zweifach für die gleiche Tat gerichtet werden kann, was nach Meinung des Autors häufig passiert.
- Die staatlichen Autoritäten sollten mitwirken, um die Entscheidungen dieser Autoritäten durchzusetzen, was speziell bei komplexen Fällen, die die effektive Kapazität der indigenen Gemeinschaften übersteigt oder bei Fällen die außerhalb deren territorialen Bereichen geschehen, notwendig ist.
- Es sollten investigative Abläufe entwickelt werden, die eine technische, logistische und technologische Unterstützung darstellen.
- Es sollte eine flexible Gefängnispolitik eingeführt werden, die an die unterschiedlichen ethnischen Ansichten hinsichtlich des Einsperrens, der Bestrafung, der Rehabilitation und der Resozialisierung angepasst werden sollte.
- Die indigenen Gemeinschaften sollten an den Ressourcenentscheidungen für die Rechtsadministration teilnehmen und auch selbst Mittel zugewiesen bekommen, da durch die Kompetenzübernahme der indigenen Rechtssysteme eine Entlastung für die ordentliche Rechtsprechung entsteht.
- Auch den Vertreter_innen der indigenen Rechtsprechung muss voller Zugang zu Informationen sowie ein kompatibles Registrierungssystem zwischen dem Indigenen und dem Staatlichen gewährt werden.

(Ariza Santamaría 2010: 34f.)

Ariza Santamaría (2010: 35) schließt aus diesen Ausarbeitungen, dass in Kolumbien noch keine Koordinationsgesetze eingeführt wurden und daher noch die Möglichkeit besteht eine „echte“ Koordination zu erarbeiten. Um diese „echte“ Koordination in der Praxis umzusetzen, müssen die grundsätzlichen

Arten der Koordination im Zusammenhang des interkulturellen Verständnisses betrachtet werden. Dem Autor zufolge kann sich die Koordination zwischen der indigenen und der nationalen Rechtsprechung in den folgenden Varianten ereignen:

- De manera natural en algunos casos.
- Con la aproximación de una de las autoridades indígenas o de los propios jueces.
- Por parte de las personas involucradas en un conflicto.
- A expensas de instituciones defensoriales o entes locales e incluso de ONG. (Ariza Santamaría 2010: 35)

Eine Koordination kann also auf ganz natürliche Weise, durch die Annäherung der indigenen Autoritäten oder der Richter_innen, durch die in dem Konflikt involvierten Personen oder auch durch Verteidigungsinstitutionen, lokale Institutionen und NGOs zustanden kommen.

Im Urteilsspruch C-139 von 1996 beschließt der Verfassungsgerichtshof, dass die Ausübung der indigenen Rechtsprechung nicht von der Ausstellung eines Gesetzes, das diese befähigen würde, abhängig ist. Indigene Autoritäten sind durch den Artikel 246 der Verfassung dazu autorisiert, Gerichtsfunktionen innerhalb ihres territorialen Bereiches nach ihren eigenen Normen und Vorgehensweisen auszuüben, solange diese nicht gegen die Verfassung und die Gesetze des Landes verstoßen (Gaviria Díaz 1996a).

La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador *coordinar* el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el *funcionamiento* mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo. (Gaviria Díaz 1996a)

Da die Verfassung direkte normative Effekte besitzt, hängt die Funktionsfähigkeit der indigenen Rechtsprechung nicht davon ab, dass der Gesetzgeber das Funktionieren der indigene Rechtsprechung koordiniert. Die Koordination der indigenen Rechtsprechung mit dem staatlichen Rechtssystem geschah daher seit Inkrafttreten der neuen Verfassung durch die Aufarbeitung der aufkommenden Problematiken bei Gerichtsprozessen des Verfassungsgerichtshofes (González Ortiz 2007: 57):

[...] algunos fallos de la Corte Constitucional, en su función de revisión de tutelas, permiten ilustrar estas diferenciada posiciones, centradas en las manifestaciones diversas que entrañan los distintos ordenamientos jurídicos, los cuales definen cuál es el entendimiento que se quiere privilegiar en la relación de la justicia indígena con el resto de la justicia nacional. (Sánchez Botero 2006: 121f.)

Der Richter -und ab Mitte der 90er Jahre Präsident des Verfassungsgerichtshofes - Carlos Gaviria Díaz nahm hierbei eine leitende Rolle ein. Eine weitere wichtige Persönlichkeit stellt Eduardo Cifuentes Muñoz dar, der ebenfalls in den 90er Jahren Richter und Präsident des Verfassungsgerichtshofs war. Im Folgenden wird ein möglichst umfassendes und klares Bild der festgelegten Regelungen beschrieben. Wie schon zuvor besprochen, fixiert der Verfassungsgerichtshof in der Sentencia T-552 de 2003 also, dass die indigene Rechtsprechung auch ohne geltende Gesetze durchgeführt werden kann:

[La jurisdicción indígena] [...], de acuerdo con la Constitución, debe regularse por una ley, cuya ausencia ha sido suplida por la Corte Constitucional, con aplicación de los principios *pro comunitas* y de maximización de la autonomía, que se derivan de la consagración del principio fundamental del respeto por la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano. (Escobar Gil 2003)

Der Verfassungsgerichtshof löst das Fehlen des Gesetzes durch die Anwendung der Grundsätze Autonomiemaximierung und Gemeinwohl, beruhend auf der Berücksichtigung der ethnischen und kulturellen Vielfalt. Der Fall SU-510 aus dem Jahr 1998 kann als eindeutiges Beispiel der Verteidigung der ethnischen und kulturellen Diversität Kolumbiens gesehen werden. Der gesetzliche Vertreter der Kirche *Pentecostal Unidad de Colombia* -IPUC- und 31 Mitglieder der indigenen Gruppe der Arhuaca reichen eine *Tutela* gegen mehrere Autoritäten derselben indigenen Gruppe ein. Letztere sollen mehrere, in der Verfassung genannte, fundamentale Rechte (das Recht auf Leben, auf persönliche Integrität, auf die freie Entwicklung der Persönlichkeit, auf Glaubensfreiheit, auf Religions- und Meinungsfreiheit, auf Ehre und auf persönliche Freiheit) verletzt haben. Die Kirche besteht seit ca. 39 Jahren in der Sierra Nevada von Santa Marta und so sind einige Mitglieder der indigenen Gruppe der Arhuaca der Glaubensgemeinschaft beigetreten. Einige der

Autoritäten der Arhuaca lehnen die Präsenz dieser Kirche innerhalb ihres Territoriums und auch die Teilnahme von Mitgliedern aus der Gemeinschaft der Arhuaca ab. Die Untersuchungen des Verfassungsgerichtshofs zeigen, dass die Ansichten der Kirche *Pentecostal* nicht mit der Lebensweise der Arhuacos vereinbar sind. Der individualistische Charakter der Wertvorstellungen der Kirche steht im Gegensatz zum Kollektivgedanken der Gemeinschaft der Arhuaca. Auch die Traditionen der Arhuacos werden von der Kirche abgelehnt (Cifuentes Muñoz 1998).

Indigene Personen haben durch die verschiedenen Artikel der Verfassung (siehe 3.1.2.) das Recht dazu, nach ihren eigenen Wertvorstellungen und Traditionen zu leben, solange sie selbst das wünschen. Der kolumbianische Staat erkennt die kulturelle Diversität seiner Staatsbürger an (Artikel 7 der Verfassung) und so folgt der Verfassungsgerichtshof dem Prinzip der Autonomiemaximierung und Minimierung der Beschränkungen. Diese Einschränkungen beruhen auf der Schwierigkeit, einen Weg zwischen der Diversität und der Einheit des Staates zu finden (siehe 3.1.2.; Gaviria Díaz 1996a), was im Kapitel 3.2.2.2. genauer betrachtet wird.

Die Autoritäten der Arhuacos haben durch die Verfassung (Artikel 330) das Recht, selbst nach ihren Gewohnheiten und Traditionen zu regieren, die auf einer zentralen Stellung der Weltanschauung in der Gemeinschaft beruhen, die durch die Praktiken der IPUC gefährdet wird. Aus diesen Gründen sieht der Verfassungsgerichtshof die Unterbindung der Religionsfreiheit der evangelischen Arhuacos als legitim an, da der Schutz der Kultur dies erforderlich macht. Auch das Verhindern der Missionierung nichttraditioneller Kulte und der Durchführung kollektiver Riten durch die evangelischen Arhuacos legitimiert der Verfassungsgerichtshof. Ebenso sind die indigenen Autoritäten durch die Verfassung (Artikel 329) dazu berechtigt, Nicht-Mitgliedern ihrer Gemeinschaft den Zutritt zu ihrem Territorium zu verweigern. Dies berechtigt die indigenen Autoritäten jedoch nicht dazu, die evangelischen Arhuacos aufgrund einer anderen Kosmovision zu bestrafen (Sánchez Botero 2010: 305). Der Verfassungsgerichtshof gibt dem Recht auf Erhalt der indigenen Kultur Vorrang vor dem Recht auf Religionsfreiheit und setzt so die Kollektivrechte über die fundamentalen Rechte eines Individuums. In diesem Fall statuiert der Verfassungsgerichtshof ein Exempel der Anerkennung der ethnischen und kulturellen Vielfalt des Landes.

3.2.2.1. Anerkennung der Autonomie der indigenen Rechtsprechung

Wie bereits in 3.2. beschrieben, wird den indigenen Gemeinschaften in der Verfassung die Autonomie zur Selbstregierung und zu einer eigenen Rechtsprechung innerhalb ihres territorialen Bereichs gegeben. Dies wurde auch vom Verfassungsgerichtshof in den Urteilen T-254 aus dem Jahr 1994 und C-139 aus dem Jahr 1996 bestätigt. Im Urteil T-349 von 1996 (Gaviria Díaz 1996c) erkennt der Verfassungsgerichtshof die Autonomie der indigenen Gesellschaften an, dass diese entscheiden können, ob sie einen Fall übernehmen oder ihn ablehnen.

En este sentido, si la autoridad indígena se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en una denegación de justicia; simplemente está ejerciendo su derecho. Pero también, si la autoridad indígena decide asumir el conocimiento del caso y las reglas vigentes determinan que es competente, debe conferirse igual valor a sus decisiones que a las de los jueces ordinarios (por oposición a indígenas). (Sánchez Botero 2006: 96)

Den Entscheidungen indigener Autoritäten wird hier der gleiche Wert zugeschrieben wie ordentlichen Richtern_innen. Außerdem wurden den indigenen Autoritäten drei Befugnisse in Hinsicht auf das Sonderrecht gegeben. Indigene Autoritäten sind dazu befugt, die Fälle, die ihnen nach den Kompetenzregeln zustehen, zu bearbeiten. Sie können die Angelegenheit nach ihren Ansichten lösen und sie haben die Befugnis, die juristischen Entscheidungen mithilfe von öffentlicher Gewalt durchzusetzen (Sánchez Botero 2006: 96).

3.2.2.2. Einschränkung der Autonomie der indigenen Rechtsprechung

Wie bereits angesprochen, versucht der kolumbianische Staat eine Balance zwischen der Erhaltung der kulturellen Diversität und den fundamentalen Rechten der Verfassung zu finden. Hier muss ein Weg zwischen der Anerkennung der Kollektivrechte und den individuellen Rechten gefunden

werden. So wird in verschiedenen Gerichtsurteilen festgelegt, wann die Autonomie der indigenen Gruppen bezüglich der eigenen Rechtsprechung eingeschränkt werden darf.

Las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, porque: se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; (Gaviria Díaz 1996c)

Der Verfassungsgerichtshof bestimmt, dass die Einschränkung der indigenen Autonomie auf dem Schutz eines höheren Interesses beruht. Als höheres Interesse sieht Gaviria Díaz das Recht auf Leben, das Verbot der Sklaverei und Folter, sowie das Recht auf einen legalen Prozess an. Im Urteil SU-510 aus dem Jahr 1998 werden Restriktionen folgendermaßen festgelegt: “[...] la diversidad étnica y cultural, como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir.” (Cifuentes Muñoz 1998: 3) Hier wird betont, dass die ethnische und kulturelle Diversität nur dann eingeschränkt werden kann, wenn die Ausübung derselben die legalen Normen und Verfassungsnormen, die von höherer Bedeutung sind als das zu beschränkende Prinzip, nicht anerkennt. Zusammenfassend schreibt Vargas Silva, dass die indigene Autonomie nur dann beschränkt werden kann, wenn ein höheres Interesse geschützt werden muss und wenn die Restriktionen die indigene Gesellschaft möglichst gering belasten (Vargas Silva 2010). Als essenziell sieht Cifuentes Muñoz das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren an:

El derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas que la realizan según "sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley" (CP art. 246). [...] El desconocimiento del mínimo de garantías constitucionales para el juzgamiento y sanción equivale a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso. (Cifuentes Muñoz 1994)

Dieses Recht garantiert “[...] los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de

proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción.” (Cifuentes Muñoz 1994) Unabhängig von den Normen und Methoden der indigenen Rechtsprechung muss von den indigenen Gemeinschaften das Recht auf einen fairen Prozess eingehalten werden.

Des Weiteren gibt der Verfassungsgerichtshof an, dass im Falle eines Kompetenzkonfliktes der_die Richter_in die Zuständigkeit bestimmen soll (Escobar Gil 2003: 2). In nächster Instanz ist es die Aufgabe des Obersten Gerichtsrats über die Zuständigkeit zu entscheiden (Ley 270 de 1996, 2013: Artículo 112). Dies ist auch in der Verfassung im Artikel 256 No. 6 so festgelegt: “Dirimir los conflictos que ocurran entre las distintas jurisdicciones.” (Constitución Política de Colombia 2013) Zuerst ist es jedoch Aufgabe des_der Richters_in festzustellen, ob eine indigene Rechtsprechung in dem bestimmten Fall überhaupt in Frage kommen könnte.

Para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que (i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado. A los elementos ya reseñados de la Jurisdicción especial indígena, habría que agregar, entonces, (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley. (Escobar Gil 2003: 2)

Grundsätzlich müssen die formalen Voraussetzungen erfüllt sein, dass es sich um eine indigene Gemeinschaft handelt, in der traditionelle Autoritäten existieren, die in einem festgelegten und offiziell anerkannten Territorium auftreten. Wie wird nun entschieden, ob eine Gemeinschaft als ethnische Volksgemeinschaft gilt oder nicht? Gaviria Diaz gibt dafür im Fall T-349 von 1996 eine Definition von Ethnizität. Gaviria Diaz kommt zu dieser Definition, da er zwei große Problematiken sieht, die der siebte Artikel der Verfassung – Schutz der kulturellen Vielfalt – für die Interpretation desselben hervorruft: “en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.” (Gaviria Diaz 1996c) Um der Generalisierung des Artikels

entgegenzuwirken, definiert Gaviria Diaz Ethnizität. Grundsätzlich geht er davon aus, dass das Konzept der Ethnie existiert und schließt so auf eine subjektive und eine objektive Kondition.

La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:(...) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente.” (De Obieta Chalbaud zitiert nach Gaviria Diaz 1996c)

Das kulturelle Bewusstsein einer Person, das heißt die individuelle Ansicht der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, wird hier als erste Kondition genannt. Die zweite Bedingung bezieht sich auf die äußeren oder materiellen Elemente, die eine bestimmte Gruppe zu einer ethnischen Gruppe machen. Diese Elemente können sich aus gemeinsamen Institutionen, Gewohnheiten, Traditionen, Kreationen und Vorstellungen zusammensetzen. Gaviria Diaz fasst diese zweite Kondition nach Obieta Chalbaud wie folgt zusammen:

En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos. (Obieta Chalbaud zitiert nach Gaviria Diaz 1996c)

Die nächste Voraussetzung besagt, dass innerhalb dieser Gruppe traditionelle Gebräuche und Praktiken vorhanden sein müssen, die nicht gegen die Konstitution und die Gesetze des Staates verstoßen. Diese Voraussetzungen überschneiden sich mit den vier zentralen Elementen, die die indigene Rechtsprechung formen:

In der indigenen Gemeinschaft

1. existieren eigene Rechtsautoritäten
2. sind eigene Normen und Methoden vorhanden,

3. die nicht gegen die Konstitution und Gesetze verstoßen
4. und die Koordination zwischen den beiden Rechtssystemen ist gesetzlich festgelegt.

Diese vier Aspekte werden im Folgenden näher beschrieben:

Indigene Gemeinschaft

Eine indigene Gemeinschaft gilt als eine Gruppe oder Einheit von Familien mit präkolumbischer Abstammung. Sie besitzt ein Bewusstsein für ihre Identität und teilt eigene Werte, Gebräuche und Charakteristika. Außerdem verfügt sie über eine Art der Regierung, Autorität, eine soziale Rolle oder auch ein eigenes normatives System, die sie von anderen Gruppen unterscheidet.

Comunidad o parcialidad indígena. Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes (Decreto 2164 de 1995, 2001)

Indigene Gruppen werden als Organisationen gesehen, mit Rechten und Obligationen. Durch ihre eigenen Autoritäten bestimmen sie die soziale Ordnung der Gemeinschaft.

Las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social. Respecto de las decisiones de la comunidad que afectan a uno de sus integrantes, no existen medios de defensa judicial. En consecuencia, el petente se encuentra en situación de indefensión respecto de una organización privada, la comunidad indígena, razón por la que está constitucional y legalmente habilitado para ejercer la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales. (Cifuentes

Indigene Gemeinschaften haben den Status von Organisationen, die mithilfe ihrer Autoritäten ihre Mitglieder regieren und eine soziale Kontrolle ausüben. Falls sich ein_e Angeklagte_r in einer wehrlosen Position gegenüber der Gemeinschaft und deren Autoritäten befindet, wird diesem das *Tutela*-Verfahren¹⁰ zur Verteidigung seiner fundamentalen Rechte ermöglicht. Das Tutela-Verfahren gibt den Bürgern Kolumbiens die Möglichkeit, ihre Grundrechte einzufordern, falls diese von einer öffentlichen Autorität verletzt werden. Die fundamentalen Rechte indigener Gemeinschaften sind folgende:

[...] el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios. (Ley 21 de 1991, 2006: 2)

Die fundamentalen Rechte der indigenen Gruppen sind das Recht auf Leben, das Recht auf die ethnische, kulturelle und soziale Integrität, was den Schutz der Diversität und des pluralistischen Charakters der Nation nach sich zieht, das Verbot jeglichen erzwungenen Verschwindens, das Recht auf Kollektiveigentum sowie das Recht an Entscheidungen bei der Ausbeutung natürlicher Ressourcen innerhalb der *resguardos* teilzunehmen.

¹⁰ **ARTICULO 86.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. (Constitución Política de Colombia 2013)

Eigene Rechtsautoritäten

In den indigenen Gesellschaften gibt es verschiedene Arten von Autoritäten oder gar kein Konzept von Autorität. Im Dekret 2164 aus dem Jahr 1995 werden indigene Autoritäten so definiert: „Las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social.” (Hervorhebung durch die Verfasserin; Decreto 2164 de 1995, 2001) Es kann sich hierbei um spirituelle Führer, wie die Mamo in der Sierra Nevada, die Werjyá der Uwa oder Tewala bei den Nasa, handeln. Im Amazonas- und Orinoco Gebiet trifft man eher auf Kaziken oder Kapitäne, wogegen in der Andenregion Gemeinderäte vorherrschend sind (Arbeláez de Tobón 2004: 13). Die Definition indigener Gemeinderäte lautet im Dekret 2164 von 1995 so:

Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad. (Decreto 2164 de 1995, 2001)

Es existieren jedoch auch Gemeinschaften, in denen traditionell gesehen keine Autoritäten vorhanden sind, wie es in der Gesellschaft der Wayuu der Fall ist. Wie in 4.1.1. beschrieben, sind die Verwandtschaftsverhältnisse die Basis der Gesellschaft, wobei sich der sozial relevante Nukleus aus den *apüshii*, den Verwandten mütterlicherseits und den *o'upayuu*, den *apüshii* des Vaters zusammensetzt. Die Konflikte werden zwischen den Familien ausgetragen, mit Hilfe eines *Pütchipü'ü*. Ein *Pütchipü'ü* entscheidet sich selbst für diese Aufgabe und kann mit einem Mediator verglichen werden. Wenn ein *Pütchipü'ü* sich geschickt verhält, kann er den Ausgang des Disputes beeinflussen, er besitzt aber keine Sanktionsgewalt oder anderweitige Autorität.

Eigene Normen und Methoden

[...] la facultad de administrar justicia de los pueblos indígenas va acompañada de la facultad de hacerlo según “sus propias normas y procedimientos”, lo que implica que la forma específica que adquiera cada uno de los elementos de la jurisdicción depende de las características de cada uno de los pueblos. Son las normas y procedimientos, los usos y costumbres los que determinan los conflictos de conocimiento de la autoridad judicial, los pasos que deben darse para llegar a una decisión, la forma de la decisión, y la manera como será usada la fuerza para lograr el cumplimiento de la decisión, lo cual trae consecuencias muy directas que deben atender los defensores de familia y los jueces. (Sánchez Botero 2006: 96)

Mit der Autonomie der eigenen Rechtsprechung wurde den indigenen Gesellschaften auch die Befugnis dazu gegeben, ihre eigenen Normen und Vorgehensweisen zur Lösung von Konflikten zu verwenden. Auch diese Voraussetzung ist nicht immer einfach zu erfüllen. Weder die Gruppe der Wayuu, der Nasa, der Arhuaca noch der Wiwa haben ihre Rechtssysteme verschriftlicht. Nach Benda-Beckmann existiert Recht in verschiedensten Formen, wie beispielsweise als ein geschriebener oder gesprochener Text oder als Wissen, das in den Menschen besteht. Ebenso kann es in Personen, Organisationen, Ressourcen, soziale Beziehungen und Institutionen eingearbeitet sein, indem diesen ein rechtlicher Status gegeben wird. Auch kann Recht in sozialen Prozessen oder Interaktionen bestehen (Benda-Beckmann 2002: 65ff.). In der Gesellschaft der Wayuu besteht Recht in den Familienverbänden. Es gibt grundsätzlich das System der Kompensation, das die Streitfälle zwischen den betroffenen Familien regelt. Es existieren jedoch keine festgelegten Beträge, die bei bestimmten Verbrechen eingefordert werden. Die Höhe und die Art (Geld, Ketten, Nutztiere) der Entschädigung werden bei jedem Fall individuell ausdiskutiert. Der Verfassungsgerichtshof erkennt jedoch auch Kompensationszahlungen und andere Arten der Rechtsprechung an (Gaviria Díaz 1996a).

Kein Verstoß gegen die Verfassung und die staatlichen Gesetze

Das indigene Sonderrecht darf nur innerhalb der Verfassung und der Gesetze des Staates geschehen. Bei einigen indigenen Gruppen wird unbezahlte Arbeit für die Gemeinschaft als Bestrafung oder eher Wiedereingliederungsmaßnahme gewählt (Kuppe 2010: 11). Dies widerspricht jedoch Punkt 17 der Verfassung: “**ARTICULO 17.** Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.” (Hervorhebung im Original; Constitución Política de Colombia 2013) Die Verfassung untersagt Sklaverei, Menschenhandel und Fronarbeit. Nicht entlohnte Arbeit wird bei indigenen Gruppen Kolumbiens als Strafe angewandt wird, was gegen die Verfassung verstößt.

Ein weiterer Punkt ist das Verbot der Folter, der im Fall No. T-523 aus dem Jahr 1997 aufgearbeitet wird: Francisco Gembuel Pechene (Paez) reicht eine *Tutela* gegen den Gouverneur der indigenen Gemeinschaft Jambaló und den Präsidenten der Vereinigung der Gemeinschaften der nördlichen Zone des Bundeslandes Cauca aufgrund der Verletzung seines Rechtes auf Leben, auf Gleichheit und auf einen fairen Prozess ein. Am 19.08.1996 wird der Bürgermeister von Jambaló, Marden Amulfo Betancur, ermordet. Francisco Gembuel und fünf weitere Personen werden in Folge verhaftet. Ihnen wird vorgeworfen, sie hätten den Bürgermeister vor Guerillas als Paramilitär ausgegeben und öffentlich behauptet zu haben, dass dieser eine rurale Sicherheitskooperative gebildet und öffentliche Gelder veruntreut haben sollte. Er wird aufgrund dieser Aussagen von der Guerilla getötet. Die Angeklagten werden in die Gemeinde Toribío gebracht, um Racheakte an ihnen zu vermeiden. Francisco verlangt daraufhin nach einem Anwalt. Die Autoritäten gewähren ihm einen Vertreter mit Sprachkenntnissen und Kenntnis der Kultur der Paez. Zeugen bestätigen, den Angeklagten mit der Guerilla gesehen zu haben (Gaviria Díaz 1997: 1ff.).

Am 24.12.1996 wird eine *Asamblea General* -Generalversammlung- abgehalten, um der Gemeinschaft die Ergebnisse der Untersuchung vorzulegen. Francisco reicht am Folgetag eine *Tutela* ein, da er seiner Meinung nach nicht der Schuldige am Tod des Bürgermeisters gewesen sei, sondern die Guerilla die Schuld trage. Außerdem seien seine Rechte auf einen fairen Prozess nicht eingehalten worden. Dies begründet er damit, dass die vorgebrachten Beweise geheim gehalten wurden und dass die Personen, die die Untersuchung durchführten und ihn verteidigen sollten, seine politischen Gegner und daher befangen waren. Außerdem gab es seiner Meinung nach keine Tradition der Verurteilung von Mord im Volk der Páez, da dies immer die nationale Justiz mithilfe der

indigenen Gemeinschaften übernommen habe. Er fordert den Abbruch der Versammlung und das Herausgeben der Informationen der Investigation. Die Versammlung findet trotzdem statt, Francisco verteidigt sich nicht gegen die Vorwürfe, sondern gibt nur an, dass er eine *Tutela* eingereicht habe. Das Ergebnis der Versammlung endet in der Festlegung der Bestrafung der Angeklagten mit 60 Peitschenhieben, Ausschluss aus der Gemeinschaft und den Verlust des Rechtes, öffentliche Posten zu wählen und dafür gewählt zu werden. Das Ausführen der Strafe wird auf den 10.01. verschoben, da die Familien der Angeklagten einen Aufruhr veranstalteten. Der erste Strafrichter der Gemeinde von Santander de Quilichao greift ein, da seiner Meinung nach das Recht von Francisco auf Verteidigung verletzt wurde und durch die Sanktionen das Leben des Angeklagten in Gefahr wäre. Er erklärt die Strafe der Gemeinschaft für ungültig und ordnet eine erneute Untersuchung an, "garantizando el debido proceso, el derecho de defensa y los derechos humanos al momento de determinar la pena". (Gaviria Díaz 1997: 1ff.) Der Richter begründet dies damit, dass nach dem Artikel 8 der Menschenrechte jedem ein Anwalt zustehe und dieser Francisco verweigert wurde. Außerdem kennt der Angeklagte das Beweismaterial nicht. Die 60 Peitschenhiebe stuft der Strafrichter als Folter ein, was eine Einschränkung der Autonomie der indigenen Rechtsprechung durch die Verfassung darstellt. Die indigene Autonomie ist dahingehend eingeschränkt, dass sie sich an einige Menschenrechte halten muss. Es handelt sich hier um das grundlegende Recht auf Leben, Verbot der Sklaverei, Verbot von Folter und die Legalität des Verfahrens. Der Gouverneur von Jambaló erklärt jedoch, dass die Peitschenhiebe die traditionelle Art der Strafe bei diesem Delikt seien. Der Verfassungsgerichtshof muss nun entscheiden, ob das Recht auf Verfahren verletzt wurde und ob die Strafe gegen die Verfassung und die Gesetze des kolumbianischen Staates verstößt. Die indigene Volksgemeinschaft der Paez konnte ihre kulturelle Identität bis heute erhalten und wiedererwecken. In ihrer Gruppe zählt die Strafe durch Peitschenhiebe zu den traditionellen Strafen, wie auch Zwangsarbeit und Entschädigung der Familie des Opfers (Gaviria Díaz 1997:1ff.).

Francisco gehört der indigenen Gesellschaft der Paez an, war dort sogar politisch tätig. Die Tat erfolgte auch auf dem Territorium der Gemeinschaft. Das heißt, dass sowohl nach dem individuellen, als auch nach dem territorialen Gesichtspunkt (siehe 3.3.1. persönliches und 3.3.2. territoriales Element) dieser Fall in die Zuständigkeit der indigenen Autoritäten fällt. Der

Verfassungsgerichtshof lehnt in Folge dieser Informationen die *Tutela* ab. Auch den Vorwurf, dass der Prozess nicht gerecht abgehalten wurde, weist der Verfassungsgerichtshof zurück. In dem Gesetz 78 wird Folter so definiert:

[...] todo acto por el cual se inflinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas (Gaviria Díaz 1997: 11)

Die Bestrafung mit der Peitsche wird vom Verfassungsgerichtshof nicht als Folter angesehen, da es sich um eine traditionelle Strafe handelt. Somit verstößt das Rechtssystem der Paez nicht gegen die Gesetze und die Verfassung (Gaviria 1997: 12ff.).

Zusammenfassend erarbeitet der Verfassungsgerichtshof im Rahmen des Urteilspruches T-552 aus dem Jahr 2003, was die indigene Rechtsprechung beinhaltet:

[...] considera la Sala que, en síntesis, la jurisdicción indígena comporta:

- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.
- Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.
- Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.
- Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.
- Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley.

Diese Elemente überschneiden sich mit den vier Kategorien, die schon zuvor besprochen wurden. Auch hier werden weitere Einschränkungen der indigenen Autonomie genannt und so ist der Artikel 246 keine Garantie für eine unbegrenzte Rechtsprechung, sobald ein Bezug zu indigenen Gruppen gegeben ist:

Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. (Gaviria Díaz 1996c)

Dem indigenen Sonderrecht sind Grenzen gesetzt, die in jedem Fall gesondert ausgelotet werden müssen. Die Tatsache, einer indigenen Gemeinschaft anzugehören, in dieser zu leben und nach deren Weltanschauung zu handeln, reicht in manchen Fällen nicht aus, um das Recht auf die eigene Rechtsprechung einfordern zu können. Einen weiteren problematischen Aspekt der indigenen Rechtsprechung spricht Sánchez Botero im folgenden Zitat an:

Otra afirmación que quiero rechazar es que existe un derecho indígena, puesto que lo que realmente existe es un derecho propio por cada pueblo; a no ser que este derecho indígena sea una construcción pensada sobre la sumatoria de los varios sistemas de derecho propio que existen en Colombia. Es posible expresar que hay una gran articulación entre estos derechos propios, como parte de un “sistema jurídico indígena” y el sistema jurídico estatal. Lo que es fundamental establecer es que cada pueblo de ese bloque no es igual a otro, no interactúa ni de igual modo, ni con la misma frecuencia con el sistema jurídico estatal. (Sánchez Botero 2005: 226f.)

Sowohl in der Verfassung als auch in den Gesetzen wird immer von DER indigenen Rechtsprechung gesprochen und nicht von DEN indigenen

Rechtsprechungen. Indigene Gruppen haben teilweise sehr unterschiedliche Rechtssysteme, man betrachte nur die beiden Gesellschaften der Wayuu und Nasa: In der Gesellschaft der Wayuu existieren keine Autoritäten, in der Gesellschaft der Nasa gibt es spirituelle Führer. Bei den Wayuu werden Konflikte zwischen den betroffenen Familien geregelt, die Nasa lösen Probleme mit der gesamten Gemeinschaft bei Versammlungen. Die einzige Gemeinsamkeit, die jede Gemeinschaft hat, ist, dass „[i]n jeder Gesellschaft [...] eine Reihe von Kontrollmechanismen der Bewältigung von Konflikten [dienen].“ (Roberts 1981: 15) Diese Kontrollmechanismen, Normen, Regeln, Rechtssysteme, Regelmäßigkeiten oder auch Gesetze sind in jeder Gemeinschaft unterschiedlich ausgeprägt und zwar aufgrund ihrer Vergangenheit, Gewohnheiten, Überlebensstrategien, sozialen Konstellationen und Lebensbasen. Diese verschiedensten Systeme wurden allgemein als *Jurisdicción Especial Indígena* bezeichnet und somit vereinheitlicht, ohne auf die unterschiedlichen Traditionen und verschiedenen Arten indigener Rechtssysteme einzugehen. Diese unterschiedlichen Strukturen benötigen eine differenzierte Koordination. So überrascht es nicht, dass es häufig zu Unklarheiten und Unwissen in Hinsicht auf die indigenen Gruppen und das indigene Sonderrecht kommt.

3.3. Kompetenzkonflikte zwischen der nationalen Rechtsprechung und dem indigenen Sonderrecht

Zwischen zwei Rechtsprechungen kann es zu Kompetenzkonflikten kommen, was eine Klärung der Zuständigkeit nach sich zieht. Auch innerhalb der indigenen Rechtsprechung kommt es zu Kompetenzkonflikten zwischen indigenen Autoritäten, was in dieser Arbeit jedoch nicht thematisiert wird. Durch die Interaktion mehrerer Rechtssysteme in einem multikulturellen und pluriethnischen Staat kann es zu einer Vielzahl unterschiedlicher Situationen kommen:

- Ein Individuum überschreitet eine interne Norm und wird nach dem internen System mit der dafür vorgesehenen Strafe bestraft.
- Ein Individuum überschreitet eine Norm und wird nach dem

internen System mit Sanktionen, die für diesen Fall von der ordentlichen Rechtsprechung definiert wurden, bestraft.

- Eine Person überschreitet eine Norm der Mehrheitsgesellschaft, da sie nach ihren eigenen Normen handelt. Die Person wird im staatlichen Recht durch die ordentliche Rechtsprechung gerichtet.
- Die Übertretung, die Norm, die die gegensätzliche Ordnung definiert und die Sanktion sind in beiden Rechtsprechungen gleich.
- Die Prinzipien oder Verfahren des eigenen Rechts kollidieren mit den Prinzipien oder Verfahren des staatlichen Rechts. Der Grund dafür sind meist die Objekte und/oder die Art der Bestrafung.

(Sánchez Botero 2005:239)

Eine Person kann sich in verschiedensten Situationen befinden, auch abhängig von den eigenen Wertvorstellung und dem subjektiven Rechtsempfinden des Individuums. (siehe 2.2.1.) In manchen Situationen kann es daher zu Kompetenzkonflikten zwischen der indigenen und der nationalen Rechtsprechung kommen, deren Regelungen im Anschluss erläutert werden.

In erster Instanz liegt es an dem_der Richter_in zu entscheiden, ob ein Kompetenzkonflikt vorliegt oder nicht. In zweiter Instanz wird der Fall an den *Consejo Superior de la Judicatura* – Oberster Gerichtsrat – weitergeleitet, wo die Zuständigkeit zugewiesen wird. Der *Corte Suprema de Justicia* – Oberster Gerichtshof – entscheidet in *Tutela*-Fällen. Falls bei diesen beiden Instanzen Revision eingelegt wird, geht dies an den *Corte Constitucional*, den Verfassungsgerichtshof. Die beiden Basiselemente des indigenen Sonderrechts, nach denen Richter_innen grundsätzlich entscheiden sollen, sind:

uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. (Hervorhebung durch die Verfasserin; Gaviria Díaz 1996c)

3.3.1. Persönliches Element

Der *Carácter personal* besagt, dass die Person einer indigenen Gemeinschaft angehört, in dieser aufgewachsen ist und darin lebt. Die Gruppe definiert sich durch eine eigene Wahrnehmung und Auffassung ihrer Lebensweise. Das betroffene Individuum muss die Kosmvision der Volksgemeinschaft ausleben, um ein Recht auf das indigene Sonderrecht zu haben (Sanabria Buitrago 2010:5). Unklarheiten entstehen, sobald es sich bei den Involvierten um Indigene verschiedener Gemeinschaften handelt, oder um eine Person, die sich selbst nicht als indigen sieht oder von der Gruppe nicht als Mitglied anerkannt ist. Außerdem muss bedacht werden, in wieweit das Individuum in seiner indigenen Gemeinschaft, aber auch in die Mehrheitsgesellschaft integriert ist. „La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable.” (Gaviria Díaz 1996c) Folglich ist die Aufgabe des_der Richters_in, eine passende und harmonische Lösung zu finden.

3.3.2. Geografisches Element

Das geografische Element steht grundsätzlich dafür, dass die indigene Rechtsprechung dann zuständig ist, solange es sich um einen Konflikt innerhalb des indigenen Territoriums handelt. Im Zusammenhang mit dem geografischen Element können dahingehend Probleme der Zuständigkeit entstehen, dass die Tat außerhalb des indigenen Territoriums gegen eine Person, die nicht Mitglied der indigenen Gemeinschaft ist, begangen wird. Dies hat zur Folge, dass „[...] el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad.” (Gaviria Díaz 1996c) Hier kann es grundsätzlich zu Problemen bei der Definition des Territoriums kommen. Das Konzept der Territorialität variiert signifikant von einer indigenen Gruppe zur anderen. Die Gemeinschaft der Wayuu definiert ihre Gebiete anhand ihrer Friedhöfe und Wasserstätten, wohingegen die Gesellschaft der Arhuaco die schwarze Linie das eigene Gebiet gegenüber dem Gebiet der kleinen Brüder, der nicht-indigenen Gesellschaft, zieht (Arbeláez de Tobón 2004: 14).

3.3.3. Unzurechnungsfähigkeit

Das Konzept der Unzurechnungsfähigkeit ist dann gefragt, sobald die Tat außerhalb eines indigenen Territoriums geschieht. Auch wird es für das persönliche Element relevant, da eruiert werden muss, inwieweit sich der _die Täter_in der Rechtswidrigkeit seiner_ihrer Tat bewusst war.

Der Begriff Unzurechnungsfähigkeit im Zusammenhang mit indigenen Bevölkerungsgruppen entstand mit dem Gesetz 89 aus dem Jahr 1890. Die Mitglieder indigener Gemeinschaften wurden durch dieses und auch durch weitere Gesetze als nicht gleichwertige Mitbürger eingestuft. So galt nicht die staatliche Rechtsprechung als zuständig, sondern die Institutionen der Missionare sowie die eigenen Rechtssysteme. Die eigenen Normen waren bei rechtlich weniger schwerwiegenden Delikten gestattet. In dieser Zeit entstand die Gleichsetzung indigener Personen mit geistig zurückgebliebenen. (Gaviria Díaz 1996c: 10f.) So wurde dies auch im Strafgesetzbuch nach Einführung der neuen Verfassung weiter beibehalten: „**Art. 31. - Concepto.** Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.” (Hervorhebung im Original; Código Penal 2003) Diese Norm setzt die Unkenntnis einer anderen Kosmvision mit geistiger Krankheit oder Zurückgebliebenheit gleich, was in keiner Weise die Gleichberechtigung und die kulturelle Diversität widerspiegelte, die in der Verfassung eingearbeitet worden war. Indigenen Personen wurde hiermit die Möglichkeit der Selbstbestimmung aberkannt (Gaviria Díaz 1996c: 12).

No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA**

valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas; (Hervorhebung im Original; Gaviria Díaz 1996c: 13)

Gaviria Díaz schlägt vor, nicht von einer psychologischen Zurückgebliebenheit auszugehen, sondern von den verschiedenen Weltanschauungen der indigenen Gemeinschaften. So soll ein Richter in jedem Fall individuell herausfinden, inwiefern ein_e Täter_in nach der Kosmovision seiner_ihrer Gemeinschaft lebt, inwieweit er_sie von Seiten der Werte der Mehrheitsgesellschaft beeinflusst ist und ob es ihm_ihr bewusst war, ein Verbrechen begangen zu haben. Letzteres darf nicht als intellektuelle Unterlegenheit, sondern als eine andere Weltanschauung und ein anderes Wertesystem verstanden werden. Daher wurde der im folgenden Zitat hervorgehobene Teil angefügt: „**Artículo 33. Inimputabilidad.** Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.” (Hervorhebung im Original; Código Penal 2013)

In dem Fall 370 aus dem Jahr 2002 reicht Marcela Patricia Jiménez Arango Klage gegen die Artikel 33, 69 und 73 des Gesetzes 599 aus dem Jahre 2000 mit Bezug auf das Strafgesetzbuch ein (Montealegre Lynett 2002: 9). Der Artikel 69 legt die Reintegration in das eigene kulturelle Umfeld als Sicherheitsmaßnahme fest, was im Artikel 73 näher beschrieben wird:

Artículo 73. INEXEQUIBLE. *La reintegración al medio cultural propio.* Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca.

Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores.

Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito. (Código Penal 2013)

Jiménez Arango sieht durch das Gesetz 599 die Artikel 13 (Freiheit und Gleichheit vor dem Gesetz aller Bürger), 29 (ein angemessenes Verfahren bei

jedem administrativen und juristischen Prozess; Unschuldsannahme), 226 (Internationalisierung der politischen, ökonomischen, sozialen und ökologischen Beziehungen basierend auf Gerechtigkeit, Reziprozität und nationaler Konvention) und 246 der Verfassung verletzt. Nach der Klägerin wird der Artikel 246 durch die genannten Artikel nicht eingehalten, da diese die ordentliche Justiz für Indigene, die als unzurechnungsfähig eingestuft wurden, zuständig sehen. Jiménez Arango kritisiert die Diskriminierung indigener Personen durch deren Einstufung als unzurechnungsfähig aufgrund einer anderen Kosmvision, die sich von der Weltanschauung der Mehrheitsgesellschaft unterscheidet. Außerdem sieht sie den Pluralismus verletzt, der in der Verfassung so hoch gepriesen wird. Bezogen auf den Artikel 96¹¹ des Gesetzes 599 kann die Reintegration eines Indigenen in sein natürliches Umfeld nicht als Strafe angesehen werden, da indigenen Personen durch die Verfassung das Recht gegeben wurde, innerhalb ihrer Gemeinschaft nach ihren Weltanschauungen zu leben. Wie in 3.1.2. beschrieben, haben indigene Personen das Recht darauf, innerhalb ihrer ancestralen Gebiete nach ihren eigenen kulturellen Gebräuchen und Normen zu leben. Daher kann die Reintegration in ihre Gemeinschaft nicht als Alternative zur Gefängnisstrafe oder Geldstrafe angewandt werden. Ferner sieht die Klägerin das Recht der indigenen Personen auf ein angemessenes Verfahren sowie das Recht auf Zugang zur Justiz verletzt, weil sie von der ordentlichen Justiz gerichtet werden (Montealegre Lynett 2002: 11).

Montealegre Lynett beauftragt daraufhin verschiedene Experten aus den Gebieten der Anthropologie, Psychologie, Rechtswissenschaft, Sozialwissenschaften, Politikwissenschaften, Rechtsmedizin und Forensik und der Generaldirektion des Ministeriums für indigene Angelegenheiten, um zu eruieren, ob der Artikel 7 der Verfassung (Anerkennung und Schutz der ethnischen und kulturellen Diversität) durch die von der Klägerin genannten Artikel verletzt wurde und ob die entsprechenden Normen auch für andere kulturelle Gruppen neben den indigenen Gemeinschaften gelten (Montealegre Lynett 2002: 12).

Der Verfassungsgerichtshof entscheidet, dass der Artikel 33 des Strafgesetzbuches weiterhin gültig sei, jedoch unter folgenden Bedingungen:

¹¹ **Artículo 96.** *Obligados a indemnizar.* Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder. (Ley 599 de 2000, 2013)

(Montealegre Lynett 2002: 52)

Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370-02 de 14 de mayo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett; 'bajo los siguientes dos entendidos: i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia.' (Código Penal 2013)

Die Unzurechnungsfähigkeit darf hier nicht als Behinderung interpretiert werden, sondern als eine andersartige Weltanschauung. Außerdem muss die Person im Falle eines nicht anwendbaren Verbotes aufgrund kultureller Diversität freigesprochen und als nicht unzurechnungsfähig deklariert werden. Artikel 73 des Strafgesetzbuches wurde für ungültig erklärt, da er gegen die Verfassung verstößt.

3.3.4. Objektives Element

Neben dem persönlichen und territorialen existiert als drittes Element das objektive Element. "El elemento objetivo debe examinarse de cara a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado." (Henao Pérez 2012: 11) Im Zusammenhang mit dem objektiven Element muss die Natur des Opfers oder des beschädigten Rechtsguts untersucht werden. Dies bedeutet für Fälle, in denen indigene Personen involviert sind, herauszufinden, ob das Opfer selbst zu einer indigenen Gemeinschaft gehört. Neben der Natur des Opfers muss die Schädigung des Rechtsgutes durch eine Straftat betrachtet werden.

Esto plantea tres posibilidades: "(i) el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) 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" (Henao Pérez 2012: 61)

Die erste Möglichkeit bedeutet die Zuständigkeit für die indigene Rechtsprechung wohingegen die zweite Option die Kompetenz für die ordentliche Justiz darstellt.

Sin embargo, en el evento (iii) el juez deberá decidir verificando todos los elementos del caso concreto y los demás factores que definen la competencia de las autoridades tradicionales, de manera que el elemento objetivo no es determinante en la definición de la competencia. Incluso si se trata de un bien jurídico considerado de especial importancia en el derecho nacional, la *especial gravedad* no se erige en una *regla definitiva de competencia*, pues esto supone imponer los valores propios de la cultura mayoritaria dejando de lado la protección a la diversidad étnica. (Henao Pérez 2012: 61)

Der dritten Punkt besagt, dass alle Elemente vom_der Richter_in betrachtet werden müssen, um die Kompetenz zu bestimmen. Auch wenn ein Rechtsgut für das nationale Recht besonders wichtig ist, ist dies noch kein Garant, dass dies automatisch die Kompetenz für die ordentliche Justiz nach sich zieht.

Lo verdaderamente relevante, en casos como los mencionados, es que la aplicación del fuero no derive en impunidad, de manera que el examen del juez debe dirigirse a evaluar con mayor intensidad la vigencia del *elemento institucional*, pues de este depende, según se ha expuesto, la efectividad de los derechos de la víctima". (Henao Pérez 2012: 80)

In Fällen von besonderem Schweregrad der Tat muss der_die Richter_in das institutionelle Element genau untersuchen, um die Effektivität der Rechte des Opfers zu gewährleisten. Die drei eben besprochenen Elemente sind eine Möglichkeit der Zuständigkeitszuweisung bei Jurisdiktionskonflikten.

3.3.5. Allgemeines Interesse gegen besonderes Interesse

Der Verfassungsgerichtshof legt im Fall T-496 von 1996 weitere Regelungen für die Koordination der Konflikte zwischen dem indigenen und dem staatlichen Rechtssystem fest:

1. “En caso de conflicto entre el interés general y otro interés particular protegido constitucionalmente la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto a la luz de los principios y valores constitucionales. (Corte Constitucional. Sentencia T-428/92. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón) [...] (Gaviria Díaz 1996c)

Der erste Punkt spricht einen Konflikt zwischen dem allgemeinen und einem besonderen Interesse, das konstitutionell geschützt ist, an. Der die Richter_in oder der Verfassungsgerichtshof muss bei jedem Fall individuell nach den Prinzipien und Werten der Verfassung entscheiden. Ein Beispiel wäre der Konflikt zwischen einer indigenen Gemeinschaft aus Cristianía und der Firma Solarte mit dem Ministerium für öffentliche Arbeiten im Fall T-428/92. Hier musste zwischen dem Interesse der indigenen Gemeinschaft und dem Interesse der Begünstigten eines Straßenausbaus entschieden werden. Zu den Begünstigten zählten sowohl die Firma Solarte und das Ministerium für öffentliche Arbeiten als auch die Bewohner der Kaffeezone im Westen Kolumbiens. Bei diesem Beispiel handelt es sich eher um das Interesse zweier Kollektive. Der *Tutela* von Seiten der indigenen Gemeinschaft wurde stattgegeben. Im Zuge dessen wurden die Arbeiten eingestellt und eine Studie veranlasst, die die Auswirkungen eines Straßenausbaus auf die Umwelt untersuchen sollte (Angarita Baron 1992).

3.3.6. Staatliche Einheit gegen Autonomie

Der zweite Aspekt beschreibt die Vorgehensweise bei der Konfliktlösung zwischen staatlicher Einheit und Autonomie, wo jeder Fall nach den spezifischen Gegebenheiten betrachtet werden muss.

2. El procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: 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. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto. (Ver por ejemplo, Corte Constitucional,

Der zweiten Punkt wird anhand des Falles T-496 von 1996 genauer betrachten. Am 7.11.1993 ermordet der Angeklagte Libardo Guainas Finscue seinen Arbeitskollegen Gregorio Pumba Gutiérrez in Bajo Canada. Libardo wird in Folge dessen vom staatlichen Rechtssystem zu 20 Jahren und 10 Monaten Haft verurteilt. Der Angeklagte nimmt Gebrauch vom *Tutela*-Verfahren und fordert, von seiner Gemeinschaft gerichtet zu werden (Gaviria Díaz 1996c). Es muss also geklärt werden, unter welche Zuständigkeit der Fall des Angeklagten fällt. Der Verfassungsgerichtshof berücksichtigt hierzu die in anderen Fällen festgelegten Richtlinien. In diesen Fällen wurden die Voraussetzungen analysiert, die einer indigenen Person das Recht auf die indigene Rechtsprechung ermöglichen (Sánchez Botero 2010: 276).

Zu Beginn soll der persönliche Charakter festgestellt werden. Hier wird untersucht, ob der Angeklagte einer indigenen Gruppe angehört und so die Möglichkeit des indigenen Sonderrechts besteht. Im Verfahren gibt der Angeklagte Libardo an, dass er sich selbst der Gemeinschaft der Paez zugehörig fühlt und daher auch den Konflikt durch das indigene System lösen möchte. Was den Faktor der Territorialität angeht, geschah das Verbrechen außerhalb des *resguardo*, da Libardo außerhalb des Territoriums der Gemeinschaft arbeitet. Dies schließt die Zuständigkeit der indigenen Rechtsprechung aber nicht aus. Das Opfer Gregorio Pumba Gutiérrez zählt ebenfalls zu einer indigenen Gemeinschaft, jedoch nicht zu der Gruppe der Paez. In diesem Fall hätte es auch zu einem internen Konflikt zwischen den indigenen Gemeinschaften kommen können; die Familie des Opfers fordert jedoch nicht ihr Recht auf indigene Rechtsprechung ein (Gaviria 1996c).

Folglich ist „el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria“ (Gaviria Díaz 1996c) genauer zu betrachten. Hierbei wird untersucht, inwieweit der Angeklagte in seine Gemeinschaft und in die Mehrheitsgesellschaft integriert ist. Die Ergebnisse der Untersuchung ergeben, dass Libardo seine Kultur lebt und aktiv an dieser Gemeinschaft teilnimmt. Gleichzeitig lebt und arbeitet er innerhalb der externen Gesellschaft und kennt deren Weltanschauung. Um den kulturellen Hintergrund des Angeklagten im Laufe des Verfahrens genauer zu beleuchten und um herauszufinden, ob sich

der Angeklagte bewusst war, dass Mord Unrecht und ein Verbrechen ist, wird die Gesellschaft der Páez näher untersucht (Gaviria 1996c).

Auch bei den Páez zählt Mord zu den schwerwiegenden Verbrechen und wird nach Schweregrad bestraft. Die Strafen variieren von Peitschenschlägen über Zwangsarbeit – je schwerer das Verbrechen, desto länger – und Entschädigungsleistungen. Dem *cabildo* ist es wichtig, dass ein Angeklagter nicht ins Gefängnis kommt, um durch den Aufenthalt dort nicht geschädigt zu werden (Gaviria 1996c).

Der Verfassungsgerichtshof hat in dem Fall von Libardo Guainas Finscue entschieden, dass auf ihn das Sonderrecht nicht zutrifft und er daher in das staatliche Rechtssystem fällt. Dies wird damit begründet, dass der Angeklagte sich seines Vergehens und der Folgen desselben bewusst war, da ihm die moralischen Werte der Mehrheitsgesellschaft bekannt waren. So legt der Verfassungsgerichtshof fest, dass in jedem Fall die spezifischen Charakteristiken analysiert werden müssen und der Umstand, einer indigenen Gruppe anzugehören, kein Garant für das Recht auf die indigene Rechtsprechung ist (Sánchez Botero 2010: 276)

3.3.7. Kollektivrecht gegen individuelle Rechte

3. El derecho colectivo de las comunidades indígenas, a mantener su singularidad, puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o **de una persona ajena a ésta**, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad. (Corte Constitucional, Sentencias 254/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también la sentencia C-136/96) (Gaviria Díaz 1996c)

Das Kollektivrecht der indigenen Gruppen kann nach Punkt drei nur dann eingeschränkt werden, wenn ein Prinzip der Verfassung oder das Recht eines Individuums der Gemeinschaft oder außerhalb davon beeinträchtigt wird. Hier stellt sich die Frage, ob das Recht des Individuums oder das des Kollektivs im Vordergrund steht.

Als Beispiel wird im Folgenden näher auf eine Definition von Kompetenz

zwischen dem *Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha* und dem *Resguardo Kogui- Malayo – Arhauco* eingegangen. Roberto Carlos Coronado Calvo wird angeklagt, eine Minderjährige (unter 14 Jahren) missbraucht zu haben. Die Anzeige kommt von seiner Lebensgefährtin Luz Daris Rodríguez, der Mutter der Minderjährigen. Luz Daris und ihre Tochter leben für zehn Monate in der indigenen Gemeinschaft Gomake. Im Jahr 2007 zieht die Minderjährige zum Vater von Roberto Carlos aufgrund der Nähe zur Schule. Das Mädchen badet jeden Morgen im Fluss. Hier kommt es sieben Mal zum Geschlechtsverkehr zwischen Roberto Carlos und der Minderjährigen (Lizcano Rivera 2012).

Am 15.08.2012 findet die Anhörung zur Formulierung der Anklage in Riohacha statt. Die Verteidigung beantragt den Wechsel zur indigenen Rechtsprechung. Dies wird dadurch begründet, dass sowohl der Angeklagte, als auch das Opfer der Gemeinschaft Gomake, die zu den Wiwa zählen, angehören. Die Gemeinschaft lebt innerhalb des Kogui Malayo Arhuaco *resguardo* im Bundesstaat der Guajira (Lizcano Rivera 2012: 2f.). Nicht nur der persönliche sondern auch der geografische Charakter sprechen hier für die indigene Rechtsprechung, da sowohl der Angeklagte als auch das Opfer derselben indigenen Gruppe angehören und die Tat innerhalb des staatlich anerkannten Territoriums dieser Gemeinschaft stattfand. Als Beweis dafür werden verschiedene Dokumente angeführt, wie zum Beispiel

- ✓ eine Zertifikation der Zugehörigkeit des Angeklagten zur Gemeinschaft,
- ✓ ein Zertifikat der Existenz des *resguardo*,
- ✓ ein Manuskript zur Bestätigung der Zugehörigkeit des Opfers und dessen Mutter zur Gemeinschaft,
- ✓ eine Bestätigung der bereits erfolgten Bestrafung des Angeklagten für die Tat durch die indigene Rechtsprechung,
- ✓ ein Protokoll No. 2 vom 21.06.2008 über die Verurteilung des Angeklagten für das Vergehen der Untreue.
- ✓ Fotos der Mutter und des Opfers, wie sie am Leben in der Gemeinschaft teilhaben.

(Lizcano Rivera 2012: 2f.)

Hier ist zu beachten, dass Coronado Calvo nicht aufgrund des Verführens einer Minderjährigen von der indigenen Gemeinschaft verurteilt wurde, sondern wegen Untreue gegenüber der Mutter.

Der Staatsanwalt führt als Beweis gegen den Wechsel des Rechtssystems an, dass das Opfer nicht innerhalb der indigenen Gruppe, sondern in der Gemeinde Guamal, dem Bezirk Magdalena geboren wurde. Außerdem wurde der Angeklagte von der Gemeinschaft nur für Untreue verurteilt, nicht aber für die Verführung einer Minderjährigen (Lizcano Rivera 2012: 4f). Dies rührt daher, dass die Geschlechtsreife eines Mädchens bei den Wiwa früher angesetzt wird als beim kolumbianischen Staat. Oder besser, wie Weildler Guerra Curvelo die Situation in diesem Fall erklärte: „Porque adulterio, porque esta ya era mayor de edad en la ley Kogui. En la ley Wiwa y Kogui, una mujer que ya es mujer, que ya ha menstruado, que ya ha pasado una preparación para entrar en el matrimonio [...]“ (Guerra Curvelo 2013: 06:50 – 07:06) Daher kam es in der Gemeinschaft nicht zu einer Verurteilung wegen Verführung einer Minderjährigen. Dies kann als Beispiel eines kulturellen Konfliktes zwischen den beiden Rechtsprechungen angesehen werden, was in 4.2.6. näher betrachtet wird.

Außerdem führt der Staatsanwalt die Tatsache an, dass der Mutter, aufgrund der Widerspenstigkeit von Coronado Calvo gegen die Strafen der Gemeinschaft, angeboten wurde, sich an das staatliche Rechtssystem zu wenden. Des Weiteren sieht der Staatsanwalt den Angeklagten als „kulturiert“, da er „universitario“ ist, also entweder studiert hat oder an einer Universität arbeitet (Lizcano Rivera 2012: 4). Mit dem Ausdruck „estado de culturización“ ist wohl der Grad seiner Integrität in die Mehrheitsgesellschaft gemeint.

Abschließend wird entschieden, dass die Rechte des Mädchens über dem Kollektivrecht von Coronado Calvo auf die indigene Rechtsprechung stehen und daher dessen Recht auf das indigene Sonderrecht in diesem Fall nicht anerkannt wird (Lizcano Rivera 2012: 5). Das Vorrecht der Minderjährigen wurde im Gesetz 1098 aus dem Jahr 2006 verankert, das die Rechte der Kinder und Jugendlichen bestimmt:

Artículo 9.*Prevalencia de los derechos.* En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. (Hervorhebung durch Verfasserin, Ley 1098 de 2006, 2013)

Speziell auf die Rechte der Minderjährigen im Zusammenhang mit der indigenen Rechtsprechung wurde in dem Fall T-397 aus dem Jahr 2004 folgende Festlegung getroffen:

[L]as decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor de edad –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado.(Cepeda Espinosa 2004)

Um das beste Interesse der Minderjährigen zu gewährleisten, sollen die zuständigen Autoritäten einerseits die relevanten juristischen Kriterien und andererseits das Abwägen der spezifischen Umstände beachten. Außerdem muss ein Richter immer “[...] el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991[...]” (Vargas Silva 2010) im Hinterkopf behalten.

Zurück zu unserem Fall erklärt der Richter *Primero Penal del Circuito de Riohacha* die staatliche Rechtsprechung als kompetent, um diesen Fall zu behandeln. Dies wird mit der Tatsache, dass das Mädchen nicht innerhalb des indigenen Territoriums geboren wurde, begründet (Lizcano Rivera 2012: 5).

Der Fall wird daraufhin an den Obersten Gerichtsrat weitergeleitet, um die Kompetenz zu bestimmen. Zuerst bespricht das Gericht die grundsätzlichen Dinge wie der persönliche und der geografische Charakter, sowie den Artikel 264 der Verfassung. Daraufhin geht der Oberste Gerichtsrat auf den hier

speziellen Fall ein. Es sich handelt sich hierbei sowohl um eine Person, die sich selbst als indigen sieht und um eine Person, die vom Gericht nicht als indigen angesehen wird. In diesem Fall gibt es zwei Möglichkeiten: Wenn die Tat eines Indigenen nur in der nationalen Rechtsprechung strafbar ist, fällt das Verfahren in den nationalen Zuständigkeitsbereich. So sind vorerst die staatlichen Richter zuständig. Hierbei muss jedoch eruiert werden, ob sich der Täter darüber im Klaren ist, dass seine Tat im nationalen Rechtssystem als Unrecht gilt und eine Bestrafung nach sich zieht:

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional. (Gaviria Díaz 1996c)

Falls sich herausstellt, dass die indigene Person die Tat nicht als Unrecht ansieht und nicht oder kaum in die Mehrheitsgesellschaft integriert ist, wird die indigene Rechtsprechung für kompetent erklärt. Sofern dem_der Angeklagten bewusst ist, dass es sich bei der Tat um ein Verbrechen in der Mehrheitsgesellschaft handelt, ist das nationale Rechtssystem zuständig (siehe 3.3.3. Unzurechnungsfähigkeit; Lizcano Rivera 2012: 6f.).

Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass die Tat in beiden Systemen als ein Verbrechen angesehen wird. Hierbei muss beachtet werden, dass die Unterschiede der beiden Rechtssysteme nicht das Verständnis der Tat als schädlich beeinflussen. Der Richter muss hier das ethnische Bewusstsein des Täters und dessen Integrität in der Mehrheitsgesellschaft untersuchen, um die Zuständigkeit zu eruieren:

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

Anschließend wird der Fall von Coronado Calvo nach den bereits beschriebenen Elementen analysiert, um so die zuständige Rechtsprechung zu bestimmen. Wie schon bei der Formulierung der Anklage erwähnt wurde, zählt sich Coronado Calvo zu der Gruppe der Wiwa, der Gemeinschaft der Gomake, die zum *Resguardo Kogui Malayo Arhuaco* gehört. Zum persönlichen Element muss hinzugefügt werden, dass der¹ Angeklagte an einer Universität der Mehrheitsgesellschaft studiert und daher auch mehrere Jahre außerhalb des indigenen Territoriums gelebt hat. Coronado Calvo war also mit der Weltanschauung der Mehrheitsgesellschaft vertraut. Außerdem arbeitete er als Lehrer in der Gemeinschaft und stand in stetigem Kontakt mit der Mehrheitsgesellschaft. Coronado Calvo war sich also seiner Tat und der Konsequenzen dieser bewusst. Der Oberste Gerichtsrat schließt aus der langen Abwesenheit von der Gemeinschaft, dass dadurch das ethnische Bewusstsein verloren geht (Lizcano Rivera 2012: 17f.).

Nach dem Element der Institution kann bestätigt werden, dass in der indigenen Gemeinschaft von Coronado Calvo Konfliktmechanismen bestehen und diese auch in der Gesellschaft anerkannt sind. Es wird weiter angemerkt, dass die Gemeinschaft den Angeklagten wegen Untreue bestraft hat, nicht aber wegen Verführung einer Minderjährigen, wie es das staatliche Gericht beansprucht. Aufgrund des Widerstandes des Angeklagten gegen die auferlegten Strafen wurde der Mutter des Opfers die Option offen gelassen, „ante la impotencia de la jurisdicción indígena“ (Lizcano Rivera 2012: 18) die ordentlichen Justiz zu konsultieren. Das objektive Element betrachtend, bedeutet der vorrangige Schutz von Minderjährigen einen „[...] asunto que concierne no sólo a la comunidad indígena, sino también a la comunidad mayoritaria [...]“ (Lizcano Rivera 2012: 18f.), da die indigene Rechtsprechung

die Rechte der Minderjährigen nicht gleichwertig schützt (Lizcano Rivera 2012: 19).

Abschließend resümiert der Oberste Gerichtsrat: Durch die Integration des Täters in die Mehrheitsgesellschaft und durch das Scheitern des indigenen Rechtssystems wird deutlich, dass in diesem Fall der Schutz des Rechtsgutes Vorrang vor dem Schutz der ethnischen und kulturellen Diversität hat (Lizcano Rivera 2012: 19). Der Jurisdiktionskonflikt wird durch den Obersten Gerichtsrat mit Angelino Lizcano Rivera als Repräsentanten dahingehen gelöst, dass der ordentlichen Justiz die Zuständigkeit zugesprochen wird (Lizcano Rivera 2012: 19f.).

Im Falle Roberto Carlos Coronado Calvo wurde entschieden, dass das individuelle Recht des minderjährigen Opfers über dem Kollektivrecht indigener Gemeinschaften auf kulturelle Diversität steht. Für mich wurde bei diesem Fall die Tatsache außen vor gelassen, dass in der Gemeinschaft der Wiwa das Opfer bereits als „Frau“ galt, das Verbrechen der Verführung einer Minderjähriger also nicht in Frage kam. Es liegt meiner Meinung nach nicht nur ein Konflikt der Zuständigkeit, sondern auch der kulturellen Differenzen vor.

Nach der Beschreibung der indigenen Rechtsprechung, ihrer Koordination, ihrer Möglichkeiten sowie Beschränkungen folgt im Anschluss das zentrale Kapitel zur Beispielsgruppe der indigenen Gesellschaft der Wayuu. Zu diesem Zweck wird zuerst das Territorium, danach die Gesellschaft der Wayuu, ihre soziopolitische Struktur und in Folge dessen die Konflikte in der Gemeinschaft sowie das *ley Wayuu*, das Rechtssystem der Gesellschaft, beschrieben. Diese Ausführungen dienen als Basis für ein besseres Verständnis der anschließend behandelten Fälle, in denen Mitglieder der Gesellschaft der Wayuu involviert sind.

4. Besondere Betrachtung der Gesellschaft der Wayuu

4.1. Die Volksgemeinschaft der Wayuu und ihr Rechtssystem

“[...] la palabra no es cualquiera sino es que constituye la verdad y la razón.”
Germán Aguilar Epiayu 2013: 04:13 – 04:18

4.1.1. Die Guajira und die Gesellschaft der Wayuu

4.1.1.1. Die Guajira

Im Nordosten Kolumbiens und Nordwesten Venezuelas erstreckt sich die Halbinsel Guajira (Hernández Guerra, Martínez Unbaren 2005: 10). Die Halbinsel liegt zwischen 11° und 12°28' nördlicher Breite und 71°06' und 72°55' westlicher Länge. Im kolumbianischen Teil ist Riohacha zwar die Hauptstadt des *Departamentos*, Uribia gilt jedoch als indigene Hauptstadt der Guajira (Guerra Curvelo 2002: 31). Die Guajira wird in die Hohe/Alta, Mittlere/Media und Untere/Baja unterteilt (Sierra Camargo 2004: 43). Der nördlichste Teil der Halbinsel, von Punta Gallinas bis el Cabo de la Vela und Matajuna, gilt als Alta Guajira. Die Media Guajira erstreckt sich von El Cabo de la Vela bis westlich von Riohacha und dem Cuchilla de Pan Grande. Die Baja Guajira liegt in den südlichen Distrikten des Bundeslandes zwischen der Sierra Nevada de Santa Marta und den Ausläufen der Montes de Oca (Hernández Guerra, Martínez Ubáñez 2005: 49f.).

4.1.1.2. Die Gesellschaft der Wayuu

Ein Teil der Bewohner der Halbinsel Guajira gelten als eine ethnische Volksgemeinschaft mit präkolumbischen Wurzeln, die sich selbst als Wayuu¹² bezeichnen und sich zu der Kategorie der Indigenen zählen; Wayuu bedeutet auf Wayuunaiki Person, Leute, Volk (Capitan, Capitan 2005: 47). Dies begründen sie durch eine gemeinsame Geschichte, eine gemeinsame Sprache, Wayuunaiki, diverse Traditionen und Gebräuche, ähnliche Lebensweisen und Sozialstrukturen. Nach Perafán bezieht sich das Gefühl der Gruppenzugehörigkeit auf „[...] la realidad de los segmentos sociales en el marco de matrilineajes y de territorios particulares [...]“. (Perafán 1995: 174) Auch die kolumbianische Regierung zählt die Wayuu zu eine der 87 indigenen

¹²Ich bin mir dessen bewusst, dass ich mit der Benennung einer Vielzahl von sehr unterschiedlichen Menschen als Wayuu diese damit kategorisiere. Es ist nicht meine Absicht, das Bild der Anderen zu schaffen. Die Bezeichnung als Wayuu gilt der Vereinfachung und beruht hauptsächlich auf der Selbstbezeichnung der einzelnen Personen.

Gruppen des Landes (DANE 2007:20). In Kolumbien leben 185.000 und in Venezuela 255.000 Personen, die sich zu den Wayuu zählen (SINIC s.a.). Diese Arbeit legt ihr Hauptaugenmerk auf die kolumbianischen Bewohner der Guajira. Insgesamt gibt es 26¹³ *resguardos* in dem Gebiet der Guajira (Sisaid 2013). *Resguardos* wurden in dem Dekret Nummer 2001 von 1988 so definiert:

Una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales. (Decreto 2001 de 1988 2013)

Ein *resguardo* gilt also als Gemeinschaftseigentum einer indigenen Gruppe, in dem diese ihre eigene interne Organisation führt.

Nach Guerra Curvelo (2002: 195f.) ist es beinahe unmöglich eine indigene Gruppe zu finden, die noch komplett in Isolation lebt. Er schließt daraus, dass die Gesellschaft der Wayuu in einem, hierbei zitiert Guerra Curvelo Sally Falk Moore, semiautonomen Feld leben (siehe 2.2.1.). Durch die Kolonialisierung veränderte sich die ökonomische Basis der Wayuu. Aus Jägern, Sammlern und Fischern wurden Händler. Der Handel fand sowohl mit den Engländern als auch mit den Holländern statt. Hauptsächlich wurde mit Tieren wie Ziegen, Kühen und Schafen gehandelt, ebenso mit Salz und Perlen (Goulet 1981: 3). Auch heutzutage ist noch immer der Handel mit den eben genannten Tieren durchaus präsent, sowie Fischerei, Kunsthandel und der Salzabbau in den Salinen von Manaure. Hinzu kommt noch der grenzübergreifende Handel mit Venezuela in Städten wie Maicao oder Uribia. Die gehandelten Waren variieren von alltäglichen Dingen wie Geschirr und Eimern bis hin zu Autos – hauptsächlich 4x4, Jeeps und Pick-Ups - und Benzin. Ein weiteres ökonomisches Standbein in eher entlegenen Gebieten wie el Cabo de la Vela, wo keine staatliche Infrastruktur vorhanden ist, scheint mir das Anbieten von öffentlichem Transport zu den nächstgelegenen Zentren wie Uribia und Riohacha zu sein sowie Tourismus und Kunsthandwerk von Taschen und Hängematten (Hernández Guerra, Martínez Ubáñez 2005: 58f.).

¹³ Siehe Anhang 10.1 Resguardos Guajira

4.1.1.3. Soziopolitische Struktur der Gesellschaft der Wayuu

Hernández Guerra und Martínez Ubárnez beschreiben die Guajira als das kulturelle Territorium der Wayuu. Nach der Meinung der beiden Autoren sehen sich die Wayuu zuerst als Guajiros und erst danach als Kolumbianer oder Venezolaner. Diese Ansicht bestätigt mein Gespräch am 23.03.2013 in Uribia mit dem *Pütchipü'ü* José Manuel Pana. Der *Pütchipü'ü* erzählte mir, dass die Erde und das Land einer Familie die Mutter der Wayuu sind und daher von größter Wichtigkeit für diese.

Innerhalb der Gesellschaft der Wayuu gibt es klanähnliche Strukturen, *e'irükuu* genannt. Diese *e'irükuu* sehen sich jedoch nicht als Kollektiv. Guerra Curvelo beschreibt sie als „[...] categorías no coordinadas de personas que comparten una condición social y un antepasado mítico común, pero que jamás actúan como colectividad.“ (Guerra Curvelo 2002: 66) In den *e'irükuu* gibt es weder Heiratszwang – man darf sowohl innerhalb des eigenen Klans heiraten, als auch Mitglieder eines anderen – noch ist er auf ein bestimmtes Territorium beschränkt. Politische, ökonomische oder soziale Reziprozität und Solidarität ist in den *e'irükuu* nicht zwingend. Der Vogel Utta, ursprünglicher *Pütchipü'ü* der Wayuu, soll den *e'irükuu* ihre Namen gegeben haben. Insgesamt gibt es 36 *e'irükuu*, die in vier größere Gruppen unterteilt wurden: *Epieyuu*, *lipuanas*, *Jayaliuu* und *Unanaliyuu* (Guerra Curvelo 2002: 66ff.). Heutzutage bestehen noch insgesamt 27 Klans in Venezuela und Kolumbien, wobei 22 davon in Letzterem Land angesiedelt sind. Am zahlreichsten sind davon die *Apüshainas*, *Epieyuu*, *Lipuana*, *Jayalyuu*, *Jusayuu*, *Pushaina* und *Uliana* (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 62). Es existieren auch keine anderen zentralen Institutionen, die als autoritäre Organisation gelten könnten, weshalb Perafán (1995: 173) die Gesellschaft der Wayuu als eine offene Gemeinschaft charakterisiert. Als autoritätsähnliche Personen könnten die Weisheitsträger der Gemeinschaft gesehen werden: “la sabiduría del pueblo wayuu los tienen los *aushi*, los *aushi* son los médicos Wayuu, los palabreros, los *pütchipü'ü* y los artesanos, los tejedores, y los ancianos. Son cuatro. La sabiduría del pueblo Wayuu. El día que desaparecen estas cuatro dejaremos de ser pueblos, o si dejaremos de ser un pueblo wayuu.” (Epinayú, Maria Consuelo 2012b: 01:42 - 02:29)

Die Basis der Gemeinschaft sind die Verwandtschaftsverhältnisse, nicht zentrale Institutionen oder Autoritäten (Sierra Camargo 2004: 48). Die Bewohner des territorialen Bereiches der Wayuu leben meist nicht in Dörfern, sondern in *rancherías*; darunter versteht man die Vereinigung mehrerer Gebäude zu einem Komplex, in dem hauptsächlich Verwandte leben (Guerra Curvelo 2002: 87). Das Wohnverhältnis ist meist matriloal. Mehrere *rancherías* zusammen bilden das *Womainpá* eines *Apüshii*, der lokalen Mutterfolge. In einem *Womainpá* können mehrere *Apüshii* zusammen leben, es gibt jedoch meist eine dominante Familie (Perafán 1995: 179). In einer *ranchería* leben der Familienkern und die verheirateten Schwestern mit ihren Männern und Kindern (Gutiérrez Q. 2011: 97). Guerra Curvelo (2002: 87f.) geht in der Gesellschaft der Wayuu von einer Poliresidenzialität aus. Dies kann entweder bedeuten, dass eine Familie mehrere *rancherías* an verschiedenen Orten hat oder auch Häuser in Städten wie Riohacha, Maracaibo oder Uribia, zwischen denen die Mitglieder der Familie wechseln. Oder dass ein Mann mehrere Frauen an verschiedenen Orten hat (Polygamie ist in der Gemeinschaft der Wayuu üblich) und zwischen diesen hin und her reist. Perafán (1995: 182) spricht nicht nur von Poliresidenz sondern auch von saisonaler Migration aufgrund von Trockenheit. In den semi-ariden und ariden Zonen ist es üblich, dass reisende Viehbesitzer gemeinschaftlichen Grund sowie Wasserquellen und Gastfreundschaft in Gebieten anderer Familien, meist von Alliierten, nutzen können.

Die Gesellschaft der Wayuu gilt als matrilinear. Das bedeutet, dass „La unidad básica de organización social entre los Wayuu, es el matriclan, o sea, aquella unidad que agrupa a varias familias, unidas por parentesco de línea materna.“ (Hernández Guerra, Martínez Ubáñez 2005: 59) Saler erforschte das Verwandtschaftsverhältnis der Wayuu und geht davon aus, dass nicht alle Mitglieder der Gruppe die Mutterfolge einhalten. In bestimmten Situationen besteht daher auch die Möglichkeit, auf die Verwandtschaft väterlicherseits zurückzugreifen (unter Bezugnahme auf Saler, Guerra Curvelo 2002: 73f.).

Apüshii, die lokale Mutterfolge ist nach Mansen und Saler „[...] la unidad básica de cohesión y de interacción social entre los Wayuu.“ (unter Bezugnahme auf Mansen und Saler, Guerra Curvelo 2002: 74f.) Der sozial relevante Kern eines Wayuu besteht also aus den *apüshii*, den Verwandten mütterlicherseits und den *o'upayuu*, den *apüshii* des Vaters (Guerra Curvelo 2002: 76).

Die soziale Koinzidenz ist geprägt durch auferlegte Reziprozität und spezielle Umverteilungsmechanismen. Ein Beispiel von Wechselseitigkeit, das auch von mir beobachtet wurde und daher auch noch aktuell angewandt wird, ist der Austausch von Lebensmitteln zwischen Fischern und Hirten. Ich konnte beobachten, dass Maria Elena Gomez Barliza Epinayú, die am Meer in El Cabo de la Vela lebt, ihren Cousins bei einer Familienzusammenkunft Fisch mitbrachte. Ihre in Manaure lebenden Cousins gaben ihr in Folge dessen auf die Heimreise Lebensmittel wie Zucker und Mehl mit, die in El Cabo de la Vela sehr teuer sind (Perafán 1995: 190). Ein weiteres Verhältnis von Reziprozität ist der Austausch von Arbeit gegen Sachleistungen. Auch gibt es gegenseitige Leistungen beim Hüten und Markieren der Tiere. Als Letztes wird hier der Austausch von Ketten genannt, die in der Tradition eine große Rolle spielen, auch als Kompensationsmittel in Konfliktfällen.

Die Umverteilungsmechanismen betreffend nennt Perafán (1995: 191ff.) den „Pago de faltas“, die Bezahlung von Vergehen oder Straftaten. Da Familien oft Schwierigkeiten dabei haben, die geforderte Kompensation zu zahlen, sind diese dazu gezwungen bei ihren Verwandten und Freunden um Mithilfe zu bitten. Dieser Gefallen kann von den Helfern später eingefordert werden und wird so zu einem weiteren Mechanismus der Umverteilung. Auch die Verteilung der Kompensationszahlung innerhalb des *Apüshii* kann als Redistribution angesehen werden. Als weitere Umverteilungszahlungen nennt Perafán die Geschenke zur Umwerbung einer Frau, den Brautpreis, das Schenken von Schafen bei einer Totenwache, Feiern aus verschiedenen Anlässen sowie Gemeinschaftsarbeit.

Trotz der immer stärkeren Überschneidung der sozialen Felder der Wayuu und *Alijuna*¹⁴ konnte die indigene Gesellschaft der Wayuu ihre Unabhängigkeit und Kosmovision innerhalb ihres Territoriums bis heute beibehalten (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 10.) Perafán (1995: 173f.) erklärt dies durch die Tatsache, dass die Gruppe der Wayuu von den Spaniern in der Kolonialzeit nie besiegt wurde und so ihre Autonomie beibehalten konnte. Trotz der Bewahrung kulturspezifischer und historischer Eigenheiten kam es zu einer Integration oder besser gesagt Adaption in oder an die dominante Gesellschaft. Am Beispiel des indigenen Rechtssystems ist die

¹⁴ Nicht-Indigene Person auf Wayunaiki

Dynamik und Veränderbarkeit des sozialen Umfeldes der Wayuu zu sehen:

La justicia indígena es dinámica. Es tan dinámica y cambia tanto que los accidentes de tránsito no tenían antecedentes de los Wayuu. El automóvil entró en el siglo veinte a la Guajira. Y hoy en día es parte de la justicia indígena. Un accidente tránsito, ellos lo resuelven, aplicando principios, no para analogía. Entonces, es una justicia que el dinero no existía. Hoy en día el dinero forma parte de las compensaciones en formas muy complejas. Por ejemplo, si a mí me falta una mula y me están pidiendo una mula o un collar y yo he buscado en toda mi zona y no he encontrado el collar que ellos piden, entonces yo coloco el dinero y digo: este dinero va como collar.

El, físicamente es un dinero, pero simbólicamente es un collar. Mira eso. Tan hermoso. Entonces, todas esas son reacciones que la justicia indígena a los cambios tecnológicos, económicos que hay, y sigue cambiando. Entonces, yo creo que, que sí, que es una justicia dinámica que va más allá del concepto de abusos de muchos. (Guerra Curvelo2 2013: 14:13-15:11)

Aufgrund neuer Technologien und ökonomischer Veränderung kommt es zu einer Adaption der Rechtssysteme, die an die neuen sozialen Gegebenheiten angepasst werden. Mit der Einführung des Autos in der Guajira muss das Volk der Wayuu nun auch die Schuldfrage bei Verkehrsunfällen lösen. Dadurch, dass viele Gegenstände an Tauschwert verlieren, der Wert von Geld hingegen immer mehr zunimmt, kommt es auch hier zu einer Verschiebung. Wo früher Ketten oder Tiere gegeben wurden, wird heute Geld eingesetzt. Andere Traditionen werden größtenteils unverändert weitergeführt, wie zum Beispiel die Beerdigungen.

Tras el fallecimiento de un individuo se celebra un primer entierro y ritual fúnebre; después de algunos años, un familiar voluntario (generalmente una mujer) exhuma el cadáver, acción que los wayuu denominan *anajanaa* (acomodar, poner en orden): se trata de una apología en memoria del difunto, acompañada de un nuevo velorio y entierro; preparada con varios meses de anticipación, los familiares del difunto planean la celebración de este último velorio y las invitaciones se hacen extensivas a familiares y amigos, cumpliéndose así el segundo y último ritual funerario. (Lozano Santos, Nájera Nájera 2009: 13)

Wenn in der Volksgemeinschaft der Wayuu jemand stirbt, werden die erste Beerdigung und ein Totenritual gefeiert. Die Seele des_der Toten geht nach

Jepirra, das in den Hügeln in der Nähe von el Cabo de la Vela liegt und als heilig gilt, da hier die Seelen der Wayuu ruhen (Gutiérrez Q. 2011: 98; Perafán 1995: 189). Nach einigen Jahren wird der oder die Tote meist durch eine Frau in einem zweiten *velorio* exhumiert. Der Akt der Exhumierung wird *anajanaa* genannt. Nach der Exhumierung werden erneut eine Totenwache und anschließend eine Beerdigung abgehalten. Die zweite Beerdigung wird von langer Hand geplant und es wird sowohl die ganze Familie als auch Freunde dazu eingeladen.

Exkurs: meine Erfahrung eines zweiten *velorios*

Ich wurde von Weildler Guerra Curvelo dazu eingeladen, an einem *velorio* seiner Familie teilzunehmen. Dies fand am 02.03.2013 in seinem Heimatdorf Carrizal, in der Nähe von el Cabo de la Vela, am örtlichen Friedhof statt. An der Beerdigung nahmen circa 200 Personen teil. Es nahmen circa 200 an diesem *velorio* teil. Die Teilnehmer des *velorios* befanden sich nicht alle an einem Ort, sondern waren auf dem ganzen Friedhof und in der näheren Umgebung verteilt. Der Großteil der Personen war miteinander verwandt; es hatte jedoch jeder engere Familienkreis einen eigenen *kiosco*. Die Aufgabe der männlichen Familienmitglieder bei einer Beerdigung ist es, Ziegen und Kühe zu schlachten. Die Frauen sind für das Kochen zuständig. Die Familie von Guerra Curvelo war hauptsächlich aus Riohacha angereist, was eine vierstündige Fahrt über eine Schotterpiste bedeutet, um zusammen die Totenwache abzuhalten. Der Großteil der Frauen war in den traditionellen *mantas* gekleidet, wohingegen die Männer Jeans und Hemden trugen. Aus den Gesprächen wurde ersichtlich, dass die meisten der engeren Familienmitglieder von Guerra Curvelo nicht mehr in Carrizal leben, sondern in Riohacha und Umgebung, wo sie auch beruflich tätig sind. Während der Beerdigung saßen die Familienmitglieder zusammen, aßen, redeten und tranken, die Männer zeigten sich gegenseitig die Waffen, die sie mitgebracht haben. Die gesamte Familie plus Anhang verbrachte die Nacht auf dem Friedhof und die Totenwache ging am nächsten Tag weiter.

Neben der Tradition der Beerdigung werden auch noch andere Gebräuche

beibehalten, wie zum Beispiel die Gastronomie, die Gastfreundlichkeit gegenüber Fremden, Initiationsriten, das respektvolle Verhalten gegenüber Älteren, Frauen und Kindern, sowie ein ganz eigenes Normensystem mit eigenen Moralvorstellungen und recht starren Prinzipien, an die sich auch *Alijuna* halten müssen, die in der Gemeinschaft leben (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 62f.).

4.1.2. Konflikte in der Gesellschaft der Wayuu

Wie in jeder Gesellschaft treten auch in der Gemeinschaft der Wayuu Konflikte auf. Roberts (1981: 48f.) nennt verschiedene Muster, nach denen Konflikte in einer Gemeinschaft immer wieder entstehen. Dispute können sich in einem regelmäßigen Verlauf wiederholen, bei dem Kampf um die Leitung der Gemeinschaft zum Beispiel. Ein weiterer Grund könnten die Veränderungen der Gebräuche oder die Einführung neuer Technologien in die Gemeinschaft sein. Aber auch bestimmte religiöse Ansichten, Kosmvision oder die ökonomische und soziale Beschaffenheit einer Gesellschaft sind mögliche Auslöser für Konflikte. Oft ist auch die Existenzbasis einer Gruppe Anlass für Streit. Im großen Rahmen betrachtet, kann zwischen der Auseinandersetzung innerhalb einer Gruppe und dem Konflikt zwischen zwei Gruppen unterschieden werden. Weitere Kategorien von Disputen differenzieren zwischen einem Konflikt durch Normverstoß und einer Konfrontation aufgrund von Ressourcen.

Guerra Curvelo definiert nach den von Roberts genannten Kriterien die Hauptkonfliktpunkte in der Gruppe der Wayuu:

- ✓ Die Konkurrenz um Territorium und die dort vorkommenden natürlichen Ressourcen
- ✓ Die sozialen Hierarchisierungsprozesse und die damit zusammenhängenden politischen Positionen
- ✓ Der Bruch mit sozialen Normen, besonders Diebstahl und Mord

Konkurrenz um Territorium und natürliche Ressourcen

Die hohe Bevölkerungsdichte im Territorium der Gesellschaft der Wayuu führte zu einer Abwanderung in die Städte, wie zum Beispiel nach Riohacha und Maracaibo. Durch den Kampf um natürliche Ressourcen, hauptsächlich um Wasser in der semi-ariden Zone, kam es zu einem Wechsel von der traditionellen Subsistenzwirtschaft zu neuen Wirtschaftszweigen wie der bezahlten Arbeit und dem Handel. Durch die klimatischen Gegebenheiten einer Halbwüste entstand vermutlich die schon im Kapitel 4.1.1. angesprochene verstreute Lebensweise in *rancherías*. Die Wasserarmut eines Großteils des indigenen Territoriums, wie zum Beispiel in der Alta Guajira, bringt eine extensive Ausbeutung der natürlichen Ressourcen mit sich (Guerra Curvelo 2002: 86). Generell wird die Zugehörigkeit des Territoriums durch verschiedene Elemente bestimmt. Sowohl Guerra Curvelo (2002:89f.) als auch Perafán (1995: 181) nennen diesbezüglich drei Elemente, die die Zugehörigkeit eines Territoriums bestimmen. Hierbei handelt es sich um die *Precedencia*, *Adyacencia* und *Subsistencia*. Die *Precedencia* - den Vorzug - für ein Territorium erhält eine Familie, die dieses seit langer Zeit bewohnt. Das Heimatterritorium einer Familie wird *Woumainpa'a* genannt. Der Friedhof in diesem Gebiet zählt als Beweis für das Vorrecht einer Familie auf das Territorium und fungiert gleichzeitig als Ankerplatz für die Familie. Auch wird das Territorium durch die *Adyacencia*, das Nähen-Verhältnis, folgender Elemente bestimmt: Wohnort – Friedhof – Weidegebiet/ Wasserquelle/ Jagdgebiet/ Anbau/ Küstenlagunen/ Fischgründe. Zusätzlich dazu kann die Existenzgrundlage, die *Subsistencia*, und die dafür nötige soziale Anerkennung der Ausbeutung einer natürlichen Ressource das Territorium zuordnen. Leben nun zwei Familien in einem Gebiet und erheben beide Anspruch auf den Wasserzugang, so kann es zu Konflikten kommen (Guerra Curvelo 2002: 89f.).

soziale Hierarchisierungsprozesse

Nach Mansen (1988: 3) zählt das Streben nach Statusgewinn zu einer charakteristischen Dynamik der Gesellschaft der Wayuu. In einer Konfliktsituation kann ein Mitglied der Wayuu auf zwei Arten seinen Status verlieren: Entweder verliert der Täter durch den Verstoß einer sozialen Regel an Status oder das Opfer durch die erfahrene Beleidigung (Mansen 1988: 6).

Eine weitere Hierarchisierung entstand durch neue ökonomische Formen und politische Konstellationen aufgrund des Einflusses der *Alijuna*. Die Vertreter des Nationalstaates forcieren die Einsetzung von Repräsentanten und autoritärer Persönlichkeiten innerhalb indigener Gruppen, ohne die traditionellen politischen Konstellationen zu beachten. Darüber hinaus entstehen Konflikte zwischen traditionellen Autoritätspersonen und Vertretern_innen des sozialen Wandels durch Innovationen (Guerra Curvelo 2002: 93f.).

Bruch mit sozialen Normen

Guerra Curvelo sieht einen weiteren Konfliktherd in den Sozialevents der Familien, in denen viel Alkohol getrunken und um die Wette geschossen wird sowie Pferderennen veranstaltet werden. Beschimpfungen, Angriffe, die Niederlage in einem Wettkampf, der Ehebruch einer Frau, oder auch eine unerschwellige Konkurrenz aufgrund des Kampfes um Territorium, können bei diesen Gelegenheiten zu häufigen Konfliktsituationen mit Todesfolge führen (Guerra Curvelo 2002: 100f.). Nicht nur Mord, sondern auch Diebstahl gilt als schwerer Normbruch in der Gemeinschaft und kann zu gewalttätigen Konflikten zwischen Familien führen.

4.1.3. Das Rechtssystem der Gesellschaft der Wayuu

Das Volk der Wayuu verfügt über eine eigene Rechtsordnung, die sie *ley Wayuu* nennen. Das *ley Wayuu* ist nicht nur ein Normsystem von Sitten und Gebräuchen, sondern gilt als eigenständiges Rechtssystem. Durch den in Kolumbien bestehenden Pluralismus der Systeme (siehe 2.2.2.) existiert das *ley Wayuu* als Rechtsprechung neben dem staatlichen Rechtssystem. Perafán definiert das *ley Wayuu* wie folgt:

[...] el sistema penal wayúu está caracterizado por la socialización de la imputación y la responsabilidad, sobre la base del daño, no de la acción del actor y por una penalidad civil – a través de pagos indemnizatorios -, cuyo incumplimiento genera el derecho a acudir a la violencia. (Perafán 1995: 196)

Um in der Gesellschaft der Wayuu einen Konflikt zu lösen, werden entweder

Kompensationszahlungen ausgehandelt, oder es kommt zu Kämpfen zwischen den beteiligten Familien. Falls die angegriffene Familie keine Kompensation oder keinen Kampf fordert, führt dies zu deren Statusverlust innerhalb der Gemeinschaft (Perafán 1995: 174). Die gesellschaftliche Ordnung in der Gruppe der Wayuu wird also durch finanzielle Belastung und Statusverlust im Falle eines Vergehens kontrolliert. So sorgen die Familien für den Zusammenhalt der Gesellschaft, indem sie Konflikte selbst lösen (siehe Roberts 1981: 30f., 35ff.).

In der Gesellschaft der Wayuu betrifft die Rechtsprechung die gesamte Familie (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 103f.): “Su familia ya responde, no el tanto directo, sino su familia de el responde [...]” (Maria Consuelo Epinayú 2012a: 02:19-02:26)

Die Begriffe Konflikt und Delikt sind unpassend in der Gesellschaft der Wayuu – ich werde sie jedoch aufgrund der Einfachheit weiterhin verwenden - , da es sich nicht direkt um Konflikte handelt, sondern vielmehr um einen Schaden, der einer Familie zugefügt wurde und der daher bezahlt werden muss. Das Gleiche gilt für den Begriff Delikt. Die zu bezahlenden Taten sind zwar in der Gruppe nicht anerkannt und als verwerflich angesehen, werden jedoch nicht im westlichen Sinne durch Freiheitsstrafe oder Geldstrafe gehandhabt. Die Kompensationszahlung hat mehr die Aufgabe, die Schuld einer Familie zu begleichen und das Gleichgewicht in der Gemeinschaft wieder herzustellen, als den Täter für sein Vergehen zu bestrafen. Wobei es gewiss an der Familie des Täters liegt, kein weiteres Vergehen seitens des Familienmitglieds zuzulassen (siehe Perafán 1995: 226f.).

Die Hauptverantwortung der Lösung eines Konfliktes liegt also bei der Familie des Täters, nicht bei diesem selbst. Bei der Entscheidung, wie der Konflikt gelöst werden soll, hat der Onkel mütterlicherseits die größte Autorität (Gutiérrez Q. 2011: 97). Perafán (1995: 186) stuft die Beteiligung der Familienmitglieder bei einer Konfliktlösung wie folgt ein: Bei einem geringen Problem werden nur die Mutter und die Onkel mit eingebunden, bei einem Problem von relativem Schweregrad ist es die Aufgabe der Onkel, der Mutter und deren Kindern eine Lösung zu finden und bei schwerwiegenden Problemen liegt es an den Großeltern, Geschwistern, der Großmutter des Täters und deren Kindern, den Fall zu lösen. Daher existiert im Kompensationssystem der Wayuu keine Unzurechnungsfähigkeit des Täters. Bei psychologischer Unreife oder

Beeinträchtigung kann eine geringere Bezahlung gefordert werden (Perafán 1995: 219).

Welcher Teil der Familie für die Bezahlung der Kompensation verantwortlich ist, hängt sowohl von der Tat als auch von der Position des Täters und des Opfers innerhalb des sozialen Gefüges ab. In Frage kommt die Kernfamilie, das *tapüshii*, *apüshii*, *toupayuu* oder *o'upayuu*. Perafán (1995: 218f.) definiert fünf Kategorien, die verletzt werden können und daher eine Kompensation nach sich ziehen:

- Das Weinen: Bezahlung im Falle von Beleidigung der Vorfahren
- Die Tränen: Bezahlung bei Mord und schlechtem Ratschlag
- Die Würde: Bezahlung im Fall von Verleumdung, Betrug, Raub.
- Das Blut: Bezahlung für Vergewaltigung, Verletzungen, Verführung Minderjähriger
- Das Fleisch: Bezahlung für Mord

Eine Tat hat den Verwandten des Opfers Schmerz zugefügt und diese zum Weinen gebracht und demnach müssen dieser Schmerz, die vergossenen Tränen, die verletzte Würde, das verflossene Blut oder verletztes Fleisch bezahlt werden. Innerhalb der Familie übernehmen die uterinen Verwandten des Täters „die Einforderung des Fleisches“ seitens der uterinen Verwandten des Opfers. Sobald jedoch Blut geflossen ist, geht die „Bezahlung der Tränen“ an die uterinen Verwandten des Vaters des Opfers (Perafán 1995: 191). Die gesellschaftliche Position des Täters und des Opfers zueinander ist wie folgt geregelt: Falls der Täter und das Opfer dem gleichen *tapüshii* in der Nachbarschaft angehören, sind die Mutter oder der Vater der Kernfamilie für die Kompensationszahlung zuständig. Wenn sie dem gleichen *apüshii* innerhalb eines *womainpá* angehören, wird der *tapüshii* oder *toupayuu* belangt. Im Falle der Angehörigkeit zu verschiedenen *apüshii* muss das *apüshii* oder der *o'upayuu* die Zahlung übernehmen (Perafán 1995: 218f.).

Im Kompensationssystem der Wayuu gibt es keine juristischen Autoritäten, die man mit Richtern oder Anführern der Gemeinschaft vergleichen

könnte. Die Personen mit der größten Autorität innerhalb der Familie diskutieren die Lösung des Konfliktes aus (Perafán 1995: 174). Nach meiner Beobachtung eines Rechtsstreits kann jedes Familienmitglied seine Meinung zu dem Fall äußern und sich in die Diskussion mit einbringen. Sobald ein Konflikt auftritt, wird dieser durch ein *Anataa*, eine Regelung, gelöst. Es ist die Aufgabe des *Pütchipü'ü* diese Regelung mit den beteiligten Parteien auszudiskutieren und eine möglichst gleichberechtigte und friedliche Lösung zu finden. Die Regelung des Konfliktes wird durch Kompensationszahlungen erreicht (Ponce Bravo 2005: 2). Diese Zahlungen bestehen traditionell aus Ketten und Nutztieren – hauptsächlich Ziegen oder Eseln –. Durch die Einflüsse der *Alijuna* und der damit einhergehenden Veränderung der wirtschaftlichen Strukturen in der Gesellschaft der Wayuu können auch Geld oder andere Wertgegenstände als Kompensation verwendet werden (Guerra Curvelo 2013: 14:13-15:11). “[...] [su familia] hacemos cargo, vamos a hacer la indemnización, vamos a empezar a, a recoger, porque el Wayuu empieza pedirle colaboración a familiares, amigos.” (Maria Consuelo Epinayú 2012a 02:16-02:38) Es ist die Aufgabe der Familie, die Entschädigung aufzubringen und die Schuld zu begleichen (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005:122). Auch Perafán (1995: 186) geht davon aus, dass das *apüshii* die Verantwortung für die Aktionen seiner Mitglieder tragen muss. Er nennt insgesamt drei Ausnahmen, in denen der/die Angeklagte auf sich allein gestellt ist. Falls eine Person als „marimbero“ gesehen wird, also als jemand, der mit Drogen handelt, übernimmt das *apüshii* keine Verantwortung. Die zweite Ausnahme trifft dann zu, wenn eine Person als „mamainash“, als verrückt, eingestuft wird. Die dritte Exzeption kann angewandt werden, falls eine Person als „Mateinzai ha`ma“, als jemand der sich an keine Regeln hält, angesehen wird (Perafán 1995: 191).

Auch im Falle einer Beleidigung kann es zur Forderung nach einer Kompensationszahlung kommen. Bei Raub gilt jedoch eine andere Regelung. Hier muss die Familie des Täters drei Mal das gestohlene Gut oder den dreifachen Wert davon an die bestohlene Familie zurückgeben (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 125).

Die Kompensationszahlung hat jedoch keinen kommerziellen Hintergrund. Die Entschädigung hat die Funktion den verursachten Schaden auszugleichen und gegebenenfalls den verlorenen Status wieder herzustellen. Nach diesen Kriterien wird auch die Höhe der Kompensationszahlung gewählt.

Außerdem wird das Vermögen einer Familie betrachtet, um die Höhe der Zahlung festzulegen. Darüber hinaus sollte die Zahlung proportional zu dem Vermögen und dem sozialen Rang einer Familie stehen. Die Sanktion der Zahlung hat einen moralischen Hintergrund mit dem Ziel, dass die Familie den Täter überwacht und zur Vernunft bringt. Die Sanktion soll dazu führen, dass die Tat nicht wiederholt wird und kein Streit zwischen den beteiligten Familien bestehen bleibt. Es ist die Aufgabe des *Pütchipü'ü* eine für beide Familien gerechte Summe auszuhandeln. (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 119ff.).

Ein weiterer wichtiger Aspekt der Rechtsprechung ist die Übergabe der Waffe oder des Gegenstandes, mit dem ein Opfer getötet wurde. Dies kann sowohl eine Pistole oder ein Messer sein, als auch ein Auto. Das Objekt wird im ersten Konziliationsakt an die Familie des Opfers übergeben. (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 120)

Als grundlegende Delikte in Gesellschaften nennen Hernández Guerra und Martínez Ubárnez Raub und Mord (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 118). Dies scheint mir eine recht vereinfachte und auch problematische Ansicht in Hinsicht auf Stereotypisierung zu sein. Im Folgenden möchte ich die von Perafán beschriebenen Charakteristiken des *ley Wayuu* bezogen auf Vergehen und deren Kompensation, oder Lösung, zusammengefasst darstellen.

Eine Verweigerung der Kompensationszahlungen oder auch der Verhandlung kann zu einer Fehde oder zu Racheakten zwischen den beteiligten Familien führen. Wenn innerhalb der Familie die Autoritätsperson, also der *alaila* (Onkel mütterlicherseits), angegriffen wird, bedeutet dies eine Attacke gegen die gesamte Familie und kann ebenfalls zu einer Fehde führen. Der Aufstand gegen nationale Autoritäten im Falle einer Nichtbeachtung des *ley Wayuu* wird von der Gemeinschaft akzeptiert. Das Verschenken oder Verkaufen von Land durch den *alaila* wird als schweres Vergehen gegenüber der Familie angesehen. Wie schon in 2.4.2. besprochen, hat das Territorium einen hohen Stellenwert für die Gruppe der Wayuu. Wird dies nun widerrechtlich abgegeben, kann dies zur Absetzung des *alaila* führen, zu einer familieninternen Fehde, zu einer Fusion der involvierten *womainpá* oder auch der Forderung nach einer Entschädigungszahlung durch den *alaila* (Perafán 1995: 197f.).

Innerhalb des Rechtssystems kann es zu drei schwerwiegenden Verletzungen desselben kommen. Ein *Pütchipü'ü* verrät die Familie, die ihm den

Auftrag der Kompensationsaushandlung übergeben hat, was zum Tod der Beteiligten führen kann. Dies kann entweder die Forderung von Kompensation oder eine Fehde nach sich ziehen, da dieser Mord dem Intermediator zugeschrieben wird, auch wenn er ihn nicht direkt ausgeführt hat. Auch bei einer Falschaussage wird Entschädigung gefordert. Diese wird nicht nur nach dem Prestige der angegriffenen Familie berechnet, sondern auch nach dem Schaden, der auf die Falschaussage folgt. Falls ein *Pütchipü'ü* beschuldigt wird, von einer der Parteien gekauft worden zu sein, muss zuerst festgestellt werden, ob diese Anschuldigung gerechtfertigt war. Im Falle einer falschen Beschuldigung kann der *Pütchipü'ü* Kompensation fordern. Falls die Anschuldigung sich jedoch als berechtigt herausstellt, hat die betroffene Familie die Möglichkeit entweder Kompensation zu fordern, in den Krieg mit der Familie des *Pütchipü'ü* zu treten, oder Rache am *Pütchipü'ü* zu nehmen (Perafán 1995: 199f.).

Auf die Bewaffnung einer Familie hin kann entweder von einer feindlichen Familie das Wort geschickt werden, also ein *Pütchipü'ü*, oder ein Krieg angezettelt werden. Als besonders schwerwiegendes Vergehen zählt das Legen von Feuer. Alle verlorenen Gegenstände und Gebäude müssen nebst einer hohen Kompensationszahlung erstattet werden. Auch das Einsperren eines Feindes in dessen Haus und das anschließende Anzünden des Gebäudes gilt als schwerwiegendes Verbrechen und kann Racheakte hervorrufen. Falls eine Familie das *womainpá* einer anderen Familie besetzt, muss zuerst eruiert werden, ob Erstere das anzestrale Recht dazu hat. In diesem Fall kann die okkupierende Familie Kompensation fordern und weiter auf dem Territorium leben. Wenn dieses anzestrale Recht jedoch nicht existiert, die Familie jedoch schon über einen längeren Zeitraum die Okkupation aufrechterhält, hat diese das Recht auf Entschädigung ihres Vermächtnisses. Die rechtmäßigen Besitzer des Territoriums haben die Möglichkeit, den Besitz der illegalen Bewohner zu verbrennen (Perafán 1995: 200f.). Auch die unrechtmäßige Verwendung von natürlichen Ressourcen eines Territoriums zieht eine Kompensationszahlung gegenüber dem *apushi* nach sich (Perafán 1995: 206).

Wie schon in 4.1.1. angesprochen, verändert sich das *ley Wayuu* durch seine Vertreter oder besser gesagt, passt sich neuen Gegebenheiten an. Perafán nennt das Beispiel einer Kompensationsforderung an eine Kohlefirma

aufgrund von Umweltverschmutzung (Perafán 1995: 203). So wird auch in der Gruppe der Wayuu die Kontamination der Umwelt zu einem Delikt.

Ein weiteres schwerwiegendes Vergehen ist der schlechte Ratschlag. Wenn ein Ratschlag negative Folgen hat, muss die Person und ihre Familie die Verantwortung dafür übernehmen (Perafán 1995: 204; Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 125).

Nicht nur die Kompensationszahlungen und Krieg, sondern auch die Gefahr des Statusverlustes (siehe Mansen 1988) können als gesellschaftliche Kontrollmechanismen angesehen werden. Perafán beschreibt hierzu Statusverlust durch nicht erwiderte Reziprozitätsleistungen, wie zum Beispiel das Verweigern einer Gegenleistung. Auch das geringe Verteilen von Gütern bei einem *velorio* zum Beispiel kann zu Prestigeverlust führen. Das Anhäufen von Gütern und Geld führt zu der Obligation der Hilfe von weniger gut statuierten Familienmitgliedern oder auch Klanmitgliedern. So ist eine reiche Person in der Gruppe der Wayuu dazu verpflichtet, die ärmeren Mitmenschen zu unterstützen und im Falle einer Verweigerung muss sie mit Statusverlust rechnen. Als eine weitere Möglichkeit des Prestigeverlustes sieht Perafán das Schmuggeln, das zwar akzeptiert wird, jedoch nicht anerkannt ist, an (Perafán 1995: 205). Meinen Beobachtungen nach kann ich dies nicht bestätigen, denn das Schmuggeln von Gütern von Venezuela nach Kolumbien ist weit verbreitet und erschien mir als anerkannt und gewollt.

Auch Inzest führt zu Statusverlust aber nicht zu Kompensationszahlung, da es innerhalb einer Familie geschieht. Wie in 2.4.2. erwähnt, ist Bigamie in der Gesellschaft der Wayuu anerkannt, jedoch nur für den Mann. Falls eine Frau einen anderen Mann heiraten möchte, hat die Familie des ersten Mannes das Recht dazu, sowohl den Brautpreis zurückzuverlangen als auch eine Entschädigungszahlung zurückzufordern. Die gleiche Regelung gilt im Falle von Untreue seitens der Frau (Perafán 1995: 206).

Als weiterer Grund für Statusverlust gilt Prostitution, was auch keine Kompensationszahlungen nach sich zieht. Im Falle von Vergewaltigung ist der Täter dazu verpflichtet, den Brautpreis an die Familie des Opfers zu zahlen. Der Brautpreis und die noch hinzukommende Entschädigungszahlung werden nach dem Prestige der Familie bestimmt. Falls eine Frau vor der Bezahlung des Brautpreises Geschlechtsverkehr mit einem Mann hat oder mit diesem schon zusammenzieht, muss nur das Minimum des Preises an die Familie der Frau

gezahlt werden. Als schwerwiegendes Vergehen gilt der Raub einer Frau und hat entweder Rache oder eine sehr hohe Kompensationszahlung zur Folge (Perafán 1995: 207f.).

Im *ley Wayuu* wird kein Unterschied zwischen vorsätzlichem und ungewollt herbeigeführtem Todesfall gemacht. „Los que piden en realidad el pago son los muertos, los familiares del muerto, y no el que mata, no es el que pide el pago.“ (Maria Consuelo Epinayú 2012a 05:06-05:15) Die Entschädigungszahlung wird von der Familie des Toten gefordert. Egal ob Mord oder ungewollter Todesfall, der Verantwortliche muss die Kompensation leisten; der Tod kann vorsätzlich durch eine geplante Erschießung geschehen, oder der Arbeitsunfall eines Angestellten sein.

Als Beispiel eines interethnischen Konfliktes aufgrund eines ungewollten Todesfalles wird im Folgenden die Zusammenkunft der Familie von Maria Elena Gomez Barliza Epinayú am 23.03.2013 und am 30.03.2013 in Manaure genauer beschrieben. Andres Romero Gomez Epinayú, der Sohn von Maria Elena, teilte mir mit, dass im Haus seines Cousins ein Freund und dessen Freundin angeschossen wurden. Der Freund des Cousins starb, die Freundin überlebte. Andres befürchtete einen gewaltsamen Konflikt zwischen seiner und der anderen Familie, falls keine Einigung und keine Kompensation zustande kommen sollten. Die Familie des Freundes schickte einen *Pütchipü'ü*, um die Kompensation für den Tod des Familienangehörigen im Haus der Familie Gomez auszuhandeln. Die Verhandlungen fanden in Manaure im Haus der Familie des Cousins statt. Im Verlauf der Morgenstunden trafen immer mehr Familienmitglieder ein, bis ungefähr 25 bis 30 Personen anwesend waren. Jeder Neuankömmling wurde zuerst mit einem Fischfrühstück und fortwährend mit Kaffee versorgt. Maria Elena, ihre Cousine und ihre Tante, sowie ihre Onkeln und andere ältere männliche Verwandte diskutierten mit dem verwandten *Pütchipü'ü* José Manuel Pana die Vorgehensweise mit dem *Pütchipü'ü* der anderen Familie. Der „Angeklagte“ selbst war nicht anwesend, sondern wurde irgendwo in den Bergen der Alta Guajira versteckt gehalten. Beim ersten Treffen erschien der *Pütchipü'ü* der anderen Familie nicht, da diese sich untereinander nicht einigen konnten, welche Kompensationszahlungen sie fordern wollten. Beim zweiten Treffen am 30.03.2013 erschien der *Pütchipü'ü* Jerman Ailar. Die *Pütchipü'ü* konnten eine Einigung und eine Kompensationszahlung von ungefähr 4000 Euro aushandeln, für die nun die

gesamte Familie aufkommen muss. Auch wenn der Cousin nicht selbst den Mord begangen hat, ist dieser trotzdem für den Tod in seinem Haus verantwortlich und daher muss seine Familie Kompensationszahlungen leisten (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 125; Perafán 1995: 209).

Erst bei der Festlegung der Höhe der Kompensation ist es relevant, ob der Mord vorsätzlich war oder es zu einem ungewollten Todesfall kam. Wenn bewiesen wird, dass der Verantwortliche nicht die Schuld am Tod trägt, kann die Entschädigungszahlung geringer ausfallen. Wie schon zuvor in diesem Kapitel besprochen, gibt es zwei Arten der Zahlung. Die Bezahlung der Tränen für das Vergießen von Blut durch den *o'upayuu* des Toten und die Bezahlung des Fleisches durch den *Apüshii* des Toten. Letztere wird in drei Etappen bezahlt. Die erste Bezahlung erfolgt bei der Verhandlung, die zweite nach vier bis sechs Jahren und die letzte nach zehn bis zwanzig Jahren. Innerhalb der Familie muss ein Täter mit Vorwürfen rechnen, er kann einer speziellen Diät unterzogen werden und darf keine Kinder mehr auf den Arm nehmen, um nicht die Last des Todes an sie weiterzugeben. Die Familie kann sich auch dazu entschließen, die Kompensation nicht zu bezahlen und den Täter der Familie des Opfers übergeben (Perafán 1995: 209ff.; Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005:125).

Bei körperlicher Verletzung durch eine Person, ein Tier oder ein Fahrzeug wird das verflossene Blut an den *o'upayuu* gezahlt. Im Falle eines Kindstodes bei dem die Mutter alleinerziehend war, kann die Familie des Vaters die Bezahlung der Tränen verlangen. Auch das Nennen des Namens eines Toten bringt die Forderung nach der Bezahlung des Weinens mit sich (Perafán 1995: 211f).

Wenn jemand Betrug begeht, zum Beispiel indem eine Person bei einem Geschäft nicht das besprochene Gut übergibt, sondern ein anderes, oder ein Tier, das sich als krank herausstellt, muss das Gut oder das Tier rückerstattet werden und zusätzlich eine Entschädigung an den *Apüshii* wegen des Vergehens gegen die Ehre gezahlt werden. Im Falle von Raub, wie in diesem Kapitel schon beschrieben wurde, muss das gestohlene Gut oder Tier drei bis sechs Mal zurückgegeben werden, sowie eine Entschädigung an den *Apüshii* aufgrund des Vergehens gegen die Ehre ausgehändigt werden (Perafán 1995: 212f.).

Auch bei Sachbeschädigung in der *ranchería* einer anderen Familie wird

eine Kompensationszahlung mit Hilfe eines *Pütchipü'ü* ausgehandelt. Im Falle von Beschädigung eines geliehenen Gutes muss dieses in dreifacher Ausführung ersetzt werden (Perafán 1995: 214).

Im Falle eines Deliktes liegt es in der Hand der Familie des Opfers zu entscheiden, ob sie von der Familie des Täters überhaupt etwas fordern, einen gewaltsamen Konflikt zwischen den beiden Familien herbeiführen oder in Kompensationsverhandlungen treten soll (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 120). Letzteres wird am häufigsten gewählt. Dies bestätigt Maria Consuelo Epinayú auf die Frage hin, ob es noch häufig zu Kämpfen zwischen den Klans kommt: “Si se dan, pero muy poco. Porque ahorita [la], es que las guerra [sic!] ni las ganadas son buenas. “ (Maria Consuelo Epinayú 2012b: 01:00-01:07)

Bei Angelegenheiten im Territorium der Wayuu zwischen einem Mitglied der Gemeinschaft der Wayuu und einem *alijuna*, einer nicht-indigenen Person, ist es für Letztere möglich, Konflikte innerhalb des *ley Wayuu* zu lösen. Hernández Guerra und Martínez Ubárnez gehen davon aus, dass diese Möglichkeit häufig von den *alijuna* gewählt wird, da das *ley Wayuu* schneller funktioniert als das nationale Rechtssystem. Als weiteren Grund sehen die beiden Autoren, dass der Konflikt für die involvierten Wayuu nicht als gelöst gilt, solange keine Kompensation gezahlt wurde (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 125).

4.1.4. *Pütchipü'ü*

Wie bei der Darstellung des Rechtssystems der Gesellschaft der Wayuu beschrieben wurde, beauftragt die angegriffene Familie eine Person der Gemeinschaft, die sich selbst und auch von den anderen Mitgliedern der Gruppe als *Pütchipü'ü* oder *palabrero* bezeichnet wird. Grundlegend ist die Aufgabe des *Pütchipü'ü* innerhalb der Verhandlung, die Kompensationsforderung der Familie des Opfers der Familie des_r Täters_in zu überbringen und umgekehrt die Antwort der Familie des_r Täters_in an die Familie des Opfers weiterzuleiten (Hernández Guerra, Martínez Ubárnez 2005: 133). Das Überbringen von Nachrichten ist jedoch nur ein Teil seines Aufgabenbereiches. Der Begriff *Pütchipü'ü* bezeichnet einen „auténtico

especialista dedicado a la solución de disputas.” (Guerra Curvelo 2006: 134)
Ein *Pütchipü’ü* sollte die Fähigkeiten eines geschickten Redners haben, sowie den Umgang mit schwierigen Konfliktsituationen beherrschen (Guerra Curvelo 2006: 134).

No hay un palabrero para todo, hay muchos palabrereros. Ellos se inician palabrereros a través de asistir a los, a los cobros, a mirar, hay que manejar mucha, hay que ser muy prudente, muy elocuente para ser [palabrero]. Y eso no se estudia, ellos se hacen, se forman ellos mismos. (Epinayú, Maria Consuelo 2012b: 02:27-02:58)

Eine Person, die als *Pütchipü’ü* tätig werden will, geht nicht auf eine bestimmte Schule oder folgt einem Mentor. Um als *Pütchipü’ü* in der Gemeinschaft anerkannt zu werden, muss diese Person bestimmte Eigenschaften aufweisen. Nach Maria Consuelo Epinayú sollte ein *Pütchipü’ü* vernünftig, behutsam, klug und eloquent sein und demnach formt sich eine Person selbst zu einem *Pütchipü’ü*:

Sophie Jackl: Un palabrero forma a otro?

Maria Consuelo Epinayú: Ellos mismos se forman. No, no le educa. Ellos mismos van asistiendo, van viendo, van estudiando, van viendo los problemas, van asistiendo donde hay problema. O sino, ellos siempre están en esas reuniones donde hay, donde hay esa disputa, donde hay que hacer pagos. Ahí se va formando el palabrero. (Epinayú, Maria Consuelo 2012b: 02:58-03:25)

Durch die Teilnahme, das Beobachten und das Studieren von Problemen und Konfliktsituationen erlernt eine Person die Eigenschaften und Aufgaben eines *Pütchipü’ü*. „Aprendemos a través de la observación y la experiencia de la palabra. [...] No se requiere escuela, como la tienen los *alijuna*. [...] Los palabrereros aprendemos en nuestro medio escuchando a otros palabrereros; no necesitamos ir a otras partes para adquirir conocimiento. “ (Isidro Epinayuu¹⁵ zitiert nach Guerra Curvelo 2002: 136) Auch der *Pütchipü’ü* Isidro Epinayuu bestätigt die Aussage von Maria Consuelo Epinayú, dass ein *Palabrero* keine Schule braucht, um die nötigen Kenntnisse zu erlangen. Ein *Pütchipü’ü* erlernt sein Handwerk durch die Teilnahme an Disputen und durch das Zuhören anderer *Pütchipü’ü*. Ein *Palabrero* wird also nicht ernannt, er entscheidet sich

¹⁵ *Pütchipü’ü* für Ratschläge und geringere Streitigkeiten

selbst für seine Aufgabe. Auch geht er in keine Schule, sondern lernt durch das Beobachten anderer *Pütchipü'ü*.

Los palabreros nos reconocen por nuestra función. Nos recomiendan de acuerdo con los resultados, la transparencia, la seriedad, la seriedad del proceso. Y ahí se gana uno la referencia de la sociedad Wayuu. Así como la revalúan lo pueden condenar por corrupción, por mal manejo e influencia, mentiras. (Germán Aguilar Epiayu 2013: 03:17 – 03:42)

Um als *Pütchipü'ü* tätig zu sein, ist die Empfehlung anderer *Pütchipü'ü* nötig. Nur so erfährt die Gemeinschaft der Wayuu, ob ein angehender *Pütchipü'ü* fähig ist, ob er die Transparenz, Sachlichkeit und die Ernsthaftigkeit des Prozesses wahrt. Auf dem gleichen Weg kann ein *Pütchipü'ü* dadurch aber auch seine Referenzen verlieren, falls er korrupt ist, lügt, einen schlechten Einfluss hat oder einen Fall falsch handhabt.

Im Verlauf seines Werdegangs spezialisiert sich ein *Pütchipü'ü* auf den Schweregrad der Konflikte oder Probleme: "hay uno, aquel palabrero que se dirige a las cosas menores. Como hay palabreros, que se, es de, son los que resuelven problemas más graves, como en caso de muerto, de homicidio o cuando se quiere guerra." (Epinayú, Maria Consuelo 2012b: 04:08-04:25) Hierbei wird zwischen "cosas menores", wie zum Beispiel Diebstahl und schwerwiegenden Problemen wie Mord und drohendem Krieg, unterschieden. Guerra Curvelo differenziert zwischen der Spezialisierung auf "casos de sangre" und auf der Regelung des Brautpreises. Auch er nennt „palabreros menores“, die sich auf kleinere Streitigkeiten spezialisieren. Die Person, die nur für die Kompensationsforderung und nicht für die Regelung eines Konfliktes zuständig ist, wird *maünai* oder *maünapui* genannt (Guerra Curvelo 2002: 135). Auch der *Pütchipü'ü* Germán Aguilar Epiayu bestätigt, dass es für jedes Konfliktgebiet einen Zuständigen gibt. Dies begründet er damit, dass sich nicht jeder zutraut, zum Beispiel einen Mord zu lösen: „Es que hay unos expertos por experiencia en el campo de determinada area, perfecto. Homicidio, no todo el mundo se mide a manejar resolver conflicto de homicidio." (Aguilar Epiayu 2013: 01:37 - 01:49) Maria Consuelo Epinayú definiert einen guten *Pütchipü'ü* folgendermaßen:

Cuando es un buen palabrero, es de, el maneja muy bien el caso, ni se pone ni a favor

de aquel, ni a favor de que está sino no que maneja y trata de, si aquel dice algo malo a este no se lo dice sino que maneja el asunto y busca como, como animar esas perecas que ambas, ambas familias queden bien y se llegue a un arreglo. Este es un buen palabrero. (Epinayú, Maria Consuelo 2012b: 04:25-04:51)

Ein guter *Pütchipü'ü* zeichnet sich also durch unparteiisches Handeln aus. Sein Ziel sollte eine akzeptable Regelung für beide Konfliktparteien sein. *Palabrer*os versuchen den angegriffenen Familien ihren Frieden zurückzugeben. Ein *Pütchipü'ü* berät bei der Regelung eines Konfliktes beide Familien und regelt somit das Problem. (Isidro Epinayuu zitiert nach Guerra Curvelo 2001: 136). Der Kodex, nach dem ein *Pütchipü'ü* handeln sollte, wird von Aguilar Epinayuu wie folgt beschrieben:

[...] el código es: diálogo con los dos partes e instrumento la palabra. Pero la palabra no es cualquiera sin es la que constituye la verdad y la razón. Es de aquél lado o de este lado. Uno es que le identifica y uno dice: la razón la tiene aquél lado, así me toca asesorar mi cliente a decirle que no tiene la razón. Ya. Así de la obligación de esa manera nos distinguimos los palabrer^{os}. El que posee eso, maneje eso se le reconoce su investidura como autoridad, como *Pütchipü'ü* – Palabrero Wayuu - . (Aguilar Epinayuu 2013: 04:05 – 04:58)

Wie auch schon Maria Consuelo Epinayú geschildert hat, ist es für einen *Pütchipü'ü* essenziell, parteilos zu handeln, sich beide Seiten des Konfliktes anzuhören und der Wahrheit und Vernunft treu zu sein.

Auch die Regierung hat sich schon in der Vergangenheit an *Pütchipü'ü* gewandt, damit diese dabei helfen, Konflikte zwischen Familien der Wayuu zu lösen:

Glicerio Pana Uliana, Manuel Peñaranda Epieyuu, Guillermo Estrada Uliana: “[...] conciliadores dentro de estas dependencias gubernamentales y han logrado el arreglo de numerosos conflictos por la vía tradicional o sukua'ipa Wayuu (estos acuerdos son consignados en documentos oficiales y referendados con la presencia de los funcionarios de estas agencias).” (Guerra Curvelo 2006: 200)

Ein *Pütchipü'ü* ist jedoch kein „ehrenamtlicher“ Vermittler, sondern wird von der Familie, die ihn beauftragt hat, bezahlt: „Si, a ellos se da una indemnización. Ellos se les paga. La familia que el utiliza le paga.” (Epinayú, Maria Consuelo 2012b: 03:26-03:37) Außerdem erhält der beauftragte *Pütchipü'ü* einen Teil der

Kompensationszahlung.

Auf die Frage, an wen sich Maria Consuelo Epinayú generell im Fall eines Konfliktes wendet, antwortet diese wie folgt:

Maria Consuelo Epinayú: Bueno, por lo general en esos casos es mejor la ley Wayuu. Son más claras. Yo me dirijo a un palabrero. Son más claras las reglas. Porque, por ejemplo, en caso de un robo, la policía lo detiene 48 retro. Pero en este caso, se llama a los familiares, se les cobra la ofensa y se sentencia, para que eso no vuelva a suceder [...]” (Maria Consuelo Epinayú 2012b: 05:31-06:20)

Maria Consuelo Epinayú vertraut in Konfliktfällen dem *ley Wayuu*, da für sie die Regeln klarer sind und die Polizei den_ die Täter_in nur 48 Stunden festhält und sich damit die Angelegenheit erledigt hat.

4.2. Kompetenzkonflikte zwischen dem *Ley Wayuu* und der ordentlichen Justiz

Wie in 3.3. erklärt wurde, gilt es vier Kriterien zu untersuchen, um die grundsätzliche Legalität eines indigenen Rechtssystems zu bestimmen:

In der indigenen Gemeinschaft

1. existieren eigene Rechtsautoritäten
2. sind eigene Normen und Methoden vorhanden
3. die nicht gegen die Konstitution und Gesetze verstoßen
4. und die Koordination zwischen den beiden Rechtssystemen ist gesetzlich festgelegt.

1. In der Gruppe der Wayuu existieren keine eigenen Rechtsautoritäten. Im vorangehenden Kapitel wurde beschrieben, dass das Rechtssystem der Wayuu auf Kompensationszahlungen beruht, die mit Hilfe der *Pütchipü’ü* ausgehandelt werden. Letztere können jedoch nicht als Autoritäten angesehen werden. Das *ley Wayuu* wird jedoch trotzdem als indigenes Sonderrecht anerkannt:

Por otra parte, la restricción anotada desconoce la realidad de la aplicación de sanciones en las comunidades indígenas, como quiera que cada comunidad tiene formas diversas de resolución de conflictos, a cargo de personas que no siempre son los gobernadores del cabildo y que, incluso, pueden ser órganos colectivos. Así, se pueden distinguir sistemas de resolución de disputas segmentarios (en los que la autoridad es ejercida por miembros del grupo familiar), permanentes (en los que la administración de justicia está a cargo de autoridades centralizadas), religiosos (en los cuales se recurre a la opinión del conocimiento mágico-como los piache entre los wayúu o los jaibaná entre las culturas del Pacífico- o de representantes de instituciones religiosas), e incluso mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la compensación (arreglo directo entre miembros de dos grupos familiares). (Hervorhebung durch die Verfasserin; Gaviria Díaz 1996a)

Der Verfassungsgerichtshof akzeptiert nicht nur Rechtsautoritäten sondern auch andere Rechtssysteme, wie das Kompensationssystem der Wayuu.

2. Daher kann die Kompensationsregelung als normatives System angesehen werden. Die Bestrafung einer Tat geschieht nicht willkürlich sondern hält sich an eine bestimmte Methodik. Die gleiche Tat von zwei verschiedenen Tätern_innen bedeutet jedoch nicht den gleichen Betrag der Kompensationszahlung. Dies rührt wohl daher, dass eine Tat in einem weiteren Kontext gesehen wird. Nicht nur das aktuelle Delikt wird diskutiert, sondern auch frühere Konflikte zwischen den involvierten Familien. Das *ley Wayuu* basiert nicht auf dem Versuch, gleiche Taten gleich zu bestrafen und dafür Normen zu entwickeln, wie es im staatlichen Rechtssystem versucht wird, sondern in jeder Konfliktsituation einen gerechten Kompromiss für beide Konfliktparteien mit Hilfe des *Pütchipü'ü* zu erreichen.

3. Auch das dritte Kriterium, nicht gegen die staatliche Konstitution und Gesetze zu verstoßen, wird durch das Kompensationssystem erfüllt. Sobald es jedoch zu Racheakten kommt, die in der Gesellschaft der Wayuu legitim sind, geschieht dies nicht mehr innerhalb der Legalität der staatlichen Gesetze und der Verfassung.

Grundlegend spricht nichts gegen die Anwendung des *ley Wayuu* mit Ausnahme von Racheakten, die jedoch nicht mehr oft vorkommen (Maria Consuelo Epinayú 2012b: 01:00-01:07). Aus verschiedenen Gründen kommt es jedoch zu Kompetenzkonflikten zwischen dem staatlichen Rechtssystem und dem *ley Wayuu*, die im Folgenden genauer betrachtet werden. Der erste Fall

handelt von einem Mord an einem *Alijuna* außerhalb des indigenen Territoriums durch ein Mitglied der Volksgemeinschaft der Wayuu. Der zweite Fall dreht sich um eine englische Touristin, die von Mitgliedern der Gemeinschaft der Wayuu vergewaltigt wurde. Als drittes Beispiel wird der Fall von zwei nicht-indigenen Lehrern beschrieben, die Schülerinnen der Gruppe der Wayuu vergewaltigt haben. An vierter Stelle steht der Fall eines Wayuu, der in beiden Rechtsprechungen für die Vergewaltigung an einem Mädchen der Wayuu innerhalb des *resguardo* verurteilt wurde. Als Letztes wird der Fall eines Wayuu dargestellt, der aufgrund von Vergewaltigung eines minderjährigen Mitglieds der Gruppe der Wayuu verurteilt wurde.

4.2.1. Fall Andis Javier Alvarez Epiayu

Am 23.05.2009 dringen Javier Álvarez Epiayu, Yefrin Luis Manjarres Rodríguez und Olis Andrés Medina González in das Haus von Tomás Enrique Martínez Martínez ein, der gerade mit seiner Freundin fern sieht. Die Eindringlinge führen eine Pistole und ein Gewehr – beides illegale Waffen – mit sich. Sie verlangen \$130.000 pesos colombianos (ca. 50 €) von Martínez Martínez. Dieser wird von Olis Andrés Medina González mit dem Gewehr erschossen. Die Freundin des Ermordeten übergibt den Angreifern im Anschluss das geforderte Geld (Socha Salamanca 2011: 2).

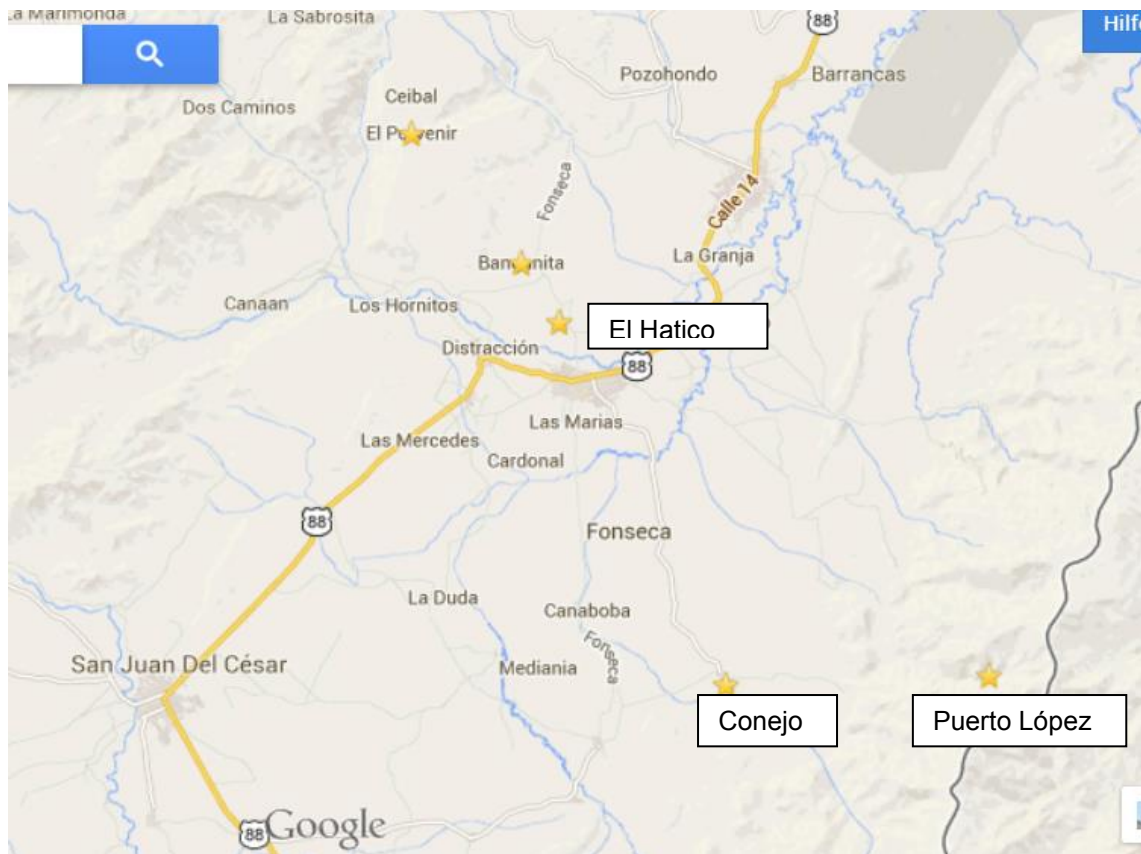
Die Staatsanwaltschaft klagt daraufhin Javier Álvarez Epiayu der Mittäterschaft bei erschwertem Mord, qualifiziertem Diebstahl und illegalem Tragen von Waffen an. Der Anwalt des Angeklagten beantragt die Ungültigkeit der Beweisführung, da die Festnahme des Angeklagten aufgrund der Befragung der Frau des Opfers durchgeführt wurde, die sich nicht an die legalen Vorgaben anging. Außerdem wurde der Untersuchungsbeamte ohne Anweisung durch den Vorgesetzten ausgetauscht. Weiter nennt der Anwalt die ungerechtfertigte Vorverlegung der getrennten Fallbearbeitungen der anderen Angeklagten. Abschließend fordert der Anwalt, dass nur der Schütze, Olis Medina, angeklagt werden sollte. Der Antrag vom 31.08.2007 wird vom Richter abgewiesen (Socha Salamanca 2011: 3).

Bei der Gerichtssitzung zur Konkretisierung der Strafe am 27.04.2010 fordert der Vertreter des *resguardo* Mayabangloma, siehe Anhang 9.1., den

Wechsel der Rechtsprechung zur indigenen Rechtsprechung. Javier Álvarez Epiayu gehört zu der Gruppe der Wayuu und hat daher das Anrecht auf die Regelung des Konfliktes durch das *ley Wayuu* (siehe 3.3.1. persönliches Element). Der Richter leitet den Kompetenzkonflikt an den obersten Justizrat weiter, um die Jurisdiktion bestimmen zu lassen.

Der positive Konflikt zwischen dem *Cacique Gobernador Julián Solano Hipuana* von Bayamangloma und dem *Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar* wird am 11.07.2010 vom Obersten Gerichtsrat bearbeitet (Sanabria Buitrago 2010: 1). Der Antrag des Vertreters des *resguardo* Mayabangloma bezieht sich auf den Artikel 246 der kolumbianischen Verfassung (siehe 3.2.1.) sowie auf das Gesetz 270 aus dem Jahr 1996, Artikel 11, das die indigene Rechtsprechung als Teil des gerichtlichen Gebiets des öffentlichen Rechts definiert. (siehe 3.1.2.) Da der Angeklagte Álvarez Epiayu dem *resguardo Mayabangloma*, sowie der dortigen Gemeinschaft angehört und die Tat innerhalb des *resguardo* geschah, sollte dieser durch die indigene Rechtsprechung gerichtet werden. Außerdem bezieht sich der Antrag auf das Gesetz 21 aus dem Jahre 1991 (siehe Exkurs 3.1.: Internationaler Einfluss auf indigene Rechte). Aus diesem Gesetz geht klar hervor, inwiefern sich ein indigenes *resguardo* und die Funktionen der dortigen Autorität schützen können. Aus diesen Gründen beantragt der *Cacique* von Mayabangloma den Wechsel des ordentlichen Rechtssystems zur indigenen Rechtsprechung (Sanabria Buitrago 2010: 3). Im Folgenden untersucht der Oberste Gerichtsrat zur Lösung des Konfliktes die Artikel 246, 7 und 330 der Verfassung. In diesen wird „**la razón y naturaleza del fuero indígena**“ (Sanabria Buitrago 2010: 5) beschrieben. Die indigene Rechtsprechung beruht also auf der Zugehörigkeit des_der Täters_in zu einer indigenen Gruppe, die eine eigene Kosmvision und kulturelle Werte besitzt, nach denen diese sich richtet. Außerdem existiert eine eigene Form der Regierung und Rechtsprechung, die nach ihren eigenen Vorstellungen angewendet werden (Sanabria Buitrago 2010: 4f.). Im Fall Andis Javier Álvarez Epiayu, das persönliche Element betrachtend, kann bestätigt werden, dass der Angeklagte der indigenen Gruppe der Wayuu angehört. In Hinsicht auf das geografische Element erklärt der Oberste Gerichtsrat, dass die Tat außerhalb des indigenen Territoriums geschah. Der *Cacique Gobernador Julián Solano Hipuana* von Bayamangloma hingegen sah den Tatort innerhalb des *resguardo*. Zum *Resguardo Indígena Wayuu de Mayabangloma*, Teil des

Corregimiento Conejo¹⁶, gehören die Dörfer Mayalita, Bangañita, La Gloria, Shocoima und La Loma. Die Gemeinschaften leben in den Grundstücken La Huerta, La Vuelta und El Porvenir (Oñate Bolaño, Perez Guerra 2012: 89). Wie in Abbildung 3 ersichtlich, liegen die Orte des indigenen Resguardos und der Tatort El Hatico nah zusammen.



(Textfelder von Verfasserin hinzugefügt; Abbildung 3: Google Maps 2013)

Nach meiner Erfahrung zu dem Gebiet in und um Riohacha beschränkt sich die indigene Bevölkerung nicht nur auf die *resguardos*, sondern breitet sich auf die umliegenden Gebiete aus. Wie bereits in 3.2. erklärt wurde, zählen indigene Territorien zu den territorialen Entitäten (Artikel 286 der Verfassung). Der Artikel 329 besagt, dass diese indigenen Territorien nach dem *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial* (LOOT) gebildet werden sollten und in Zusammenarbeit mit der Regierung und indigenen Repräsentanten limitiert werden sollten. Das Gesetz LOOT wurde jedoch nicht sanktioniert, weshalb die Indigenen Territorien Entitäten bisher nicht gesetzlich geregelt wurden (Ministerio del Interior y de la Justicia 2011). Jedoch besagt Artikel 246 der Verfassung, dass indigene Gruppen innerhalb ihres territorialen Bereiches ihre

¹⁶ Siehe Anhang 9.1.4

eigene Rechtsprechung ausüben können, wobei sich ein territorialer Bereich nicht auf die *resguardos* beschränkt. Daher kann die indigene Rechtsprechung nicht auf die *resguardos* limitiert werden, wie es in diesem Fall versucht wird. Der Wirkungsbereich einer Person beschränkt sich nicht nur auf die *resguardos*, da die Personen aus vielen Gründen wie zum Beispiel wegen der Arbeit, dem Besuch der Familie oder eines Arztes auch außerhalb des *resguardo* unterwegs sind. (siehe 4.1.1.)

Das territoriale Element allein ist jedoch noch kein Grund um der indigenen Rechtsprechung die Zuständigkeit abzuerkennen. Als weiterer Grund wird genannt, dass das Opfer keiner indigenen Gruppe angehörte. Außerdem geschah die Tat nach Meinung des Obersten Gerichtsrats nicht mit dem Hintergrund der Weltanschauung der Wayuu, sondern mit dem Bewusstsein der Mehrheitsgesellschaft. Der Angeklagte war sich der Schwere und der Folgen seiner Tat innerhalb der Mehrheitsgesellschaft bewusst. Aus den eben genannten Gründen übergibt der Oberste Gerichtsrat die Kompetenz und somit den Fall an die allgemeine Justiz, an den *Juzgado Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de San Juan del Cesar* (Sanabria Buitrago 2010: 7f.).

Andis Javier Álvarez Epiayu wird am 28.03.2011 als Mittäter zu 300 Monaten Gefängnisstrafe verurteilt. Außerdem werden ihm öffentliche Rechte und öffentliche Ämter für 20 Jahre untersagt und das Recht auf Besitz und Tragen von Waffen und Munition wird ihm für 15 Jahre verboten. Das Tribunal Superior de Riohacha bestätigt am 31.05.2011 die Strafe, reduziert diese jedoch auf 250 Monate Gefängnisstrafe, den Verlust von bürgerlichen Rechten auf 10 Jahre und das Verbot des Besitzes und Tragen von Waffen und Munition auf sieben Jahre und sechs Monate. Der Verteidiger des Angeklagten legt Berufung ein, indem er sich auf den Artikel 246 der kolumbianischen Verfassung und den Artikel 103 des Strafgesetzbuches bezieht. Er argumentiert, dass es sich im Falle von Álvarez Epiayu nicht um einen verschärften Mord¹⁷ handelt, sondern um einen simplen. Dies begründet er mit

¹⁷ ARTICULO 103. HOMICIDIO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

ARTICULO 104. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> <Numeral modificado por el artículo 26 de la

den Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz von Mitgliedern indigener Gemeinschaften aufgrund deren Unzurechnungsfähigkeit (siehe 3.3.3.). Die Unzurechnungsfähigkeit trifft dann zu, wenn sich eine indigene Person der Strafbarkeit der Tat aus kulturellen Gründen nicht bewusst war. Der Verteidiger beantragt das Urteil aufzuheben, um die Strafe zu reduzieren. Die Kondition als Indigener und Unzurechnungsfähiger soll anerkannt werden und der Angeklagte soll in sein *resguardo* unter den Schutz des *cabildo gobernador* überstellt werden (Socha Salamanca 2011: 4f.).

Das Gericht fordert ein Minimum an Klarheit und Kohärenz für das Antragsgesuch, um die Art des Fehlers erkennen zu können sowie seine Auswirkung auf die Entscheidung. Außerdem sollte auch eine Lösung des im Antrag angesprochenen Fehlers angeboten werden. Das eingereichte Gesuch weist jedoch nicht den geforderten Mindeststandard auf, da der Anwalt sich auf eine einfache Äußerung beschränkt und keine weiteren Erklärungen bietet. Der Antrag auf Unzurechnungsfähigkeit wird nur durch eine Zertifikation des *Cacique Gobernador Indígena von Mayabangloma* gestützt. Die Beweise für eine unterschiedliche Auffassungsgabe und volitive Kapazität des Verurteilten im Vergleich zur allgemeinen Bevölkerung fehlen. Das Gericht sieht die Unzurechnungsfähigkeit in diesem Fall nicht als gegeben, da der Angeklagte auf einen öffentlichen Prozess verzichtet hat. Auch bei der Forderung nach einem simplen Mord fehlen die hierzu nötigen Beweise. Aus diesen Gründen

Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

2. Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes.

3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código.

4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

5. Valiéndose de la actividad de inimputable.

6. Con sevicia.

7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.

8. Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.

9. En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de éste Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.

10. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> <Numeral modificado por el artículo 2 de la Ley 1426 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, político o religioso en razón de ello.

11. <Numeral adicionado por el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer. (Alcaldía de Montería 2003)

wird das Antragsgesuch abgelehnt (Socha Salamanca 2011: 6f.). Der Antrag auf Unzurechnungsfähigkeit aufgrund der Kondition des Indigenen beruht grundsätzlich auf der Annahme, dass der_die Täter_in eine andere Kosmovision besitzt und sich daher der Rechtswidrigkeit der Tat innerhalb der Mehrheitsgesellschaft nicht bewusst war (siehe 3.3.3. Unzurechnungsfähigkeit). Es handelt sich nicht um eine geistige oder körperliche Beeinträchtigung, sondern um kulturellen Unterschied. Weder der Anwalt noch das Gericht wenden das Konzept der Unzurechnungsfähigkeit im Falle einer indigenen Person wie vorgesehen an. Der Anwalt hätte hier beweisen müssen, dass Álvarez Epiayu sich keiner Schuld bewusst war. Mord und Raub, sowohl wenn die Person selbst die Tat ausgeführt als auch „nur“ als Mittäter agiert, gilt in der Gesellschaft der Wayuu als normwidrig. (siehe 4.1.3.) Wie der Oberste Gerichtsrat zu den Annahmen gekommen ist, dass Andis Javier Álvarez Epiayu mit dem Bewusstsein der Mehrheitsgesellschaft die Tat beging, geht nicht aus den Unterlagen hervor. Es liegt keine Untersuchung zur Person, zur Lebensweise und zur Integration innerhalb der indigenen Gemeinschaft des Angeklagten vor. Hier stellt sich die Frage, wie der Oberste Gerichtsrat zu den vorliegenden Ergebnissen gekommen ist.

4.2.2. Fall englische Touristin

Am 21.12.2012 besucht eine Engländerin mit Freunden El Cabo de la Vela. Nach einem Streit mit ihren Begleitern oder mit ihrem Freund entfernt sie sich von der Gruppe und kommt in Kontakt mit drei bis vier Jugendlichen oder Männern der Gruppe der Wayuu. Hier spalten sich die Beschreibungen des Vorfalles. Guerra Curvelo skizziert das Geschehen folgendermaßen:

Weildler Guerra Curvelo: “Si, parece que no. Yo fui a hacer una investigación, el gobernador me llamó y yo fui a recoger y parece que ella llegó voluntariamente, estaba tomando y todo dice que no fue así. Yo hice un informe para el gobierno, muy breve. Y también la policía me mostró lo medicina legal. Y no hay muestras de violencia, nada, nada, nada. Parece que se peleó con el novio y se fue a tomar trago con unos jóvenes, dos menores de edad. Jovencitos, 14 años. Entonces empezaron a tomar con ella, ellos la trataron muy bien y ella dice en la declaración que ellos la trataron bien. Yo no sé si aqua aparece un adulto. Pareció que está confuso. Pero ella de los jóvenes no hablaba mal y ellos le elevaron las piernas, ello que se tirara del Pílon de Azúcar, le

colgaron un chinchorro en la casa, fueron allá. Ella fue hasta la casa de ellos, nunca salieron a buscarla, no estaban en una esquina oscura esperando que pasara. No.” (Interview Guerra Curvelo¹⁸ 2013: 00:25 – 01:36)

Die Engländerin lernt zwei Jungen kennen und betrinkt sich mit diesen. Anschließend geht sie mit den Jungen nach Hause. In ihrer Aussage gibt sie an, dass die Jungen sie sehr gut behandelt und sich um sie gekümmert haben. Guerra Curvelo geht davon aus, dass die Vergewaltigung nicht stattfand, was auch der medizinische Bericht bestätigt. In Internetberichten der Zeitungen *El Heraldo*¹⁹ und *Canal RCN*²⁰ wird der Vorfall anders dargestellt:

El hecho fue denunciado ante la Fiscalía por la joven de 23 años, quien no ha sido identificada. Ella fue valorada en el Instituto de Medicina Legal donde se certificó que sí fue objeto de abuso sexual, confirmó el comandante de la Policía de La Guajira, coronel Elber Velasco Garavito. (Guerrero Barriga 2012)

Nach *El Heraldo* zeigt die dreiundzwanzigjährige Engländerin drei männliche Wayuu wegen Vergewaltigung an. Oberst Elber Velasco Garavito bestätigt der Zeitung, dass die medizinische Untersuchung die Vergewaltigung verifiziert. Neben den Unklarheiten des Vorfalls entsteht eine Diskussion darüber, welche Rechtsprechung in diesem Fall zuständig ist, die indigene oder die allgemeine. Die Polizei versucht die Angeklagten festzunehmen, welche jedoch von ihrer Familie versteckt werden (*Canal RCN* 2012). Die Regierung übergibt Guerra Curvelo daraufhin den Auftrag, zur Familie der Angeklagten zu fahren. Guerra Curvelo trifft sich mit der Familie und den zuständigen *Pütchipü’ü*. Diese warten auf die Aussage der Betroffenen oder von jemandem in ihrem Auftrag, um den Konflikt lösen zu können. Für Guerra Curvelo ist die indigene Rechtsprechung zuständig, da die Tat, falls es diese gab, innerhalb des indigenen Territoriums stattfand und indigene Personen involviert sind. Der Kommandant der Polizei hingegen sieht die Zuständigkeit bei der ordentlichen Justiz, da nach ihm die staatlichen Gesetze nicht verletzt werden dürfen (Guerrero Barriga 2012). Genau diese Gesetze besagen jedoch, dass eine vom Staat anerkannte indigene Gemeinschaft das Recht hat, innerhalb ihres Territoriums ihr eigenes Rechtssystem anzuwenden (siehe 3.2.1.). Sowohl das territoriale Element als

¹⁸ Siehe Anhang 7.2.2

¹⁹ Siehe Anhang 7.4

²⁰ Siehe Anhang 7.4

auch das persönliche Element sprechen in diesem Fall für die indigene Rechtsprechung (siehe 3.3.1. persönliches und 3.3.2. territoriales Element). In Hinsicht auf das objektive Element ist klar, dass das Opfer kein Mitglied einer indigenen Gruppe ist. Die Engländerin hielt sich jedoch innerhalb des indigenen Territoriums²¹ auf. Wie im nächsten Fall zu sehen ist, kommt es in der Region der Guajira häufig vor, dass auch *Alijuna*, die sich in einer Konfliktsituation mit einem Mitgliede der Gemeinschaft der Wayuu befinden, diese gewollt mit Hilfe des *Ley Wayuu* lösen.

4.2.3. Fall Luis Antonio Gómez García und Rubén Lorenzo Fragozo

Luis Antonio Gómez García und Rubén Lorenzo Fragozo werden von Doris González Pedrozo am sechsten Juni 2006 wegen der Vergewaltigung von minderjährigen Schülerinnen, die der Gruppe der Wayuu angehören, angezeigt. Beide sind als Lehrer im Internat San Isidro Labrador in der Gemeinde von Uribia tätig. Doris González Pedrozo vermutet ihre zwölfjährige Nichte unter den Betroffenen. Während des Verfahrens gibt ein weiteres Mädchen an, dass dieses von Rubén Fragozo im März 2006, unter der Androhung das Schuljahr wiederholen zu müssen, zum Geschlechtsverkehr gezwungen wurde. Die Mädchen werden daraufhin einer medizinischen Untersuchung unterzogen, die für beide ergab: ein zerrissenes Hymen sowie vernarbte Scheidenränder, was auf Entjungferung schließen lässt. Das Verfahren beginnt mit den nicht beeideten Aussagen der beiden Angeklagten sowie mit der Eruierung einer möglichen Untersuchungshaft. Am fünften Oktober 2006 äußert die Staatsanwaltschaft der zweiten Sektion von Riohacha die Anschuldigung gegen die beiden Angeklagten wegen versuchter und durchgeführter Vergewaltigung von Minderjährigen. Die Entscheidung wird durch die Verteidiger der beiden Angeklagten angefochten woraufhin die erstbeauftragte Staatsanwaltschaft die Resolution der Anklageschrift vor dem Höheren Gericht bestätigt (Socha

²¹ ARTICULO 14. TERRITORIALIDAD. La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.

La conducta punible se considera realizada:

1. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción.
2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida.
3. En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado.

Salamanca 2009: 2f.)

Luís Antonio Gómez García wird für die Vergewaltigung einer Minderjährigen und erschwerter Vergewaltigung verantwortlich gemacht und in Folge dessen zu 84 Monaten Gefängnisstrafe verurteilt. Rubén Lorenzo Fragozo Mejía muss sich für erschwerte Vergewaltigung verantworten und wird zu 152 Monaten Gefängnis verurteilt.

Absuelven a maestros acusados de abuso sexual

Riohacha. Después de permanecer 10 meses tras las rejas, la Fiscalía absolvió a los profesores Rubén Lorenzo Fragozo y Luis Antonio Gómez, acusados del delito de acceso carnal violento simple. Los maestros del Internado San Isidro de Siapana, localizado en Uribia (La Guajira), habían sido denunciados en junio del año pasado por la rectora del plantel por el presunto abuso sexual de 12 alumnas, todas niñas entre los 14 y 16 años de edad. Dos de ellas, según el dictamen de Medicina Legal, habían sido violadas. En ese entonces, el caso llamó la atención porque los familiares de las niñas, que pertenecen a la etnia wayuu, decidieron arreglar por su cuenta con los maestros, exigiéndoles animales en compensación por la ofensa, tal como lo manda la ley wayuu. (Hervorhebungen durch die Verfasserin; El Tiempo 2007)

Wie El Tiempo berichtet, werden die beiden Verurteilten nach zehn Monaten Gefängnisstrafe wieder entlassen, da sie den Konflikt mit der Familie auf die Art und Weise des *ley Wayuu* regelten. Lorenzo Fragozo und Antonio Gómez bezahlten die geforderte Kompensationsleistung an die Familie, um den Konflikt zu lösen (siehe Anhang 8.3.). Im Falle von Vergewaltigung ist der Täter dazu verpflichtet, den Brautpreis sowie eine Entschädigungszahlung an die Familie des Opfers zu zahlen. (siehe 4.1.3.) Der *Pütchipü'ü* Germán Aguilar Epiayu bestätigt meine Annahme, dass häufig nicht-indigene Personen im Fall von Konflikten mit Wayuu das *ley Wayuu* bevorzugen. “Yo tengo registrado donde las mismas personas que no son indígenas han solicitado porque han visto que son ventajas, que no van a la carcel. Prefiero pagar indemnización que ir a la carcel.” (Aguilar Epiayu 2013: 06:14 – 06:25) In vielen Fällen wird nach Aguilar Epiayu das *ley Wayuu* bevorzugt, um nicht ins Gefängnis zu müssen oder weil die indigene Rechtsprechung schneller funktioniert, was möglicherweise auch auf den konkreten Fall zutrifft (Hernández Guerra, Martínez Unbaren 2005: 125).

4.2.4. Fall Alexander Jusayu Pushaina

Alexander Jusayu Pushaina wird beschuldigt, am 21.11.1997 ein zehnjähriges Mädchen in der *ranchería* Sevinamana des *municipio* Manaure vergewaltigt zu haben. Sowohl das Opfer, Norelis Bonivento Martinez, als auch der Beschuldigte gehören der Gruppe der Wayuu an. Argenida Aguilar, die Tante des Mädchens, zeigt Jusayu Pushaina am 27.11.1997 wegen Vergewaltigung an, woraufhin das Opfer die Tat unter Eid beschreibt. Norelis Bonivento Martinez gibt an, dass sie aufgrund einer starken Blutung fast gestorben wäre, ihr jüngerer Bruder sie jedoch noch rechtzeitig nach der Tat gefunden habe und bei einer Nachbarin Hilfe geholt habe (Ávila Sierra 2011: 199). Die Staatsanwaltschaft *Primera Seccional de la Unidad de Vida de Riohacha* initiiert eine Verfolgung in strafrechtlichem Belangen gegen Alexander Jusayu, in deren Folge der Angeklagte am 11.08.2005 als Täter identifiziert wird. Der Anwalt des Angeklagten, Nestor Meza Inicialte, weist auf das indigene Sonderrecht hin, dem der Angeklagte unterliegt. Außerdem gibt er an, dass Alexander Jusayu den Konflikt bereits mit der Familie des Opfers nach dem *ley Wayuu* geregelt und die geforderte Kompensation bezahlt habe. Am 19.09.2005 verweigert die Staatsanwaltschaft *Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha* den Antrag und bestätigt die Anklage der Staatsanwaltschaft aus erster Instanz. Die hervorstechenden Argumente dafür sind folgende (Espinosa Pérez 2005: 2ff.):

- dass das Rechtssystem der Gruppe der Wayuu nicht organisiert ist,
- dass es zwar eine Übereinkunft zwischen dem Angeklagten und der Familie des Opfers gibt, dies jedoch kein indigener Richter bewilligt hat,
- dass die Einigung der beiden Konfliktparteien mit dem nationalen Rechtssystem bricht, da die hier prozedierte Tat nicht durch die indigene Rechtsprechung gerichtet werden kann (Espinosa Pérez 2005: 5).

Alexander Jusayus Bevollmächtigter wendet sich anschließend mit der Begründung der Verletzung eines angemessenen Prozesses an das *Tutela*-Verfahren. Dem Angeklagten wurde sein Recht auf die indigene Rechtsprechung nach dem Artikel 246 der Verfassung verweigert. Der Anwalt

argumentiert den Antrag auf ein *Tutela*-Verfahren mit der Tatsache, dass er den Staatsanwalt darüber informiert habe, dass der Angeklagte den Konflikt bereits innerhalb seiner indigenen Rechtsprechung gelöst habe, was auch schriftlich in der Abteilung für indigene Angelegenheiten bestätigt wurde. Der Fall ist somit bereits geklärt und hat daher keine Relevanz mehr für die ordentliche Justiz. Der Staatsanwalt antwortet darauf, dass in der Guajira kein indigenes Sonderrecht existiere, was von der Staatsanwaltschaft in zweiter Instanz bestätigt wird (Espinosa Pérez 2005: 6ff.). Weiter führt der Anwalt die Verletzung der Rechte der Artikel sieben, 29, 286, 287, 329 und 330 der kolumbianischen Verfassung an. Aufgrund der angeführten Beweise beantragt der Anwalt die Ungültigkeit der Anklage seines Mandanten sowie die Anerkennung des Rechtes auf das indigene Sonderrecht (Espinosa Pérez 2005: 9f.). Der zuständige Richter aus Riohacha, Moises Ramón Ávila Sierra, sendet am 09.11.2005 einen Bericht an Teresa Ruiz Nuñez, die zuständige Sekretärin des Obersten Gerichtsrates, worin er erklärt, dass im vorliegenden Fall die Kompetenz dem staatlichen Rechtssystem obliegt. Dies begründet der Richter mit dem Beispiel des Falles von Elisauth Cambar, auch ein Mitglied der Gemeinschaft der Wayuu, der die Brüder Ismael und Jose Domingo Cambar Uriana ermordete. Ávila Sierra gibt an, dass die indigene Rechtsprechung diesen Konflikt nicht regelte (Ávila Sierra 2011: 182).

Der Oberste Gerichtshof definiert die „acción de *Tutela*“ wie folgt:

„[...] un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los particulares en las situaciones específicamente precisadas en la ley.“ (Espinosa Pérez 2005: 10)

Das *Tutela*-Verfahren dient zum Schutz der fundamentalen Rechte, die ein_e Bürger_in durch die Verfassung besitzt und die durch öffentliche Autoritäten bedroht werden. Im konkreten Fall jedoch ist der Prozess bisher nicht abgeschlossen und so gibt es noch eine Vielzahl an Möglichkeiten der juristischen Verteidigungsmaßnahmen. Als Beispiel wird der Antrag auf Ungültigkeit in der Vorbereitungsanhörung sowie die Rekurse der Berufung und Revision im Falle einer Verurteilung genannt. Aus diesen Gründen ist das *Tutela*-Verfahren in diesem Fall rechtswidrig (Espinosa Pérez 2005: 14). Der

Oberste Gerichtshof lehnt daher den Antrag auf eine *Tutela* ab (Espinosa Pérez 2005: 16).

Am 14.07.2006 findet der vorgezogene Prozess gegen Alexander Jusayu mit anschließendem Urteilsspruch statt. Der Angeklagte erklärt sich in einem Schreiben der „einfachen“ Vergewaltigung schuldig. Die ursprüngliche Anklage lautete „erschwerte“ Vergewaltigung, da das Gericht davon ausging, dass das Opfer zum Zeitpunkt der Tat zehn Jahre alt war. Neue Informationen beweisen jedoch, dass das Mädchen schon elf Jahre alt war, wodurch keine Strafverschärfung vorliegt. Die Schuld von Alexander Jusayu wird durch die Aussage des Opfers sowie durch die ärztliche Untersuchung aus dem Jahr 1997 als erwiesen angesehen. Der Richter des *Juzgado Penal del Circuito de Riohacha* verurteilt Alexander Jusayu zu 64 Monaten Gefängnisstrafe (Ávila Sierra 2011: 198ff.).

Am 01.08.2006 beantragt Nestor Meza Inciarte in einem Schreiben an den Strafrichter Moisés Ramón Ávila Sierra Hausarrest für seinen Mandanten. Er argumentiert dies mit dem Artikel 38²² des Strafgesetzbuches sowie mit dem Artikel 314 des Gesetzes 906²³ aus dem Jahre 2004. Außerdem gibt der Anwalt

²² **ARTICULO 38.** LA PRISION DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISION. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.
2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
 - 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.
 - 2) Observar buena conducta.
 - 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.
 - 4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.
 - 5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por la autoridad judicial que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del penado, según su competencia legal, entre otros, y que serán indicados por la autoridad judicial, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo. (Secretaría General del Senado 2013a)

²³ **Artículo 314.** *Sustitución de la detención preventiva.* [Modificado por el art. 27, Ley 1142 de 2007.](#) La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar

erneut an, dass Alexander Jusayu dem indigenen Volk der Wayuu angehört, das ihre eigenen Normen und Wertvorstellungen besitzt. Der Anwalt erklärt erneut, dass der Verurteilte nach den gesellschaftlichen Normen der Wayuu die Familie des Opfers für die Tat entschädigt hat und dies auch von der Familie schriftlich im Büro für indigene Angelegenheiten bestätigt wurde. Anschließend schlägt Nestor Meza vor, Clemencia Fernández Arpushana und Aurelio Arpushana Epiayu über den Verurteilten und die Geschehnisse der Tat zu befragen. Auch weist er darauf hin, dass die Tatsache, dass Alexander Jusayu ein Indigener ist und der Wohnort innerhalb eines *resguardo* liegt, kein Hindernis für die Eruiierung dieses Antrags sein darf, da die kolumbianische Verfassung alle kolumbianischen Bürger vor dem Gesetz als gleich ansieht (Ávila Sierra 2011: 203f.). Daraufhin unterzeichnet Alexander Jusayu am 01.11.2006 eine Verbindlichkeitserklärung gemäß des Artikels 38 des Strafgesetzbuches. Am 30.11.2006 soll der Prozess zum Antrag auf Hausarrest anstatt des Gefängnisaufenthaltes abgehalten werden. In der Verbindlichkeitserklärung unterzeichnet der Angeklagte den Antrag auf die Erlaubnis eines Aufenthaltswechsels, die Observierung eines generell guten Verhaltens innerhalb der Familie und der Gemeinschaft, die Verpflichtung weder Waffen zu tragen, noch andere Straftaten zu begehen oder Drogen und Alkohol zu sich zu nehmen. Weiter verpflichtet sich Jusayu dazu, vor der Justizbehörde, die das Erfüllen seiner Strafe überwacht, zu erscheinen. Außerdem muss er den öffentlichen Mitarbeitern den Zugang zu seinem Wohnort gewähren, damit diese das Einhalten der Strafe überprüfen können (Ávila Sierra 2011: 225). Der Anwalt des Angeklagten argumentiert im Prozess den Antrag auf Hausarrest mit dem Artikel 314 des Gesetzes 906 von 2004 nach dem Prinzip der Bevorzugung sowie mit der Tatsache, dass der Angeklagte zu einer indigenen Gruppe gehört und daher eigene Traditionen und Werte besitzt. Innerhalb des

de residencia en los siguientes eventos:

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición.
2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.
3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento.
4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

El juez determinará si el imputado o acusado debe permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital. (Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal 2013)

indigenen Territoriums kann er bestimmten Normen seiner Gemeinschaft folgen, wie die Entschädigung der Familie des Opfers, die der Täter bereits geleistet hat und so wieder in die Gesellschaft eingegliedert wurde. Zuvor werden am 08.11.2006 die Stellungnahmen von Clemencia Fernandez Arpushaina und Aurelio Bonivento Arpushaina Epiayu, beides Mitglieder der Gesellschaft der Wayuu, durchgeführt, um den persönlichen, familiären, sozialen und Arbeits-Hintergrund zu untersuchen (Ávila Sierra 2011: 222). Erstere gibt an, dass sie den Angeklagten seit zwölf Jahren kennt, da dieser in einer benachbarten *Ranchería* lebt. Aurelio kennt Alexander Jusayu seit dessen Kindheit. Beide werden über das Benehmen innerhalb seiner Familie sowie im sozialen Umfeld und Arbeitsbereich befragt. Clemencia Fernandez Arpushaina beschreibt den Angeklagten als regelmäßigen Besucher, der auch mit den anderen Männern feiert, jedoch nicht übertreibt. Der Angeklagte gilt nicht als streitsüchtig und sein Verhalten innerhalb der Familie wird auch als gut eingestuft, da er sich verantwortungsvoll um seine Kinder kümmert. Die Tat betreffend gibt Fernandez Arpushaina an, dass Jusayu die Tat begangen hat, dies anschließend mit der Familie des Mädchens nach dem Rechtssystem der Wayuu geregelt hat. (Ávila Sierra 2011: 210f.). Aurelio Bonivento Arpushaina Epiayu erklärt, dass der Angeklagte im betrunkenen Zustand nicht streitet, sich gut in der Familie verhält und meist in Venezuela arbeitet. Wenn er in Kolumbien arbeitet, schneidet er Kohle (Ávila Sierra 2011: 212). Anschließend besucht die Beamtin der Kriminalpolizei Belkys Freyle Lesport die *Ranchería Jemetamana* von Manjarres Jusayu, dem Bruder des Angeklagten. Hier soll Alexander Jusayu seinen Hausarrest verbringen. In der *Ranchería* leben neben dem Bruder dessen Frau María Antonio Epayú sowie deren fünf Kinder. Die Frau des Angeklagten hat sich getrennt und lebt nun mit ihrem neuen Mann zusammen. Des Weiteren wird angegeben, dass es in der Gemeinschaft der Wayuu üblich ist, dass neben der Kernfamilie auch noch weitere Familienmitglieder in einer *Ranchería* leben (Siehe 4.1.1.3. Soziopolitische Struktur der Wayuu). Darüber hinaus gibt der Bruder an, dass Alexander Jusayu zuvor bei einer Tante in Sevinamana gelebt hat, diese *Ranchería* nun jedoch verlassen ist. Die Beamtin erklärt, keine Möglichkeit gefunden zu haben, eine Arbeitsbescheinigung des Angeklagten zu erhalten. Die *Ranchería* liegt weit entfernt von einem bebauten Stadtgebiet und so gibt es nur Familienmitglieder in der nächsten Umgebung. Manjarres Jusayu gibt an, dass sein Bruder Kohle

verbrennen wird um damit Geld zu verdienen. Die Beamtin beanstandet, dass die soziale Entwicklung des Angeklagten nicht eruiert werden konnte, da nur Verwandte von ihm Referenzen über seine persönliche und familiäre Entwicklung angegeben haben (Ávila Sierra 2011: 209f.).

Das Gericht folgert daraus, dass Alexander Jusayu keine Gefahr für die Gemeinschaft darstellt sowie, dass die Tat eine Einzeltat war, da er in keinem weiteren Straf- oder Polizeiregister aufscheint und sein Benehmen in der Gemeinschaft als gut eingestuft wurde. Daher entscheidet das Gericht, dass Alexander Jusayu die Gefängnisstrafe als Hausarrest nach Artikel 38 des Strafgesetzbuches (siehe Fußnote 10) verbüßen kann. Die Konditionen für den Hausarrest sind wie folgt festgelegt: Der Angeklagte muss eine Kautions in der Höhe des legalen monatlichen Mindestlohns an das Gericht bezahlen; die Strafe muss am Ort des Hausarrestes verbüßt werden; der Wohnort darf nur mit einer Autorisierung verlassen werden; weiter werden dem Angeklagten die Verpflichtungen des dritten Punktes des Artikels 38 auferlegt. Im Falle, dass der Angeklagte eine dieser Konditionen verletzt, wird er in ein Gefängnis zurückverlegt (Ávila Sierra 2011: 221).

Am 28.11.2011 folgt der Beschluss, ob die Strafe von Alexander Jusayu verlängert werden soll. Der Verurteilte verstieß nicht gegen die Auflagen des Gerichtes und daher endet die Strafe und Alexander Jusayu wird freigelassen (Ávila Sierra 2011: 230f.).

Während des Prozesses behauptet die Staatsanwaltschaft, dass die indigene Rechtsprechung der Volksgemeinschaft der Wayuu nicht organisiert ist. Auch wird beanstandet, dass die Übereinkunft, die zwischen den Familien des Täters und des Opfers getroffen wurde, nicht von einem indigenen Richter bestätigt wurde (Espinosa Pérez 2005: 4f.). Letzteres kommt wohl daher, dass im Rechtssystem der Wayuu keine Richter_innen existieren. Auch gibt es kein Vollstreckungspersonal oder bestimmte Autoritäten, die im Fall von Konflikten eingreifen. Wie in Kapitel 4.1.3. dieser Arbeit beschrieben, beruht die Rechtsprechung der Wayuu auf der Regelung zwischen zwei Familien durch Kompensation. Hierbei kann die Hilfe eines *Pütchipü'ü* herangezogen werden, falls von den Familien gewünscht. In der kolumbianischen Verfassung wird die Multikulturalität der Bevölkerung hochgepriesen und offiziell anerkannt. Das indigene Sonderrecht wird nur dann limitiert, wenn es gegen die Verfassung und die Gesetze des Landes verstößt oder ein höheres Recht gewahrt werden

muss. (siehe 3.2.2.) Die Gesellschaft der Wayuu ist nicht nur die größte indigene Volksgemeinschaft Kolumbiens, ihr *ley Wayuu* zählt noch dazu zum Weltkulturerbe der UNESCO (UNESCO 2010). Dies zeigt, wie wenig die Staatsanwaltschaft, die innerhalb des Bundesstaats, in dem der größte Bevölkerungsanteil der Gruppe der Wayuu existiert, über die Lebensweise und Traditionen der Wayuu weiß.

Auch wurden seitens der Staatsanwaltschaft keine Studien zum *ley Wayuu* durchgeführt oder Experten dazu befragt. Meiner Meinung nach hätte der Fall an den Obersten Gerichtsrat weitergeleitet werden müssen, um die Kompetenz zu bestimmen. Darüber hinaus hat der Anwalt des Angeklagten weder einen Antrag auf Ungültigkeit in der Vorbereitungsanhörung noch die Rekurse der Berufung und Revision nach der Verurteilung angewandt. Wenn man die Arbeit des Richters Moises Ramón Avila Sierra betrachtet, ist Ähnliches wie bei der Staatsanwaltschaft zu beobachten. Der Richter argumentiert mit dem Fall von Elisauth Cambar, der während einer Racheaktion aufgrund eines Landkonfliktes (siehe 4.2.) zwei Menschen tötete (Galán Castellanos 2005: 1). Die Tradition der Racheakte wird in 4.3. dieser Arbeit beschrieben. In der heutigen Zeit wird die Tradition der Rache zwar nicht mehr oft angewendet, kommt aber immer noch vor (siehe Anhang 9.2.1. Interview Maria Consuelo Epinayú). Innerhalb der Gesellschaft der Wayuu gilt der Racheakt als legitime Art der Konfliktlösung, falls die Kompensationsverhandlungen mithilfe des *Pütchipü'ü* scheitern. Daher ist es nicht überraschend, dass im Falle Elisauth Cambar kein *Pütchipü'ü* in den Fall involviert war. Bei dem Versuch, an weitere Fallakten von Elisauth Cambar zu gelangen, wurde ich im Archiv des *Juzgado Penal del Circuito de Riohacha* darüber informiert, dass Cambar getötet wurde und der Fall daher nicht beendet wurde. Ich konnte nicht herausfinden, von wem der Angeklagte getötet wurde. Eine Möglichkeit könnte sein, dass er von der Familie der Opfer aus Rache getötet wurde. Jedenfalls ist hier erneut zu erkennen, dass Avila Sierra keine Kenntnisse zu dem Rechtssystem des Volkes der Wayuu aufweist oder diese nicht in seine Arbeit miteinbringt.

Wenn wir den Fall mithilfe der vom Verfassungsgerichtshof vorgegebenen Elemente betrachten (siehe 3.3.), erscheint mir das Ergebnis eindeutig: Die Tat geschah innerhalb des indigenen Territoriums, wodurch das territoriale Element gegeben ist. Weiter gehören sowohl der Täter als auch das Opfer der indigenen Gruppe der Wayuu an, womit das persönliche Element vorliegt. Das objektive

Element betrachtend, ist das Opfer zur Tatzeit minderjährig und hat daher das Recht auf besonderen Schutz durch den Staat. Auf dieses Recht hat sich die Staatsanwaltschaft jedoch nicht bezogen. Noch hinzu kommt die Tatsache, dass der Konflikt bereits innerhalb des *ley Wayuu* gelöst wurde. Alexander Jusayu hat der Familie die geforderte Kompensationszahlung erstattet, was auch von dieser offiziell im Büro für indigene Angelegenheiten bestätigt wurde. Dies bedeutet, dass Alexander Jusayu für eine Tat zweimal verurteilt wurde, was eine Verletzung der Verfassung darstellt. Ariza Santamaría fordert daher bei der Bildung stabiler Mechanismen für die Koordination zwischen dem staatlichen Rechtssystem und der indigenen Rechtsprechung, dass die institutionellen Auswirkungen der Justizentscheidungen seitens der indigenen Autoritäten anerkannt werden sollten, damit eine Person nicht für die gleiche Tat zweifach gerichtet werden kann, was nach Meinung des Autors häufig passiert. (siehe 3.2.2.)

4.2.5. Fall Juan Plaza Ipuana

Aladis Mejia Ipuana klagt Juan Carlos Plaza Ipuana aufgrund von sexuellem Missbrauch ihres minderjährigen Sohnes an. Aladis Mejia Ipuana gibt an, dass ihr Sohn am 11.02.2012 sexuell von seinem Cousin, Juan Carlos Plaza Ipuana, missbraucht wurde, sie dies jedoch erst Tage später erfuhr, da ihr Sohn seit der Tat verschwunden war. Dieser gibt an, sein Cousin drohte ihn umzubringen, falls er irgendjemanden davon erzählen würde. Die Mutter erklärt weiter, dass ihr Sohn bereits seit seinem siebten Lebensjahr von Plaza Ipuana misshandelt wurde. Der Junge wird anschließend ins Krankenhaus gebracht, wo durch eine ärztliche Untersuchung die Misshandlung des Jungen bestätigt wird, Geschlechtskrankheiten jedoch ausgeschlossen werden können. Bienestar Familiar übernimmt die psychologische Untersuchung des Kindes. Die Psychologin stellt am 15.02.2012 fest, dass das Opfer Juan Carlos Plaza Ipuana als Täter identifiziert und die erste Vergewaltigung durch den eben genannten geschah, als der Junge sieben Jahre alt war (Claros Polanco 2013: 1f.).

Juan Carlos Plaza Ipuana wird daraufhin festgenommen und der sexuellen Vergewaltigung eines Minderjährigen angeklagt. Der Angeklagte

plädierte auf unschuldig. Plaza Ipuana wird in Riohacha in Untersuchungshaft genommen. Die formulierte Anklage basiert auf dem ersten Kapitel des vierten Titels, Artikel 205, schwerwiegende sexuelle Vergewaltigung (*acceso carnal violento*), dem zweiten Kapitel, Artikel 208, sexueller Missbrauch eines Minderjährigen (unter 14 Jahre alt), sowie dem Artikel 211 Punkt acht des Strafgesetzbuches. Der letzte Artikel besagt, dass sich die Strafe um die Hälfte erhöht, falls die Tat mit der Absicht geschah, soziale Kontrolle, Furcht oder Gehorsam der Gemeinschaft zu generieren (Codigo Penal 2013). Von Juni 2012 bis April 2013 werden die verschiedenen Anhörungstermine zur Formulierung der Anklage festgelegt. Am 10.04.2013 wird schließlich die Formulierung der Anklage durchgeführt, an der der Angeklagte selbst nicht teilnimmt, sondern sich durch seinen Anwalt vertreten lässt. Die Staatsanwaltschaft definiert die hier untersuchte Tat als schwerwiegende sexuelle Vergewaltigung eines Minderjährigen. Außerdem wird Claro José Cotez als Anwalt von Plaza Ipuana anerkannt. Claro Cotez, nachdem er bestätigt mit der Anklageschrift vertraut zu sein, beantragt mit Unterstützung des *Cacique Gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo Lomalto* José Gilberto Duarte Pushaina und den übrigen indigenen Autoritäten der Gruppe der Wayuu den Wechsel der Rechtsprechung. Claro Cotez sieht die indigene Rechtsprechung als kompetent, um diesen Fall zu lösen (Claros Polanco 2013: 3). Im folgenden Zitat beschreibt Claro Cotez den Fall und seine Vorgehensweise:

La Jurisdicción Especial Indígena solicitó la competencia. Se la solicitó al juez Penal del Promiscuo del Circuito del San Juan de Cesar Guajira. En que va, va a ser que, solicitamos la competencia. La Jurisdicción Especial. En que se cumplía totalmente el fuero indígena que comprende los tres elementos.

- El primero que es el territorio, que fueron que los hechos fueron en la comunidad interior.
- Segundo, el personal, que es que Juan Carlos es indígena Wayuu originario de esa comunidad.
- Y el tercero, que es el objetivo, es la víctima. La víctima también es Wayuu, es primo incluso de Juan Carlos del Clan Ipuana.

Entonces dándose todos los elementos del fuero indígena, no tiene porque la jurisdicción ordinaria entrar y tomar el caso. Está violando el debido proceso porque el juez natural de él debe ser la comunidad. El bueno de un receso de, de 20 minutos que finalmente llegaron a ser como una hora para estudiar el caso. Buscó [el juez] jurisprudencia, empezó metió

internet, buscó jurisprudencia sobre ese caso, línea. Y al final cuando retomamos otra vez a la audiencia como a las seis de la tarde, me dijo Doctor, usted tiene la razón, consiguió una sentencia como la que usted trajo, revisé la norma, la ley y todo los fueros se dan o sea que usted tiene razón y este caso yo lo voy a mandar, yo me declaro, no soy competente para este caso. Entonces yo el caso lo voy a mandar al Consejo Superior de la Judicatura que en Colombia es la que dirime el conflicto de competencia. Ahora que conflicto de competencia. La especial y la ordinaria. Este caso, que lo resuelvan ellos allá, el Consejo Superior de la Judicatura. Entonces el caso está allá. (Claro Cotez 2013a)

Claro Cotez argumentiert sowohl mit dem territorialen, als auch mit dem persönlichen Element. Die Tat geschah innerhalb des indigenen Territoriums und sowohl der Täter als auch das Opfer gehören der indigenen Gemeinschaft der Wayuu von Loma Mato an. Der Anwalt bezieht sich hierbei auf den Fall T-009 aus dem Jahr 2007, in dem aufgrund des persönlichen sowie des territorialen Elements der indigenen Rechtsprechung die Kompetenz übertragen wurde. Sowohl der Staatsanwalt der Strafjustiz Iván José Brito Parodi als auch der Sektionsstaatsanwalt Alcides Elias Pimienta Rosado sind sich einig, dass die involvierten Personen keinen direkten Zugang zur Mehrheitsgesellschaft haben dürften, um von dem *ley Wayuu* gerichtet zu werden. Die Staatsanwaltschaft argumentiert damit, dass sich der Angeklagte nach den Gewohnheiten der Mehrheitsgesellschaft verhält und diese achtet. Außerdem spricht Plaza Ipuana fließend Spanisch. Als zweite Argumentationslinie wählen die Staatsanwälte den Schweregrad der Tat sowie die Rechte der Minderjährigen (siehe 3.2.2.). Letzteres argumentieren sie mit der Tatsache, dass sich die Mutter des Opfers an die staatliche Justiz gewendet hat. Aufgrund der Beweislage übergibt der zuständige Richter den Fall an den Obersten Gerichtsrat, damit dieser den Kompetenzkonflikt löst (Claros Polanco 2013: 3f.).

Der Oberste Gerichtsrat definiert zu Beginn die Konditionen eines Kompetenzkonfliktes, worauf die Beschreibung der Anerkennung der indigenen Rechtsprechung innerhalb des kolumbianischen Staates folgt. In jedem Fall muss individuell untersucht werden, inwieweit die involvierte Person Teil der indigenen Gemeinschaft ist und in welchem Ausmaß sie über Kenntnisse der Kultur der Mehrheitsgesellschaft verfügt. Außerdem muss eruiert werden, ob sich die Person darüber im Klaren ist, dass die Tat innerhalb der Mehrheitsgesellschaft als rechtswidrig gilt (siehe 3.4. Unzurechnungsfähigkeit). Es folgt die Beschreibung der vier zentralen Elemente der indigenen

Rechtsprechung (siehe 3.3.) (Claros Polanco 2013: 5ff.).

Im Anschluss wird der vorliegende Fall nach den eben genannten Kriterien untersucht. Der Oberste Gerichtsrat sieht es als erwiesen an, dass Juan Carlos Plaza Ipuana der Gemeinschaft der Wayuu von Loma Mato angehört. Weiter wird angegeben, dass das territoriale Element nicht genau zugeordnet werden konnte und so wird es vom Obersten Gerichtsrat als nicht erfüllt deklariert. In Bezug auf das objektive Element muss in diesem Fall das Opfer betrachtet werden. Der Täter verletzte sowohl die sexuellen Rechte als auch die Ehre des Opfers. Der Junge gehört der gleichen indigenen Gemeinschaft wie Plaza Ipuana an und zählt mit weniger als 14 Jahren als minderjährig. Aufgrund der Tatsache, dass das Opfer noch minderjährig ist, gelten dessen Rechte als vorrangig. (Siehe 3.2.2.2. Fall Coronado Calvo) Weiter wird argumentiert, dass der Täter sich der Rechtswidrigkeit seiner Tat bewusst war. Außerdem erklärt der Oberste Gerichtsrat, dass die indigene Rechtsprechung für den Schutz und den Erhalt indigener Lebensweisen eingeführt wurde; aufgrund der Beschaffenheit der Tat kann im vorliegenden Fall der Aspekt des Indigenen jedoch nicht als Schutz verwendet werden. Das Gericht steht im aktuellen Fall vor folgender Problematik: Das Opfer gehört zwar einer indigenen Gruppe an, hat jedoch als Minderjähriger speziell geschützte Rechte (Claros Polanco 2013: 9ff.).

Zudem wird das indigene Sonderrecht wie folgt beschrieben: „Así, el fortalecimiento de las instituciones indígenas tiene como fin impartir justicia a los indígenas que violen las normas de equilibrio de dicha comunidad.” (Hervorhebung durch die Verfasserin; Claros Polanco 2013: 12) Die Zuständigkeit der indigenen Institutionen bezieht sich auf die Lösung der Konflikte, die das Gleichgewicht der Gemeinschaft stören. „[...] las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.” (Hervorhebung durch die Verfasserin; Córdoba Triviño 2004: 14) In diesem Sinne besagt der Artikel 44 der kolumbianischen Verfassung: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” (Constitución Política de Colombia 2013) Der besondere Schutz des Jungen hat in diesem Fall mehr Gewicht als das Kollektivrecht des Täters auf das indigene Sonderrecht. Weiter wird argumentiert, dass der Täter in

regelmäßigem Kontakt mit der Mehrheitsgesellschaft stand und sich daher der Rechtswidrigkeit der Tat bewusst war. Der Oberste Gerichtsrat entscheidet nach der Analyse des personalen, territorialen und objektiven Elementes, dass die Zuständigkeit der allgemeinen Justiz übergeben wird (Claros Polanco 2013: 14). „[...] **JUAN CARLOS PLAZA IPUANA**, rebasa ampliamente el ámbito de la cultura indígena y se encuentra muy lejos de los usos, costumbres, tradiciones y especial cosmovisión de esta clase de comunidad que es lo que el fuero pretende proteger.” (Hervorhebung im Original; Claros Polanco 2013: 14) Der Oberste Gerichtsrat sieht Plaza Ipuana weit entfernt von seinem indigenen Umfeld. Genau diese Lebensweise soll das indigene Sonderrecht schützen. Da jedoch der Täter nach Ansicht des Obersten Gerichtsrates die Traditionen und die Weltanschauung der Gruppe der Wayuu nicht ausreichend vertritt, wird die Kompetenz an die ordentliche Strafjurisdiktion, repräsentiert von dem *Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar* – la Guajira – übergeben und an eine Gemeinschaft von Guamachito, Bezirk Guajira, gesendet (Claros Polanco 2013: 14f.).

Die Argumentation des Obersten Gerichtsrates wirft einige Fragen auf, die der Anwalt von Juan Carlos Plaza Ipuana auf Nachfrage beantwortet. Der Oberste Gerichtsrat erklärt, dass nicht klar bewiesen wurde, wo die Tat stattfand und erklärt das territoriale Element als ungültig. Claro Cotez beschreibt die Sachlage jedoch anders:

Resulta que a Juan Carlos Plaza llegó la CTI²⁴ y la fiscalía a la comunidad al resguardo y allá dentro lo detuvieron y lo sacaron. Y hoy en día la fiscalía dice que no, que no tiene claro el lugar de los hechos, pero resulta que si por que el mismo fiscal en la audiencia que yo estuve, si cuenta que ellos entraron efectivamente a sacarlo de allá dentro, ellos se fueron él y la víctima para donde una tía, eso queda allí dentro del territorio. Eso son excusas, yo estuve en la audiencia, en el mismo expediente de la fiscalía ellos narran como fueron los hechos donde fue para qué lugar se fueron ellos dos para donde una tía nunca fue en el pueblo de Altonuevo nunca fue (Claro Cotez 2013b: 05:40 – 06:37)

Claro Cotez gibt an, dass Juan Carlos Plaza Ipuana innerhalb des *resguardo* festgenommen wurde. Die Tat selbst fand bei einer Tante des Täters und des Opfers statt, die innerhalb des *resguardo* lebt. Dies alles ist in den Unterlagen der Staatsanwaltschaft zu finden und wurde auch in der Anhörung so

²⁴ Cuerpo Técnico de Investigación

angegeben. Cotez beschreibt das territoriale Element eindeutig. Sowohl die Tat als auch die Festnahme geschahen innerhalb des indigenen Territoriums. Der Oberste Gerichtsrat argumentiert außerdem damit, dass sich Juan Carlos weit entfernt von seinen Traditionen und Weltanschauungen als Mitglied des Volkes der Wayuu befindet (Claros Polanco 2013: 14). In dem gesamten Dokument ist jedoch nicht zu erkennen, woher der Oberste Gerichtsrat Informationen hat, um daraus diese Schlüsse ziehen zu können. Daher fragte ich Claro Cotez, welche Untersuchungen angestellt wurden, um die Integrität des Täters in der indigenen Gemeinschaft zu untersuchen.

Sophie Jackl: “¿Había una investigación sobre la integridad cultural de Juan o algo así o sobre la ley wayuu, como tratan los delitos sexuales? Había algo de eso en la corte?”

Claro Cotez: No, ellos nunca han hecho una investigación, el juzgado, el fiscal tampoco. Nunca han hecho investigación. Ellos fallan de esa manera. El Corte Superior ni siquiera conocen el resguardo de Loma Mato. Ellos fallan desde adentro de la oficina ellos no conocen la población no conocen Altonuevo ni el pueblo ni el resguardo. Yo le pasé todo eso, Sophie, yo le pasé a ellos la certificación de Juan Carlos como wayuu le pasé la de la víctima como wayuu, la resolución que crea el resguardo en 1982 le pasé la documentación que acredita a Loma Mato como resguardo y se acredita a las dos personas involucradas como indígenas. Sin embargo ellos quieren desconocer hoy y les llevé el día de la audiencia las autoridades tradicionales que imparten justicia allá dentro les llevé como 15, y sin embargo mira ellos fallan así. Esa es la línea de ellos. A mí no me extrañó. Con todas las pruebas que les pasé, sin embargo negaron la jurisdicción. (Claro Cotez 2013b: 06:37 – 07:58)

Der Oberste Gerichtsrat führte nach Angaben von Claro Cotez weder über das *resguardo* noch über Juan Carlos Untersuchungen durch. Cotez reichte Dokumente zur Zertifizierung des Täters und des Opfers als Mitglieder der Gemeinschaft der Wayuu sowie den Bescheid, der Loma Mato als *resguardo* ausweist, ein. Hinzu führte er fünfzehn *Pütchipü'ü* an, die in der Gegend von Loma Mato tätig sind. Hier stellt sich die Frage, weshalb sich die Mutter des Opfers an die allgemeine Justiz und nicht an einen *Pütchipü'ü* oder an die Familie gewandt hat.

Sophie Jackl: ¿Y la madre del niño, porque eligió a la justicia ordinaria? Porque no mandó a un *Pütchipü'ü*? ¿Porque era interfamiliar?

Claro Cotez: Es porque, Si eso fue una falla y yo le comenté a la jurisdiccional y como que de rabia, de rabia.

Sophie Jackl: ¿Y los otros familiares no querían resolver el conflicto por el *Pütchipü'ü*? ¿El tío del niño, el, no sé, que los tíos son responsables de los niños, no?

Claro Cotez: Nooo, sí, lo que pasa es que los *Pütchipü'ü* y los tíos no se enteraron. Se dieron cuenta fue cuando la mama eligiera por la fiscalía y hizo la denuncia. Ya había puesto la denuncia. Y cuando se enteraron, fueron para sacarle.

Sophie Jackl: ¿Y después no empezaron [resolver el conflicto] con un, con los *Pütchipü'ü*?

Claro Cotez: Los tíos y la tía de él después estaban conmigo. Y la mama de él se perdió. No volvió ni a la audiencia. Estaba perdida por allá en Bogotá por la pena. Está perdido. (Claro Cotez 2013b 10:30 – 11:42)

Claro Cotez erklärt die Handlung der Mutter mit ihrer Wut. Nach Benda-Beckmann werden die verschiedenen Rechtsordnungen häufig von Teilnehmern oder Entscheidungsträgern gegeneinander ausgespielt und so gewählt, wie es in den entsprechenden Situationen vorteilhafter für sie ist (Benda-Beckmann 2002: 69f.). So richtete sich die Mutter des Opfers aus Wut an die ordentliche Justiz und nicht an einen *Pütchipü'ü* oder an die Familie. Die Mutter scheint am Prozess nicht teilgenommen zu haben. Als die Familienmitglieder von der Anklage erfuhren, kontaktierten diese Claro Cotez, um den Täter aus der Haft zu holen und den Konflikt innerhalb der indigenen Rechtsprechung zu lösen. Der Oberste Gerichtsrat stellte also weder Untersuchungen zur Integrität innerhalb der indigenen Gemeinschaft noch über die indigene Gruppe und deren Rechtssystem an. Als indigene Gemeinschaft ist es heutzutage beinahe unmöglich, in keinen Kontakt mit der Mehrheitsgesellschaft zu treten (Guerra Curvelo 2002: 195f.). Dies bedeutet aber nicht, dass eine indigene Person, sobald sie in Kontakt mit der Mehrheitsgesellschaft kommt, sofort die Kondition des Indigenen verliert. Claro Cotez beschreibt diesen Umstand wie folgt:

Hay que hacer la tutela, sí. Hacer la tutela y decirles a ellos, el Wayuu no sólo por el hecho de que puede ir al pueblo, al mercado, no pierde su condición. Ese es una locura total. Sea, yo no pierdo condición o sea yo soy wayuu, yo soy Claro Cotez, yo soy wayuu de verdad, hablo la lengua y todo. Pero yo fui a estudiar a Bogotá. Es por eso yo no puedo dejar de ser juzgado por mi comunidad y explicarse en el derecho wayuu, no puedo, porque es mi condición. Yo tengo que necesariamente interactuar con el mundo occidental. Yo estoy

aquí, yo no estoy en otro planeta. Entonces ya, pero lo que dicen ellos, yo hablo alijuna, yo ya dejo de ser [wayuu], eso es muy débil, muy banal. Es un argumento muy débil del Consejo Superior de la Judicatura. (Claro Cotez 2013b: 09:01 – 09:47)

Claro Cotez bezeichnet sich selbst als Wayuu, trotz seines Studiums in Bogotá. Vonseiten eines Mitglieds der Mehrheitsgesellschaft könnte Claro Cotez rein als kolumbianischer Anwalt gesehen werden, da er Spanisch spricht, innerhalb der Mehrheitsgesellschaft lebt und arbeitet. So kann der Blick auf das Fremde durch die Position des Eigenen diese Sicht verfälschen, da Cotez sich selbst immer als Mitglieder der Gemeinschaft der Wayuu sieht. (siehe 2.2.1.) Der Oberste Gerichtsrat geht also davon aus, dass, sobald eine indigene Person ihr *resguardo* verlässt, in Kontakt mit der Mehrheitsgesellschaft tritt, die Sprache der Mehrheitsgesellschaft spricht und einige Werte und Verhaltensweisen derselben kennt, ihre Identität als Indigene verliert. Mir erscheint es als äußerst wichtig für Richter_innen und Anwälte_innen, die mit Kompetenzkonflikten zwischen der indigenen und der allgemeinen Rechtsprechung zu tun haben, zwischen einer indigenen Person, die Jahre lang innerhalb der Mehrheitsgesellschaft lebt, dort arbeitet, ihre Familie gründet, nach den Traditionen und Werten dieser handelt, und einer indigenen Person, die innerhalb des *resguardo* lebt, in Kontakt mit der Familie steht, die Traditionen und die Kosmvision der indigenen Gemeinschaft wertschätzt und auch danach handelt, zu unterscheiden.

4.2.6. Kulturelle Konflikte zwischen der Gesellschaft der Wayuu und dem nationalen Rechtssystem

Nun kommt es nicht nur zu Kompetenzkonflikten zwischen indigenen Gemeinschaften und dem staatlichen Rechtssystem, sondern auch zu soziokulturell bedingten Unstimmigkeiten. Hierzu wird erneut ein Fall der Gruppe der Wayuu beschrieben:

Chicho Jose Epiayu, Aliria Urianá Urianá, Luis Carlos Epiayu Epiayu, Eloy Curvelo Arpushana, Elena Epiayu Pushaina, Farid Urianá Sapuana und Alvaro Epiayu Epiayu werden wegen Herstellung, Handel und Tragen von Schusswaffen oder Munition nach dem Artikel 365 des Strafgesetzbuches, sowie wegen Herstellung, Handel und Tragen von Schusswaffen oder Munition

mit eingeschränkter Nutzung durch das Militär oder Sprengstoff nach Artikel 366 des Strafgesetzbuches, verhaftet. Alle Angeklagten bis auf Alvaro Epiyeu Epiyeu werden am 29.09.2011 als Sicherheitsmaßnahme im Gefängnis festgehalten. Alvaro Epiyeu Epiyeu hingegen wird an seinem Wohnort unter Hausarrest gestellt. Am 29.12.2012 fechten der Anwalt von Chicho José Epiayu, Rafael Suarez Romero, der Anwalt von Eloy Cúvelo und Farid Uriaña Sapuana, Nilson Solano Brochero sowie die Anwältin Bertha Peñaranda, Repräsentantin von Aliria Uriaña Uriaña, Elena Epiyeu Pushaina und Alvaro Epiyeu Epiyeu, die Sicherungsverwahrung im Gefängnis an. Daraufhin gibt die Richterin an, dass nach der Beweislage die Schlussfolgerung gezogen werden kann, dass die Angeklagten die Autoren der Tat waren oder daran teilgenommen haben. Aufgrund der Schwere und Art der Tat gibt es keinen Zweifel an der Notwendigkeit der Untersuchungshaft. Letztere garantiert die Anhörung der Beschuldigten und gilt dem Schutz der Öffentlichkeit (Altamiranda Baldiris 2012: 1f.).

Die Richterin stimmt der Staatsanwältin zu, dass die Tat nicht nur die Öffentlichkeit gefährdet, sondern auch das Leben, die Freiheit und das ökonomische Erbe. Nach Meinung der Richterin ruft die Tat Angst hervor und bedroht eine ganze Gemeinschaft, auch wenn in dem Volk der Wayuu das Tragen von Waffen zur Tradition gehört. Die Behauptung der Staatsanwaltschaft, dass die Angeklagten zu der kriminellen Bande „Los Urabeños“ gehören, lehnt die Richterin ab, da es an Beweisen fehlt. Wahrscheinlicher ist die Annahme, dass die Angeklagten die Waffen aufgrund ihrer Gebräuche trugen. Aus diesen Gründen stellt die Richterin die Angeklagten in Untersuchungshaft, mit Ausnahme von Alvaro Epiyeu Epiyeu, den sie aufgrund von Tuberkulose und seiner Verwurzelung unter Hausarrest stellt (Altamiranda Baldiris 2012: 4f.).

Der Anwalt Rafael Suarez Romero fechtet diese Entscheidung an. Suarez Romero argumentiert, dass die logische Schlussfolgerung der Täterschaft nicht existiert, da die Staatsanwaltschaft seinen Angeklagten unterschiedliche Verwurzelungen zuschreibt und die Orte nicht mit den Fundorten der Waffen übereinstimmen. Er meint, dass die Entscheidung der Richterin ausschließlich auf der Gefahr, die durch die Angeklagten besteht, basiert. Dies beruht auf

Punkt fünf des Artikels 310²⁵ der Strafprozessordnung, der den Gebrauch von Waffen betrifft. In diesem Fall bezieht sich die Anklage jedoch auf die Herstellung, den Handel und das Tragen von Schusswaffen oder Munition. Der Anwalt Nilson Solano Brochero schlägt bei seinem Einspruch folgende Linie ein: Er argumentiert mit der Unzurechnungsfähigkeit (siehe 3.3.3.) der Angeklagten aufgrund einer anderen Kosmovision, was ihnen besonderen Schutz durch den kolumbianischen Staat gewährt. Außerdem wurde eine Durchsuchung innerhalb eines indigenen *resguardo* auf Anweisung der Staatsanwaltschaft durchgeführt. Hierbei wurden Personen festgenommen, die keine Verwurzelung mit der *ranchería* aufweisen. Weiter weist Solano Brochero darauf hin, dass der Schweregrad und die Art der Tat keine Kriterien für die Auferlegung eines einschränkenden Maßes der Freiheit bedeuten. Auch wurde nicht beachtet, dass sein Klient Student ist. Der Anwalt erklärt, dass die Angeklagten das Recht auf ein Verfassungssonderrecht besitzen. Er merkt an, dass in den *resguardo* eigentlich keine Präsenz des Staates vorhanden sein dürfte. Die Staatsanwaltschaft antwortet auf diese Argumente, dass die Kondition als indigen nicht das Recht dazugibt, Waffen zu besitzen. Der Umstand, dass Farid Enrique Student ist, ändert nichts an der Tatsache, dass er auf frischer Tat ertappt wurde. Auch die logische Schlussfolgerung der Täterschaft ist gegeben, wie zuvor anhand der Beweislage bestätigt wurde (Altamiranda Baldiris 2012: 5f).

Die Anfechtung der Untersuchungshaft wird im Folgenden in zweiter Instanz durch den Richter Carlos Altamiranda Baldiris entschieden. Der Richter muss

²⁵ ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada. (Código Penal 2013)

feststellen, ob die vorliegenden Voraussetzungen für die Untersuchungshaft mit den Angaben des Artikels 308, Gesetz 906²⁶ aus dem Jahr 2004 übereinstimmen. Um die Zuverlässigkeit der Sicherstellungsmaßnahme zu eruieren, müssen objektive und subjektive Elemente untersucht werden.

Objektive Voraussetzungen: Die Sicherheitsmaßnahme muss objektiverweise von der Art der Tat und der auferlegten Strafe abgeleitet werden; es muss dem_der Richter_in verdeutlicht werden, welche Art von Maßnahme verwendet wird, ob es sich um eine Freiheitsstrafe handelt oder nicht; sobald eine Maßnahme festgelegt wurde, muss genau angegeben werden, welche beantragt wird.

Subjektive Voraussetzungen: Die Maßnahme ist nötig, damit die_der Angeklagte nicht das Gerichtsverfahren behindert; die_der Angeklagte stellt eine Gefahr für die Sicherheit der Gemeinschaft oder des Opfers dar; es ist wahrscheinlich, dass die_der Angeklagte nicht zum Gerichtsprozess erscheint oder das Urteil nicht erfüllen wird. Zu Beginn muss analysiert werden, ob eine vernünftige Schlussfolgerung der Täterschaft gegeben ist und ob die Entscheidung der Richterin diese argumentative Belastung erfüllt. Altamiranda Baldiris weist darauf hin, dass in diesem Fall eine besondere juristische Vorgehensweise angewendet werden muss, da die Angeklagten unter speziellem Schutz durch die Konstitution und internationale Rechte aufgrund ihrer eigenen Kosmovision stehen (Altamiranda Baldiris 2012: 7f.).

Die Argumentation der Staatsanwaltschaft untersuchend, stellt der Richter fest, dass keinerlei faktische Argumente noch Subargumente verwendet wurden. Die vorgelegten Beweise beschreiben die Durchsuchung einer *ranchería*, wo einige Waffen für den persönlichen Gebrauch und eingeschränkten Gebrauch gefunden wurden. Es wurde jedoch nicht gezeigt, inwiefern die Angeklagten individuell als Teilnehmer oder Täter beteiligt waren.

²⁶ ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

(Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal 2013)

Die Voraussetzungen für die Untersuchungshaft sollten für jede und jeden Angeklagten individuell eruiert werden und es sollten nicht alle zusammen in einen Topf geworfen werden. Die Argumentationslinie der Staatsanwaltschaft beruht ausschließlich auf den objektiven Voraussetzungen, was jedoch nicht für die Auferlegung der Untersuchungshaft ausreicht (Altamiranda Baldiris 2012: 19f.). Altamiranda Baldiris sieht die Arbeit der Staatsanwaltschaft wie folgt:

Una cosa es la argumentación que se hace en punto de la legalización de la captura en el cual se examina la actuación del agente capturador ex ante y otra cosa es la argumentación y demostración de inferencia de autoría en punto a la solicitud de la medida de aseguramiento a la cual ha precedido un filtro inicial de la fiscalía, una actividad de actos urgentes y un análisis y descubrimiento de elementos mínimos probatorios que conduzcan a convencer al juez de la existencia de una inferencia (que no son más que indicios) razonables en lo atinente a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta debidamente individualizada para cada uno de los imputados guardando completa correlación con la situación fáctica y jurídica. (Altamiranda Baldiris 2012: 20)

Die Argumentation der Staatsanwaltschaft beruht nur auf Indizien mit denen sie versucht, die Anwältin von der Existenz einer logischen Schlussfolgerung der Täterschaft zu überzeugen. Außerdem weist der Richter darauf hin, dass die Untersuchung in einer *ranchería* der Gemeinschaft der Wayuu durchgeführt wurde, wo es üblich ist, dass mehrere Familien zusammenleben (siehe 4.1.1.3. soziopolitische Struktur der Wayuu). Außerdem fand ein *velorio* (siehe 4.1.1.3. soziopolitische Struktur der Wayuu) statt, bei dem alle Verwandten und Freunde zusammenkommen. Die Beweismittel der Staatsanwaltschaft wurden von den Verteidigern verwendet, um die eigene Verteidigung zu stützen. Auch die Behauptung, dass die Angeklagten der Gruppe „urabeños“ angehören, stützt sich auf keinerlei Beweise. Im Gebiet der Wayuu kam es in der Vergangenheit zu bewaffneten Überfällen, was jedoch nicht jedes Mitglied der Gruppe der Wayuu, welches eine Waffe besitzt, zu einem er Verbrecher_in macht. Altamiranda Baldiris zitiert Wilder Guerra Cúvelo (2002: 199f.), der erklärt, dass der Besitz von Waffen innerhalb der Gruppe der Wayuu Tradition ist und besonders bei einem *velorio* das Tragen von Waffen üblich ist (Altamiranda Baldiris 2012: 20f.).

¿La pregunta obligada es, en que se basó la juez de instancia para concederla? : Se

responde: Indudablemente su respuesta a dicho solicitud fue igual de deficiente, pero con el agravante que es el Juez a quien le correspondió restringir el derecho fundamental, es decir la Libertad de los imputados. (Altamiranda Baldiris 2012: 24)

Folglich entscheidet Altamiranda Baldiris, dass alle Angeklagten unverzüglich freigelassen werden. Wildler Guerra Curvelo beschreibt die Vorkommnisse wie folgt:

Había un velorio wayuu y el ejército allanó a todo el velorio. Un velorio son 100, 200 personas. Los hombres wayuu suelen llevar armas a los velorios. Con un carácter estético, adorno, vestuario y también una de esas armas avisa cuando el cadáver sale para el cementerio. Entonces los wayuu que están lejos, oyen el disparo y corren porque ya el entierro parte por el cementerio. Eso es un ritual. Que pasó. El ejército se metió, se ha traído a los hombres que tenían armas, a las mujeres que los acompañaban y dijo que eran de la bacrim, un argumento pfff, la bacrim, bandas criminales emergentes, como nuevos paramilitares. Entonces, eso es absurdo. No tenía nada que ver. Pero eso les da muchos puntos al ejército. [...] Se llama falsos positivos. Entonces, ellos se vinieron pa aqua, los trajeron detenidos y la comunidad se vino a golpear. Armando Rosario Epieyu, Rosario se tomó el palacio de justicia con 200 indígenas y tambores y todo. Y dijeron ellos no son ningunos banditos. Y usar armas es nuestra tradición. Ustedes están en nuestro territorio, usted no tiene autoridad porque lo somos nosotros la autoridad. Se quedaron por una semana. Al final el juez falló, por mi libro. La arma entre los wayuu tiene un carácter estético. (Wildler Guerra Curvelo 2 2013: 08:10-10:00)

Auch in der Beschreibung der Ereignisse durch Guerra Curvelo ist zu erkennen, dass der gesamte Konflikt durch die Unkenntnis der Mehrheitsgesellschaft über die Traditionen der Gruppe der Wayuu sowie durch fehlende Kommunikation zwischen den beiden Parteien entstand. Es handelt sich hierbei nicht um einen Kompetenzkonflikt, da innerhalb der Gemeinschaft der Wayuu kein Verbrechen geschah, sondern von Seiten der staatlichen Justiz ein Normbruch gesehen wurde.

5. Conclusio

Durch die Integration des Rechtspluralismus in den kolumbianischen Staat erkennt dieser die Diversität der Bevölkerung an und ermöglicht so eine individuelle kulturelle und ethnische Entfaltung. Trotz der staatlichen

Anerkennung der indigenen Rechtsprechungen stehen diese nicht gleichwertig neben dem staatlichen Rechtssystem, was den Rechtspluralismus in Kolumbien zu einem weichen Rechtspluralismus macht (siehe 2.2.2. Griffiths). Die indigene Rechtsprechung ist an Konditionen gebunden und die Tatsache, einer indigenen Gruppe anzugehören, ist kein Garant für das Recht auf das indigene Sonderrecht. Im Kapitel 3.2.2. wurden verschiedene Situationen beschrieben, die eine Koordination zwischen der indigenen und der nationalen Rechtsprechung verlangen. Der Verfassungsgerichtshof versucht stets, eine Balance zwischen einer möglichst uneingeschränkten Autonomie der indigenen Rechtsprechung und der Wahrung der fundamentalen Rechte, die in der Verfassung festgelegt wurden, zu finden. So hat der Verfassungsgerichtshof Vorgaben für die Koordination und die Lösung von Kompetenzkonflikten zwischen der indigenen Rechtsprechung und dem nationalen Rechtssystem erarbeitet. Die Umsetzung dieser Bestimmungen fällt jedoch in den hier besprochenen Fällen oft unterschiedlich aus. Im Folgenden werden die Ergebnisse der Untersuchung des *ley Wayuu* und dessen Kompetenzkonflikte mit dem nationalen Rechtssystem besprochen.

Die Aussagen der befragten *Pütchipü'ü* und anderer Mitglieder der Gemeinschaft der Wayuu lassen darauf schließen, dass das *ley Wayuu* sowohl vor, als auch nach der Anerkennung wie üblich angewandt wurde und wird. Nach den Angaben von Maria Consuelo Epinayú, Weildler Guerra Curvelo, Germán Aguilar Epiayu und José Manuel Pana wird der Großteil interner Konflikte mit Hilfe des eigenen Rechtssystems geregelt. Doch nicht nur interne, sondern auch Konflikte mit Mitgliedern der Mehrheitsgesellschaft werden häufig durch das *ley Wayuu* gelöst, ohne die staatliche Justiz einzubeziehen. (siehe 4.1.; 7.2.; 8., 4.2.3.) Dies belegt der Fall der zwei Professoren (4.2.3.), die beide die geforderte Kompensation an die Familien der Opfer zahlten und daraufhin aus der Haft entlassen wurden. Ich sehe hierbei jedoch auch Schwierigkeiten. Es ist natürlich vorteilhaft, dass auch Nicht-Indigene das *ley Wayuu* annehmen und sich den Traditionen der Wayuu anpassen, aber trotzdem ist es meiner Meinung nach problematisch, dass innerhalb der Gesellschaft der Wayuu nicht nur die Kompensation, sondern auch die darauffolgende Kontrolle der Familie Teil der Konfliktlösung ist und sich die gesamte Familie für das Verbrechen des_der Täter_in verantworten muss. Wenn ein Mitglied der

Mehrheitsgesellschaft Kompensation leistet, ist nicht gesagt, dass es von der Familie unterstützt wird und diese den_die Täter_in von einem erneuten Vergehen abhalten kann.

Wenn die staatlichen Institutionen von einem Verbrechen, das durch einen Wayuu begangen wurde, erfahren, kommt es häufig zu Konflikten hinsichtlich der Zuständigkeit (siehe 4.2.). Die in dieser Arbeit behandelten Fälle fallen alle in den Rahmen der schwerwiegenden Delikte, was darauf schließen lässt, dass die staatlichen Entitäten sich hauptsächlich für diese Verbrechen interessieren und mindere Vergehen wie Diebstahl der indigenen Rechtsprechung überlassen. Sobald es sich jedoch um ein schwerwiegendes Verbrechen wie Mord und Vergewaltigung handelt, sehen sich die Richter_innen als zuständig. Wie Guerra Curvelo (2013: 12:53-13:20) erklärt, sehen viele Repräsentanten der staatlichen Gerichte die indigene Rechtsprechung bei schwerwiegenden Verbrechen als nicht kompetent an, aber nach dem Artikel 246 der Verfassung (siehe 3.2.) gilt das indigene Sonderrecht für jedes Vergehen. Die Ausnahmen dazu wurden in Kapitel 3.2.2.2. näher beschrieben. Daher vermute ich, dass es hauptsächlich bei den schwerwiegenden Verbrechen zu Kompetenzkonflikten kommt. Es ist jedoch schwer zu sagen, wie viele Verbrechen durch das *ley Wayuu* und wie viele durch die staatliche Rechtsprechung geregelt werden. Dies liegt daran, dass die Konflikte, die durch das *ley Wayuu* gelöst werden, nur teilweise im Büro für Indigene Angelegenheiten registriert werden.

Aus verschiedenen Gründen kam es in den hier besprochenen Fällen zu Kompetenzkonflikten zwischen der indigenen und der staatlichen Rechtsprechung. Jeder, der in 4.2. analysierten Kompetenzkonflikte endete in der Zuständigkeit für die ordentliche Rechtsprechung, außer 4.2.2., da in diesem Fall noch eine Lösung aussteht. Die Gründe dafür waren das territoriale und das objektive Element. Sowohl im Fall 4.2.1 als auch im Fall 4.2.5. konnte der territoriale Aspekt nicht eindeutig zugewiesen werden. Bei beiden gab es widersprüchliche Aussagen und unterschiedliche Zuweisung des Territoriums. In solchen Fällen sollte meiner Meinung nach das territoriale Element nicht als ausschlaggebend für die Entscheidung der Zuständigkeit sein. Die territorialen Bereiche wurden in diesen Fällen auf die *resguardos* beschränkt, wobei 20,3 % der Bewohner von Riohacha Indigene sind (DANE 2005: 2). Wie Claro Cotez

(2013b) erklärte, fühlt er sich nicht weniger als Wayuu, nur weil er in der Mehrheitsgesellschaft lebt, dort studiert hat und auch arbeitet. Der Umstand, dass Cotez spanisch spricht und in Riohacha lebt, macht ihn nicht weniger zu einem Mitglied der Gesellschaft der Wayuu. Cotez hat weder Wayuunaiki verlernt, noch seine Gebräuche und Traditionen vergessen. Er besitzt noch die gleiche Weltanschauung, die jedoch auch durch die Mehrheitsgesellschaft beeinflusst ist. Viele Wayuu arbeiten als Händler und sind daher sowohl in den territorialen Bereichen der indigenen Gesellschaft als auch innerhalb der staatlichen Gebiete unterwegs und kommen gezwungenermaßen mit der Mehrheitsgesellschaft in Kontakt. In Kolumbien ist es heutzutage fast unmöglich, nicht mit der Mehrheitsgesellschaft in Kontakt zu treten, besonders wenn man auf gewisse staatliche Leistungen angewiesen ist oder seine Existenz darauf beruht. Viele Wayuu sind aus wirtschaftlichen Gründen dazu gezwungen, aus den indigenen Territorien in die Städte abzuwandern, was jedoch nicht bedeutet, dass sie dadurch ihre Zugehörigkeit zur indigenen Bevölkerung verlieren. Oft leben sie weiterhin in ihren Familienverbänden und nach ihren Traditionen.

In Hinsicht auf die Unzurechnungsfähigkeit, die beantragt werden kann, falls eine Tat außerhalb des indigenen Territoriums geschieht, muss gesagt werden, dass die hier bearbeiteten Fälle auch im Volk der Wayuu als normbrechend gelten. Sowohl Mord als auch Vergewaltigung gelten bei den Wayuu als schwere Verbrechen. Daher kann meiner Meinung nach nicht damit argumentiert werden, dass die Tat innerhalb der Mehrheitsgesellschaft als rechtswidrig angesehen wird und sich der Täter darüber bewusst war, da die Tat auch in der indigenen Gesellschaft als verwerflich und zu bestrafen gilt. Es sollte in diesen Fällen vielmehr mit dem persönlichen Element argumentiert werden. Natürlich gibt es auch Fälle, in denen Mitglieder der Gemeinschaft der Wayuu aufgrund ihres kulturellen Hintergrunds als unzurechnungsfähig eingestuft werden sollten. Falls sich die Familie des Täters weigert, die mit dem *Pütchipü'ü* erarbeitete Kompensation zu zahlen, gilt es in der Gemeinschaft als legitim, dass die Familie des Opfers Ziegen von der Familie des Täters stiehlt. Falls die Familie des Täters nun die Familie des Opfers des Diebstahls beschuldigt und anzeigt, würde hier das Argument der Unzurechnungsfähigkeit zutreffen. Auch bei dem Fall 4.2.6. liegt Unzurechnungsfähigkeit vor, da die

Angeklagten sich keiner Schuld bewusst waren. In der Volksgemeinschaft der Wayuu ist es Tradition, sich bei einer Beerdigung mit Waffen zu schmücken. Auch werden Personen, die nicht an der Feier teilnehmen, mit einem Schuss aus einer Waffe darüber informiert, wann der Leichnam zum Friedhof gebracht wird. In diesem Fall liegt aus Sicht der Gruppe der Wayuu kein Verbrechen vor, da die Beerdigung noch dazu auf indigenem Territorium stattfindet.

Das objektive Element betreffend, ging meiner Meinung nach aus den Ausarbeitungen der Gerichte nicht klar hervor, weshalb der Staat die Rechte von Minderjährigen stärker schützt als das *ley Wayuu*. Sowohl im Fall 4.2.4. als auch im Fall 4.2.5. wird mit den vorrangigen Rechten der Minderjährigen argumentiert. Ich stimme zwar zu, dass Minderjährige besonders geschützt werden müssen doch die zuständigen Staatsanwaltschaften führten weder Untersuchungen des *ley Wayuu* noch der soziopolitischen Struktur der Gemeinschaft durch, um aufzuzeigen, dass nur der Staat die Rechte der Minderjährigen besonders schützt. Es ist nicht gesagt, dass eine Gefängnisstrafe das Opfer besser schützt als jahrelange Kompensationszahlungen und die Kontrolle durch die Familie des Opfers. Dies führt zu einer Grundsatzdiskussion welche Art der Bestrafung am sinnvollsten ist. Ich möchte hier nur anmerken, dass die Entscheidungen der zuständigen Gerichte nicht auf gründlichen Untersuchungen der Gesellschaft der Wayuu und deren Rechtssystem beruhten, wie es eigentlich durch den Verfassungsgerichtshof vorgesehen ist (siehe 3.3.).

Weiter möchte ich anmerken, dass viele Mitglieder der Gruppe der Wayuu in marginalen Verhältnissen leben und sich daher keinen teuren Gerichtsprozess leisten können. Das *Tutela*-Verfahren verlangt zwar keinen Anwalt, bedeutet jedoch Reisekosten nach Bogotá und ist, wie im Fall 4.2.4. deutlich wurde, nicht immer möglich. Juan Carlos Plaza Ipuana hätte noch weitere Möglichkeiten, sein Recht auf die indigene Rechtsprechung einzufordern, kann jedoch seinen Anwalt Claro Cotez nicht mehr bezahlen (siehe 7.2.3.). In manchen Fällen müssen die Familien sowohl die Kosten der Kompensation als auch jene des Gerichtsprozesses selbst tragen. Es ist auch nicht gesagt, dass alle Wayuu ihr Recht auf die eigene Rechtsprechung kennen. Und wie in den Fällen dargelegt wurde, ist sich auch nicht jeder_e Anwalt_in oder Richter_in über das indigene Sonderrecht im Klaren. Im Fall

4.2.4. wurde von der Staatsanwaltschaft sogar behauptet, dass das *ley Wayuu* nicht organisiert sei und kein indigener Richter_in das Kompensationsarrangement bestätigt habe. Natürlich kann man das *ley Wayuu* nicht mit dem kolumbianischen Rechtssystem vergleichen und nach Gesetzestexten suchen. Das *ley Wayuu* ist in einem ganz anderen Zusammenhang entstanden und hat einen anderen geschichtlichen Hintergrund. Die Aussage, dass kein indigener Richter die Regelung bestätigt hat, zeigt nur, dass die Staatsanwaltschaft sich nicht über die Rechtsprechung der Wayuu informiert hat. Wenn sich nicht einmal Staatsanwälte_innen, Richter_innen und Anwälte_innen der indigenen Sonderrechte bewusst sind, wie soll dann eine Person, die weder spanisch spricht noch lesen und schreiben kann, von diesen Rechten wissen? Allgemein möchte ich noch zu den Kompetenzkonflikten zwischen der staatlichen Rechtsprechung und dem *ley Wayuu* anmerken, dass es hier nicht zu Konflikten aufgrund der Art und Weise, wie das Rechtssystem funktioniert (wie es bei den Nasa aufgrund körperlicher Strafen passiert), kommt. Der Grund der Zuständigkeitskonflikte in der Guajira beruht eher auf die örtlichen Mitarbeiter, wie Polizisten_innen, Richter_innen und Anwälte_innen, die zu wenig über die indigenen Sonderrechte informiert sind, obwohl sie mit der indigenen Bevölkerung zusammenleben. Daher sollte ein Bewusstsein für und ein Wissen über die indigenen Sonderrechte bei den Mitarbeitern der staatlichen Institutionen und in den Universitäten geschaffen werden, um so Konflikten zwischen den Rechtsprechungen vorzubeugen oder schneller und gerechter zu lösen. In ganz Kolumbien existiert eine Hybridität der Rechtssysteme ohne einheitlichen Bezugsrahmen. Jede Person hat dadurch ihr eigenes Rechtsempfinden und so sollte eine Sensibilisierung der Bevölkerung für die ethnische und kulturelle Diversität des Landes stattfinden, um diese nicht nur schriftlich sondern auch praktisch gewährleisten zu können.

6. Bibliographie

6.1. Literatur

Alianca Sozial Independiente (2013): <http://www.asicolombia.com/> [Zugriff am 30.11.2013]

Arbeláez de Tobón, Lucía (2004): La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf> [Zugriff am 28.01.2013]

Ariza Santamaría, Rosembert (2010): Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia. San José: IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos).

Auswärtiges Amt Deutschland (2013): Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.Dezember 1966. <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/360794/publicationFile/3613/IntZivilpakt.pdf> [Zugriff am 03.06.2013]

Benda-Beckmann von, Franz (2002): Who`s afraid of legal pluralism? In: Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law. Vol. 47. 37-82.

Benda-Beckmann von, Franz; Benda-Beckmann von, Keebet (2007): Gesellschaftliche Wirkung von Recht. Rechtsethnologische Perspektiven. Berlin: Dietrich Reimer Verlag.

Brunnegger, Sandra (2005): Challenges under Dispute. The Scope of Indigenous Law in Colombia after the Constitution of 1991. Wien: Universität Wien zur Erlangung des Doktorgrades der Philosophie an der Fakultät für Sozialwissenschaften.

Captain David M.; Captain Linda B. (2005): Diccionario Básico Ilustrado. Wayuunaiki – Español, Español Wayuunaiki. Bogotá: Editorial Buena Semilla.

DANE (2005): Censo General 2005.
<http://www.dane.gov.co/files/censo2005/perfiles/guajira/rioacha.pdf> [Zugriff am 07.12.2013]

DANE (2007): Colombia una nación multicultura. Su diversidad étnica. Verfasser: Hernández Romero, Astrid; Rodríguez Palau, Elsa; Ruiz García, Fabio Alberto; Salamanca Rodríguez, Lina Marcela.
http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf [Zugriff am 10.05.2013]

Falk Moore, Sally (1973): Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. In: Law & Society Review. Vol.7, No. 4. S. 719-746.

Galanter, Marc (1981): Justice in many rooms: courts, private ordering, and indigenous law. Journal of Legal Pluralism Nr. 19. 1-47.

García Canclini, Nestor (2001): Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad. México D.F.: Debolsillo.

González Ortiz, César Augusto (2007): Conflictos de Competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs. Sistema Judicial Nacional. Fuero Indígena. Bogotá: Ediciones Cronopios.

Goulet, Jean-Guy (1981): El Universo Social y Religioso Guajiro. Biblioteca Corpozulia Maracaibo, Universidad Católica Andrés Bello Centro de Lenguas Indígenas Caracas (Hrsg.). Caracas: Editorial Arte.

Griffiths J. (1986): What is Legal Pluralism? In: Journal of Legal Pluralism. Nr. 24. 1-55.

Gros, Christian (2012): Políticas de la etnicidad: identidad, Estado y modernidad. In: Sanabria Sánchez, Fabián (Hrsg.): Colección Antropología en la Modernidad. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Guerra Curvelo, Weidler (2002): La disputa y la palabra. La ley en la sociedad Wayuu. Bogotá: Ministerio de Cultura.

Guerra Curvelo, Weidler (2006): Los conflictos interfamiliares Wayuu. In: Fronesis Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Vol.13 No.1. 40-56.

Gutiérrez Q., Marcela (2011): Pluralismo jurídico y cultural en Colombia. In: Revista Derecho del Estado. No 26. 85-105.

Hart, H.L.A. (2012³): The Concept of Law. Clarendon Law Series: Oxford.

Hernández Guerra, Ángel; Martínez Ubáñez, Simón (2005): Territorio y Ley en la sociedad wayuu. Riohacha: Fondo Mixto para la Promoción de la Cultura y las Artes de la Guajira.

Kuppe, René (2010): Stärkung indigener Organisationen in Lateinamerika: Indigene Rechtsprechung und staatliches Recht in Lateinamerika. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (Hrsg.). Frankfurt: Druckreif.

Lozano Santos, Juanita; Nájera Nájera, Mildred (2009): Curar la carne para conjurar la muerte. Exhumación, segundo velorio y segundo entierro entre los wayuu: rituales y prácticas sociales. In: Boletín de Antropología Universidad de Antioquia. Vol 23 No. 40. 11-31.

Mansen, Richard Arnold (1988): Dispute negotiations among the Guajiro of Colombia and Venezuela: dynamics of compensation and status. University of Illinois: Diplomarbeit.

Moore, Sally Falk (1973): Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. Law and Society Review Vol. 7, No. 4. 719-746.

Mueses, Carlos (2011): Estado y Movimientos Indígenas en Colombia: Elementos para una aproximación histórica. Revista de la Corporación Chilena de Estudios Históricos: 3, 211-244.

Oñate Bolaño, Idania; Perez Guerra, Crispin R. (2012): Republica de Colombia Departamento de la Guajira Municipio de Fonseca concejo Municipal Acuerdo No. 18. <http://fonseca-guajira.gov.co/apc-aa-files/62613232343862363735333365653231/plan-de-desarrollo-un-pacto-social-por-fonseca.pdf> [Zugriff am 08.10.2013]

Perafán, Carlos César (1995): Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayuu y Tule. Bogotá: ICAN – Colcultura.

Piñacue Achicue, Jesus Enrique (2003): Colombia: Proyecto de ley sobre jurisdicción especial indígena. <http://alertanet.org/proyecto-colombia.htm> [Zugriff am 20.01.2013]

Ponce Bravo, German Ernesto & Rueda Carvajal, Carlos Eduardo (2010): ¿Es posible la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena en Colombia? Aportes para un diálogo intercultural e interjurisdiccional. Universidad colegio mayor de nuestra señora del rosario. Masterarbeit.

Ponce, Pastor (2005): Resolución de conflictos en la sociedad Wayuu contemporánea. In: Fronesis Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Vol.13 No.1.

Roberts, Simon (1981): Ordnung und Konflikt. Eine Einführung in die Rechtsethnologie. Stuttgart: Ernst Klett.

Roberts, Simon (1998): Against Legal Pluralism. Some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain. In: Journal of legal pluralism. Nr. 42. S.95-106)

Roldán Ortega, Roque (2002): Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente. London: Gaya Foundation.

Saler, Benson (1988): Los Wayu (Guajiro)". In: Aborígenes de Venezuela. Caracas: Monte Ávila Editores. S. 25-145.

Sánchez, Beatriz Eugenia (2001): El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. In: Boaventura de; Sousa Santos (Hg.); García Villegas, Mauricio (Hg.): *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2 Volumen.

Sánchez Botero, Esther (2005): Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia. In: Revista IIDH. Vol. 41. S. 225-250.

Sánchez Botero, Esther (2006): Entre el juez Salomón y el dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño. Amsterdam: Universit t Amsterdam zur Erlangung des Doktorgrades Rechtswissenschaft an der Fakult t für Rechtsgelehrtheit.

Sánchez Botero, Esther (2010³): Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina.

Sierra Camargo, Jimena (2004): El lenguaje y la retórica en los mecanismos tradicionales de control social de la cultura wayuu, dentro del marco del pluralismo jurídico. Universidad Externado de Colombia: Trabajo de Investigación para obtener el título de Abogada.

SINIC – Sistema Nacional de Información Cultural (s.a.). Población la Guajira. <http://www.sinic.gov.co/SINIC/ColombiaCultural/ColCulturalBusca.aspx?AREID=3&SECID=8&IdDep=44&COLTEM=216>. [Zugriff am 26.01.2013]

Sisaid – Sistema de Información de la Secretaria de Asuntos Indígenas de la

Guajira (2013): Consultar Resguardos del Departamento. <http://www.sisaid-guajira.org/> [Zugriff am 26.01.2013]

Tamanaha, Z. Brian (2000): A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*. Volume 27, Number 2, June.

UNESCO (2010): Conventio for the safeguarding of the intangible cultural heritage – intergovernmental committee for the safeguarding of the intangible cultural heritage – fifth session Nairobi, Kenya. Nomanation File No. 00435.

United Nations (2008): United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf [Zugriff am 20.01.2013]

United Nations (2013): Treaty Collection. International Covenant on Civil and Political Rights. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en [Zugriff am 03.06.2013]

Varela Iglesias, M. Fernando (2005²): *Panorama de Civilización Española. España y España en América*. Wien: Facultas Verlag.

6.2. Fälle

Altamiranda Balidris, Carlos (2012): 44-001-31-09-002-2012-00097-00. Riohacha

Angarita Baron, Ciro (1992): T-428. <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-428-92.htm> [Zugriff am 08.07.2013]

Avila Sierra, Moises Ramon (2011): Juicio 44-001-31-04-002-2005-00324-00. Juzgado Penal del Circuito de Riohacha. (siehe Anhang 7.5.3.)

Canal RCN (2012): Turista inglesa habría sido violada por indígenas guajiros.
http://www.canalrcnmsn.com/noticias/turista_inglesa_habr%C3%ADa_sido_violada_por_ind%C3%ADgenas_guajiros [Zugriff am 01.12.2013]

Cepeda Espinosa, Manuel Jose (2006): Sentencia No. T-466.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-466-06.htm> [Zugriff am 12.07.2013]

Cifuentes Muñoz, Eduardo (1994): Sentencia No. T-254.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm> [Zugriff am 15.07.2013]

Cifuentes Muñoz, Eduardo (1998): Sentencia No. SU-510.
http://www.urosario.edu.co/urosario_files/af/af214b5f-60b2-4785-b6da-d4dd0b0c2855.pdf [Zugriff am 16.07.2013]

Claros Polanco, José Ovidio (2013): Radicación No. 1100101020002013013000/1991C. Consejo Superior de la Judicatura. (siehe Anhang 7.5.4.)

El Heraldó (2012): Indígenas Wayuu violan a turista extranjera en el Cabo de la Vela.
<http://www.elheraldo.co/region/indigenas-wayuu-violan-a-turista-extranjera-en-el-cabo-de-la-vela-86766> [Zugriff am 01.02.2013]

El Tiempo (2007): Archivo. Breves Caribe.
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3520812> [Zugriff am 27.11.2013]

El Tiempo (s.a.): Dos docentes iban a pagar con animales y dinero por el abuso sexual de 12 niñas wayúu en internado.
<http://www.mineducao.gov.co/cvn/1665/article-100680.html> [Zugriff am 27.11.2013]

Escobar Gil, Rodrigo (2003): Sentencia No. T-552.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm> [Zugriff am 29.11.2013]

Espinosa Pérez, Sigifredo (2005): Tutela 23.199 Alexander Jusayu. Corte Suprema de Justicia.

Galán Castellanos, Herman (2005): Sentencia No. T-20254. [https://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2F190.24.134.69%2Fsentencias%2FTutelas%2F2005%2FPenal%2FDr.Herman%2520Gal%25C3%25A1n%2520Castellanos%2FAbril%2FT-20254%2520\(20-04-05\)%2520NOTIF%2520RESOL%2520DEF%2520DEL%2520DETENIDO.doc&ei=oUbsUoSxH4fOsgb5hoCwDQ&usg=AFQjCNHPMUc5F0wNMSLomy69h57sXVejCQ&bvm=bv.60444564,d.Yms](https://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2F190.24.134.69%2Fsentencias%2FTutelas%2F2005%2FPenal%2FDr.Herman%2520Gal%25C3%25A1n%2520Castellanos%2FAbril%2FT-20254%2520(20-04-05)%2520NOTIF%2520RESOL%2520DEF%2520DEL%2520DETENIDO.doc&ei=oUbsUoSxH4fOsgb5hoCwDQ&usg=AFQjCNHPMUc5F0wNMSLomy69h57sXVejCQ&bvm=bv.60444564,d.Yms) [Zugriff am 20.09.2013]

Gámez Ramos (2012): Polémica sobre quién debe juzgar, en caso de violación a turista inglesa en el Cabo de la Vela. <http://www.elheraldo.co/region/polemica-sobre-quien-debe-juzgar-en-caso-de-violacion-a-turista-inglesa-en-cabo-de-la-vela-87> [Zugriff am 01.12.2013]

Gaviria Díaz, Carlos (1996a): Sentencia No. C-139/96. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm> [Zugriff am 08.06.2013]

Gaviria Díaz, Carlos (1996b): Sentencia No. T-349. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm> [Zugriff am 02.07.2013]

Gaviria Díaz, Carlos (1996c): Sentencia No. T-496. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm> [Zugriff am 04.07.2013]

Gaviria Díaz, Carlos (1997): Sentencia No. T-523. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm> [Zugriff am 17.06.2013]

Guerrero Barriga, Sandra (2012): Justicia ordinaria y justicia indígena, un

conflicto latente. In: El Heraldó. <http://www.elheraldo.co/region/justicia-ordinaria-y-justicia-indigena-un-conflicto-latente-87228> [01.12.2013]

Henao Pérez, Juan Carlos (2012): Sentencia No. T-002. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-002-12.htm> [Zugriff am 13.10.2013]

Lizcano Rivera, Angelino (2012): No. 11001010200020120198100. Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Montealegre Lynett, Eduardo (2002): Sentencia No. T-370.

Sanabria Buitrago, Pedro Alonso (2010): No. 11001010200020100169000. Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Socha Salamanca, Julio Enrique (2009): Proceso No. 30860. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

Socha Salamanca, Julio Enrique (2011): Proceso no. 37146. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

Vargas Silva, Luis Ernesto (2010): Sentencia No. T-617. <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm> [Zugriff am 16.07.2013]

6.3. Dekrete, Gesetze und die Verfassung

Código Penal (2013). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000_pr007.html [Zugriff am 25.10.2013]

Constitución Política de Colombia 1991 (2013). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> [Zugriff am 04.06.2013]

Decreto 2001 de 1988 (2013): La constitución de Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_2001_1988.htm [Zugriff am 07.06.2013]

Decreto 2164 de 1995 (2001): Titulación de tierra a las comunidades indígenas.

http://www.urosario.edu.co/urosario_files/f7/f7460745-a69a-4a63-a9b7-3c075b3ffed6.pdf [Zugriff am 05.07.2013]

Ley 21 de 1991 (2006): Aprueba el Convenio 169 de la OIT.

http://www.urosario.edu.co/urosario_files/9e/9eb2509d-0f9e-47d6-b399-dff996abf366.pdf [Zugriff am 13.06.2013]

Ley 89 de 1890 (2013): Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4920> [Zugriff am 29.05.2013]

Ley 270 de 1996 (2013): Estatutaria de la Administración de Justicia.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley_0270_1996.html [Zugriff am 06.06.2013]

Ley 599 de 2000 (2013): Las normas rectoras de la ley penal colombiana.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388> [Zugriff am 23.11.2013]

Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal (2013).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004.html#1 [Zugriff am 23.11.2013]

Ley 1098 de 2006 (2013): Código de la Infancia y la Adolescencia.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106> [Zugriff am 07.11.2013]

Ministerio del Interior y de la Justicia (2011): Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

<https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=M0t7MuBn8J8%3D&tabid=1667> [Zugriff am 11.01.2014]

Proyecto de Ley Estatutaria Número 246 de 2010 Senado (2010): por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.

https://docs.google.com/a/kiteaddictcolombia.com/viewer?url=http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3?v_anog%3D2010%26v_formato%3DPDF%26v_num%3D133%26v_seleccion%3DIniciar%2BBusqueda&chrome=true [Zugriff am 29.11.2013]

6.4. Interviews

Cotez, Claro (2013a): Telefoninterview, Anwalt und Mitglied der Gruppe der Wayuu. Riohacha, Freilassing: 29.04.2013.

Cotez, Claro (2013b): Telefoninterview, Anwalt und Mitglied der Gruppe der Wayuu. Riohacha, Freilassing: 13.11.2013.

Epinayú, Maria Consuelo (2012a): Interview, Autoritätsperson der Gemeinschaft El Cabo de la Vela. El Cabo de la Vela: 19.09.2012.

Epinayú, Maria Consuelo (2012b): Interview, Autoritätsperson der Gemeinschaft El Cabo de la Vela. El Cabo de la Vela: 19.09.2012.

Guerra Curvelo, Weidler 1 (2013): Interview, ehemaliger Leiter von Asuntos Indígenas²⁷ in Riohacha. Riohacha: 25.02.2013.

Guerra Curvelo, Weidler 2 (2013): Interview, ehemaliger Leiter von Asuntos Indígenas in Riohacha. Riohacha: 25.02.2013.

²⁷ Büro für Indigene Angelegenheiten

Aguilar Epiayu, Germán (2013): Telefoninterview, Pütchipü'ü. Riohacha, Freilassing: 02.09.2013.

6.5. Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Kuppe, René (2010): Stärkung indigener Organisationen in Lateinamerika: Indigene Rechtsprechung und staatliches Recht in Lateinamerika. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (Hrsg.). Frankfurt: Druckreif.

Abbildung 2: Arbeláez de Tobón, Lucía (2004): La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf> [Zugriff am 28.01.2013]

Abbildung 3: Google Maps (2013). <https://www.google.de/maps/preview#!data=!1m4!1m3!1d195604!2d-72.79801!3d10.841595>

Abbildung 4: Dane (2004): Base de datos de los resguardos de Colombia: Ubicación, etnías, area y población ajustada a diciembre de 2003 - Certificación para la vigencia 2003. https://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mineduacion.gov.co%2F1621%2Farticles-163147_Archivo_xls2.xls&ei=JoovUdPhNMTmiwLE9ICoDQ&usg=AFQjCNGr8XA-10mIRzyULOCVkJrVrtI-aA&bvm=bv.43148975,d.cGE [Zugriff am 06.12.2013]

Abbildung 5: DANE (2007): Colombia una nación multicultura. Su diversidad étnica. Verfasser: Hernández Romero, Astrid; Rodríguez Palau, Elsa; Ruiz García, Fabio Alberto; Salamanca Rodríguez, Lina Marcela. http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf [Zugriff am 10.05.2013]

Abbildung 6: DANE (2007): Colombia una nación multicultura. Su diversidad étnica. Verfassung: Hernández Romero, Astrid; Rodríguez Palau, Elsa; Ruiz García, Fabio Alberto; Salamanca Rodríguez, Lina Marcela. http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf [Zugriff am 10.05.2013]

Abbildung 7: Oñate Bolaño, Idania; Perez Guerra, Crispin R. (2012): Republica de Colombia Departamento de la Guajira Municipio de Fonseca concejo Municipal Acuerdo No. 18. <http://fonseca-guajira.gov.co/apc-aa-files/62613232343862363735333365653231/plan-de-desarrollo-un-pacto-social-por-fonseca.pdf> [Zugriff am 08.10.2013]

7. Anhang

7.1. Karten und Tabellen

7.1.1. Resguardos Guajira

LA GUAJIRA	BARRANCAS	CERRODEO	WAYUU
LA GUAJIRA	BARRANCAS	EL ZAHINO GUAYABITO MURIAYTUY	WAYUU
LA GUAJIRA	BARRANCAS	PROVINCIAL	WAYUU
LA GUAJIRA	BARRANCAS	SAN FRANCISCO	WAYUU
LA GUAJIRA	BARRANCAS	TRUPIOGACHO-LA MESETA	WAYUU
LA GUAJIRA	DIBULLA	KOGUI-MALAYO-ARHUACO	ARHUACO
LA GUAJIRA	DIBULLA	KOGUI-MALAYO-ARHUACO	KOGUI
LA GUAJIRA	DIBULLA	KOGUI-MALAYO-ARHUACO	ARZARIO
LA GUAJIRA	DISTRACION	CAICEMAPA	WAYUU
LA GUAJIRA	DISTRACION	POTRERITO	WAYUU
LA GUAJIRA	HATONUEVO	CERRO DE HATONUEVO	WAYUU
LA GUAJIRA	HATONUEVO	WAYUU DE LOMAMATO	WAYUU
LA GUAJIRA	FONSECA	MAYABANGLOMA	WAYUU
LA GUAJIRA	MAICAO	ALTA Y MEDIA GUAJIRA (amp)	WAYUU
LA GUAJIRA	MAICAO	CUATRO DE NOVIEMBRE	WAYUU
LA GUAJIRA	MAICAO	OKOCHI	WAYUU
LA GUAJIRA	MAICAO	SOLDADO PARATE BIEN	WAYUU
LA GUAJIRA	MANAURE	ALTA Y MEDIA GUAJIRA ! (amp)	WAYUU
LA GUAJIRA	RIOHACHA	ALTA Y MEDIA GUAJIRA (amp)	WAYUU
LA GUAJIRA	RIOHACHA	LAS DELICIAS	WAYUU
LA GUAJIRA	RIOHACHA	MAÑATURE	WAYUU
LA GUAJIRA	RIOHACHA	MONTE HARMON	WAYUU
LA GUAJIRA	RIOHACHA	SOLDADO PARATE BIEN	WAYUU
LA GUAJIRA	RIOHACHA	UNA APUCHON	WAYUU

LA GUAJIRA	SAN JUAN DEL CESAR	KOGUI-MALAYO-ARHUACO	ARHUACO
LA GUAJIRA	URIBIA	ALTA Y MEDIA GUAJIRA (amp)	WAYUU

7.1.2. Karte Resguardos

Mapa 1. Ubicación geográfica de los resguardos indígenas, territorios colectivos de comunidades negras (TCCN) y Kumpanias del pueblo Rom

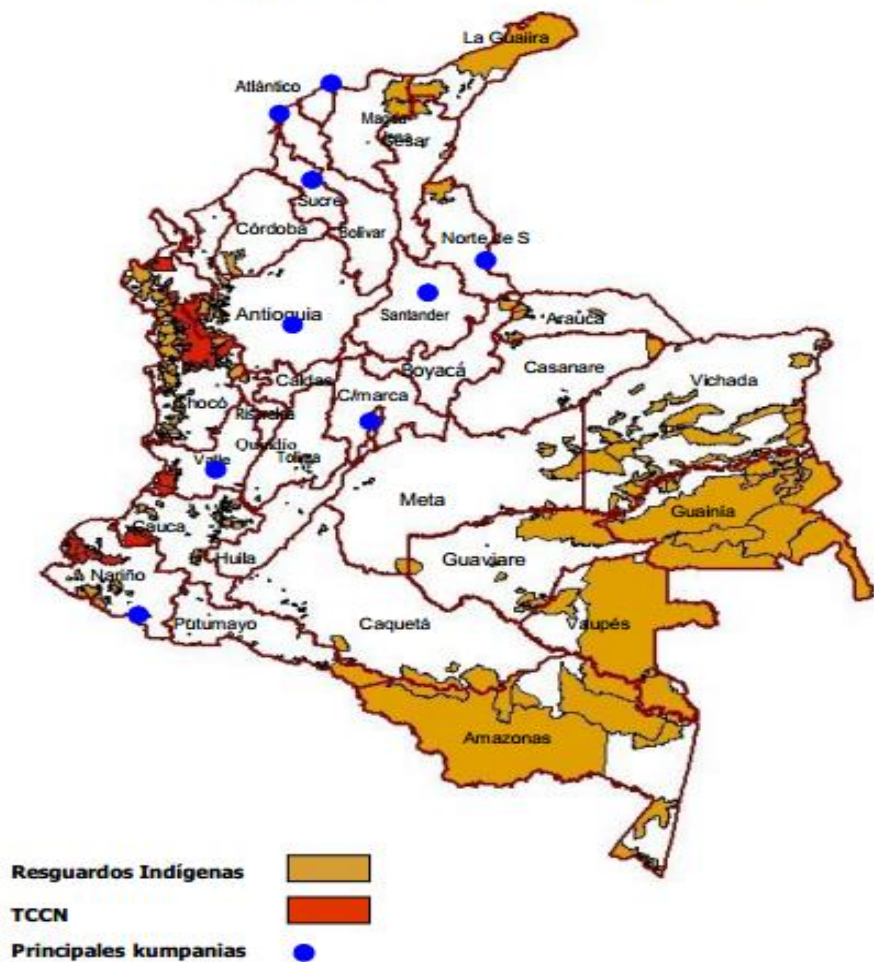


Abbildung 5: DANE 2007:

7.1.3. Población censada por pertenencia étnica, según departamento 2005

Corregimientos	Inspecciones de Policía	Veredas	Resguardo indígena
Conejo	Bangañitas	El Porvenir	Puerto López
			Mayabangloma

El Hatico	Sabaneta	El Potrero	Las Bendiciones
Sitio Nuevo	Los Pondores	Jagüey	Las Marimondas
Cardonal		Puyalito	Las Colonias
El Confuso		El Puy	La Villa
Almapoque		Potrerito	Guamachal
		Los Toquitos	Mamarongo
		San Agustín	El Chorro
		Hatico Viejo	Mamonal
		La Yaya	Trigo
			Arroyo hondo

Abbildung 6: DANE 2007: 38

7.1.4. Corregimientos y veredas del Municipio de Fonseca

Cuadro 4. Población censada por pertenencia étnica, según departamento 2005

Departamento	Indígena		Rom		Afrocolombianos		Sin Pertenencia Étnica		Total
	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	
Total	1.392.623	3,43	4.857	0,01	4.311.757	10,62	34.898.171	85,94	40.607.408*
Antioquia	28.914	0,53	75	0,00	593.726	10,88	4.836.203	88,59	5.458.918
Atlántico	27.972	1,33	1.975	0,09	227.251	10,84	1.839.491	87,73	2.096.689
Bogotá	15.032	0,23	523	0,01	97.885	1,49	6.450.329	98,27	6.563.769
Bolívar	2.066	0,11	911	0,05	497.667	27,61	1.301.650	72,22	1.802.294
Boyacá	5.859	0,49	14	0,00	16.646	1,39	1.174.296	98,12	1.196.815
Caldas	38.271	4,30	-	-	22.659	2,54	830.114	93,16	891.044
Caquetá	5.026	1,61	3	0,00	11.670	3,74	295.460	94,65	312.159
Cauca	248.532	21,55	1	0,00	256.022	22,20	648.730	56,25	1.153.285
Cesar	44.835	5,15	15	0,00	105.412	12,12	719.616	82,73	869.878
Córdoba	151.064	10,39	29	0,00	192.051	13,21	1.110.321	76,39	1.453.465
Cundinamarca	7.401	0,34	30	0,00	73.651	3,37	2.105.457	96,29	2.186.539
Chocó	44.127	12,67	1	0,00	286.011	82,12	18.160	5,21	348.299
Huila	10.335	1,05	2	0,00	11.544	1,17	962.988	97,78	984.869
La Guajira	278.212	44,94	1	0,00	91.773	14,82	249.149	40,24	619.135
Magdalena	9.045	0,81	1	0,00	110.349	9,83	1.003.728	89,37	1.123.123
Meta	8.988	1,28	3	0,00	17.983	2,56	675.816	96,16	702.790
Nariño	155.199	10,79	89	0,01	270.530	18,80	1.013.075	70,41	1.438.893
Norte de Santander	7.247	0,61	187	0,02	22.123	1,85	1.166.702	97,53	1.196.259
Quindío	2.145	0,41	37	0,01	12.744	2,46	502.852	97,12	517.778
Risaralda	24.810	2,90	1	0,00	43.562	5,09	787.275	92,01	855.648
Santander	2.389	0,13	139	0,01	60.008	3,15	1.841.979	96,72	1.904.515
Sucre	82.934	10,96	59	0,01	121.738	16,08	552.270	72,95	757.001
Tolima	55.987	4,32	25	0,00	15.831	1,22	1.222.823	94,45	1.294.666
Valle	22.313	0,56	717	0,02	1.092.169	27,20	2.899.852	72,22	4.015.051
Arauca	3.279	2,24	-	-	5.925	4,05	137.104	93,71	146.308
Casanare	4.102	1,48	18	0,01	4.004	1,44	269.963	97,08	278.087
Putumayo	44.515	20,94	-	-	11.630	5,47	156.462	73,59	212.607
San Andrés	62	0,10	-	-	33.861	56,98	25.501	42,91	59.424
Amazonas	19.000	43,43	-	-	868	1,98	23.876	54,58	43.744
Guainía	11.595	64,90	-	-	185	1,04	6.085	34,06	17.865
Guaviare	2.117	4,30	-	-	2.883	5,85	44.281	89,85	49.281
Vaupés	11.587	66,65	1	0,01	270	1,55	5.527	31,79	17.385
Vichada	17.663	44,35	-	-	1.126	2,83	21.036	52,82	39.825

Fuente: DANE, Censo General 2005.

Fuente: Plan de Desarrollo Municipal

Abbildung 7: Perez Guerra, Oñate Bolaño 2012: 99

7.2. Interviews

7.2.1. Interview Maria Consuelo Epiayú

19.09.2012, El Cabo de la Vela

Maria Consuelo Epiayú a:

02:16-02:38

Maria Consuelo Epiayú: “[...] [su familia] hacemos cargo, vamos a hacer la indemnización, vamos a empezar a, a recoger, porque el Wayuu empieza pedirle colaboración a familiares, amigos.”

02:19-02:26

Maria Consuelo Epiayú: “Su familia ya responde, no el tanto directo, sino su familia de el responde [...]”

05:06-05:15

Maria Consuelo Epiayú: „Los que piden en realidad el pago son los muertos, los familiares del muerto, y no el que mata, no es el que pide el pago.”

Maria Consuelo Epiayú b:

Sophie Jackl: „ ¿Los palabreros trabajan con la policía o con el estado?”

Maria Consuelo Epiayú: “No trabajan ni con la policía ni con el estado. Son muy independientes. Porque mira: La sabiduría del pueblo Wayuu los tienen los *Ouutsü*. *Ouutsü* son los médicos Wayuu. Los Palabreros, los *Pütchipü’ü* y los artesanos, los tejedores. Y los ancianos. Son cuatro. El día que desaparecen esas cuatro dejarémos de ser pueblo. Si dejarémos de ser pueblo Wayuu.”

Jose Martin Vega Viloria: “¿hay un palabrero para todo o hay un palabrero para cada...?”

Maria Consuelo Epiayú: “Sí, nooo. No hay un palabrero, hay muchos palabreros. Como se dicen palabreros a través de asistir a los, a los cobros, a mirar, hay que manejar, hay que ser muy prudente, muy elocuente y eso no se estudia, eso se hace. Se forman ellos.”

Sophie Jackl: „ ¿Un palabrero forma a otro?”

Maria Consuelo Epiayú: „No educan. Ellos mismo se forman. Ellos mismos van asistiendo, van viendo, van estudiando. Van viendo los problemas. Van

asistiendo donde hay problema. O si no ellos siempre están en esas reuniones donde hay disputa, donde hay que hacer pagos. Ahi es donde se forma un palabrero.”

[...]

“Hay uno, aquel palabrero que se dirige a las cosas menores. Como hay palabreros, que solucionan problemas más graves, como homicidio. O cuando se quiere guerra. Cuando es un buen palabrero maneja muy en el caso. Ni se pone ni a favor de aquel ni a favor de que está. [...]”

Sophie Jackl: “¿También hay mujeres palabreros?”

Maria Consuelo Epinayú: “Son muy pocas. Pero si las hay.”

Sophie Jackl: ¿Usted, en el caso de un delito que pasa a su familia, siempre se dirige a un palabrero o también hay casos en que se dirige a la policía?”

Maria Consuelo Epinayú: “Bueno, por lo general en esos casos es mejor la ley Wayuu.

Son más claras. Yo me dirijo a un palabrero. Son más claras las reglas. Porque, por ejemplo, en caso de un robo, la policía lo detiene 48 retro. Pero en este caso, se llama a los familiares se les cobra la fensa y se sentence, para que eso no vuelva a suceder [...]”

7.2.2. Interview Weildler Guerra Curvelo

25.02.2013, Riohacha

Weildler Guerra Curvelo 1:

00:14 – 03:05

Weildler Guerra Curvelo: “¿Ah Sofía, tu no estabas cuando la turista inglesa...?”

Sophie Jackl: “No yo no estaba pero me lo contó mi novio, pero es que no estaba seguro si la violaron o si no la violaron.”

Weildler Guerra Curvelo: “Si, parece que no. Yo fui a hacer una investigación, el gobernador me llamó y yo fui a recoger y parece que ella llegó voluntariamente, estaba tomando y todo dice que no fue así. Yo hice un informe para el gobierno, muy breve. Y también la policía me mostró lo medicina legal. Y no hay muestras de violencia, nada, nada, nada. Parece que se peleó con el novio y se fue a tomar trago con unos jovenes, dos menores de edad. Jovencitos, 14

años. Entonces empezaron a tomar con ella, ellos la trataron muy bien y ella dice en la declaración que ellos la trataron bien. Yo no sé si aqua aparece un adulto. Pareció que está confuso. Pero ella de los jóvenes no hablaba mal y ellos le elevaron la pierna, ello que se tirara del Pilón de Azucar, le colgaron un chinchorro en la casa, fueron allá. Ella fue hasta la casa de ellos, nunca salieron a buscarla, no estaban en una esquina oscura esperando que pasara. No.”

Sophie Jackl: “Si que estaban como de fiesta...”

Weildler Guerra Curvelo: “Si habían sido una sobrina de ellos. Es una hermana y ellos eran festejando eso. Y ahora el Reino Unido está diciendo que va a sancionar al Cabo de la Vela.”

Sophie Jackl: “¿Como? Pero ella dijo al final que no va a demandar.”

Weildler Guerra Curvelo: “Finalmente si, y el embajador de Reino Unido ha llamado el ministro gobernador, el ministro me llamó a mi y me pidieron que me fuera hasta el Cabo. Yo me reuní con la autoridad de Püchi’püü, con toda la gente de los chicos y los palabreros. Que ellos dicen que ella tiene que mandar un palabrero porque no la han escuchado a ella. Ellos quieren el testimonio de la comunidad. Falta la otra parte. Entonces les pedí a ellos que se [...] en parte. O envían a alguien, un funcionario, ella, familiares de ella, un palabrero Wayuu en nombre de ella. Como ellos quieran. Pero tiene que hacerse parte en el proceso.

Sophie Jackl: “Si porque pasó en el territorio indígena. “

Weildler Guerra Curvelo: “indígena. Eso es jurisdicción especial indígena. Y la constitución colombiana es clara. Están involucrados indígenas, es en el territorio indígena, lo conoce la jurisdicción indígena. La justicia indígena ha actuado. No se ha quedado quieta. Hizo una investigación. Están parado porque ella no aparece. Entonces ellos dicen: Nosotros llegamos hasta aquí, cuando ella aparezca continuamos todo. Porque hay que escucharlo. Es muy interesante eso.

Weildler Guerra Curvelo 2:

05:00 –

Weildler Guerra Curvelo: „Aquí está el caso de un joven Kogui. Papa es Kogui, no sé si la mamá es Wiwa. Que tuvo relaciones con una joven y por esa

relación la esposa de él lo demandó, la joven era hija de ella. Pero los dos eran jóvenes [la hija y él]. Ella era una mujer campesina. Entonces, ella se enamoró de este jovencito que los papas eran amigos de los papas. Y los papas le dejaban sólo y ella lo cuidaba. Y luego lo enamoró. Y los papas dicen: bueno si tú quieres vivir con nuestro hijo, tienes que ser una mujer indígena. Entonces, tienes que aceptar el vestuario, las prácticas, todo eso, sí. Se hizo una ceremonia con todo el pueblo y los Mamos de la sierra. Y ella, le decían indígena. Y eran los tres, la hija de ella, este joven y ella. La joven creció, estaba como a cuatro años al joven o algo así, y este joven total que se enamoraron los dos. Entonces ella fue donde justicia indígena. La justicia indígena le puso un castigo a este joven por el adulterio y fue castigado físicamente, fue castigado públicamente con vergüenza pública y todo. Entonces, él decidió dejarla. Y se vino para Riohacha. Entonces fue a la fiscalía y le puso una denuncia por la ley colombiana. La fiscalía lo capturó y lo tiene todavía capturado.”

06:39

Sophie Jackl: ¿Porque dejó a su mujer?

Weildler Guerra Curvelo: “Porque no, por la niña. Aquí lo tienen como abuso sexual, allá lo tienen más como adulterio. ¿Porque adulterio? Porque ya esta era mayor de edad en la ley Kogui. En la ley Wiwa y Kogui una mujer que ya es mujer, que ya ha menstruado, que ya ha pasado una preparación para entrar en el matrimonio está en la edad como mujer. Y lo grave aquí es el adulterio para ellos que ellos son rogables. Entonces el castigo fue ese. Entonces hay una competencia de ese tipo. Para la justicia indígena fue cosa juzgada. Eso es si yo lo castigó físico y social y todo. Y para la justicia colombiana no. Entonces nosotros fuimos a la unidense, eso fue cuando yo estaba aquí en el banco y los Kogui vinieron a buscarme que los acompañara y yo fui con ellos. Y fui a la audiencia y la abogada [...]

12:53-13:20

Weildler Guerra Curvelo: „Y hoy en día había unos choques porque yo noto que el principal error es el siguiente: la justicia indígena está siendo vista por algunos jueces y por la policía como una justicia de causas menores; como si puede ser la capacitada para apretar contravenciones menores, algo así. Cuando hay un delito, entonces quieren ellos intervenir. Y no es cierto. La

justicia indígena es competente para todo.”

13:21

Sophie Jackl: “Para todo...”

13:21- 13:39

Weildler Guerra Curvelo: “Para todo. Entonces no hay una jerarquía ni se puede decir que la ordinaria es superior a la indígena de manera que eso es una de las cosas que notaba. Porque hay que hacer una pedagogía permanente con los jueces y con los policías para, que tengan claro el pueblo indígena.”

13:39-15:11

Weildler Guerra Curvelo: Entonces también tienen otro error. Miran a la justicia indígena como algo elemental, como si fuera un caso de usos y costumbres. De hecho lo emplean. Eso es una visión muy limitada. Puesto que la justicia indígena es capaz de desarrollar consejos plenamente sofisticados, muy complejos. Entonces no es simplemente un tema de usos y costumbres. (14:13) La justicia indígena es dinámica. Es tan dinámica y cambia tanto que los accidentes de tránsito no tenían antecedentes de los Wayuu. El automóvil entró en el siglo veinte a la Guajira. Y hoy en día es parte de la justicia indígena. Un accidente tránsito, ellos lo resuelven, aplicando principios, no para analogía. Entonces, es una justicia que el dinero no existía. Hoy en día el dinero forma parte de las compensaciones en formas muy complejas. Por ejemplo, si a mí me falta una mula y me están pidiendo una mula o un collar y yo he buscado en toda mi zona y no he encontrado el collar que ellos piden, entonces yo coloco el dinero y digo: este dinero va como collar.

El, físicamente es un dinero, pero simbólicamente es un collar. Mira eso. Tan hermoso. Entonces, todas esas son reacciones que la justicia indígena a los cambios tecnológicos, económicos que hay, y sigue cambiando. Entonces, yo creo que, que sí, que es una justicia dinámica que va más allá del concepto de abusos de muchos.”

7.2.3. Interview Claro Cotez

Aufnahme, 29.04.2013

Claro Cotez a

La Jurisdicción Especial Indígena solicitó la competencia. Se la solicitó al juez Penal del Promiscuo del Circuito del San Juan de Cesar Guajira. En que va, va a ser que, solicitamos la competencia. La Jurisdicción Especial. En que se cumplía totalmente el fuero indígena que comprende los tres elementos.

- El primero que es el territorio, que fueron que los hechos fueron en la comunidad interior.
- Segundo, el personal, que es que Juan Carlos es indígena Wayuu originario de esa comunidad.
- Y el tercero, que es el objetivo, es la víctima. La víctima también es Wayuu, es primo incluso de Juan Carlos del Clan Ipuana.

Entonces dándose todos los elementos del fuero indígena, no tiene porque la jurisdicción ordinaria entrar y tomar el caso. Está violando el debido proceso porque el juez natural de él debe ser la comunidad. El bueno de un receso de, de 20 minutos que finalmente llegaron a ser como una hora para estudiar el caso. Buscó [el juez] jurisprudencia, empezó metió internet, buscó jurisprudencia sobre ese caso, línea. Y al final cuando retomamos otra vez a la audiencia como a las seis de la tarde, me dijo Doctor, usted tiene la razón, consiguió una sentencia como la que usted trajo, revisé la norma, la ley y todo los fueros se dan o sea que usted tiene razón y este caso yo lo voy a mandar, yo me declaro, no soy competente para este caso. Entonces yo el caso lo voy a mandar al Consejo Superior de la Judicatura que en Colombia es la que dirime el conflicto de competencia. Ahora que conflicto de competencia. La especial y la ordinaria. Este caso, que lo resuelvan ellos allá, el Consejo Superior de la Judicatura. Entonces el caso está allá.

Skype, 13.11.2013

01: 19

Claro Cotez: “En la audiencia de formulación de acusación del sistema nacional penal acusatorio oral, yo hice la solicitud de conflicto de competencia, entonces el señor juez me la concedió, me dijo, si señor usted tiene razón, le doy el conflicto de competencia, yo no soy competente para llevar este caso, me dijo. Entonces siendo así, como yo me declaro incompetente porque hay una

sentencia de la corte constitucional que habla de la incompetencia, nos dio la competencia por lo tanto el proceso de Juan Carlos hay que mandarlo al Consejo Superior de la Judicatura, es el que se encarga de la administración de justicia y de dirimir los conflictos de competencia en Colombia. Es la corte del Consejo Superior de la Judicatura, Entonces, el expediente salió del juzgado y se envió a Bogotá donde funciona el consejo y allá finalmente esa corte le dio la razón al juzgado, pero Sophie, esa corte tiene un corte conservador, una línea conservadora. ellos son el obstáculo para que en Colombia se hable de el reconocimiento de una jurisdicción especial indígena, ellos son el obstáculo, porque las otras cortes, la Constitucional, la Suprema de Justicia Sala Penal, consejo de estado ellos siempre le han dado a la Jurisdicción Especial Indígena la han reconocido si señor ustedes pueden dirimir conflictos allá y pueden aplicar justicia pero la única corte que tiene esa línea en Colombia dura, no sabemos la razones pero todos los abogados aquí en Colombia coincidimos que ha sido el obstáculo para que aquí haya una coordinación de jurisdicciones para un país que es diverso, porque la constitución dice que en Colombia hay diversidad y hay pluriculturalidad pero esta corte, y nosotros sabíamos que al llevarlo allá finalmente no lo iban a conceder y así pasó, allí lo que sale ahora es una tutela por la violación a eso de la justicia, eso lo iba a ser yo pero ya el caso yo finalmente renuncié por la familia como abogado no ha valorado el trabajo y eso para moverse no hay los medios, ellos no han prestado la importancia. Bueno allí en ese punto está el caso de Juan Plaza.”

Sophie Jackl: “Bueno por eso yo tengo unas preguntas sobre Juan Plaza por que dijeron que él no vivía la cosmovisión de los wayuus y por eso yo quería saber si él vive dentro de la comunidad de los wayuu,

Claro Cotez: “El resguardo de Lomamoto es un territorio resguardado, que está en cercanías al pueblo está a un kilómetro de la población urbana pero está resguardado. Ellos tienen su resolución por el ministerio del interior y la excusa del CS. Son unas excusas muy bobas muy iles es que como él vivía allí el fácilmente salía iba al pueblo. Tenía comunicación con la vida occidental según ellos por eso él sabe y debe ser juzgado por la justicia ordinaria.

05:40 – 06:37

Resulta que a Juan Carlos Plaza llegó la CTI²⁸ y la fiscalía a la comunidad al resguardo y allá dentro lo detuvieron y lo sacaron. Y hoy en día la fiscalía dice que no, que no tiene claro el lugar de los hechos, pero resulta que si por que el mismo fiscal en la audiencia que yo estuve, si cuenta que ellos entraron efectivamente a sacarlo de allá dentro, ellos se fueron él y la víctima para donde una tía, eso queda allí dentro del territorio. Eso son excusas, yo estuve en la audiencia, en el mismo expediente de la fiscalía ellos narran como fueron los hechos donde fue para qué lugar se fueron ellos dos para donde una tía nunca fue en el pueblo de Altonuevo nunca fue

06:37 – 07:58

Sophie Jackl: ¿Había una investigación sobre la integridad cultural de Juan o algo así o sobre la ley wayuu, como tratan los delitos sexuales? ¿Había algo de eso en la corte?

Claro Cotez: No, ellos nunca han hecho una investigación, el juzgado, el fiscal tampoco. Nunca han hecho investigación. Ellos fallan de esa manera. El Corte Superior ni siquiera conocen el resguardo de Loma Mato. Ellos fallan desde adentro de la oficina ellos no conocen la población no conocen Altonuevo ni el pueblo ni el resguardo. Yo le pasé todo eso, Sophie, yo le pasé a ellos la certificación de Juan Carlos como wayuu le pasé la de la víctima como wayuu, la resolución que crea el resguardo en 1982 le pasé la documentación que acredita a Loma Mato como resguardo y se acredita a las dos personas involucradas como indígenas. Sin embargo ellos quieren desconocer hoy y les llevé el día de la audiencia las autoridades tradicionales que imparten justicia allá dentro les llevé como 15, y sin embargo mira ellos fallan así. Esa es la línea de ellos. A mí no me extrañó. Con todas las pruebas que les pasé, sin embargo negaron la jurisdicción.

09:01 – 09:47

Hay que hacer la tutela, sí. Hacer la tutela y decirles a ellos, el Wayuu no sólo por el hecho de que puede ir al pueblo, al mercado, no pierde su condición. Ese es una locura total. Sea, yo no pierdo condición o sea yo soy wayuu, yo soy Claro Cotez, yo soy wayuu de verdad, hablo la lengua y todo. Pero yo fui a estudiar a Bogotá. Es por eso yo no puedo dejar de ser juzgado por mi

²⁸ Cuerpo Técnico de Investigación

comunidad y explicarse en el derecho wayuu, no puedo, porque es mi condición. Yo tengo que necesariamente interactuar con el mundo occidental. Yo estoy aquí, yo no estoy en otro planeta. Entonces ya, pero lo que dicen ellos, yo hablo alijuna, yo ya dejo de ser [wayuu], eso es muy débil, muy banal. Es un argumento muy débil del Consejo Superior de la Judicatura.

10:30 – 11:42

Sophie Jackl: ¿Y la madre del niño, porque eligió a la justicia ordinaria? Porque no mandó a un *Pütchipü'ü*? ¿Porque era interfamiliar?

Claro Cotez: Es porque, Si eso fue una falla y yo le comenté a la jurisdiccional y como que de rabia, de rabia.

Sophie Jackl: ¿Y los otros familiares no querían resolver el conflicto por el *Pütchipü'ü*? ¿El tío del niño, el, no sé, que los tíos son responsables de los niños, no?

Claro Cotez: Nooo, si, lo que pasa es que los *Pütchipü'ü* y los tíos no se enteraron. Se dieron cuenta fue cuando la mama eligiera por la fiscalía y hizo la denuncia. Ya había puesto la denuncia. Y cuando se enteraron, fueron para sacarle.

Sophie Jackl: ¿Y después no empezaron [resolver el conflicto] con un, con los *Pütchipü'ü*?

Claro Cotez: Los tíos y la tía del después estaban conmigo. Y la mama de él se perdió. No volvió ni a la audiencia. Estaba perdida por allá en Bogotá por la pena. Está perdido.

7.2.4. Germán Aguilar Epiayu 02.09.2013

00:57

Martin Vega: ¿Quiénes son las personas que necesitan de su servicio?

Germán Aguilar Epiayu: Toda la sociedad wayuu donde hay, porque la especialidad es manejo y resolución de conflictos. De cualquier índole.

Experto y manejo de conflictos. Esa es la función de a quién a la etnia Wayuu a que son sujeto al derecho propio Wayuu.

Martin Vega: ¿Hay diferentes palabreros para cada delito o hay el mismo *Pütchipü'ü* para todo?

Germán Aguilar Epiayu: No, no, no. Es que hay unos expertos por experiencia en el campo de determinada área, perfecto, homicidio, no todo el mundo se mide a manejar resolver conflicto de homicidio. Alta experiencia y reconocimiento de la allá.

Martin Vega: ¿Si alguna persona necesita de su servicio, como es el proceso para entrar en contacto con usted? ¿Para que usted pueda ejercerlo o ayudar?

Germán Aguilar Epiayu: Simplemente se solicita para conocer del caso, uno äh [...] aspecto y manejo de resolución para poder analizar el caso específico tengo que escuchar la mayor parte de la familia de la víctima o del victimario que me haga el contacto. Es primero analizar el caso bien, bien porque eso es que nos caracteriza. Seriedad, transparencia y saber manejar la palabra que constituye a la verdad y a la razón.

03:10

Entonces que hay para contactarme, simplemente entre todos los Wayuu a quién conocen como palabrero porque esa es la otra cuestión porque que hacemos para saber quién es palabrero. Los palabreros nos reconocen por nuestra función. Nos recomiendan de acuerdo con los resultados, la transparencia, la seriedad, la seriedad del proceso. Y ahí se gana uno la referencia de la sociedad Wayuu. Así como la revalúan lo pueden condenar por corrupción, por mal manejo e influencia, mentiras. Bueno, una serie de aspectos que pueden tumbar un proceso. Ya. Porque como seres humanos también los *Pütchipü'ü* sienten tentaciones de la, de intereses o de manipular un proceso. Entonces un *Pütchipü'ü* que se sale del código, porque el código es: diálogo con los dos partes e instrumento la palabra. Pero la palabra no es cualquiera sin es la que constituye la verdad y la razón. Es de aquél lado o de este lado. Uno es que le identifica y uno dice: la razón la tiene aquél lado, así me toca asesorar mi cliente a decirle que no tiene la razón. Ya. Así de la obligación de esa manera nos distinguimos los palabreros. El que posee eso, maneje eso se le reconoce su investidura como autoridad, como *Pütchipü'ü* – Palabrero Wayuu - .Para lo contrario hay muchas personas que carecen de fundamento y ostentan serlo. Y otra cosa:

05:00 – 05:50

No es lo mismo manejar internamente el sistema con sujetos indígenas que con sujetos particulares. Cuando hay inmerso uno de las partes que no sea indígena. Eso es lo que maneja todo palabrero. Porque hay conflictos de normas o cuando no se puede interpretar un Wayuu como chantan una extorsión porque hay mucha diferencia entre la ordinaria y el derecho consuetudinario Wayuu. Uno es sujeto colectivo, tiene condena y por la falta es reparación en bien. Aquí en la ordinaria es individual y va para la cárcel. Esa es la gran diferencia que hay. Entonces cuando usted va confrontar coordinar esos dos sistemas hay que conocerlo perfectamente bien.

06:09

Martin Vega: ¿Tiene un ejemplo de conflicto de competencia entre la jurisdicción nacional y la indígena?

Germán Aguilar Epiayu: Claro, claro. Tengo varios casos. Yo tengo registrado donde los mismas personas que no son indígenas han solicitado porque han visto que son ventajas, que no van a la cárcel. Prefiero pagar indemnización que ir a la cárcel. Ahora falta decir el ente competente, el ente competente como la fiscalía, lo admiten, lo aceptan. Ya. Y eso tenemos que vencer con argumentos propios para decir convencer a los tribunales de que es competencia nuestra. Entonces no todos los Pütchipü'ü tienen el alcance de manejar temas de eso. Hay un experto en lo propio. Lo propio y cuando se le presente un caso como este difícil para manejarlo no tiene experiencia.

07:06

Martin Vega: Nosotros tenemos conocimiento de este caso de la inglesa que violaron en el Cabo de la Vela. Usted tiene algo que decir a eso.

Germán Aguilar Epiayu: Si, si, ese es un ejemplo también con la diferencia que aquí la justicia ordinaria no presentó los argumentos, simplemente eran unos indígenas. Porque tenemos la característica parecidos todos. Pero no especificó fue eso tan eso tan. Ya. Ahí hay una debilidad porque aha a quién, ahí les tocamos el tema con las personas que supuestamente con la comunidad donde fueron, no usted por aquí, indagamos por ahí, conversamos con los por ahí. Este caso también lo conocimos y lo tocamos el tema de Gouriou (auch ein Pütchipü'ü).

08:19

Martín Vega: ¿La esencia de la *ley Wayuu*, en qué consiste?

08:26

Germán Aguilar Epiayu: La *ley Wayuu* tiene una [...] que son colectivas. Por naturaleza. Tiene su propio origen mitológico y tiene su propio origen de ancestral, de historias, la naturaleza es colectiva, en todos los aspectos, de responsabilidad, su su, como se llama, su raíces.

09:12

Martín Vega: ¿La *ley Wayuu* tiene conflictos con los jueces y con la policía?

Germán Aguilar Epiayu: Claro que sí, claro que tenemos conflictos en el momento de proceso, la policía son abusivos, desconocen el reconocimiento constitucional que se le da. Muchas veces ellos no tienen conocimiento del privilegio que tenemos y que está reconocido en la constitución política colombiana. Muchos de ellos lo desconocen, así violan, vulneran de cada rato esos derechos que nos asistan a los pueblos indígenas. Entonces tenemos ese problema con, si señor eso es que nos caracteriza que totalmente diferente a la justicia ordinaria por su naturaleza de colectivo en todos los aspectos, en todos.

11:04

Tenemos nuestra propia normatividad que regula nuestras conductas y nuestra [...] Autoridades indígenas.

11:12

[7.3. Internetartikel zu dem Fall Rubén Lorenzo Fragozo und Luis Antonio Gómez](#)

Destituido profesor por acceso carnal violento

Publicado el Viernes, 29 Abril 2011 07:00

La Procuraduría General de la Nación destituyó e inhabilitó por 12 años al docente Rubén Lorenzo Fragozo por acceso carnal violento contra una

estudiante indígena menor de edad.

Fragozo se desempeñaba como profesor en una institución etnoeducativa integral de Maicao, donde aprovechando su condición se aprovechó de la menor, quien lo denunció.

El Ministerio Público estableció que el docente Fragozo amenazaba a la menor con bajarle la nota y hacerla perder el año si no accedía a sus intenciones.

Luego de aceptar los hechos Rubén Fragozo le pagó la ofensa a la familia de la menor indígena, tal como lo establecen las leyes y costumbres de la etnia wayuú.

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso quedó demostrado el comportamiento del docente, por lo cual la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa ratificó la decisión de la destitución e inhabilidad en primera instancia. (Diario del Norte 2007)

Origen de Publicación: Nacional

Origen de la Noticia: Guajira

Condición de la Noticia: Alerta

Medio que Publica: EL TIEMPO

Página de Internet Caribe

Una de ellas, alumna del Internado San Isidro Labrador de Siapana de Uribia (Alta Guajira), se decidió a contarle a la rectora lo que estaba pasando.

"Muchas no dijimos nada por temor, porque los profesores nos decían que si hablábamos o los denunciábamos íbamos a perder el año", le dijo la menor a la rectora, Gina Samudio.

La estudiante, de 11 grado, afirmó que por lo menos otras 10 estudiantes habían sido

víctimas de los maestros Rubén Lorenzo Fragoso y Luis Antonio Gómez.

Después de conocido el dictamen de Medicina Legal y tras los testimonios entregados a psicólogos del CTI por algunas de las víctimas, todas niñas entre los 14 y los 16 años, se estableció que de las 12 que sufrían abusos sexuales, 2 fueron violadas.

Insólito arreglo

Una vez enteradas de la situación, algunas familias de las niñas decidieron arreglar por su cuenta con los profesores basadas en la ley wayú y les exigieron dinero y animales en compensación por la ofensa.

El pacto, según conoció este diario, se hizo, pero no alcanzó a concretarse, pues indignados, los directivos del Internado San Isidro Labrador de Siapanala denunciaron a los docentes ante la Fiscalía Seccional de Riohacha.

Los dos fueron detenidos el pasado miércoles en Uribia acusados de abuso sexual y acceso carnal violento a menores de edad.

Entre los wayú existe la llamada ley de compensación, según la cual quien causa una ofensa debe reparar el daño con la entrega de bienes.

Usualmente pagan con chivos, tumas (piedras preciosas), tierras y dinero.

El hecho causó tanta conmoción en La Guajira que el gobernador, José Luis González Crespo, dijo que independientemente del arreglo entre los familiares y los educadores, el Gobierno Departamental no podía permitir que en las instituciones educativas se presentaran situaciones de abuso.

La directora regional de Bienestar Familiar, Ilka Curiel, afirmó que este es el primer caso que conoce de abuso de profesores sobre alumnos en instituciones indígenas.

"Ha sido una situación muy traumática para las niñas, por eso vamos a brindarles ayuda sicosocial tanto ellas como sus familiares", agregó la funcionaria.

No avalan negociación por Ley Wayúu

"Independientemente del arreglo entre los docentes y las familias, el gobierno departamental no puede permitir que eso pase en las instituciones educativas".

José Luis González Crespo, gobernador de La Guajira.

Las intimidaban

"Muchas no habíamos dicho nada por temor, porque los profesores nos decían que si

hablábamos o los denunciábamos perdíamos el año".

Menor víctima de abuso.

Así cobran la ofensa

Como es tradición en los wayú, las familias de las víctimas acudieron a un palabrero para que los autores de las violaciones compensaran la ofensa.

La palabra es ley en esa etnia y se respeta por encima de todo. Ese es su método para mantener la armonía entre las familias y para no recurrir al uso de fuerza o a tribunales externos a ellos.

Con la mediación de palabrerios se saldan deudas, se pagan muertos, se pactan matrimonios y se reparan ofensas.

La mediación obliga a una compensación en chivos, collares de tumas (su joya más preciosa), tierras o incluso dinero y su cantidad varía según el daño. En este caso, los profesores apenas alcanzaron a negociar, pero no hicieron ningún pago debido a que fueron capturados por el CTI. (El Tiempo s.a.)

[7.4. Internetartikel zum Fall Tourista Inglesa](#)

24.10.2012

Indígenas wayuu violan a turista extranjera en el Cabo de la Vela

En completo hermetismo se mantenía el caso de una presunta violación de una ciudadana británica, por parte de tres indígenas wayuu en el Cabo de La Vela, Alta Guajira, sin embargo, las autoridades dieron a conocer que el hecho se registró el pasado domingo en la noche.

La mujer que no ha sido identificada estaba con otras cuatro personas con las que discutió, por lo que se alejó de ellos llegando a una ranchería donde estaban los indígenas.

Luego de que presuntamente fue objeto de abuso por parte de ellos, volvió con sus compañeros, cuatro ciudadanos norteamericanos, para avisar de inmediato a las autoridades, quienes la trasladaron a Riohacha para colocar la respectiva

denuncia.

El comandante de la Policía de La Guajira, Coronel Elber Velasco Garavito, afirmó que los indígenas están identificados pero hasta anoche estaban siendo protegidos por la comunidad indígena wayuu de la zona, con el argumento de que deben ser juzgados por sus usos y costumbres.

"Estamos exigiendo que las autoridades indígenas que están protegiendo a los tres indígenas que violaron a la extranjera, los entreguen a la Policía para ser judicializados", aseguró el oficial.

(El Heraldó 2012)

25.10.2012

Turista inglesa habría sido violada por indígenas guajiros

Fuente: Canal RCN

Una turista inglesa denunció ante las autoridades en Riohacha una violación. La mujer asegura que tres indígenas Wayuu son los responsables del abuso, sin embargo esa comunidad no permite la actuación de la policía.

El caso llegó hasta el comando de Policía de La Guajira. La ciudadana inglesa, de 23 años, contó que desde el sábado pasado llegó al Cabo de La Vela junto con 4 amigos estadounidenses a pasar vacaciones. Una discusión con sus compañeros la llevó a emprender una caminata nocturna por la extensa playa, cuando se sintió perdida pidió orientación en la primera ranchería que encontró pero allí, aseguró, que 3 indígenas Wayuu la violaron.

La inspección del Cabo de La Vela remitió la denuncia a las autoridades judiciales y a Medicina Legal donde las pruebas practicadas a la extranjera confirmaron el acceso carnal.

Aunque los 3 hombres denunciados ya están identificados, la policía no ha podido capturarlos. La autoridad indígena asegura que bajo los preceptos de la ley Wayuu los 3 responsables repararían su falta con un pago en dinero, joyas o chivos.

Sin embargo, la policía de La Guajira espera que la comunidad Wayuu entregue a los 3 indígenas señalados del abuso. La ciudadana inglesa

permanece en el país.

(Canal RCN 2012)

27.10.2012

Justicia ordinaria y justicia indígena, un conflicto latente

La personalidad cultural de los indígenas wayuu que habitan en el departamento de La Guajira está bien definida, y su forma de hacer justicia está basada en un sistema de compensación y en códigos orales en los que el principal protagonista es el pütchipü o palabrero.

Cuando en la etnia alguien comete una falta grave o se presenta algún conflicto, la palabra adquiere un gran valor como medio para llegar a una conciliación o buscar la solución al problema.

La principal forma de reparar, según sus usos y costumbres, es la compensación que es aplicada por las autoridades tradicionales o palabreros. Ellos entablan un diálogo entre las partes, examinan la situación y establecen la vía para resolver cualquier conflicto de tal manera que las partes queden satisfechas.

El sistema de compensación se da a través de símbolos, representados por la oferta de collares confeccionados con piedras preciosas o el sacrificio de chivos o vacas. Incluso, los crímenes más graves pueden ser objeto de compensaciones, a través del pago económico para cubrir la ofensa. El Sistema Normativo Wayuu está enmarcado en una concepción de justicia restaurativa y no punitiva, según explica Weilder Guerra, antropólogo guajiro.

Utilizando esta forma de hacer justicia, un sector de la comunidad indígena de Uchitu, en la Alta Guajira, espera que se defina la situación de tres wayuu que, presuntamente, violaron a una ciudadana británica que se encontraba en el Cabo de La Vela, el domingo pasado junto a cuatro norteamericanos.

El hecho fue denunciado ante la Fiscalía por la joven de 23 años, quien no ha sido identificada. Ella fue valorada en el Instituto de Medicina Legal donde se certificó que sí fue objeto de abuso sexual, confirmó el comandante de la Policía de La Guajira, coronel Elber Velasco Garavito.

Desde el momento en que se conoció del hecho se inició una controversia entre quienes se muestran en desacuerdo con que los presuntos responsables sean juzgados por la justicia ordinaria y aquellos que afirman que este es un delito y deben pagar por lo que hicieron, de acuerdo a las leyes colombianas.

El defensor del Pueblo Regional Fernando Suárez López afirma que es momento de reflexionar por parte de las autoridades indígenas, quienes no solo deben pedir respeto por sus usos y costumbres sino que, también, deben responder por sus obligaciones ante la ley, no solo de su etnia sino la ley colombiana.

De la misma manera, el Comandante de la Policía afirma que es una conducta reprochable que debe ser investigada por la Fiscalía y no por las autoridades indígenas.

Quienes hablan en favor de las leyes wayuu afirman que el hecho se cometió en su jurisdicción y que podría llegarse a un acuerdo para establecer una forma de reparación.

Segundo caso. Este es el segundo conflicto del año entre las leyes ordinarias y las indígenas. El pasado 27 de septiembre, 14 miembros de la etnia fueron capturados en área rural de Manaure por las Fuerzas Armadas, que los acusó de porte ilegal de armas (tenían 10 fusiles M-1, revólveres, pistolas y escopetas en perfecto estado) y de formar una organización delictiva.

En esa oportunidad, los indígenas aseguraron que se trató de un atropello por cuanto es una costumbre ancestral poseer armas, que son 'heredadas' de generación en generación, así como los animales y hasta los problemas.

Sin embargo, el Ejército indicó que el operativo se realizó después de varios meses de seguimiento en los que se pudo comprobar que estas personas delinquían en esa zona del Departamento. Un Juez los dejó en libertad, lo que causó, según conoció EL HERALDO, un mal sabor entre las autoridades militares y policivas.

Por Sandra Guerrero Barriga (Huerrero Barriga 2012)

27.10.2012

Polémica sobre quién debe juzgar, en caso de violación a turista

inglesa en Cabo de la Vela

La turista inglesa denunció ante las autoridades en Riohacha lo sucedido.

La polémica sobre quién debe juzgar a los tres indígenas wayuu acusados de la violación a una extranjera en las playas del Cabo de la Vela, crece en la comunidad guajira.

Señalan abogados expertos en esta materia que aunque el hecho ocurrió en territorio ancestral indígena, el problema no fue entre los nativos para que sea juzgado por la autoridad tradicional, sino que está implicada una turista o una alijuna, por lo cual el caso debe ser ventilado en la justicia ordinaria.

Consultamos a los riohacheros para conocer qué piensan sobre la jurisdicción que debe tomar la investigación y adelantar el juicio contra los acusados por el reprochable acto criminal.

El concepto jurídico

El abogado Diego Rodrigo Balaguera, con más de 40 años de experiencia en su profesión en La Guajira, dijo: “Tenemos que la costumbre o ley indígena por mandato constitucional se aplica inicialmente a los problemas que surjan entre ellos mismos. Igualmente se tiene en cuenta la tradición indígena cuando hay un peligro inminente de derechos colectivos en favor de la comunidad (derechos humanitarios). Se trata de tres naturales indígenas, en este caso hay que recordar que cuando la conducta es ilícita es directamente personal y no de la comunidad, amén cuando la víctima no es indígena y por ende no es destinataria de ley indígena, además de no ser indígena es extranjera. Con todo respeto, salvo mejor concepto de alguna autoridad indígena que no creo que se preste para defender cosas ilícitas, allí se aplica la norma ordinaria del derecho penal colombiano y deben responder penalmente ante la justicia ordinaria, por cuanto no se llena el requisito de que fue contra otro natural o defendiendo alguna cultura de tipo wayúu. Conclusión, en ese caso no se aplica la ley indígena, se aplica la ley netamente colombiana, en este caso la penal colombiana”.

El concepto jurídico de Diego Balaguera aclara cómo se debe ser tratado este caso que no solo compromete la imagen de La Guajira turísticamente, sino que

muestra que se deben sentar precedentes para que casos como estos no se vuelvan a repetir.

La comunidad opina

Mireya Solano es natural de Riohacha y considera que este caso es abominable. “Así como le pasó a ella, que es turista, pero es mujer, nos puede pasar a nosotros, son situaciones que no se deben pasar por alto, ya que si no se les castiga o censura lo volverán a hacer porque se sienten amparados y protegidos por su cultura”. Luz Marina Solano considera que se daña la imagen del turismo y se vulneran los derechos de la mujer. El ingeniero civil Alcides Movil expresó: “Yo pienso que las leyes colombianas se hicieron para aplicarlas a todos los ciudadanos y los indígenas son unos ciudadanos colombianos que deben respetar las leyes”. Jesús Manuel Gárces, zapatero, indicó que “es una cosa mal hecha porque se habla mal del turismo, es una mala impresión que se lleva la gente extranjera y estos tres indígenas wayúu deben ser entregados por la comunidad”. Todos permanecen expectantes con este caso, las autoridades tradicionales tienen la palabra.

Por: Ingrid Gámez Ramos (Gámez Ramos 2012)

7.5. Fälle der Gemeinschaft der Wayuu

7.5.1. Fall Andis Javier Alvarez Epiayu

Proceso n° 37146

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 340

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil once (2011).

VISTOS

Se pronuncia la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de apropiada argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de ANDIS JAVIER ÁLVAREZ EPIAYU contra la sentencia de 31 de mayo de 2011 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha (Guajira) confirmó, con modificaciones, la emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del César, por cuyo medio lo condenó como coautor del concurso delictual de homicidio agravado, hurto calificado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El aspecto fáctico fue presentado por los juzgadores así:

“El día 23 de mayo de 2009, a las 20:10 horas, el señor TOMÁS ENRIQUE MARTÍNEZ MARTÍNEZ se encontraba viendo televisión con su compañera, en su residencia ubicada en la vereda La Laguna del corregimiento de Hatico, jurisdicción de Fonseca-Guajira-, cuando irrumpió el señor ANDIS JAVIER ÁLVAREZ EPIAYU en compañía de dos personas identificadas como YEFRIN LUIS MANJARRES RODRÍGUEZ y OLIS ANDRÉS MEDINA GONZÁLEZ; los intrusos portaban dos armas de fuego (pistola y escopeta), las cuales no contaban con el permiso o autorización de autoridades competentes, con el objeto de apoderarse de un dinero de propiedad de la víctima. Al reaccionar a estos actos de violencia, el señor OLIS ANDRÉS MEDINA GONZÁLEZ utilizando la escopeta que portaba dio muerte a TOMÁS ENRIQUE MARTÍNEZ MARTÍNEZ y obtuvieron de manos de la compañera del occiso YEIMIS LAUDITH RODRÍGUEZ la entrega de ciento treinta mil pesos (\$130.000), dinero que fue el móvil de estos delitos, por lo que los sindicados abandonaron el lugar de los hechos”.

En virtud de la orden judicial de captura emitida el 27 de julio de 2009 contra

ANDIS JAVIER ÁLVAREZ EPIAYU, el 30 siguiente se cumplió ante el Juez Promiscuo Municipal con funciones de Control de Garantías de Fonseca-Guajira-, la respectiva audiencia de legalización de tal aprehensión. La Fiscalía le formuló imputación a título de coautor de la posible comisión de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y porte ilegal de armas, a la vez, pidió le fuera impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva. El imputado decidió allanarse a los cargos y se le afectó con la medida cautelar personal solicitada.

El 31 de agosto en desarrollo de la audiencia de verificación del allanamiento a cargos, cumplida ante la Juez Promiscuo del Circuito de San Juan del César-Guajira, el defensor del procesado solicitó la nulidad de la actuación al argumentar, entre otras razones que: i) la captura de su asistido se había basado en la entrevista rendida por la esposa del occiso, la cual no se ajustó a las previsiones legales; ii) fue cambiado el funcionario instructor sin que mediara orden del superior; iii) indebidamente se adelantaban por separado los diligenciamientos en contra de los otros inculcados; y iv) la imputación debió hacerse únicamente a quien disparó —Olis Medina—. No obstante, ese pedimento le fue negado por el juez de conocimiento, decisión ratificada por el Tribunal Superior de Riohacha mediante auto de 2 de octubre de 2009.

El 27 de abril de 2010 al cumplirse la audiencia de individualización de pena, el Cacique Gobernador del Resguardo Indígena Wayuu de la comunidad Mayabangloma (Guajira) requirió el cambio de competencia con el fin de que esa jurisdicción especial (indígena) conociera del asunto al pertenecer ÁLVAREZ EPIAYU a tal resguardo, pero el juez negó tal solicitud, y el Tribunal al desatar del recurso de apelación formulado por el defensor, dispuso el envío del diligenciamiento al Consejo Superior de la Judicatura por tratarse de un conflicto positivo de jurisdicción.

Por lo anterior, esa Corporación mediante decisión de 11 de junio de 2010 declaró que la jurisdicción ordinaria era la competente, pues pese a que el imputado era miembro de ese resguardo, los hechos no acontecieron en el ámbito territorial del mismo y se había atentado contra una persona no indígena,

por lo que concluyó que el imputado “obró con la conciencia valorativa, no de su comunidad sino como resultado de la comprensión del mundo y de las relaciones con el resto de ciudadanos del común...”.

Finamente, por sentencia de 28 de marzo de 2011 fue condenado ANDIS JAVIER ÁLVAREZ EPIAYU como coautor del concurso delictual referido, a la pena de trescientos (300) meses de prisión, así como a la interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego y municiones por el término de quince (15) años.

En virtud del recurso de apelación formulado por el defensor del enjuiciado, el Tribunal Superior de Riohacha (Guajira), a través de sentencia de 31 de mayo de 2011 confirmó la condena, modificando la pena de prisión al reducirla a doscientos cincuenta (250) meses ante el indebido proceso de dosimetría empleado por el a quo y reconociendo también para las sanciones accesorias la rebaja de la mitad de la pena dado el allanamiento de cargos al dejar en diez (10) años la inhabilitación ciudadana y en siete (7) años, seis (6) meses la prohibición para la tenencia o porte de armas.

Contra la decisión de segundo grado insiste el apoderado a través de la impugnación extraordinaria con la correspondiente demanda de casación. Acerca de su admisibilidad se pronuncia la Corte.

DEMANDA

El defensor anuncia que formula un cargo invocando como causal de casación “la primera de las indicadas en el artículo 246 de la Constitución Política, y el artículo 103 del Código Penal” —sic—, por ser la sentencia violatoria de los artículos 28, 29 y 246 del texto superior; 2º, 452, 466, 471 y 474 de la Ley 906 de 2004; 55, 56 y 103 del Código Penal.

Tras esbozar el contenido de los citados preceptos relacionados con las facultades jurisdiccionales atribuidas a las autoridades de los pueblos indígenas y las medidas de seguridad establecidas para los integrantes de

esas comunidades por ser inimputables, aduce que en este caso se trata de un homicidio simple y no agravado como impropriamente se reconoció en el fallo.

Explica que su asistido fue condenado a una pena privativa de la libertad de veinticinco (25) años, luego rebajada a veinte (20) por parte del Tribunal, resolviendo así el recurso en perjuicio de quien lo promovió (defensor del procesado) al no tener en cuenta el artículo 103 del Código Penal relacionado con el homicidio simple, las circunstancias propias de su condición indígena, las normas que regulan los comportamientos de los miembros de tales comunidades y su tratamiento como inimputables, con lo cual estima resultaron lesionadas sus garantías fundamentales.

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia para reducir la pena, reconocer la condición de indígena e inimputable de ÁLVAREZ EPIAYU con el correspondiente traslado a su hábitat o medio cultural de su resguardo bajo protección del cabildo gobernador.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Precisión inicial

De conformidad con el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurso extraordinario de casación está instituido como mecanismo de control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia en los procesos adelantados invariablemente por delitos cuando se afecten los derechos o garantías fundamentales, de acuerdo con las causales legal y taxativamente señaladas y siempre que se satisfagan los fines para los cuales está previsto: “la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos, y la unificación de la jurisprudencia”.

En este orden, al estar demarcada la pretensión del demandante por el carácter teleológico de la casación, deberá acreditar la

afectación de derechos o garantías fundamentales, además de señalar la causal por la que opta con el desarrollo adecuado de los cargos que le dan sustento, así como demostrar la necesidad del fallo de casación, so pena que por su incumplimiento el libelo no sea admitido, tal y como lo dispone el artículo 184 de la ley en comento.

El control constitucional y legal de la sentencia de segundo grado le imprime al recurso su carácter de extraordinario, de ahí que no escapen a él los requerimientos metodológicos necesarios basados en la razón y la lógica con la observancia de las reglas de coherencia, precisión y claridad que conduzcan al cabal entendimiento del reparo.

En virtud de lo anterior, además de los fundamentos de lógica, de debida argumentación y de contenido de los cargos, se debe analizar la necesidad de intervención de la Corte en aras de cumplir alguna de las finalidades del recurso, porque si se advierte la imperiosa protección o restauración de un derecho fundamental, al precisar de fallo se han de superar las falencias técnicas formales, adquiriendo prevalencia los fines de la casación con la consecuente admisión de la demanda.

2. De la demanda

La Sala ha insistido que el libelo demandatorio sobre la denuncia de la ilegalidad del fallo debe cumplir con requisitos mínimos de claridad y coherencia que permitan advertir la clase de vicio que se presenta, su incidencia en la decisión, así como ofrecer una solución acorde con el mismo.

En este caso, el cargo carece de la aptitud mínima requerida para su admisión, en cuanto el defensor se queda en el simple enunciado sin avanzar en su desarrollo, contraviniendo de esa forma el principio lógico de razón suficiente que conlleva la explicación metódica del vicio judicial con una argumentación que se baste a sí misma.

Incluso no encamina el reparo bajo alguna de las causales de casación, esto es, el curso a forma establecida legalmente para demostrar errores *in procedendo* o *in iudicando*; ora por nulidad ante el desconocimiento del debido proceso o de las garantías fundamentales, por la violación directa de la ley sustancial o mediada por yerros de aprehensión o valoración probatoria, etc., falencia que en manera alguna puede enmendar la Corte debido al carácter rogado del recurso.

No colabora en el propósito del defensor la cita normativa relacionada con la autonomía de los pueblos indígenas reconocida constitucionalmente, ni lo que anota acerca de la condición de inimputable de su representado, pues como lo aseguró el Tribunal, pretende que se le imponga una medida de seguridad especial sólo exhibiendo una certificación del Cacique Gobernador Indígena de la comunidad Mayabangloma de la etnia Wayuu, sin que se haya aportado algún medio de convicción encaminado a demostrar la diferencia de las capacidades intelectivas o volitivas de ÁLVAREZ EPIAYU respecto de la racionalidad de la gente del común.

Efectivamente, deviene evidente que la calidad de inimputable no puede presumirse, máxime que en este caso de manera libre el inculcado renunció a tener un juicio oral público, concentrado, a través de la asunción voluntaria de su responsabilidad penal.

Además, para su pretensión relacionada con que se trata de un homicidio simple, no avanza en demostrar que en manera alguna concurrían las circunstancias de agravación imputadas relacionadas con preparar, facilitar o consumir otra conducta y colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad (numerales 2° y 7° del artículo 104 del Código Penal).

Confirma la improsperidad del reproche la ausencia de motivación por parte del demandante acerca de la finalidad que persigue con el recurso, ora por la efectividad del derecho material y el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos o la unificación de la jurisprudencia.

Como se concluye que el libelo no será admitido, es necesario señalar que no se observa con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación violación de derechos o garantías de las partes, tampoco se ve la necesidad de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 que ameritaran la intervención oficiosa de la Corte.

3. *Precisión final*

Contra la decisión de no admitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, y como allí no se regula su trámite, la Sala²⁹ clarificó su naturaleza y definió las reglas que habrán de observarse para su aplicación, como sigue:

1. *La insistencia es un mecanismo especial, ajeno a la naturaleza impugnatoria que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia mediante la cual la Sala decide no admitir la demanda de casación.*

2. *La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de no admitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión y no haya suscrito el referido auto de no admisión.*

3. *Es facultativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.*

²⁹ Sentencia del 12 de diciembre de 2005. Radicación 24322.

4. El auto a través del cual no se admite la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión del libelo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de ANDIS JAVIER ÁLVAREZ EPIAYU, por las razones anotadas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en los términos precisados por la Sala en la presente decisión.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Bogotá D.C., junio once (11) de dos mil diez (2010)

M. P. DR. PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO

Radicación No. 110010102000 201001690 00

Aprobado Según Acta No 70 de la misma fecha

ASUNTO POR RESOLVER

Procede la Sala a dirimir el *conflicto positivo* suscitado entre la jurisdicción indígena representada por el por el Cacique Gobernador del Resguardo Indígena Wayuu de Bayamangloma (La Guajira) y el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (La Guajira), con ocasión del conocimiento del proceso penal adelantado por los delitos de Homicidio Agravado, Hurto Calificado y Porte Ilegal de Armas de Fuego de Defensa Personal, en contra del indígena ANDIS JAVIER ÁLVAREZ EPIAYU y otros.

ANTECEDENTES

1. Se refieren a que el 29 de julio de 2009, a eso de las 2:35 de la tarde, fue capturado ANDIS JAVIER ÁLVAREZ EPIAYU, como posible coautor del delito de homicidio y otros, en cumplimiento de una orden de captura expedida legalmente, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación en audiencia reservada, atendiendo los hechos ocurridos en el corregimiento de los Haticos la Laguna el 23 de mayo de 2009, a eso de las 20:10 horas de la noche, cuando ÁLVAREZ EPIAYU en compañía de otros sujetos le dieron muerte al señor TOMAS ENRIQUE MARTÍNEZ, por tratar de hurtarle una suma de dinero que éste portaba.

2. Privado de la libertad ÁLVAREZ EPIAYU, el 30 de julio de 2009, se llevó a

cabo ante el Juez Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías, de Fonseca, La Guajira, audiencias preliminares de: Legalización de captura; formulación de imputación y Formulación de imputación o cargos, en calidad de coautor de los delitos de Homicidio Agravado, Hurto Calificado y Porte Ilegal de Armas de Fuego y Municiones, quien acepto los cargos que le fueron imputados por la Fiscalía Delegada, y se le impuso medida de aseguramiento con detención preventiva en establecimiento carcelario.

3. El 31 de agosto de 2009, fue celebrada audiencia de revisión de allanamiento de cargos, la cual fue aprobada por el Juez Promiscuo de Conocimiento del San Juan del Cesar, La Guajira, aceptados por el imputado de manera libre y espontánea, procediendo el mismo funcionario, a pronunciarse respecto del sentido del fallo como condenatorio, por los delitos que han sido referenciados.

En el transcurso de esta diligencia, el doctor PITRE REDONDO, quien recibió poder para asumir la defensa de ANDIS JAVIER ÁLVAREZ EPIAYU, a partir de esta etapa procesal, solicito la declaratoria de la nulidad de lo actuado, por falta de competencia, la cual fue despachada desfavorablemente y se le concedió el recurso de apelación.

4. El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, por auto del 24 de mayo de 2010, al conocer por vía de apelación el recurso interpuesto por la defensa, que el Juez de Conocimiento rechazó, de una solicitud de variación de la competencia, “que le había solicitado el señor JOSÉ JULIÁN SOLANO HIPUANA, en su condición de Cacique Gobernador del Resguardo Indígena Wayuu de Mayabangloma”, además la cesación de todo procedimiento, el traslado, la libertad y que fuera colocado a disposición ÁLVAREZ EPIAYU, por ser un indígena de esa comunidad incluido en el censo de su resguardo desde el año 2008, se abstuvo la Sala de tramitar el recurso, por encontrar que se estaba planteando un conflicto positivo de jurisdicción y ordeno remitir el asunto de manera inmediata a la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, para resolver lo pertinente.

El escrito del peticionario indígena, Cacique - Gobernador, dice que la Ley 270

de 1996, artículo 11, establece la organización de la Rama Judicial del Poder Público, integrada por distintas jurisdicciones, entre ellas la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas: (autoridades de los territorios indígenas), reconocida en la constitución de 1991, según el artículo 246, *“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 contrario a la constitución y la ley, la ley establecerá la forma de condición de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”*.

Señala, que esa protección reconoce las funciones jurisdiccionales en cabeza de las autoridades de los pueblos indígenas, con el fin de que sus miembros sean juzgados de acuerdo con su uso y costumbre, sujetos de derecho y obligaciones que por medio de sus autoridades ejercen sobre quienes la integran.

Y, porque el imputado ANDIS ÁLVAREZ EPIAYU, pertenece a su resguardo, residente en el lugar donde ocurrieron los hechos, debiendo entonces ser investigado, sancionado de acuerdo con su uso y costumbres, conducta reglada bajo su jurisdicción, como autoridad a la que le corresponde conocer sobre los hechos que dan cuenta el proceso de la referencia y porque las Leyes 89 de 1990 y 21 de 1991, establece claramente las disposiciones en que se ampara el resguardo indígena, y las funciones de su autoridad como es en este caso el Cacique – Gobernador.

De acuerdo a lo anterior, solicita igualmente se le resuelva el *“CAMBIO DE JURISDICCIÓN ORDINARIA A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA A LA CUAL NOS PERTENECE”*.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre las diferentes jurisdicciones de conformidad con lo previsto en el

artículo numeral 6° del artículo 256 de la Constitución Política, en concordancia con lo establecido en el numeral 2° del artículo 112 de la Ley 270 de 1996.

2. El objeto de la colisión

El conflicto positivo de jurisdicciones se encuentra planteado entre el Juzgado Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de San Juan del Cesar, La Guajira, y la jurisdicción indígena en cabeza del Cacique Gobernador del Resguardo Indígena Wayuu de Mayabangloma JOSÉ JULIÁN SOLANO HIPUANA, La Guajira, con ocasión del conocimiento del proceso penal por el punible de Homicidio Agravado, Hurto Calificado y Porte Ilegal de Armas de Fuego, adelantado contra el indígena ANDIS ÁLVAREZ APIAYU.

3.- El ámbito de la Jurisdicción Indígena

Para dirimir el conflicto planteado debe examinarse en primer término lo previsto en el artículo 246 de la Carta Política 1991 en los siguientes términos: *“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”*.

El reconocimiento de este fuero especial es producto de lo establecido en la Carta Política en su artículo 7°: *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”*, disposición que implica no sólo el reconocimiento de la necesaria coexistencia pacífica de diferentes pueblos y etnias, sino además, la protección de los valores culturales que les son propios. Bajo los principios del Estado democrático, social del derecho y de la axiología superior de los derechos humanos, todas las etnias, los pueblos y los hombres se conciben iguales en dignidad y derechos.

Tales preceptos determinan el reconocimiento y garantía de la identidad y pluralismo cultural que reconoce el derecho de los pueblos indígenas de gobernarse por autoridades conformadas y reglamentadas según los usos y costumbres de sus comunidades (art. 330 C.Pol.) e implica la aceptación de su

cosmovisión y las tradiciones valorativas diversas y hasta diferentes a la ética dominante en la sociedad mayoritaria³⁰

Esto explica claramente *la razón y naturaleza del fuero indígena*, el cual deviene en esencia de la pertenencia a una cultura aborígen, esto es, de la posesión de una cosmovisión y a unos valores culturales propios que dan sentido a la existencia y orientan el comportamiento en la vida de relación, con sus formas propias de gobierno y justicia, al reconocimiento de su propia cultura y tradición como normas jurídicas aplicables por sus propias autoridades en sus respectivas comunidades y territorios,.

En desarrollo de los anteriores postulados, el fuero indígena se integra por los siguientes elementos:

a.-*La pertenencia del inculpaado a una comunidad indígena*. El “tipo de norma cultural indígena”. , que genera para quien creció y vive en ella, una particular comprensión y percepción del mundo, de los valores de lo vital y justo, cultura que le da sentido y dirección a la existencia de los individuos de la comunidad, originando el fuero personal cultural, por tanto el tipo penal indígena presupone la inclusión de valores ancestrales que rigen la vida ética de la comunidad en su relación con los individuos y el mundo natural, no pudiendo aceptarse como tal la descripción normativa de la cultura mayoritaria de un comportamiento prohibido que genera daño o peligro de daño para un bien jurídico penalmente tutelado, sino como un *comportamiento contrario al valor cultural ancestral propio de la respectiva comunidad, apreciado en su complejo mundo de relaciones con la tribu, con el hombre, la naturaleza y con los antepasados*.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2164 de 1995, para definir quien pertenece la comunidad indígena expresa: “*Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comporten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que las distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no*

³⁰ .-ver Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994

puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes”.

Por lo tanto, la comisión de un delito en la comunidad indígena que da lugar al reconocimiento del fuero, supone un compromiso, un desconocimiento por el individuo de ese ámbito de cultura y ética de la comunidad³¹, y no tendría aplicación cuando se trate de un individuo que por su particular relación con la cultura mayoritaria, por su comprensión y adopción de la cosmovisión dominante, lesione las normas de la sociedad mayoritaria, comprendiendo perfectamente la criminalidad que a esa acción le asignaría la preceptiva dominante.

b. La ocurrencia del hecho dentro del territorio de la comunidad indígena. La existencia de unos territorios indígenas al interior de los cuales se ejerce la administración por las propias autoridades, genera un *fuero territorial cultural*; si los hechos punibles son ejecutados, o se inicia su realización dentro del ámbito de aplicación de la jurisdicción especial indígena, el juzgamiento de los hechos corresponde a esta jurisdicción especial.³²

Si el acto constitutivo del delito según el tipo cultural de tradición, fue cometido fuera del territorio y del ámbito que constituye el hábitat propio de la respectiva comunidad, la investigación y juzgamiento en principio correspondería a la jurisdicción ordinaria, salvo que por prevalecer el *fuero cultural*, el hecho deba juzgarse por la jurisdicción especial, cuando el individuo actuó con la conciencia de la cosmovisión nativa, teniendo en cuenta las pautas de la diversidad sociocultural

c. Normas de cultura y tradición propias de la comunidad indígena.

Las normas de cultura de la respectiva comunidad, señalan en ejercicio de la autonomía ética de los pueblos, de establecer los procedimientos, las sanciones y las autoridades respectivas para el procesamiento, lo mismo que las garantías reconocidas a los implicados.

³¹.- Corte Constitucional.- Ibidem

³².-Corte Constitucional. Sentencia T- 349 de 1996, sentencia T—254 de 1994

d. Competencia de las autoridades indígenas. La existencia de autoridades indígenas tradicionales reconocidas por el Estado, origina precisamente el reconocimiento de la competencia penal de las mismas, con aplicación de sus propias normas y procedimientos (arts. 246, 286, 329 C. Pol.), en aras a garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.³³

Las autoridades de los pueblos indígenas ya sean unipersonales o colectivas, ejercerán funciones jurisdiccionales al interior de sus propios y respectivos territorios, por lo tanto estas autoridades tienen competencia para juzgar los hechos punibles que caen bajo su jurisdicción.

No obstante, cuando el hecho delictivo se ha cometido fuera del territorio indígena, y ha afectado a un extraño o a la propia comunidad, corresponde al juez ordinario, establecer si en el caso concreto prevalece o no el fuero cultural que determinaría la competencia de las autoridades indígenas.

Ahora bien, el funcionario judicial debe determinar si el indígena al momento de cometer el acto punible, obró con la conciencia valorativa de su propia comprensión del mundo y de las relaciones, o si por el contrario por procesos de aculturación y adopción de valores propios de la cultura predominante, podía comprender perfectamente el carácter criminal que la sociedad mayoritaria atribuía al acto, caso en el cual será juzgado por la jurisdicción ordinaria.

4. La competencia en el caso concreto

En el caso a examen, pese a ostentar la calidad de indígena el sindicado, la comisión del punible de Homicidio Agravado, Hurto Calificado y Porte Ilegal de Armas de Fuego, no ocurrió en territorio indígena, lo fue en el Corregimiento de los Haticos La Laguna, del Municipio de Fonseca, La Guajira, donde dieron muerte al no indígena, señor TOMAS ENRIQUE MARTÍNEZ MARTÍNEZ, por lo que el hecho imputado no fue producto propio de su cultura indígena, pues el imputado al momento de cometer el acto punible, obró con la conciencia valorativa, no de su comunidad sino como resultado de la comprensión del

³³.-Corte Constitucional, sentencia T- 496 de 1996

mundo y de las relaciones con el resto de ciudadanos del común, con adopción de costumbres del medio, es decir, ha ingresado en una aculturación, toda vez que se trataba de una persona con el conocimiento necesario de lo que hacía, como se dejó anotado en precedencia, pudiéndose predicar en el presente caso que el imputado, al momento de la ejecución del ilícito, podía comprender perfectamente el carácter criminal que la sociedad mayoritaria atribuía al acto, caso en el cual deberá ser juzgado por la jurisdicción ordinaria.

Para esta Sala, como antes se dejó sentado, el fuero indígena en materia penal, presupone una vinculación del particular conjunto de valores, creencias y tradiciones que infunden en el individuo aborígen una forma particular de apreciar las relaciones humanas, el mundo, la vida, y el quehacer cotidiano, con la conducta concreta que se juzga, lo cual implica que el hecho punible realizado guarde relación con la internalización de las preceptivas éticas y valorativas de la comunidad indígena, todo lo cual no ha acontecido en el presente caso.

Por las anteriores razones la Sala dirimirá el presente conflicto de jurisdicciones asignando el conocimiento del proceso penal por el punible de Homicidio Agravado, Hurto Calificado y Porte Ilegal de Armas de Fuego, adelantando contra el comunero indígena ANDIS JAVIER ÁLVAREZ EPIAYU, a la jurisdicción ordinaria en cabeza del Juzgado Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de San Juan del Cesar, La Guajira.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Superior de la Judicatura- Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE

DIRIMIR el conflicto de competencia entre distintas jurisdicciones planteado declarando que el conocimiento de la presente actuación corresponde a la jurisdicción ordinaria en cabeza del Juez Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de San Juan del Cesar, La Guajira, a quien en forma inmediata se le enviará la actuación.

REMITIR copia de esta providencia al Cacique Gobernador del Resguardo Indígena Wayuu de Bayamangloma, La Guajira, para su información.

CÚMPLASE

JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ
OLIVEROS
Presidenta

HENRY VILLARRAGA
Vicepresidente

JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO
RIVERA
Magistrado

ANGELINO LIZCANO
Magistrado

MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA
GÓMEZ
Magistrada

JORGE ARMANDO OTÁLORA
Magistrado

PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO
Magistrado

YIRA LUCÍA OLARTE ÁVILA
Secretaria Judicial

7.5.2. Fall Luis Antonio Gómez García und Rubén Lorenzo Fragozo

Proceso No 30860

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE
AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala examina los presupuestos jurídicos, lógicos y argumentativos expuestos por el defensor de LUIS ANTONIO GÓMEZ GARCÍA, con el fin de resolver sobre la admisión de la demanda de casación presentada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, que revocó el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Maicao y lo condenó como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. La investigación penal tuvo su génesis en una primera denuncia vertida por Doris González Pedrozo el 6 de junio de 2006, quien expuso que en el Internado San Isidro Labrador del municipio de Uribia (Guajira), establecimiento educativo en el cual laboraba, se rumoraba sobre abuso sexual de los profesores Luís Antonio Gómez y Rubén Fragozo con algunas de las alumnas, entre las cuales figuraba su sobrina B.B.³⁴, de doce años de edad.

Al trámite igualmente concurrió la joven O.O. de dieciséis años de edad, perteneciente a la etnia Wayú, quien informó que en el mes de marzo de ese año el profesor Rubén Fragozo, bajo amenaza de perder el año, la obligó a tener relaciones sexuales en la habitación que tenía en el internado.

Ello originó la práctica del respectivo reconocimiento médico legal sexológico forense que arrojó para ambas, *“himen anular desagarrado y bordes cicatrizados, lo cual indica desfloración antigua”*³⁵.

2. En la misma fecha de las denuncias, la Fiscalía Tercera Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Riohacha, dispuso apertura de instrucción al

³⁴ Por tratarse de una menor de edad la Sala se abstiene de publicitar su nombre y se utilizará las abreviaturas B.B.

³⁵ Así lo presentó el Tribunal Superior Sala Penal de la Guajira, cfr. fl.2 sentencia de segunda instancia.

tiempo que ordenó la indagatoria de Luís Antonio Gómez García y Rubén Lorenzo Fragozo, a quienes se les definió su situación jurídica con la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

3. El 5 de octubre de 2006 la Fiscalía Segunda Seccional de Riohacha profirió resolución de acusación en contra de los nombrados por los delitos de acceso carnal violento en la modalidad consumada y tentada, en concurso, con acto sexual abusivo con menor de catorce años, con la agravación del numeral segundo, artículo 211 del Código Penal.

La providencia fue impugnada por los defensores de los acusados y la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior, el 16 de noviembre de 2006, confirmó la resolución de acusación proferida en contra de Luís Antonio Gómez García y Rubén Lorenzo Fragozo respecto al delito de acceso carnal violento. En las restantes determinaciones le imprimió revocatoria³⁶.

4. Por sentencia del 18 de febrero de 2008³⁷, el Juzgado 1 Promiscuo del Circuito de Maicao absolvió a los procesados de los cargos imputados en la resolución de acusación y concedió su libertad provisional.

El fallo fue recurrido por el Agente Especial del Ministerio Público y la Sala Penal del Tribunal Superior de Riohacha la revocó y condenó a:

Luís Antonio Gómez García a 84 meses de prisión, pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal, al hallarlo autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado³⁸, y a,

Rubén Lorenzo Fragozo Mejía, a 152 meses de prisión, la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, al hallarlo autor responsable

³⁶ Revocó la resolución repudiada frente a los cargos de: i) acceso carnal violento en el grado de tentativa, siendo víctima Y. Y. H. A.; ii) acto sexual abusivo con menor de 14 años; y, iii) la compulsión de copias para investigar el delito de pornografía.

³⁷ Cfr. fl.416 cuaderno del Juzgado.

³⁸ La Sala destaca que en audiencia pública celebrada el 29 de marzo de 2007 el juez, en los términos del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal asomó la necesidad de variar la calificación jurídica de la conducta por la cual se había acusado a Luís Antonio Gómez García por la de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, determinación que fue aceptada por el fiscal de la causa.

del delito de acceso carnal violento agravado.

LA DEMANDA

El defensor de Luis Antonio Gómez García, al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, acusó la sentencia de violar de manera indirecta la ley sustancial.

Cargo único:

Error de hecho por falso juicio de convicción

La sentencia acusada infringió de manera indirecta el artículo 232 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000. Adujo el censor, que el fallo de segunda instancia incurrió en sendas contradicciones. Así sustentó el cargo:

i) El casacionista reprochó al Tribunal la descalificación que efectuó a la valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia a la única versión ofrecida por la menor B.B. en audiencia pública, lo que –en su sentir– se ofreció incierto por cuanto es justamente todo lo contrario; la sentencia da por probado algo que la testigo no dice.

ii) De cara a la valoración médica obrante, precisó el censor que la misma no constituye un medio de prueba que tenga la vocación de servir de fundamento a un juicio de responsabilidad, como que el mismo está llamado a establecer la materialidad del punible.

Enfatizó puntualmente que la pretensión no está dirigida a cuestionar el dictamen de Medicina Legal³⁹ como que la prueba médica determinó que la menor fue víctima de acceso carnal abusivo –criterio que comparte de cara a la edad de aquélla y la previsión legal en donde tan sólo concurre un factor objetivo– empero tal declaración no conduce inexorablemente a elevar un juicio positivo de responsabilidad.

³⁹ “...pues atendiendo lo conceptuado en el mismo, no cabe dudas de que la menor **B.B.** fue víctima de ACCESO CARNAL ABUSIVO...”. (subraya hace parte del texto).

iii) Se refirió igual al testimonio vertido por Y.Y., a través del cual el Tribunal reforzó el dicho de la menor B.B., destacando que lo narrado por la testimonial no pasa de ser un mero incidente desafortunado de su defendido el que en parte alguna constituye prueba de responsabilidad del delito que se le imputó.

iv) En un capítulo aparte que denominó incidencia del error, y con la pretensión de apoyar la trascendencia del mismo, indicó que el fallo de segunda instancia se dictó en desmedro de la exigencia legal, esto es, la certeza que se requiere.

v) Finalmente, como normas adicionales infringidas, enunció los artículos 9, 10, 11, 12, 208 y 211 numeral 2 del Código Penal y los artículos 233 inciso segundo y 238 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000.

Solicitó la absolución de Luís Antonio Gómez García como sentencia de reemplazo.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

La defensa de Rubén Lorenzo Fragozo Mejía compareció al trámite en su calidad de no recurrente invocando a favor de su asistido un error de hecho por falso juicio de convicción pues consideró que la responsabilidad se edificó en “*conclusiones que carecen de respaldo probatorio*”. Dedicó su exiguo alegato a controvertir la valoración de algunas pruebas, por lo que invocó la absolución para su defendido.

CONSIDERACIONES

La Corte inadmitirá la demanda por las siguientes razones:

1. La jurisprudencia de la Sala tiene dicho que la causal de violación indirecta de la ley sustancial⁴⁰, esto es, errores *in iudicando*, se contrae a una discusión,

⁴⁰ A términos del artículo 207, numeral 1, del C.P.P. Ley 600: “...1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial. Si la violación de la norma sustancial proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el demandante...”.

bien en la apreciación material de las pruebas –errores de hecho- ora en la apreciación jurídica de las mismas –de derecho- Los primeros se manifiestan a través de: (i) falso juicio de existencia por omisión o suposición, (ii) falso juicio de identidad, y (iii) falso raciocinio. A su turno los segundos (i) falso juicio de legalidad y (ii) falso juicio de convicción.

2. El error por falso juicio de convicción –insiste la Corte- es de puro derecho que no de hecho -dislate del censor por cuanto anunció un error de hecho- lo que constituyó desacierto en la formulación de la censura en desmedro de su argumentación inicial, en la medida en que los errores de hecho apuntan exclusivamente a la valoración probatoria en que el sentenciador incurre, en tanto que los errores de derecho, se caracterizan por presuponer la violación de una norma de derecho.

3. En aras de desarrollar la causal invocada, la Corte ha sostenido que el error de derecho por falso juicio de convicción se genera cuando el juzgador valora una prueba haciendo caso omiso del predeterminado crédito que la ley le ha otorgado, o en otras palabras, cuando el juez de la sentencia le niega a la prueba el valor prefijado en la ley o la eficacia que ésta le asigna, circunstancia que cobra gran importancia en los sistemas de tarifa legal probatoria, en cuyo caso se deberá indicar cuál fue el mérito otorgado a la probanza y el valor que la ley le fija en particular.

En procura de demostrar adecuadamente este yerro el casacionista debe acometer la siguiente demostración:

i) Identificar el medio de prueba que en su criterio fue apreciado contrariamente al valor otorgado por la ley.

ii) Precisar el o los preceptos legales en virtud de los cuales se asigna un específico valor probatorio al medio de prueba.

iii) Determinar la trascendencia que tuvo la incorrecta apreciación del medio de prueba en la decisión impugnada y en favor del interés representado, lo cual comporta la necesidad de demostrar que el fallo atacado no se

mantiene con otros elementos de juicio.

iv) Establecer la forma como se violó la ley sustancial con el defecto de apreciación, bien por falta de aplicación o por aplicación indebida.

No obstante, como era su deber el impugnante no señaló el valor probatorio (positivo o negativo) que fue desconocido por el Tribunal, ni la norma que lo establece.

4. El recurrente estimó violado el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 cuyo inciso segundo⁴¹ se ocupa de la necesidad de la prueba para condenar. Precepto que no tiene la condición de norma sustancial, en cuanto no define conductas delictivas, no consagra derechos, no hace referencia a la punibilidad, sino que sólo sirve como medio o instrumento para regular las distintas determinaciones que se adopten al interior del proceso penal bien sea para proferir una providencia o para dictar sentencia condenatoria, destacando la necesidad de certeza para el proferimiento de un fallo de condena⁴².

Puntualidad necesaria toda vez que la norma invocada se ofrece refractaria para los efectos de la causal primera de casación, según la cual, la casación procede "*cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial*", lo que permite de entrada a la Corte advertir desatinos en la presentación de la demanda⁴³.

5. Otro aspecto relevante: si bien en principio en materia procesal penal, a la luz de los últimos sistemas procesales que han regido en Colombia, la tarifa probatoria desapareció y fue sustituida –enhorabuena– por el sistema de la sana crítica⁴⁴ se muestra de escasa ocurrencia para los jueces incurrir en

⁴¹ "...No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado."

⁴² Frente a idéntico aspecto, ver entre otras, casación 16394, junio 19 de 2003: "...La naturaleza sustancial es predicable de las normas que describen los delitos, las que se refieren a condiciones de punibilidad y a la responsabilidad del procesado, como las que establecen condiciones genéricas o específicas de agravación o atenuación punitiva y las que recogen axiomas del derecho penal como el in dubio pro reo. Por su parte, aquellas que tienden a lograr o definir los elementos contenidos en las primeras, son instrumentales..."

⁴³ En idéntico sentido se pronunció la Sala, auto del 22 de junio de 2006, radicación 25307.

⁴⁴ Art. 238 del Código de Procedimiento Penal: "...Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica."

errores de derecho por falso juicio de convicción, en la medida en que la normatividad no somete -por lo general- su raciocinio a evaluaciones probatorias obligadas, dependientes de una tarifa legal probatoria.

Instituto que así presentado restringe la posibilidad de que un sentenciador infrinja el ordenamiento por el simple hecho de conceder o negar credibilidad a un medio probatorio dada la libertad de que goza en esa materia por ministerio de la ley para estimar su mérito de persuasión dentro de los márgenes de la experiencia, las ciencias y la lógica.

6. Además, la carga que se le imponía al censor no fue satisfecha plenamente: atinó a precisar el medio de prueba pues señaló para el efecto al reconocimiento médico legal; ii) sin duda alguna aquel constituye un factor determinante -en algunas conductas punibles- para efectos de demostrar la materialidad de la infracción, que no el grado de responsabilidad del acusado y, iii) la ley no le ha otorgado un específico valor probatorio.

7. A través de la demanda indicó que el fallador de segundo grado le otorgó, al reconocimiento médico legal una tarifa, un mérito que la ley por parte alguna le asignó y, desde esa perspectiva, entiende la Sala el planteamiento. Reproche que se ofrece incoherente, toda vez que la circunstancia de que no se haya establecido legalmente una tarifa no impide.

Ahora bien, el mérito persuasivo asignado por el juzgador de segundo grado, lejos está de ser el anunciado por el demandante y por tanto, carecen de vocación sus reproches.

El medio probatorio anunciado no fue el soporte de la sentencia, sino un medio más a través del cual cobró mayor contundencia la denuncia inicial de la menor ofendida. Para contestar la propuesta de ataque, destaca la Corte un aparte del fallo⁴⁵:

“...En este sentido realizan importante aporte demostrativo el dictamen médico legal de carácter sexológico practicado a B. L. I. G., no solo

⁴⁵ Cfr. fl. 39 sentencia de segundo grado.

porque en él (sic) quedó plasmado que presentaba desfloración antigua, indicador de acceso carnal, sino, porque además de la narración que hiciera la tía de lo que había puesto en conocimiento de la Fiscalía al denunciar, se aprecia que la directora Seccional de Medicina Legal plasmó lo que percibió de labios de la examinada: “Refiere la menor haber sentido dolor y presentado sangrado durante los hechos”, siendo esto complemento de lo afirmado allí por la tía, que respondía a la vivencia de B. durante el acceso que sufrió por parte del sindicado, y, por obvias razones de labios de la menor se confirmaba la existencia de la violación carnal...”. (resalte dentro del texto).

8. Se ofrece evidente el desatino del censor en cuanto, por parte alguna el fundamento de la sentencia condenatoria fue el certificado en mención, su sustento estuvo concentrado –del apoyo del restante material probatorio acopiado a la investigación, entre estos el certificado de Medicina Legal-, en la primera versión que ante las autoridades rindió la presunta afectada⁴⁶.

9. Pero aún hay más, los defectos de argumentación no se quedaron allí, como que la censura igualmente la hizo consistir y por la vía de la misma causal, en que el Tribunal puso a decir al testimonio algo que el mismo no dijo, lo que lleva a la Corte a precisar que erró –igualmente- en la causal seleccionada, ya que a términos de su discurso la propuesta de ataque debió haberla encausado por un error de hecho por falso juicio de identidad⁴⁷, el que igual, se encuentra ausente.

10. Otro yerro protuberante del casacionista –una constante en la demanda-fue el hecho de desatender las exigencias lógicas, técnicas y formales que han de orientar el recurso extraordinario, al considerar que se hallaba en una tercera instancia, en donde le era permitido con toda la liberalidad discutir la valoración probatoria del tribunal. Ello, frente a la valoración que efectuó del testimonio de Y. Y.

⁴⁶ Precisa la Sala que no resulta válida la afirmación del demandante cuando pretendió en la demanda soslayar la denuncia vertida por la ofendida, al señalar que sólo concurrió al proceso en audiencia pública, olvidando que en trámite de la Ley 600 de 2000 las pruebas tienen vocación de permanencia.

⁴⁷ Cfr. Sala de Casación Penal, 24 de noviembre de 2005. “...El que tiene lugar cuando se tergiversan, distorsionan, falsean los alcances objetivos de la prueba, se le brinda un contenido diverso del real, o, en otras palabras se la pone a decir lo que no dice...”.

Así, son tantos los desaciertos en que incurrió el actor que resulta imposible darle curso a la demanda como que tampoco hay lugar a penetrar en el fondo del asunto oficiosamente porque no se avizoran causales de nulidad ni violaciones de derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Luís Antonio Gómez García.

En consecuencia, DEVOLVER la actuación al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria

7.5.3. Fall Alexander Jusayu Pushaina

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 89

Bogotá D. C., quince de noviembre de dos mil cinco.

V I S T O S

Se pronuncia la Sala respecto de la acción de tutela instaurada a través de apoderado por ALEXANDER JUSAYU, en procura de salvaguarda de su derecho fundamental al debido proceso, que consideran vulnerado con las decisiones tomadas por las Fiscalías Primera de la Unidad de Vida de Riohacha y Delegada ante el Tribunal Superior de la misma ciudad, dentro del proceso que cursa en su contra por el presunto delito de acceso carnal violento agravado.

A N T E C E D E N T E S

Con ocasión de los hechos ocurridos el 21 de noviembre de 1997 en la ranchería Sevinamana, jurisdicción del municipio de Manaure, en el Resguardo indígena de la Alta y Media Guajira, en el curso de los cuales una menor

indígena de la etnia Wayuú, de entonces 10 años de edad, fue accedida carnalmente mediante violencia por otro miembro de su comunidad, identificado como ALEXANDER JUSAYU, la Fiscalía Primera Seccional de la Unidad de Vida de Riohacha inició una investigación penal, en la que mediante resolución de agosto 11 de 2005 acusó al señalado como autor del hecho.

La decisión fue entonces impugnada por el defensor de JUSAYU, quien alegó que debía respetarse el fuero indígena a que estaba sometido su representado, quien acatando los usos y costumbres de su comunidad había indemnizado debidamente a la familia de la víctima, conciliando el conflicto suscitado, acuerdo que hacia transito a cosa juzgada.

Mediante resolución del 19 de septiembre de 2005, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha negó la pretensión del recurrente y en su lugar confirmó la acusación proferida por el Fiscal de primera instancia. Entre los principales argumentos aducidos se destacan los siguientes:

- Si bien los indígenas tienen derecho a su propia jurisdicción penal, en el caso presente la etnia Wayúu, a la que pertenece el procesado, no se encuentra organizada.*
- Por lo tanto, aunque existe un acuerdo entre la familia de la víctima y el procesado, en el mismo no intervino un juez indígena que le diera aprobación.*

- Además, la conciliación realizada riñe con el ordenamiento jurídico nacional, dado que el delito por el que se procede no admite ese mecanismo para finiquitar la acción.

Según la información que se obtuvo en el trámite de la instancia, el proceso en cuestión fue remitido al Juzgado Penal del Circuito de Riohacha, en cuyo despacho ya se dio el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, encontrándose pendiente de la fijación de fecha y hora para la celebración de la audiencia preparatoria.

LA DEMANDA DE TUTELA

El apoderado de ALEXANDER JUSAYU acude ahora a la acción de tutela, alegando la violación al debido proceso, pues a pesar de la condición de indígena de la etnia Wayuú de su representado, se le ha venido negando la oportunidad de ser enjuiciado de acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política.

Sostiene que su poderdante fue capturado el 15 de abril del año en curso por razón de unos hechos ocurridos hace 7 años en la ranchería Sevinamana, en relación con los cuales se le profirió resolución de acusación por Fiscalía Primera Seccional de la Unidad de Vida de Riohacha.

Dice que en su condición de defensor se dirigió al Fiscal haciéndole saber que su defendido había sido enjuiciado dentro de su etnia, pues había indemnizado integralmente por el error cometido, para lo cual aportó un acta

firmada ante las autoridades de Asuntos Indígenas Departamental, y que por lo tanto el juicio seguido ante la jurisdicción ordinaria era irrelevante, porque se estaba ante un caso juzgado.

A pesar de la claridad de su petición, agrega, el Fiscal le respondió que en la Guajira no existe jurisdicción indígena especial para disputar la competencia en este caso, decisión que fue confirmada por la Fiscalía de segunda instancia.

Esa decisión contraviene sentencias de la Corte Constitucional en las que se ha sostenido que “la jurisdicción especial indígena no se encuentra supeditada a ninguna clase de norma previa legal o reglamentaria, dado que está directamente autorizada por estatuto superior”.

Aduce que con la conducta asumida por los funcionarios demandados se han desconocido los derechos fundamentales de su representado, entre ellos los contemplados en los artículos 7, 29, 286, 287, 329 y 330 de la Carta Política.

Pretende entonces que a través de esta acción se declare la nulidad de la resolución de acusación que afecta a su representado y que se declare que en su condición de indígena tiene derecho a ser enjuiciado por su etnia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 86 de la Carta Política consagró la acción de tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los particulares en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

Pero esa acción excepcional, por sus especiales características de subsidiariedad y residualidad, no puede utilizarse como mecanismo para lograr la intervención del juez constitucional a fin de entorpecer procesos en trámite, porque ello a más de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcionales que rigen la actividad de la rama judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política, como tampoco para reemplazar los procedimientos ordinarios de defensa cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, todo lo cual impide considerarlo como medio alternativo o paralelo de defensa o instancia adicional a la cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

En el caso a estudio, lo que se pretende es el desconocimiento de las decisiones judiciales contenidas en los proveídos de agosto 11 y septiembre 9 del año en curso, por medio de los cuales, en su orden, la Fiscalía Primera de la Unidad de Vida de Riohacha dictó resolución de acusación contra el ahora accionado ALEXANDER JUSAYU por el delito de acceso carnal violento agravado, y la Delegada ante el Tribunal Superior de la misma ciudad la confirmó, negando la pretensión de su defensor de que se admitiera como

válida la conciliación realizada con la familia de la víctima, en el contorno de los usos y las costumbres de la etnia indígena a la cual pertenece el procesado.

El debate a que invita el tutelante se encamina a cuestionar la fundamentación que a bien tuvieron en hacer los funcionarios demandados para descartar esa posibilidad, a la cual pretende oponer sus fallidas razones, acudiendo a la acción de tutela como si se tratara de otro recurso para continuar cuestionando el raciocinio jurídico de los fiscales accionados.

Pero lo esencial para resolver la presente demanda, es que el proceso cuestionado se halla en curso, razón por la cual el accionante cuenta aún con múltiples posibilidades de ejercer mecanismos idóneos de defensa judicial, entre ellos, la petición de nulidad en la audiencia preparatoria y los recursos de apelación y casación en caso de que resultare condenado, motivo por el cual la tutela se torna definitivamente improcedente, pues lo que se pretende es, ni más ni menos, que la Corte anticipe el debate frente a un punto que bien puede ser objeto del extraordinario recurso, lo que de ninguna manera puede tenerse de recibo, porque una tesis tal implicaría el desquiciamiento del orden jurídico, entrando a desplazar al juez natural y competente para instituir en la práctica una tercera instancia no prevista por la constitución ni por la ley.

Con insistencia viene diciendo la Sala que la tutela no puede concebirse como un sustituto de las vías judiciales estatuidas al interior del proceso, salvo que se le utilice como mecanismo transitorio ante la inminencia de un perjuicio irremediable, que de ninguna forma se ha acreditado en este caso, pues, si así se tratara, el instrumento de defensa de los derechos

fundamentales como pilar de la convivencia pacífica, paradójicamente conduciría al caos institucional y social.

En ese orden de ideas, se negará el amparo solicitado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

Primero.- NEGAR el amparo constitucional invocado por el apoderado del accionante ALEXANDER JUSAYU.

Segundo.- NOTIFICAR esta decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA

Oficio 2641

Riohacha, nueve (9) de noviembre de dos mil cinco 2005

Doctor:

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria Sala de Casación Penal

Bogotá D.C.

Referencia: Acción de Tutela 23199

En atención a su oficio 17471, de fecha 3 de los corrientes, relacionados con la acción de tutela de la referencia, me permito ponerle de presente que el proceso que diere lugar a la acción pública que nos ocupa, entró a mi Despacho, previo el trámite consagrado en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, en el día de ayer (08-11-05). El mismo se encuentra pendiente de fijar día y hora para adelantar la audiencia preparatoria, con miras de atender solicitud de nulidad y/o prueba.

Mediante resolución aditada 3 de diciembre de 1997, se dispuso abrir investigación previa y, a través de resolución de enero 18 de 1999, se ordenó la apertura de instrucción, ordenándose citar al mismo con el fin de escucharlo en diligencia de indagatoria y, al no hacerse presente se libró en su contra orden de captura, declarándolo mas adelante persona ausente. Con fecha febrero 12 del año en curso, se le definió su situación jurídica, profiriéndose en su contra medida de aseguramiento, sin beneficio de libertad provisional. Más adelante, por solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que hiciera el doctor NESTOR MEZA INICIARTE, agente de la defensa, la Fiscalía resuelve no revocar la misma, decisión esta que fuera apelada por el defensor del procesado, habiendo sido confirmada por el fiscal de segunda instancia, mediante la suya de julio 13 del año que avanza.

Al presentar su alegato de conclusión, previa a la calificación del mérito del sumario en el caso materia de estudio, el agente de la defensa alega, con apoyo en el mandato Constitucional consagrado en el artículo 246 que su defendido, como perteneciente a la etnia wayuu, "ya cumplió ante su juez natural la pena correspondiente del daño ocasionado.", razón por la cual solicita igualmente la preclusión de la investigación, previa la nulidad de la misma; la Fiscalía de Primera instancia ordenó llamar a juicio criminal a ALEXANDER JUSAYU, como presunto autor responsable del punible de acceso carnal violento agravado, siendo esta decisión impugnada por el procurador judicial del procesado y, al desatarse el recurso de alzada ante la segunda instancia, esta decretó confirmar la resolución censurada.

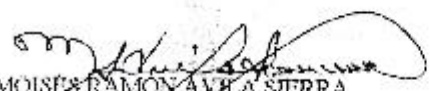
Como quiera que el doctor NESTOR MEZA INICIARTE, en su calidad de procurador judicial del aquí acusado, circumscribe la acción de tutela que ocupa nuestra atención al hecho de que su pupilo debe responder ante su "juez natural", esto es, la jurisdicción indígena, creemos menester traer a colación, en cuanto toca a este tema, apartes de lo dicho en la actuación procesal segunda contra ELISAUTH CAMBAR, perteneciente también a la etnia wayuu, por las conductas punibles de homicidio y porte ilegal de arma, como sigue: "A no dudarlo, conforme a la Constitución y a las leyes, el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-materia de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas que la realizan según "sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley". De ahí que, cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades

indígenas, estas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Por modo y manera que, entonces, descendiendo al caso concreto que ocupa nuestra atención, esto es, los conflictos entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, imperioso es señalarle al petente que ocupa nuestra atención que, por vía jurisprudencial, no Nuestro Máximo Tribunal en lo Constitucional, entre otros aspectos ha señalado que: "2. El procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de esta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto" (cfr. Sent. T254/94 de la Corte Constitucional).

Siendo lo que se acaba de reseñar así, en el párrafo inmediatamente anterior, no hay lugar a hesitación de ninguna naturaleza, en cuanto toca a que la jurisdicción competente, para adelantar y culminar el asunto de la referencia, lo es la nacional y no la indígena, habida cuenta que, como se evidencia en la foliatura, aún no aceptarlo así el procesado, esta última jurisdicción, la indígena, nunca avocó ni atendió el conflicto presentado por la muerte de los hermanos ISMAEL y JOSE DOMINGO CAMBAR URIANA, sino que, lo hizo la jurisdicción nacional, por denuncia que presentara ante ella la señora SORAIDA CALDERA URIANA".

Atentamente,


MOISÉS RAMÓN AVELA SIERRA
Juez

183

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA

Riohacha, once (11) de noviembre del año dos mil cinco (2005).

Referencia: Juicio 44001-31-04-00-2005-00324-00, contra ALEXANDER JUSAYU, por el punible de acceso carnal violento agravado.

Vencido el término común y atendiendo a que la competencia de este proceso no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, se dispone citar a los sujetos procesales para la realización de la AUDIENCIA PREPARATORIA en el proceso de la referencia, la que tendrá lugar a las nueve (09:00) a.m. el dieciocho (18) de noviembre de 2005, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en audiencia pública, solicítadas por los sujetos procesales y las que de oficio considere el Juzgado.

En esa misma diligencia se fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia pública (artículo 401 del C. de P.P.).

Librese las comunicaciones del caso.

CUMPLASE

MOISÉS RAMÓN AYALA SIERRA

YASMINI PINTO USTATE
Secretaria

CONSTE: Con oficio 2546 se da cumplimiento al auto anterior, dando los avisos del caso a los sujetos procesales para la convocatoria a audiencia preparatoria.

Riohacha, 11-noviembre-2005.

YASMINI PINTO USTATE
Secretaria

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RICHACHA

Oficio 2550

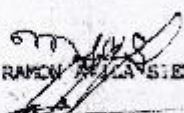
Richacha, 11-noviembre-2005

Señor
DIRECTOR ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO
Y CARCELARIO INPEC
Richacha

Estimado señor:

Permitame solicitarle se digne disponer el traslado, hasta este Despacho Judicial, al señor ALEXANDER JUSAYU, quien se encuentra en ese establecimiento carcelario, a disposición de este Juzgado, por el punible de exceso carnal violento agravado, con el fin de que este presente en el acto de AUDIENCIA PREPARATORIA en el juicio seguido en su contra, a realizarse el día 18 de noviembre de 2005, hora: 09:00 a.m., en las instalaciones de este Juzgado.

Atentamente,


MOISÉS RAMÓN MILLA SIERRA
JUEZ

185

AUDIENCIA PREPARATORIA

Juzgo 44001-31-04-00-2005-00324-00

Fecha:

18-11-05

Hora:

09:00 a.m.

LUGAR:

Instalaciones del Juzgado Penal
Circuito.

ASISTENTE:

Dr. MOISÉS RAMÓN AVILA SIERRA
Sr. ALEXANDER JUSAYU
Dr. NESTOR MEZA INCIARTE Def
Dra. YASMINI PINTO USTATE ara

AUSENTES:

ASUNTO A TRATAR:

Diligencia preparatoria para resolver
Nulidades y prácticas de pruebas del
Proceso de la referencia.

DESARROLLO: En la fecha y hora señaladas arriba, se constituyó este Juzgado en audiencia preparatoria para los fines indicados en el artículo 401 del Código de Procedimiento Penal. Este Despacho Judicial, luego de revisar el expediente, advierte que tanto el agente de la defensa como la agente del Ministerio Público, solicitan las prácticas de unas pruebas. Así las cosas, vencido el término de traslado a los sujetos procesales, y como quiera que no hay nulidad que declarar, se procede seguidamente, a resolver lo relacionado con las peticiones, como sigue:

- 1.- Acceder a la solicitud hecha por el agente de la defensa, en cuanto a que se oficie a la Registraduría Delegada Departamental del Estado Civil, a fin de allegar copia de las huellas dactilares y del registro civil, de la joven NORELIS LIZBETH EPINAYU EPINAYU, por ende, se dispone oficiar a tal entidad. La prueba en comento se llevará acabo dentro del término de 15 días (art. 401 del C.P.P.).
- 2.- En lo que tiene que ver con la solicitud hecha por la doctora JOSEFA COTES TORRES, representante del Ministerio Público, el despacho accede a la misma, se dispone solicitar los antecedentes penales del sindicado.

3.- Señálese el día 24 de febrero de 2006, a la hora de las 9:00 a.m. para llevar a término el acto público de audiencia, en este asunto.

La presente decisión queda notificado en estrado, sin embargo, se dispone librar las comunicaciones pertinentes a los sujetos procesales que no se hicieron presentes.

MOISÉS RAMÓN AVILA SIERRA

NESTOR MEZA INCIARTE

Alexander
ALEXANDER JUSAYU

YASMINI PINTO USTATE

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RICHACHA

Oficio 110

Richacha, 320-enero-2006

Señor

DIRECTOR ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y
CARCELARIO INPEC
Richacha

Estimado señor:

Permitame solicitarle se digne disponer el traslado, hasta este Despacho Judicial, al señor ALEXANDER JUSAYU, quien se encuentran en ese establecimiento carcelario, a disposición de este Juzgado, por el punitivo de acceso carnal VIOLENTO AGRAVADO, con el fin de que este presente en el acto de AUDIENCIA PUBLICA en el juicio seguido en su contra, a realizarse el día 24 de febrero de 2006, hora: 09:00 a.m., en las instalaciones de este Juzgado.

2Atentamente,

MOISES RAMON AVILA SIERRA
Juez

184

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA

Oficio: 112

Riohacha, veinte (20) de enero de dos mil seis (2006)

Señor:

Registrador Delegado Departamental del Estado Civil
Riohacha.

Referencia: Juicio 44001-31-04-00-2005-00324-00

Estimado Señor:

Con fundamento en lo ordenado por este Juzgado mediante audiencia preparatoria de fecha 18 de noviembre del año próximo pasado, dispuso oficiarlo con miras a que nos hiciera llegar en el término de tres días contados a partir del recibido de la presente comunicación, copia de las huellas dactilares y del registro civil de la joven NORELIS LIZBETH EPINAYU EPINAYU, con el fin de obrar como prueba en el proceso de la referencia.

Atentamente,



YASMIN PINTO USTATE
Secretaria

SECRETARIA

188

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RICHARDEA

Oficio 166

Richardea, 25-enero-2008

Señor (a)

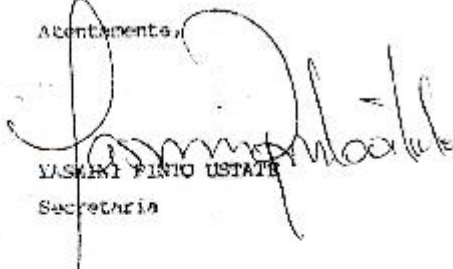
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO. JUEZ PRIMERO PENAL MUNICIPAL Y
JUEZ SEGUNDO PENAL MUNICIPAL

Richardea

Respetado (a) señor (a)

Permítame solicitarle muy comedidamente, nos informe todo acerca de los
antecedentes penales que pueda registrar en esa oficina judicial, del
señor ALEXANDER JUSAYU, a quien se le acusa en el proceso 2006-00324,
por el delito de acceso carnal violento agravado.

Atentamente,


YASMI FINTO USTATI
Secretaria



**REGISTRADURÍA
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**

Rionacha, 27 de Enero de 2006

RER 065

Doctora
YASMINI PINTO USTATE
Secretaria
Juzgado Penal del Circuito
Ciudad.

141
Recibí: 31-01-06
Hora: 02:05 PM

Ref: Juicio 44001-31-04-00 2005-00324-00

En atención a su oficio 112 del 20 de Enero de 2006, recepcionado en este despacho el día 24 del mismo mes y año; le informo lo siguiente:

La ciudadana EPINAYU EPINAYU NORELIS LIZBETH, fue cedulada en el municipio de Dibulla (La Guajira), razón por la cual esa alfabética no reposa en nuestro archivos. No obstante, lo anterior este Despacho hizo la gestión pertinente coordinando con esa Registraduría el envío de lo requerido.

Con relación al Registro Civil de Nacimiento, este pertenece a la Notaría Segunda de esta ciudad, pero el Señor Registrador de Dibulla muy amablemente por nuestro intermedio les remite copia del que fue aportado por la joven, al momento de expedir su Cédula de Ciudadanía.

Atentamente,

JOSE ALFREDO MAESTRE CELEDON
Registrador Especial del Estado Civil

Anexo: Copia de Alfabética
Copia del Registro Civil de Nacimiento

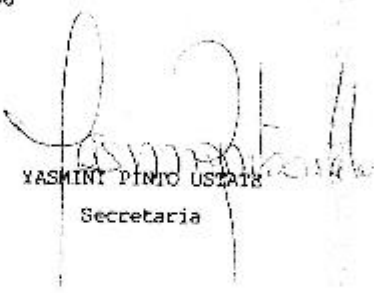
Registraduría Especial del Estado Civil
Calles No. 7-9 - Rionacha-La Guajira - Teléfonos (51) 7281187
jmaestre@registraduria.gov.ve

197
INGRESO A DESPACHO

Señor Juez:

Me permito pasarle el presente juicio a despacho, informándole que el procesado ALEXANDER JUSAYU, esta solicitando sentencia anticipada. Para proveer.

Riohacha, 27-Febrero-2006



YASMINT PINTO USTARI
Secretaria

a) **Durante la instrucción:** A partir de la indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de investigación.

b) **Durante el juicio:** Una vez proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que señale la fecha para la audiencia pública.

En el presente caso el procesado solicitó la sentencia anticipada en la etapa de juicio, siendo procedente su petición de que se le emita sentencia porque, además, se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 232 del C. de P.D., como se pasará a demostrar.

I. LA MATERIALIDAD DEL DELITO

- El elemento objetivo del delito consumado se encuentra plenamente demostrado con la denuncia de fecha 27 de noviembre de 1997, formulada por la señora ARGENIDA AGUILAR, tía de la menor víctima, (folios 2 y 3 del c.o.), en el cual pone de presente las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que el señor ALEXANDER JUSAYU PUSHANA accedió sexualmente a la menor NORELIS BONIVENTO MARTINEZ (sobrina de la denunciante).

- A folios 106-108 del c.o., se aprecia declaración jurada rendida por la menor víctima en este asunto, quien bajo la gravedad del juramento manifestó la manera como fue accedida carnalmente por el procesado que nos ocupa en el asunto de la referencia, que de no ser por su hermanito menor ALBEIRO, quien llegó después que ocurrió los hechos, y quien envió donde una vecina a pedir auxilio, esta hubiese sufrido una consecuencia mayor, e incluso hasta perder la vida, producto de una hemorragia.

- A folio 10 del cuaderno original milita el dictamen médico legal practicado a la menor NORELIS Lizbeth BONIVENTO MARTINEZ, en el cual se establece entre otras cosas: "Himen lobulado con desgarró reciente en el meridiano de las 6 con compromiso de la piel, la mucosa y los músculos perineales"

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ACUSADO

La autoría del delito, así como la culpabilidad del procesado en dicha conducta se halla plenamente demostrada, con las pruebas antes relacionadas y comentadas.

En efecto, los medios probatorios que se acaban de relacionar en el acápite inmediatamente anterior, aunados a la aceptación de los cargos, hecha por el encausado entraña una clara corroboración en la culpabilidad del procesado en el delito de acceso carnal simple, probanzas estas que son mas que suficientes para colegir que el acusado es autor responsable de la conducta endilgada, al realizar sobre la menor víctima el acceso carnal, conducta esta que realizó con pleno conocimiento en cuanto que ella configuraba un delito, sin embargo y no obstante esa clara conciencia del hecho ilícito, este sujeto en forma voluntaria y libre de toda interferencia exógena, decidió realizar la acción punible, circunstancia esta que la torna dolosa, en dolo directo y, por lo tanto culpable, razón por la cual se le condenará.

III. PUNIBILIDAD

Retomando lo dicho en el capítulo de "EL CARGO FORMULADO Y SU ACEPTACIÓN", de esta sentencia, recordemos que la pena se impondrá por el delito de acceso carnal violento, sin el agravante a que se hace alusión en la resolución

interlocutoria mediante la cual se califican el mérito del sumario, atendiendo a que en la etapa del juicio, por petición que hiciera el agente de la defensa, se dispuso otorgar a la Registraduría del Estado Civil de esta ciudad, solicitándoles nos enviaran el registro civil de nacimiento de la víctima de este asunto, lo cual hizo, pudiéndose establecer a través del mismo que para la fecha en que se sucedieron los hechos bajo estudio, la menor en comento era mayor de 10 años y, al aplicar la ley más favorable, atendiendo el principio de legalidad, para el día de autos, la ley vigente, en lo que toca al agravante, disponía que el sujeto pasivo de la conducta punible debía de ser menor de 10 años, lo que no acontece en el caso materia de estudio, como ya se indicara. El reato de acceso carnal violento está sancionado con pena de prisión de ocho (8) a quince (15) años de prisión, estos extremos no deben ser aumentados por cuanto que, como se acaba de precisar, el procesado no se hace acreedor a la agravante que se le dedujera en la formulación de cargos. Entonces los límites punitivos quedarán en noventa y seis (96) meses el mínimo y y ciento ochenta (180) meses el máximo. Estos extremos generan un ámbito punitivo de movilidad de ochenta y cuatro (84) meses, de modo que los cuartos serán de veintuno (21) meses.

En consideración a que no existen circunstancias de mayor punibilidad, como si la de menor prevista en el numeral 1º del artículo 55 del Código Penal, ante la carencia de antecedentes penales del acusado, la pena estará sujeta al primer cuarto, o sea de noventa y seis (96) meses de prisión. De modo que consideramos justo imponer la pena de noventa y seis (96) meses de prisión, a la cual, por aplicación del principio de legalidad, en concreto la favorabilidad de la ley, se le deberá, por haberse acogido el procesado a la figura de la sentencia anticipada en la etapa de juzgamiento, rebajar a la tercera parte, de conformidad a la decantación que se ha venido haciéndole la aplicación de los artículos 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, los cuales no obstante encontrarse ubicados en el Código de Procedimiento Penal, "tiene de manera incontestable la connotación de normas con efectos sustanciales", razón por la cual, como lo han venido sosteniendo diversos tribunales y juzgados e incluso nuestro máximo Tribunal en lo Constitucional, en Sentencia T-1211, de noviembre 24 de 2005, siendo M.P., la doctora Clara Inés Vargas Hernández, hablando de las normas a que hemos hecho referencia (art.351 y 352 de la Ley 906 de 2004), en un aparte, refiriéndose a las normas que se acaban de citar, de manera textual, dijo: "al disponer sobre el quantum de la reducción de la pena a que se hace acreedor el procesado que se someta a ella, según sea el estado procesal en la que se decida, e incide de la determinación jurídica de la sanción punitiva, la cual, indiscutiblemente es más benigna en la nueva normatividad, en tanto posibilita una rebaja de pena a la mitad si se llevo acabo el preacuerdo antes de la formulación de la acusación. O de una tercera parte si tuvo lugar con posterioridad a ella", rebaja esta en el caso bajo estudio, a treinta y dos (32) meses de prisión. De modo que, la pena en últimas a imponer será la de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, al tantas veces nombrado ALEXANDER JUSAYU, por el delito de acceso carnal violento.

Como pena accesoria se impondrá la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

No se condenará al pago de perjuicios en razón a que no obran en el expediente a cuanto ascienden estos, dejando, desde luego, a los perjudicados por tal conducta delictiva en libertad de acudir a la jurisdicción ordinaria civil, con miras a que en el proceso que allí se adelanta, mediante las pruebas pertinentes, se logren establecer los perjuicios ocasionados con la susodicha conducta punible.

IV. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Establece el artículo 63 del Código Penal que la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta, podrá ser suspendida por un periodo de prueba de dos a cinco años, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- a) Que la pena impuesta sea de prisión o no exceda de tres años.
- b) Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible, sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

En el caso que nos ocupa, sin lugar a dudas, no se dan los requisitos antes relacionados, pues la pena a imponer es superior a 36 meses de prisión, lo cual nos releva de hacer un estudio y/o análisis del factor subjetivo.

No huelga puntualizar que en el asunto materia de estudio, tampoco procede la concesión del beneficio o la figura de la sustitución de la prisión domiciliaria por prisión domiciliaria, ya que si bien, por aplicación de la ley 906 de 2004 (principio de favorabilidad), no es menester atender la pena mínima impuesta por el legislador, esto es, si supera o no los cinco años de prisión, si es menester e imperioso atender lo relacionado con el aspecto subjetivo exigido por el artículo 38 del Código Penal, esto es, si la convergencia de factores tales como el laboral, familiar, y social, como juez nos permiten inferir válida y justificadamente que el procesado no pondrá en peligro a la comunidad, elementos de juicio estos con los que no se cuenta en el paginario.

En mi calidad de titular de este Despacho Judicial, considero imperioso poner de presente que la decisión en el asunto de la referencia, se toma en esta fecha, habida cuenta que, como es de público conocimiento, este Despacho se encuentra congestionado, por ser el único Penal del Circuito que existe en esta ciudad capital (Riohacha) y, además, nos toca fungir como juez primera instancia; juez de tutela; juez de segunda instancia; juez de ejecución de pena; juez de control de legalidad; juez de habeas corpus, entre otras muchas otras cosas actividades. De otra parte, no huelga poner de presente, además que este Despacho Judicial no cuenta con Sustanciador y Oficial Mayor, como si lo tienen otros muchos juzgados, tanto aquí en la Guajira como en la mayoría de los circuitos judiciales existentes en Colombia". A fin de tomar la decisión de fondo en el sinnúmero de procesos que se encuentran para fallo y, muchas otras decisiones, tanto en actuaciones procesales de primera instancia como de segunda instancia, me vi precisado en los meses de noviembre y diciembre del año inmediatamente anterior, a fijar fecha y hora, para adelantar el acto público de audiencia, sólo en aquellos procesos de extrema urgencia, a fin de evitar que prospere, en aquellos que tiene preso, que era, y son muchos aún, la cual de libertad provisional, por vencimiento de términos.

Por lo expuesto el Juzgado Penal del Circuito de Riohacha, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: CONDENAR a ALEXANDER JUSAYU, como autor responsable del delito de acceso carnal violento, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que arroja el plenario, a la pena principal de SESENTA Y CUATRO (64) meses de prisión.

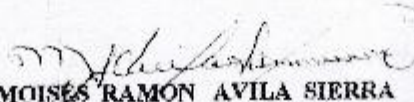
Segundo: DECLARAR, que el sentenciado no es acreedor a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la sustitución de prisión domiciliaria por prisión carcelaria, en razón de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: NO CONDENAR al pago de perjuicios de acuerdo a lo expuesto en el cuerpo de esta providencia.

Cuarto: En firme esta sentencia, dése cumplimiento a lo ordenado en el artículo 472 del C. de P.P.

Quinto: Contra esta sentencia cabe el recurso ordinario de apelación y/o queja.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

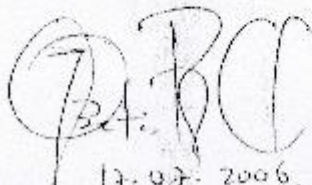

MOISÉS RAMÓN AVILA SIERRA
Juez

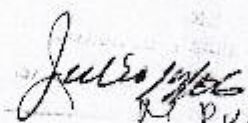
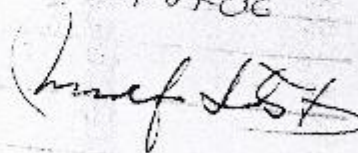
YASMINI PINTO USTATE

Secretaria

17-07-06
Alexander Jussay
14-07-06

ALEXANDER


17-07-2006
Alexander Jussay


Publico
14-07-06


JUJESADO PENAL DEL CIRCUITO
19-07-06
NOTIFICO PERSONALMENTE
A NESTOR NEZA INCIARTE
LA PROVIDENCIA DE FECHA 14-07-06
EN CONSTANCIA DEFECHA 17-07-06



Néstor Meza Inciarle
Abogado

203

Doctor
MOISÉS RAMÓN ÁVILA SIERRA
Juez Penal del Circuito de Riohacha
E. S. D.

Recibido: 07-08-06

Ref.: Procesado: ALEXANDER JUSAYU

NÉSTOR MEZA INCIARTE, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderado del condenado dentro del proceso de la referencia, respetuosamente mediante el presente escrito me permito solicitar a usted se sirva sustituir la pena de prisión por la de prisión domiciliaria a que tiene derecho derecho mi representado de conformidad al artículo 38 del C.P. que permite que la pena privativa de la libertad se pueda cumplir en el lugar de residencia o morada del sentenciado, en concordancia con el artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

La aplicación de la ley penal permisiva favorable, supone como lo tiene reconocido la jurisprudencia penal y constitucional, sucesión de leyes en el tiempo con identidad en el objeto de regulación, pero también tiene lugar frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupa de regular el mismo supuesto de hecho.

Según el inciso 2 del artículo 6° tanto de la ley 600 de 2000 como la ley 906 de 2004, la ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior a la actuación se aplicará a la restrictiva o desfavorable.

Mi representado es indígena y pertenece a una sociedad culturalmente diferente que coexiste paralela al resto de los habitantes del territorio guajiro, tiene costumbres propias y un sistema de valores que le sirven de controles sociales y de conformidad a ella, indemnizó a los familiares de la víctima, tal como consta en las actas firmadas por los familiares ante la Oficina Departamental de Asuntos Indígenas que obran en la investigación, como parte de la responsabilidad social de su familia con los afectados, lo que constituye un concepto de resocialización del sindicado ante la sociedad al asumir la responsabilidad personal y familiar, las consecuencia de sus actos, lo que esta en coherencia con el principio resocializante de la función de la pena impuesta por el delito cometido, lo anterior, lo hace acreedor a esta sustitución de conformidad a lo establecido por los presupuestos normativos, y de la misma manera solicito a usted citar y hacer comparecer, a través del suscrito a la señora CLEMENCIA FERNÁNDEZ ARPUSHANA y AURELIO ARPUSHANA EPIAYU, para que declaren sobre el conocimiento que tiene de mi representado y de los hechos anteriormente expuestos; si bien este cometió el delito que hoy nos ocupa, el resto de su comportamiento dentro de su entorno social ha sido,



Néstor Meza Inciarte
Abogado

204

respetable y armonioso con las demás personas con las que le ha correspondido tratar.

El lugar para cumplir la reclusión domiciliaria que le estoy solicitando se cumplirá en el lugar de su residencia ubicado a 2 kms del corregimiento de cucurumana dentro del resguardo alta y media Guajira jurisdicción del municipio de Riohacha. Su condición de indígena y su lugar de residencia no debe ser obstáculo para la concesión de tal medida, ya que la constitución Nacional contempla la igualdad ante la Ley de todos los ciudadanos colombianos.

PETICIÓN

Solicito al señor Juez en consecuencia y en virtud a los anteriores prosupuesto jurídico sustituir la pena privativa de prisión por la de prisión domiciliaria a que tiene derecho mi representado de conformidad al artículo 314 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 y el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política y artículo 29 de la misma.

Ruego a usted proceder de conformidad.

Atentamente,

NÉSTOR MEZA INCIARTE
T.P. No. 42.533 del C.S de la J.
C.C. No. 17.809.011 de Riohacha

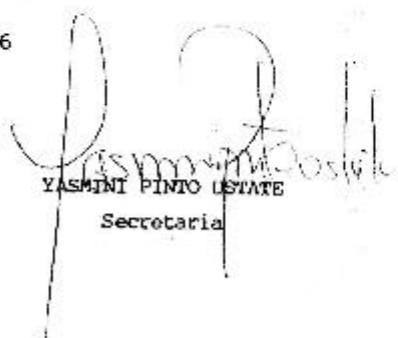
208

INGRESO A DESPACHO

Señor Juez:

Me permito pasarle el presente juicio a despacho, informándole que el doctor NESTOR MEZA INCIARTE, esta solicitando la sustitución de la pena de prisión por la prisión domiciliaria. Para proveer.

Richacha, 3-agosto-2006


YASMIN PINTO USTÁTE
Secretaria

206

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA

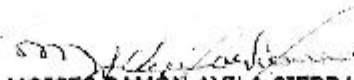
Riohacha, treinta y uno (31) de octubre de dos mil seis (2006)

Referencia: Juicio 44-001-31-04-00-2005-00324-00, contra ALEXANDER JUSAYU, por la conducta punible de acceso carnal abusivo con mero de 14 años tráfico, fabricación o porte de estupefaciente.

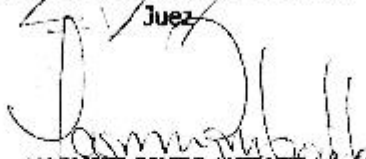
Atendiendo el escrito que antecede, mediante el cual el doctor NESTOR MEZA INCIARTE solicita que a su procurado ALEXANDER JUSAYU, se le sustituya la detención preventiva por la detención domiciliar, y como quiera que en la foliatura no se cuenta con los elementos de juicio, demandados por la ley, este Despacho Judicial dispone oficiar al CTI de esta ciudad con miras a que, a través del servidor público que se designe para ello, nos informe su desempeño personal, laboral, familiar o social y, nos permita deducir que no colocará en peligro la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, para lo cual se le concede el término máximo de cinco (5) días.

Igualmente, se citará a los señores CLEMENCIA FERNÁNDEZ ARPUSHAINA y AURELIO ARPUSHAINA EPIAYU, para el día 8 de noviembre del presente año, a la hora de las 3:00 y 3:30 p.m, respectivamente, a fin de escucharlos en declaración jurada

COMUNIQUESE Y CUMPLASE


MOISES RAMÓN AVILA SIERRA

Juez


YASMINI PINTO USTÁTE

Secretaria

secretaria

207

JUEGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA

CITACION 155

Riohacha, 1-noviembre-2006

Señora

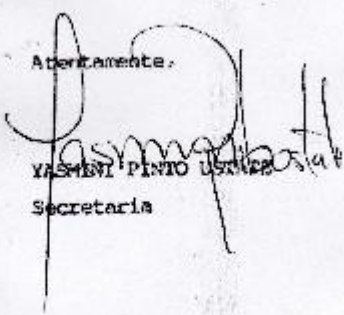
CLEMENCIA FERNANDEZ ARPUJANA

Riohacha

Preséntese ante este Despacho Judicial, el día 8 de noviembre del 2006, hora: 03:00 p.m., con el fin de oír la declaración jurada dentro del proceso seguido contra ALEXANDER JUSAYU, se le agradece su puntual asistencia.

Le advertimos, que la desobediencia a esta citación, le acarreará las sanciones de ley.

Atentamente,


YASMIN PINTO USUGA
Secretaria

210

DECLARACIÓN JURADA DE LA SEÑORA CLEMENCIA FERNANDEZ ARPUSHAINA, identificada con el número de cédula 56.160.818 de Riohacha

En Riohacha, a los ocho (8) día del mes de noviembre de 2006, siendo las 3:00 p.m., compareciere ante este Despacho Judicial, previa cita que se le hiciera, la señora CLEMENCIA FERNANDEZ ARPUSHAINA, identificada con la cédula de ciudadanía 56.160.818 de Riohacha, con el fin de rendir declaración jurada dentro del proceso 2005-00324-00. Por tal motivo, el suscrito funcionario amonestó aquél sobre la importancia moral y legal de declarar la verdad y no callarla total y parcialmente y las sanciones existentes y, previa las formalidades del artículo 269 del Código de Procedimiento e imposición y explicación de los artículos 267 del Código de Procedimiento Penal y 442 del C.P., le tomó el juramento de rigor, por cuya gravedad prometió decir sólo la verdad y no callarla total o parcialmente en lo que va a testificar.

PREGUNTADO: por sus generales de ley: Mi nombre es CLEMENCIA FERNANDEZ ARPUSHAINA, unión libre, alfabeta, ama de casa, natural y vecina de la ranchería Jurpunare, nací el 8 de septiembre de 1974,

PREGUNTADO: Dígame al Despacho, si conoce al señor ALEXANDER JUSAYU, de ser afirmativa su respuesta, nos dirá hace cuanto lo conoce, en donde y el porqué.

CONTESTO: Si lo conozco, lo conozco hacen 12 años, le decimos CHIRRI, lo conozco por el apodo, lo conocí en el misma ranchería, vive cerca de la ranchería mía, lo conozco porque conozco a la mamá, a los hermanos.

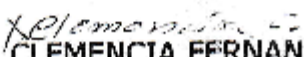
PREGUNTADO: Díganos por el conocimiento que tiene que tiene del mismo, que conducta ha observado éste y como es su comportamiento a nivel familiar, laboral y social.

CONTESTO: Él va a la casa, nos visita, y a veces hace parranda con los demás paisanos, como todo los paisanos, el comportamiento con su familia es todo bien, él está preso por lo que hizo, eso fue cierto, y él respondió a la familia de la menor, eso lo pagaron, él no es pelionero, y fuera de lo que hizo no ha hecho más

211

nada, eso fue hace rato, como seis o siete años, eso tiene
rato, y lo pagaron como costumbre de los indígenas, la
familia quedó bien, él tiene cinco hijos, es responsable
con sus hijos. PREGUNTADO: Tiene algo que decir,
agregar a lo ya dicho. CONTESTO: No, no señor. No
siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por
terminada y aprobada por lo que en ella intervinieron.


MOISÉS RAMON AVILA SIERRA
Juez


CLEMENCIA FERNANDEZ ARPUSHAINA
Declarante

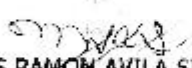
YASMINI PINTO USTATE
Secretaria

212

DECLARACIÓN JURADA DEL SEÑOR AURELIO BONIVENTO EPIAYU

En Riohacha, a los ocho (8) día del mes de noviembre de 2006, siendo las 3:36 p.m., compareciere ante este Despacho Judicial, previa cita que se le hiciera, al señor AURELIO BONIVENTO EPIAYU, quien manifestó identificarse con el número de cédula 17.945.246 de Manaure, con el fin de rendir declaración jurada dentro del proceso 2005-00324-00. Por tal motivo, el suscrito funcionario amonestó aquél sobre la importancia moral y legal de declarar la verdad y no callarla total y parcialmente y las sanciones existentes y, previa las formalidades del artículo 269 del Código de Procedimiento e imposición y explicación de los artículos 267 del Código de Procedimiento Penal y 442 del C.P., le tomó el juramento de rigor, por cuya gravedad prometió decir sólo la verdad y no callarla total o parcialmente en lo que va a testificar. PREGUNTADO: por sus generales de ley: Mi nombre es AURELIO BONIVENTO EPIAYU, quien manifestó identificarse con el número 17.945.246 de Manaure-Guajira, 40 años, residido en la Ranchería La Gloria para dentro, analfabeta, comprador de chivo, unión libre, PREGUNTADO: Dígame al Despacho, si conoce al señor ALEXANDER JUSAYU, de ser afirmativa su respuesta, nos dirá hace cuanto lo conoce, en donde y el porqué. CONTESTO: Si yo lo conozco, desde cuando era pelao, lo conocí en la ranchería de él, lo conocí porque su mamá era conocida en la ranchería Jematemana. PREGUNTADO: Díganos por el conocimiento que tiene que tiene del mismo, que conducta ha observado éste y como es su comportamiento a nivel familiar, laboral y social. CONTESTO: cuando él toma trago no pelea, como familia se comporta bien, él trabaja en Venezuela, casi no trabaja aquí en Colombia, cuando trabaja en Colombia se dedica a cortar carbón, él se comporta bien con su familia. PREGUNTADO: Tiene algo que decir, agregar a lo ya dicho. CONTESTO: No, no señor. No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada y aprobada por lo que en ella intervinieron.

Como quiera que el declarante manifestó no saber leer ni escribir, ni presentó la cédula de ciudadanía, por secretaría, se procede a darle lectura a esta diligencia y, se designa a la señorita GABRIELA DUARTE BALCAZAR, identificada con el número de cédula 39.463.971 de Valledupar, para que a ruego firme esta, tomándose al enjuiciado la huella dactilar del índice derecho. este procede a nombrar


MOISÉS RAMÓN AVILA SIERRA
Juez

YASMINI PINTO USTATE
Secretaria


AURELIO BONIVENTO EPIAYU
Declarante

GABRIELA DUARTE BALCAZAR
Testigo



Riohacha, noviembre 17 de 2006.

INFORME No. 3312 SI CTI.

Recibido 21-11-06

[Firma manuscrita]

PARA: Doctor
ROBERTO HERNANDEZ ESPELETA
Jefe Sección de Investigaciones.
Riohacha.

DESTINO: Señora
YASMINI PINTO USTATE
Secretaria Juzgado Penal del Circuito.
Palacio de Justicia, Piso 3.
Riohacha.

REFERENCIA: Orden de trabajo: 3199.
Radicación: 44001-31-4-000-2005-00324-00.
Oficio: 2113.
Delito: Acto Sexual con menor de catorce años.

OBJETO DE LA MISIÓN

Informar el desempeño personal, laboral, familiar y social del señor ALEXANDER JUSAYU, a fin que permita deducir que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. Asimismo informe si el que se acaba de nombrar es padre cabeza de familia.

DILIGENCIAS REALIZADAS

Atendiendo lo solicitado en la misión encomendada, y teniendo en cuenta que el señor Jusayú, puso de presente al Despacho que cumplirá su sitio de reclusión en el kilómetro 2 del Corregimiento de Cucurumana, nos desplazamos hasta el kilómetro 2 vía a Maicao, sin que en ese lugar se encontrara rancharía alguna, pudiéndose solamente localizar una ladrillera que de acuerdo con los trabajadores es propiedad del señor Manuel Calvo.

CUERPO TECNICO DE INVESTIGACION
UNIDAD DE POLICIA JUDICIAL
CALLE 1 No. 5-65 PISO 2 RIOHACHA LA GUAJIRA TEL. 275901 275907



Ante lo presentado se procedió llegar hasta la entrada a Cucurumana en el kilómetro 6 vía a Maicao, pero al no contarse con ranchería específica en el área, no fue posible ubicar el sitio, ni encontrar persona que conociera al señor Alexander Jusayú.

Por lo antes anotado, nos pusimos en comunicación con el doctor NESTOR MEZA INCIARTE, abogado defensor del señor Jusayú, el cual nos señaló que la Ranchería donde cumplirá la pena se denomina JEMETAMANA, localizada en el kilómetro 17 vía a Maicao, margen derecha, en inmediaciones de La Gloria, y en jurisdicción del Corregimiento de Cucurumana. Además, nos hizo comparecer al señor FRANCILIANO BONIVENTO, morador del área y quien conoce a Jusayú.

Entrevista sostenida con el señor FRANCILIANO BONIVENTO, identificado con la c.c. No.84.027.907 expedida en Rioshacha, residente en la ranchería Jutpunares, quien manifestó: que él es vecino del señor ALEXANDER JUSAYU el cual va a vivir en la mencionada ranchería donde reside un hermano suyo de nombre MANJARRES JUSAYU, con su mujer e hijos; que ya no convive con PACHI pues ésta se separó de él cuando lo cogieron preso, la cual reside en la actualidad en la localidad de Aremazain con otra persona y con los hijos de ambos; que lo conoce porque un hermano suyo es marido de una hermana de Alexander; que el acceso a la ranchería no es fácil y se requiere de vehículo adecuado y guía para llegar.

Cuando se pudo establecer la exacta ubicación de JEMETAMANA, a fin de conocer acerca del desarrollo personal, laboral y familiar de ALEXANDER JUSAYU, nos trasladamos hasta la ranchería arriba mencionada, encontrando que para poder acceder a ese lugar, se debe hacer por el kilómetro 6 en la vía Rioshacha-Maicao margen derecha de la carretera, donde está la entrada a Cucurumana y una vez se llegue a la bifurcación, se toma el ramal izquierdo, es un recorrido de 11 kilómetros, camino de herradura y difícil acceso sin el guía adecuado, y debido a la cantidad de caminos que existen en el lugar. Antes de llegar al sitio se encontró además

CUERPO TECNICO DE INVESTIGACION
UNIDAD DE POLICIA JUDICIAL
Calle 1 No. 6-65 PISO 2 RIOSHACHA LA GUATIRA Tel. 273901 273977



las rancherías Toróki, Mantecan, El Tablazo, Moroconshira y Cucurumana, que esta a 3 kilómetros de distancia.

Una vez en el sitio, pudimos determinar que Jemetamana, se encuentra conformada por 2 viviendas de barro y bahareque de pequeñas dimensiones y una enramada, a su alrededor solo hay vegetación y de acuerdo con lo manifestado por los moradores, el vecino más cercano se encuentra a unos 10 minutos de distancia caminando. (Para mayor ilustración ver fotografías anexas).

Se entrevistó al señor **MANJARRES JUSAYU**, indocumentado, de 32 años de edad, de ocupación pastoreo, es hermano de **ALEXANDER JUSAYU**, y quien manifestó que: en la ranchería donde va a vivir su hermano, residen además de su mujer **María Antonia Epiayú**, cinco (05) de sus hijos (**Mariana** (15), **Rafael** (10), **Rosa** (8), **Miniam** (3), **Yeini** (1 1/2), y su hermana **Hilda Rosa Jusayú**; agregó además, que su hermano se va a dedicar a quemar carbón; que **ALEXANDER**, antes vivía en **Sevinamana** donde residía su tía **Beatriz Bonivento**, pero actualmente las casas de ese sitio están abandonadas y por ello viene para su casa; que su hermano no tiene mujer, porque está separado de **PACHI Epiayú**, la cual se fue con otro marido y los hijos que tuvo con él, los que en la actualidad residen en **Aremazain**; señaló por último, que la ranchería más cercana se llama **ALAINABAO**, constante de 30 casas, y se ubica yendo a pie a unos 10 minutos de distancia.

Después de llevar a cabo visita en la ranchería donde va a residir **ALEXANDER JUSAYU** la cual compartirá con familiares al principio mencionados, es menester dejar constancia que lo anterior obedece a que en la cultura wayúú a la que pertenece, es costumbre la convivencia de familias compuestas. Los familiares antes señalados, se refieren al arriba mencionado como persona que sostiene buena relación con los miembros de la familia, siempre dedicado a la quema de carbón y pastoreo. Cabe indicar, que no fue posible obtener referencias laborales, debido a que la ubicación de la ranchería no lo permite, puesto que está circundada solo por espesa vegetación, caminos estrechos o trochas, y no se cuenta con personas

CUERPO TECNICO DE INVESTIGACION
UNIDAD DE POLICIA JUDICIAL
Calle L. N° 2 65 PISO 2 RIOHACHA LA GUAPIRA TEL. 273991- 274677

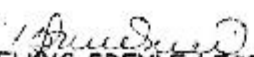


ajenas a la familia. De acuerdo con lo que se pudo conocer, la ranchería donde era conocido, según lo manifestado por los familiares está abandonada y se localiza según ellos mismos, a unas 5 horas en zona de difícil acceso.

Solo fue posible obtener referencias del desarrollo personal y familiar del señor Alexander Jusayú, por parte de parientes del mismo, sin que se pudiera determinar su desarrollo social, que no solo se determina teniendo en cuenta las características propias, sino el respeto de las diferencias que tenga él como tal hacia las demás personas, lo que se ha dificultado no solo debido a su entorno, sino además a que su convivencia en esta área no ha sido muy extensa.

En los anteriores términos, se deja rendido el presente informe de conformidad con lo establecido en el artículo 319 de CPP.

Atentamente,


BELKYS FREYLE LESPORT
Funcionario Policía Judicial CTI.

Se anexa lo anunciado en dos (02) folios.

CERTIFICACIÓN

El suscrito Jefe de la Sección de Investigaciones certifica que la funcionaria BELKYS FREYLE LESPORT, quien suscribió el presente informe, es miembro activo del Cuerpo Técnico de Investigación Seccional Riohacha y se encuentra adscrita a esta dependencia.


ROBERTO HERNANDEZ ESPELETA
Jefe Sección de Investigaciones CTI.

CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN
UNIDAD DE POLICIA JUDICIAL
Calle 1 No. 445 PISO 2 RIOHACHA LA GUAJIRA TEL. 2735001- 274677

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA

Riohacha, treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006)

Referencia: Juicio 44-001-31-04-002-2005-00324-00, seguido contra
ALEXANDER JUSAYU, por la conducta acceso carnal violento.

ASUNTO A DECIDIR

La petición de sustitución de la prisión por prisión domiciliaria incoada por el doctor NESTOR MEZA INCIARTE, en representación del condenado ALEXANDER JUSAYU.

ANTECEDENTES

Mediante providencia calendarada 14 de julio del presente año, este Juzgado, al tomar la decisión de fondo en este asunto profirió fallo condenatorio contra el señor ALEXANDER JUSAYU, imponiéndole como pena principal la de 64 meses de prisión, como autor responsable del delito de acceso carnal violento.

En memorial presentado ante la Secretaría de este Despacho, el doctor NESTOR MEZA INCIARTE, solicita la sustitución de prisión por prisión domiciliaria. Solicitud que hace con fundamento con el artículo 38 del C.P., en concordancia con el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, argumentando para ello el principio de favorabilidad, y, además que su presentado es indígena y, como tal tiene sus propias costumbres, y valores, que le permiten dentro de su territorio cumplir con ciertas normas, como son indemnizar a los familiares de la víctima, tal y como sucedió y consta en el caso que nos ocupa, lo que constituye con ello, que su apadrinado se resocializó por el delito que cometió ante la sociedad, al asumir su responsabilidad social y familiar con los afectados. En su escrito solicita que sean citados a los señores CLEMENCIA FERNÁNDEZ ARPUSHAINA y AURELIO ARPUSHAINA EPIAYU, a fin de que declaren todo cuanto sepa y le conste sobre el comportamiento de su asistido, dentro de su entorno social.

Previo a decidir sobre la petición en comento, mediante auto de trámite de fecha 31 de octubre del presente año, el Despacho dispuso comisionar al CTI, a fin de que estableciera el desempeño personal, laboral, familiar o social del ya nombrado procesado; de igual manera se decretó escuchar en declaración jurada, con el mismo fin, a los señores CLEMENCIA FERNÁNDEZ ARPUSHAINA y AURELIO ARPUSHAINA EPIAYU. Las diligencias en comento, se llevaron a término.

CONSIDERACIONES

I.- El artículo 38 del C.P., preceptúa que, la prisión domiciliaria procede en aquellos casos que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menor, siempre y cuando el funcionario considere que el penado, por sus características familiares, laborales, y sus vínculos con la comunidad "no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena".

II.- Aplicando los preceptos que se acaban de mencionar en el numeral inmediatamente anterior, y atendiendo el principio de legalidad, concretamente el de favorabilidad a que hace referencia, el defensor, la Ley 906 de 2004, en cuanto toca al hecho de que no fija tope mínimo de pena para efectos de conceder el beneficio de la prisión domiciliaria, le sustituirá la prisión por prisión domiciliaria al ya mencionado condenado ALEXANDER

JUSAYU. Veamos las razones de orden jurídico que conduce a esta inferencia:

III. Ahora bien, como la norma exige al funcionario hacer un juicio axiológico de las características familiares, laborales y los vínculos del sindicado con la comunidad, para determinar, si esta confluencia de factores permite adquirir corteza o convencimiento de que no evadirá el cumplimiento de la pena, y que no representa peligro para la comunidad tal y como lo manifiestan, bajo la gravedad del juramento, en condiciones de amigos, los señores CLEMENCIA FERNANDEZ ARPUSHAINA Y AURELIO ARPUSHAINA EPIAYU, quienes afirman "QUE SI LO CONOCEN, QUE EL COMPORTAMIENTO A NIVEL FAMILIAR Y SOCIAL ES BUENO". Igualmente se sabe, a través del informe rendido por un servidor público del CTI sobre, de manera positiva, los aspectos personales, familiar, laboral, social y económico del penado. De ahí que, tales circunstancias lo hacen merecedor de convivir, así sea en su calidad de preso en su domicilio, con los suyos, junto con sus seres queridos.

Por ende, a juicio de este Despacho, el penado o condenado no representa ningún peligro para la comunidad.

De otra parte, se tiene que ALEXANDER JUSAYU no registra antecedentes penales o policivos, lo que permite suponer que, su conducta individual, familiar y social ha sido buena y su personalidad, tampoco lo ubica como sujeto socialmente peligroso.

De suerte que, las condiciones familiares y laborales de ALEXANDER JUSAYU, y sus vínculos con la comunidad que fueron objeto de análisis, permiten al juzgado afirmar con cierto grado de certeza que no evadirá el cumplimiento de la pena, que permanecerá en su residencia hasta nueva orden judicial, y por último, que ningún riesgo representa para la colectividad el hecho de continuar su prisión al margen de un centro de reclusión.

En consecuencia, reunidos como se encuentran los requisitos sustanciales del artículo 38 del C.P., habrá de sustituirse la pena de prisión impuesta a ALEXANDER JUSAYU, por la de prisión domiciliaria, para lo cual, deberá prestar caución por la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, a nombre de este Juzgado; prisión que debe continuar en el sitio por él indicado al momento de la suscripción de la diligencia de compromiso, de donde sólo podrá salir previa autorización del despacho. Adicionalmente se le impondrán las obligaciones relacionadas en el numeral 3º de la norma en cita, para lo cual suscribirá la correspondiente acta de compromiso, con la advertencia de que el incumplimiento de cualquiera de ellas, al igual que si se evade o incumple la reclusión, o de que fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, "se hará efectiva la pena de prisión".

Para asegurar el cabal cumplimiento de las obligaciones impuestas, se oficiará al INPEC, entidad esta que junto con este despacho ejercerá el control sobre esta medida sustitutiva, particularmente lo relacionado con adoptar un plan de vistas periódicas a la residencia de la procesada, a fin de verificar el cumplimiento de la detención, de lo cual informará a este Despacho.

En mérito de lo brevemente discurrido, el Juzgado Penal del Circuito de Riohacha,

RESUELVE

- 1.- SUSTITUIR la pena de prisión impuesta a ALEXANDER JUSAYU, mediante sentencia de fecha 14 de julio del presente año, por la de PRISION

DOMICILIARIA consagrada en el artículo 38 del Código Penal, previa cancelación de la caución fijada y la firma de la respectiva acta compromisoria, en la que se le impondrán las obligaciones prevista en el numeral 3º del artículo en cita, con excepción de la relacionada con la reparación de los daños ocasionados en el delito.

2.- Cumplido lo anterior, librense las comunicaciones del caso, tanto al Comandante de la Policía como al Director de la Cárcel Judicial de esta ciudad, para lo pertinente.

3.- Contra esta providencia proceden los recursos de reposición, apelación y/o queja.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


MOISES RAMÓN AVILA SIERRA
Juez

YASMINI PINTO USTATE
Secretaria

JUZGADO 1º DE LO CRIMINAL
01-12-06
M. PUS400
LA PRESENTACIÓN 30-11-06
EN
EL
AL SEÑAL

JUZGADO 1º DE LO CRIMINAL
01-12-06
D. NESTOR NOZA INCARTE
LA PRESENTACIÓN 30-11-06
EN
EL
AL SEÑAL

JUZGADO 1º DE LO CRIMINAL
01-12-06
SINDICADO
LA PRESENTACIÓN 30-11-06
EN
EL
AL SEÑAL
A. Alexander

JUZGADO 1º DE LO CRIMINAL
12-11-06
F. 2001 1104
LA PRESENTACIÓN
EN
EL
AL SEÑAL

225

ACTA DE COMPROMISO QUE SUSCRIBE EL SEÑOR ALEXANDER
JUSAYU

(ACTA)

FECHA: 1º de noviembre de 2006

HORA: 5:11 pm

LUGAR: Instalaciones del Juzgado Penal
Del Circuito

ASISTENTES: Dr. MOISES RAMON AVILA SIERRA, Juez
Sr. ALEXANDER JUSAYU Reo
Dra. YASMINI PINTO CHISTATE, Seca

ASUNTO A TRATAR Suscribir diligencia compromisoria conforme al
Texto del art. 38 del C.P.P.

DESARROLLO: En el tiempo y espacio arriba indicados, se hizo traer desde la Carcel Judicial de esta ciudad, al señor ALEXANDER JUSAYU, con el fin de suscribir diligencia compromisoria, ordenada por este juzgado, mediante providencia de fecha 30 de noviembre del presente año. En tal virtud, el suscrito juez le hizo saber que el acta que van suscribir envuelve la formalidad del juramento, advirtiéndole sobre la importancia moral del mismo y enterándolo del contenido del artículo 269 del C.P.P., por cuya gravedad, prometió cumplir cabalmente con las obligaciones que a continuación se relacionan, prevista en el art. 38 del C.P.P.

- 1.) Solicitar permiso al funcionario judicial para todo cambio de residencia, el señor ALEXANDER JUSAYU, fija la suya en la Ranchería Americhí, ubicada en el kilómetro 14 de la vía que conduce de Richacha a Maicao.
- 2.) Observar buena conducta general tanto individual como familiar y social, no portar armas, no cometer nuevos delitos y no ingerir bebidas embriagantes o drogas que originen dependencias físicas o químicas.
- 3.) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.
- 4.) Permitir la entrada a su residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuesta en la providencia, por el funcionario encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

**REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO
RIOHACHA**

Veintiocho (28) de noviembre de dos mil once (2011)

Proceso
Sentenciado
Delito
Radicado

Penal Ley 600 de 2006
Alexander Jusayu
Acceso Canal Abusivo con Menor de 14 Años
44051-31-04-000-2005-00324-00

ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a decidir de oficio, sobre la extinción de la pena que le fue impuesta al señor ALEXANDER JUSAYU.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

Mediante sentencia de fecha 14 de julio de 2005, el extinto Juzgado Penal del Circuito de esta ciudad, declaró al señor ALEXANDER JUSAYU, autor responsable del delito de Acceso Canal Abusivo con menor de 14 años, condenándose por este hecho a la pena principal de 64 meses de prisión, por la conducta punible anteriormente mencionada. En la misma providencia se le concedió la suspensión de la ejecución de la pena previa suscripción de la diligencia de compromiso.

El despacho considera, tal como lo señala que el imputado ALEXANDER JUSAYU, no cumplió las obligaciones previstas en el artículo 65 ibidem, las cuales se comprometió a cumplir a través de la suscripción del acta de compromiso, se produce la extinción de la conducta imputada en el fallo y la liberación se entenderá como definitiva.

Por lo anterior, debe decirse que desde el momento en que el señor ALEXANDER JUSAYU, suscribió la diligencia de compromiso el día primero (1º) de noviembre de 2006, a la fecha, en ese lapso el sentenciado ha observado a cabalidad los compromisos, lo que corrobora con la ausencia de informe acerca de alguna omisión o incumplimiento de su parte.

Con respecto del que se acaba de mencionar, se tiene que el artículo 82 del C.P., sobre las causales de extinción de la condena, entre ellas, la prescripción, y el artículo 89 del mismo estatuto de la Ley 600 de 2000, dispone que el fenómeno prescriptivo de la pena opera cuando haya transcurrido un tiempo igual al de la sanción, o de cinco (5) años, si este fuere menor.

La sentencia en comento quedo ejecutoriada tres días después de la última notificación (24-07-2006).

En resumen y contabilizado el tiempo transcurrido desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia que nos ocupa, al día de hoy, se observa que este ha superado el término máximo en que prescribe la pena. En consecuencia, por mandato del artículo 89 del C.P., de la Ley 600 de 2000, será decretada por este despacho Judicial, la prescripción de la pena que le fue impuesta al señor ALEXANDER JUSAYU, por haber transcurrido el lapso en que prescribe la misma, se ordenara la libertad inmediata del que se acaba de mencionar, y la devolución de la caución que fue consignada, además el archivo definitivo de la presente diligencia.

En consecuencia, esta realidad es más que suficiente para concluir que es procedente declarar la extinción de la pena y cesar las obligaciones que le fueron impuestas de manera definitiva.

En mérito de lo expuesto el juzgado Primero Penal del Circuito de Richarcho.

RESUELVE

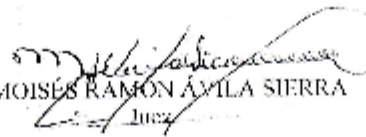
PRIMERO: DECLARAR extinguida la condena que le fue impuesta por el extinto Juzgado Penal del Circuito de esta ciudad, mediante sentencia de fecha catorce (14) de julio de 2006, al señor ALEXANDER JUSAYU, por la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS. Asimismo se a la eventual ejecutoria la devolución de la caución que fue consignada por el que se acaba de mencionar.

SEGUNDO: ORDENAR la libertad inmediata de señor ALEXANDER JUSAYU de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: COMUNIQUESE, de conformidad con el artículo 485 de Código de Procedimiento Penal, a las autoridades que se le comunicó la sentencia.

CUARTO: Contra este proveído proceden los recursos de reposición y/o apelación.

CUMPLASE


MOISÉS RAMÓN ÁVILA SIERRA

Juez

MARLYS FUENTES GUTIERREZ
Sustanciadora Nominada.

ESTADO
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO
SECRETARIA
(ART. 180 DEL C.P.P. DE LA LEY 600 DE 2009)

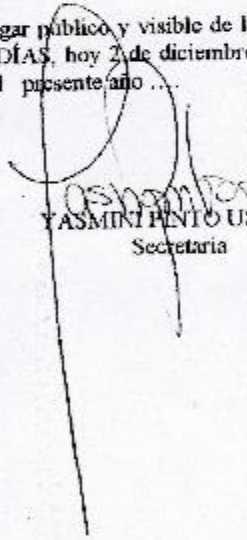
La suscrita secretaria del Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha, POR MEDIO DEL PRESENTE NOTIFICA AL SEÑOR ALEXANDER JUSAYU LA PROVIDENCIA DE FECHA 28 DE NOVIEMBRE DE 2011, DICTADO EN EL PROCESO 44001-31-04-000-2005-00324-00.

DELITOS: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS

NATURALEZA: MEDIANTE EL CUAL SE DECRETO LA EXTINCION DE LA PENA

FECHA DEL AUTO 28 DE NOVIEMBRE DE 2011

El presente se fija en un lugar público y visible de la Secretaria de este Juzgado, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS, hoy 2 de diciembre de 2011, a las ocho de la mañana y vence el 6 de diciembre del presente año ...


YASMIN RENTERIA USTATE
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO

Radicación No. 110010102000201301300 00/1991C

Aprobado según Acta No. 50 de esta misma fecha

ASUNTO A TRATAR

Se pronuncia la Sala en relación con el conflicto positivo de jurisdicciones suscitado entre las **Jurisdicciones Penal Ordinaria** representada por el **Juzgado Promiscuo del Circuito de san Juan del Cesar -La Guajira-** y la **Jurisdicción Indígena**, por el **Cabildo del resguardo indígena WAYUU de LOMA MATO, COMUNIDAD DE Guamachito del Departamento de la Guajira** (*constituida legalmente según resolución N° 0081 del 2 de diciembre de 1987, según constancia obrante a fl. 87 del c.o.*) para conocer de la investigación adelantada en contra del señor **JUAN CARLOS PLAZA IPUANA** por el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, con fundamento en el artículo 256 numeral 6 de la Carta Política y el 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996.

HECHOS

El **14 de febrero de 2012** se pone en conocimiento del *Fiscal Seccional 001 de*

Fonseca, Departamento de la Guajira, el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, donde a través de la denuncia hecha por la señora **ALADIS MEJIA IPUANA**, madre del menor agredido, se acusó al señor **JUAN CARLOS PLAZA IPUANA**, de haber trasgredido los derechos del menor.

Manifestó la madre del infante, que el día **11 de febrero del año 2012**, fue su hijo abusado sexualmente en su casa, que se enteró de tal situación días después porque su hijo estuvo desaparecido desde el día de los hechos y cuando fue encontrado, el mismo joven relató lo sucedido, *-que su primo Juan Carlos había abusado de él, y lo tenía amenazado de muerte si contaba lo que había sucedido, también adujo que su menor hijo había sido víctima de este delito desde que tenía 7 años de edad-*.

ACTUACIÓN PROCESAL

(i) En virtud de los hechos manifestados por la señora **ALADIS MEJIA IPUANA**, se remitió al menor al Hospital San Agustín de Fonseca, para la valoración médico legal, dictamen que arrojó *“SE OBSERVA AREA DE DESGARRO Y LACERACIONES ANTIGUAS Y EN CONCLUSIÓN SEÑALA: “POR LOS HALLAZGOS ENCONTRADOS SE PUEDE CONCLUIR QUE HA HABIDO PENETRACIÓN ANAL, SE DESCARTA ENFERMEDAD DE TRASMISION SEXUAL AL EXAMEN FISICO”* (sic para lo transcrito).

(ii) Mediante oficio ULCTI 7-000033, fue remitido el joven al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que se realizara la entrevista psicológica con respecto a los hechos ocurridos, donde el **15 de febrero del año 2012**, la psicóloga del ICFB, manifestó: el menor *“IDENTIFICA AL SEÑOR JUAN CARLOS PLAZA IPUANA COMO LA PERSONA QUE ABUSO SEXUALMENTE DE ÉL, EL SABADO 11 DE FEBRERO DE 2012, QUE LA PRIMERA VEZ QUE OCURRIO ESO FUE CUANDO TENIA SIETE (7) AÑOS”* (sic para lo transcrito)..

(iii) Como consecuencia de la denuncia, el **Juzgado Promiscuo Municipal de Barrancas, del Departamento de la Guajira**, emitió orden de captura en

contra del señor **JUAN CARLOS PLAZA IPUANA** el día **16 de febrero de 2012**, suscribiendo para tal fin el acta de derechos del imputado. El **17 de febrero de 2012**, se elaboró y presentó la solicitud de audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento, audiencia llevada a cabo ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Fonseca, donde se decretó legal la captura del indiciado, se le imputaron los cargos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, declarándose el imputado inocente de los mismos; imputándole finalmente medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario de la ciudad de Riohacha, formulándole imputación de acusación, ya que el comportamiento del imputado se enmarcó en el tipo penal contemplado en el **título IV, capítulo primero, artículo 205, acceso carnal violento, capítulo segundo, artículo 208 acceso carnal abusivo con menor de 14 años y artículo 211 numeral octavo**, toda vez que se pudo afirmar con probabilidad de verdad que tal conducta delictiva, existió y que el acusado es el responsable.

(iv) Se fijó fecha para la Audiencia de formulación de acusación los días *27 de junio de 2012, 9 de julio de 2012, 21 de agosto de 2012, 17 de octubre de 2012, 24 de enero de 2013, 30 de enero de 2013, 26 de febrero de 2013, 4 de abril de 2013*, para que finalmente el **10 de abril de 2013** se llevara a cabo la misma, en donde se recibió memorial suscrito por el señor **JUAN CARLOS PLAZA IPUANA**, detenido en el establecimiento penitenciario y carcelario de Riohacha, quien manifestó renunciar a su derecho a asistir a la audiencia de formulación de acusación, declarando su deseo de ser representado por su apoderado de confianza.

Encontrándose dentro de la precitada diligencia, se hizo claridad por parte de la Fiscalía que el delito por el cual se investiga al denunciado es el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pues esta subsume la otra conducta a él endilgada en el escrito de acusación de fecha **9 de mayo de 2012**, por otro lado, se reconoció al doctor **Claro José Cotes** como el apoderado del señor **JUAN CARLOS PLAZA IPUANA**, quien luego de manifestar estar enterado del escrito de acusación, solicitó, amparado en el Cacique Gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo Lomalto, señor **José Gilberto Duarte Pushaina** y las

demás Autoridades Indígenas del Pueblo WAYUU, la declaración de incompetencia de la *Jurisdicción Ordinaria*, por considerar que conforme a la sentencia T-009 de 2007, se han configurado los elementos subjetivos y territoriales, para que el proceso en donde su prohijado está siendo investigado sea de conocimiento de la *Jurisdicción Penal Indígena*, pues además de que la conducta endilgada tuvo ocurrencia en el ámbito territorial del resguardo, las partes en conflicto pertenecen a la **Cabildo del resguardo indígena WAYUU de LOMA MATO, COMUNIDAD DE Guamachito del Departamento de la Guajira.**

Frente a la incompetencia deprecada por el defensor de confianza del señor **JUAN CARLOS PLAZA IPUANA**, el Procurador Judicial Penal 265 de la Ciudad de San Juan del Cesar, doctor **Iván José Brito Parodi**; como el Fiscal Seccional 001 de Fonseca de la misma ciudad, doctor **Alcides Elías Pimienta Rosado**, coincidieron en que para la asignación de la jurisdicción competente deben darse ciertos requisitos de orden legal y factico, donde se demuestre que ninguno de los involucrados tenga acceso directo con la cultura mayoritaria, donde en el caso propuesto, el investigado se comporta y acatar los lineamientos culturales del sector mayoritario, como también se comunica de manera fluida y coherente en el idioma español; por otro lado, acudieron a la gravedad de la conducta investigada y a la prevalencia de los derechos de los menores, en razón a que la madre del menor acudió a los Órganos Gubernamentales, para acceder a la protección de los derechos de su menor hijo.

Por su parte el Juez Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar de la Guajira, luego de relacionar las pruebas referentes a las certificaciones provenientes del cabildo indígena, ordeno remitir el conocimiento del asunto a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que resolviera la definición de competencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 54 del C.P.P.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Es competente esta Corporación para dirimir el conflicto planteado por expresa autorización de los **artículos 256, numeral 6., de la Constitución Política y 112, numeral 2., de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia)**.

2. Colisiones de competencia.

En el presente caso se presenta una disputa entre dos autoridades, reclamando ambas la competencia para dirimir un litigio. Para la configuración del conflicto positivo de jurisdicciones es preciso que se los siguientes presupuestos:

- 1. Que el funcionario judicial esté tramitando determinado proceso.*
- 2. Que el proceso se halle en trámite, esto es que no haya sido fallado.*
- 3. Que los funcionarios entre quienes se disputan formen parte de distinta jurisdicción.*

Tales conflictos que según la definición pueden ser positivos o negativos, bien pueden darse al interior de una misma jurisdicción o entre distintas jurisdicciones, aspecto este que sólo es determinante para fijar la competencia de quien debe solucionarlos.

De acuerdo al concepto anterior, puede configurarse un conflicto de competencias, cuando las autoridades involucradas en el mismo emiten un concepto coincidente sobre la posibilidad o imposibilidad para conocer de un determinado proceso.

2.1. Jurisdicción indígena.

Pues bien, esta Sala de tiempo atrás ha expresado en diversos pronunciamientos los alcances de la jurisdicción indígena de la siguiente manera:

“Conforme con el artículo 246 de la Constitución Nacional, “...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. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional.” (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, por mandato constitucional los pueblos indígenas tienen derecho a ejercer funciones jurisdiccionales y, precisamente ello obedece al interés del Estado en garantizar la existencia, conservación, respeto y reconocimiento de las comunidades indígenas, protegiendo la diversidad cultural aceptando su autonomía para que, ante la existencia de unos requisitos mínimos para reconocer el fuero, las autoridades indígenas puedan investigar y juzgar, según sus principios, usos y costumbres a los miembros que integran su comunidad.

Y es que el derecho a la integridad étnica, cultural y social de los pueblos indígenas se ha erigido en uno de los derechos fundamentales de estas colectividades, así lo ha indicado en varios pronunciamientos la Corte Constitucional:

*“...los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (C.P., artículo 11); **el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación** (C.P., artículos 1 y 7) **sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada** (C.P., artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (C.P., artículos 58, 63, 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios...”⁴⁸ (subrayas y negrillas fuera de texto).*

Es innegable que los diversos grupos indígenas que aún se conservan en el país tienen una especial cosmovisión, una forma particular de apreciación, raciocinio y percepción del individuo, del mundo que los rodea, así como de algunos acontecimientos, los que los hace diferentes, y por ello es indispensable, ante la presencia de una trasgresión a la normatividad penal por parte de un integrante de estas comunidades, entrar a analizar, en cada caso en particular, el sentido de pertenencia del individuo con la comunidad de la cual hace parte así como su conocimiento y familiaridad con la cultura

⁴⁸ T-380/93-MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; C-058/94-M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; T-349/96 M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ; T-496/96 M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ; SU-039/97 M. ANTONIO BARRERA CARBONELL; T-552/03 MP. RODRIGO ESCOBAR GIL.

mayoritaria, para establecer si tiene la suficiente capacidad de comprender que su conducta es considerada ilícita en el derecho interno.

Con relación a este punto la Corte Constitucional manifestó:

“...Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables.⁴⁹ De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: ‘retraso mental cultural’.⁵⁰...”

*“/.../ No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades...”⁵¹ (subrayas y negrillas fuera de texto).*

Y en sentencia de constitucionalidad respecto del artículo 33 del Código Penal, consideró:

“...la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos...”⁵².

Así las cosas y como quiera que los integrantes de las comunidades indígenas gozan de un fuero especial, resulta relevante indicar que éste consiste en el

⁴⁹ En este mismo sentido ya se había pronunciado La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de septiembre 20 de 1984.

⁵⁰ Hernán Darío Benítez. Tratamiento Jurídico penal del Indígena Colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?. Temis. Bogotá, 1988, pg 119.

⁵¹ C-496/96. MP. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

derecho que tienen las personas pertenecientes a una de estas comunidades a ser investigadas y juzgadas por miembros de la misma según sus usos, costumbres, y de acuerdo con sus normas y procedimientos, teniendo en cuenta la particular cosmovisión que tienen del mundo y del individuo.

Sobre este tema la Corte Constitucional en sentencia T-811 de 2004⁵³, expuso:

“...Así, pues, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero, en aplicación del cual serán juzgados por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial y en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”⁵⁴.

“El fuero indígena es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al “ser” más que al “deber ser”, apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas.

*“El fuero indígena comprende tres elementos esenciales, a saber: i) **el personal** “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”⁵⁵; ii) **el territorial** “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia **dentro de su territorio**, de acuerdo con sus propias normas”⁵⁶ y iii) **el objetivo, “referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”⁵⁷. Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena...***” (Negritillas fuera de texto).

De lo anterior se concluye que es indispensable estudiar cada caso en particular para establecer si se dan o no todos los presupuestos que son necesarios para reconocer el fuero indígena, llamando especialmente la atención en que el factor

⁵³ M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

⁵⁴ Ver sentencias T-496/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-552/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-496/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-552/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

territorial, como quedó visto, tiene una relevancia absoluta para determinar la competencia dentro de estos asuntos, puesto que es indispensable establecer aún si el delito fue cometido por fuera del territorio indígena, si el indígena implicado estaba en capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento conforme al ordenamiento nacional, o si por el contrario por su especial cosmovisión no comprendía esta ilicitud y por tanto sería posible asignar el conocimiento del asunto a la jurisdicción especial.

Y es que éste ha sido uno de los aspectos que más dificultad han presentado para resolver esta clase de conflictos por cuanto no se ha encontrado una solución satisfactoria al respecto y ha sido y sigue siendo tema de permanente discusión y debate.

No obstante, sobre lo que sí se tiene claridad es que la jurisdicción indígena por ser **especial**, detenta el carácter de **excepcional** frente a la jurisdicción **ordinaria** que es la **general**, y que no todo individuo por ser indígena se encuentra cobijado por dicho fuero porque para ello es indispensable determinar la existencia de los otros dos elementos.

De esta manera es menester entrar a establecer si en el presente asunto existe prueba que ofrezca certeza sobre la existencia de los elementos que determinan la jurisdicción indígena, o si por el contrario no la hay, y entonces resulte imperativa la aplicación del principio general que, como vimos, consiste en que la jurisdicción ordinaria conoce de todos los asuntos que no corresponda conocer a otra jurisdicción.

Pero antes es necesario señalar que según criterio de la Corte Constitucional esbozado en sentencia C-139 de 1996, cuatro son los elementos centrales de la jurisdicción indígena:

“... (i) La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, (ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, (iii) la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y (iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos

forman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional” (numeración fuera del texto).

2.2. Del caso en estudio.

Pues bien, de acuerdo con los lineamientos establecidos y la jurisprudencia trascrita, entrando en el análisis del caso en estudio, se habrá de resaltar que para determinar la competencia predicable de las autoridades indígenas para conocer de conductas punibles, es indispensable analizar si se encuentran reunidos los requisitos personal, territorial y el objetivo.

Así las cosas, en lo que se refiere a la calidad de indígenas del señor **JUAN CARLOS PLAZA IPUANA**, investigado en el asunto penal y el menor agredido, conforme lo manifiesta la autoridad indígena, no parece existir ninguna duda, pues así mismo lo señalan las probanzas allegadas por el defensor y expedidas por el resguardo **Cabildo Indígena WAYUU de LOMAMATO de la Comunidad de GUAMACHITO, del Clan IPUANA** (fls. 82, 86, 90 del c. o.).

Ahora bien, en lo que hace referencia al factor territorial tenemos que del material probatorio obrante en el plenario, no fue clara la ubicación exacta del lugar donde ocurrieron los hechos, sin embargo, se tiene que la madre del menor acudió ante la autoridad Penal Ordinaria competente –*Fiscalía Seccional 001 de Fonseca, la Guajira*-para poner en conocimiento de las autoridades competentes el injusto penal del que fue víctima su menor hijo, de tal suerte que existiendo duda referente al sitio donde ocurrieron los hechos no puede considerarse que ocurrieron en territorio indígena, se tiene que el segundo presupuesto territorial mencionado en precedencia no se cumple, esto es, el *“que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”*.

Por otro lado, en lo relacionado con el *elemento objetivo*, referido a la

naturaleza del sujeto o el objeto sobre el que recae la conducta, que en nuestro criterio, en el caso en concreto radica sobre el bien jurídico vulnerado a la víctima del injusto, relacionado con su honra y el respeto de sus derechos sexuales, además de la protección que debe brindar el Estado a los menores de edad, con la finalidad de evitar abusos, maltratos, explotaciones y violencias contra ellos; encontrando que la víctima de la infracción penal es un menor que hace parte de la comunidad indígena, víctima del delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, además de la clase de comportamiento delictual por el cual está siendo investigado el señor **PLAZA IPUANA**, por mandato constitucional y legal está dado al conocimiento de la justicia ordinaria, más cuando se están debatiendo los derechos de los niños, los cuales prevalecen en el ámbito constitucional; pues el contenido del interés superior del menor, es prevalente y sus derechos deben determinarse en el marco de las circunstancias específicas de cada caso, en tal sentido, en las sentencias T-510 de 2003 y T-397 de 2004 estableció la Corte el alcance de las obligaciones relativas a la identificación y protección del interés superior del menor:

“Las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor de edad –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”

De suerte que el indígena implicado, al momento de la comisión de la conducta punible por la que se le formularon cargos –Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años-, vislumbró la ilicitud de su comportamiento conforme al ordenamiento nacional, conducta punible que, por su misma naturaleza, no puede tener ninguna protección fundada en la condición de indígena, habida cuenta que la jurisdicción especial fue erigida para mantener la identidad,

costumbres y tradiciones de pueblos debidamente asentados, que exigen respeto a su forma de vida, siendo este un mecanismo legal para salvaguardar dichas minorías, en su propio territorio con la conservación de su acervo cultural.

Ahora bien, esta circunstancia plantea una situación jurídica particular, cuyo análisis, como se dijera, es necesario para determinar la aplicación o no del fuero indígena por cuando siendo evidente que el sujeto pasivo del supuesto injusto penal es indígena, de acuerdo a la certificación allegada por el resguardo y que además es un menor de edad, nos encontramos en presencia de una tensión entre los intereses que según la Constitución Política requiere especial protección, y los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas a mantener su singularidad y particular cosmovisión.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en sentencia T-811 del 27 de agosto de 2004⁵⁸, consignó lo siguiente:

*“...En ocasión posterior la Corte volvió a pronunciarse sobre la tensión entre el principio de la diversidad étnica y cultural y el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución Política y luego de advertir que, si bien el Estado está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos y que el Estado, en esa labor de equilibrio, debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues atentaría contra el principio pluralista y contra la igualdad de todas las culturas, concluyó que **“frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional”** (Sentencia SU-510-98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). (negritas fuera de texto)*

En efecto, de conformidad con el texto constitucional, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas está condicionado, en su desarrollo y contenido, a que no sea contrario a la Constitución y las leyes de la República, dada la naturaleza del asunto objeto de disputa.

Lo anterior porque es deber dejar en claro que un fuero especial de juzgamiento, por ser privilegiado, debe ajustarse a estrictas normas garantes de una sana

⁵⁸ M.P. DR. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

convivencia, para impedir de una forma idónea que el mismo se torne en mecanismo de impunidad, o de distorsión o falta de acatamiento del orden constitucional.

Así, el fortalecimiento de las instituciones indígenas tiene como fin impartir justicia a los indígenas que violen las normas de equilibrio de dicha comunidad.

Al respecto, en la sentencia antes mencionada la Corte Constitucional argumentó lo siguiente:

“...la Corte Constitucional ha configurado las reglas de interpretación a ser aplicadas cuando se presenten diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos. Ellas son:

7.1 A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. *La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sostenimiento del orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres – los que deben ser, en principio, respetados-, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.*

7.2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. *Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en al Carta de derechos y deberes, particularmente de los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.*

7.3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. *La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el*

extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

7.4 Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. *Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas...” (subrayas fuera de texto).*

Teniendo en cuenta lo anterior, como quiera que la víctima del delito investigado es un menor de edad, encontramos que la misma cuenta con protección especial según el mandato constitucional contenido en el artículo 44, que a la letra dice:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás...” (subrayas y negrillas fuera de texto).

Sobre los derechos fundamentales de los menores la Corte Constitucional ha efectuado diferentes pronunciamientos entre ellos los contenidos en las

sentencias T-620 de 1995⁵⁹ y C-796 de 2004⁶⁰, en los cuales se sostuvo respectivamente lo siguiente:

En el caso de los menores, la defensa de la moral no es para el Estado social de Derecho cuestión accidental, sino sustancial. Por ello la Carta Política dispone que los niños deben ser protegidos contra toda forma de violencia moral; y, por otra parte, señala que corresponde al Estado velar por la mejor formación moral de los educandos. Así, la moral, sobre todo en el caso de los menores, aparece como objeto jurídico protegido...”

...El principio universal de interés superior del niño, incorporado en nuestro orden constitucional a través del mandato que ordena su protección especial y el carácter prevalente y fundamental de sus derechos, esta llamado a regir toda la acción del Estado y de la sociedad, de manera que tanto las autoridades públicas como los particulares, en el ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de las acciones relacionadas con asuntos de menores, deben proceder conforme a dicho principio, haciendo prevalecer en todo caso el deber de asistencia y protección a la población infantil, en procura de garantizar su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, así como sus condiciones de libertad y dignidad...”.

Pero además, para abundar en razones, es indudable que el imputado ha tenido contacto permanente con la cultura mayoritaria, es una persona que puede diferenciar y comparar la particular cosmovisión de los indígenas, por lo tanto, es consiente de que realizar actos sexuales en menores es objeto de penalización.

Así las cosas, encuentra la Sala que atendiendo a los elementos cognoscitivos (conocimiento) y volitivo (voluntad) del implicado, así como a la naturaleza del delito investigado y los factores personales y territoriales, no es posible jurídicamente que el asunto sea conocido en la jurisdicción indígena, amén de que, reiterase el bien jurídico afectado por la conducta punible que se le imputa al señor **JUAN CARLOS PLAZA IPUANA**, rebasa ampliamente el ámbito de la cultura indígena y se encuentra muy lejos de los usos, costumbres, tradiciones y especial cosmovisión de esta clase de comunidades que es lo que el fuero

⁵⁹ M.P. DR. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁶⁰ M.P. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL.

pretende proteger.

En consecuencia, se puede afirmar que el conocimiento de la investigación en cuestión escapa de las competencias atribuidas constitucionalmente a las autoridades de los pueblos indígenas y, por consecuencia, el asunto objeto de colisión de competencias debe ser asignado a la jurisdicción ordinaria.

En mérito de lo expuesto, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE

PRIMERO: ASIGNAR la competencia para conocer del presente asunto a la JURISDICCIÓN PENAL ORDINARIA representada por el **Juzgado Promiscuo del Circuito de san Juan del Cesar -La Guajira-** , a la que se le remitirá de inmediato el expediente, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Envíese copia de esta providencia al Resguardo Indígena y la Jurisdicción Indígena, por el **Cabildo del resguardo indígena WAYUU de LOMA MATO, COMUNIDAD DE Guamachito del Departamento de la Guajira**, para su información.

TERCERO: Por la Secretaría Judicial de la Sala entérese de lo dispuesto en la presente providencia a los sujetos procesales.

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE

WILSON RUÍZ OREJUELA
Presidente

**JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO
GÓMEZ**
Vicepresidente

JULIA EMMA GARZÓN DE
Magistrada

**ANGELINO LIZCANO RIVERA
MORA**

Magistrado

MARÍA MERCEDES LÓPEZ

Magistrada

**PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO
OLIVEROS**

Magistrado

HENRY VILLARRAGA

Magistrado

**YIRA LUCÍA OLARTE ÁVILA
Secretaria Judicial**

7.5.5. Fall Velorio

LECTURA DE AUTO QUE DECIDE APELACION

Riohacha, 5 de Octubre de 2012.

<i>Instancia</i>	: <i>Segunda</i>
<i>Proceso</i>	: <i>Penal</i>
<i>Imputado</i>	: <i>Chicho Jose Epiayu, Aliria Uriana Uriana, Luis Carlos Epiayu Epiayu, Eloy Curvelo Arpushana, Elena Epiayu Pushaina, Farid Uriana Sapuana y Alvaroo Epiayu Epiayu.</i>
<i>Delito</i>	: <i>FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y OTRO.</i>
<i>Código</i>	: <i>44-001-31-09-002-2012-00097-00</i>

ASUNTO A TRATAR

En términos del artículo 176 de la ley 906 del 2004 y 177 ibidem modificado por el artículo 13 de la ley 1142 de 2007, y del artículo 178 de la ley 906 de 2004 modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010, resuelve el Despacho la impugnación interpuesta por la defensa, contra la decisión de fecha 29 de septiembre del 2011, por medio de la cual un Juez de Control de Garantías

impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario a los señores ***Chicho Jose Epiayu, Aliria Uriana Uriana, Luis Carlos Epieyu Epieyu, Eloy Curvelo Arpushana, Elena Epieyu Pushaina, Farid Uriana Sapuana, y detención en el lugar de su residencia al señor Alvaro Epieyu Epieyu,*** por los delitos Fabricación, Trafico y Porte de Arma de Fuegos o municiones de que trata el artículo 365 del código penal y de Fabricación, Trafico y porte de armas, municiones de uso restringido, uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos que trata el artículo 366 ibídem.

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante Bacrim con funciones de Control de Garantías de Riohacha, La Guajira, el día 29 de septiembre del año 2012, se efectuó audiencia preliminar de Imposición de Medida de Aseguramiento a los antes mencionados.

2. La decisión de Imposición de Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva en establecimiento carcelario decretada por el A quo, fue impugnada para la fecha en comento, por la defensa de imputados Chicho José Epiayu , representados por el doctor Rafael Suarez Romero, la de Eloy Cúvelo y Farid Uriana Sapuana, representada por Nilson Solano Brochero y la de Aliria Uriana Urina, Elena Epieyu Pushaina y Alvaro Epieyu Epieyu, representada por Bertha Peñaranda, corriéndosele traslado a la fiscalía representada por la doctora Elizaberth Arévalo Garibello en su calidad de NO recurrente y el ministerio público representado por el doctor Iván Fuentes Acosta. En lo que respecta a Aliria Uriana y Elena Epieyu fue retirada la apelación por parte de de su defensa.

3. Surtido el trámite de ley, el Juzgador de instancia concedió el recurso de alzada, enviando la carpeta al Centro de Servicios Judiciales para lo de su competencia.

DECISION IMPUGNADA

La Juez Primero Penal Municipal Ambulante Bacrim; manifestó que no repetiría los argumentos esbozados por los defensores de los imputados; que por el contrario se circunscribiría a realizar el estudio de los requisitos que establece el artículo 308 de la ley 906 de 2004; y que el problema jurídico era la existencia o no de la inferencia razonable de autoría. Seguidamente explicó que de los elementos materiales probatorios allegados por la representante de la fiscalía podía determinar que efectivamente si existía, una inferencia razonable de autoría o participación de los imputados de la conducta punible endilgada, por cuanto, el acta de allanamiento, el acta de derechos del capturado, el acta de incautación, el experticio técnico realizado a las armas de fuego, los informes de policía en donde se relatan los hechos de la captura de los imputados se concluía que se estaba en presencia de la conducta de Fabricación, Trafico, y Porte de Armas de Fuego o Municiones que regula el artículo 365 del código penal, en cuanto a los señores FARID CURVELO APUSHANA,ELENA EPIAYU APUSHAINA Y ALVARO EPIAYU EPIAYU, que igualmente se tenía inferencia razonable que ALIRIA URIANA URIANA,CHICHO JOSE EPIAYU, LUIS CARLOS EPIAYU, ELOI CURVELO ARPUSHANA estaban incurso en la conducta de Fabricación, Trafico y Porte de Armas, Municiones de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos. Agregó que en cuanto a la necesidad de la pena no cabía duda que efectivamente debía imponerse una medida de aseguramiento de carácter preventivo a los imputados dados no sólo por la gravedad y modalidad de la conducta punible sino la pena tan alta establecida para los delitos en mención. Arguyó que tal como lo había expresado la fiscalía la imposición de la aludida medida garantizaba la comparecencia de los imputados al proceso y la real convivencia de la sociedad ante un presunto peligro. Añadió que comparte la posición de la fiscal cuando mencionaba que el delito imputado no era solo un delito que afectaba la seguridad pública ya que la naturaleza del delito era pluriofensivo, afectando también la vida, el patrimonio económico, la libertad entre otros. Aceptó que si bien es costumbre de la cultura wayuu el porte de armas, como funcionaria judicial sabe que la conducta es reprochable y que la conducta desplegada por los imputados creaba zozobra y amenazaba toda una comunidad.

Expresó que en cuanto a lo referido por la representante de la fiscalía en tanto que los imputados hacían parte de la banda “Los Urabeños” era una

afirmación que no estaba respaldada por elementos materiales probatorios; que era más adecuado pensar que portaban y conservaban las armas por costumbre y no por pertenecer a una banda criminal.

Del mismo modo resaltó que la pena establecida para los delitos endilgados superan los cuatro años establecidos o dispuesto en el artículo 313 del código de procedimiento penal.

Por último y después de lo referido en precedencia decidió la imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario para FARID CURVELO APUSHANA,ELENA EPIAYU APUSHAINA ALIRIA URIANA URIANA,CHICHO JOSE EPIAYU, LUIS CARLOS EPIAYU, ELOI CURVELO ARPUSHANA por el contrario y después de referirse cuadro clínico de tuberculosis y el arraigo que presentaba el señor ALVARO EPIEYU EPIEYU decidió concederle la detención preventiva en su lugar de residencia ubicada en la ranchería Yoleshi, corregimiento de Aremashain en el municipio de Manaure, La Guajira.

LA IMPUGNACION

El defensor Rafael Suarez Romero, manifestó su disconformidad con la decisión adoptada por el A quo, en los siguientes términos: Sus argumentos fueron encaminados a la no presencia de la inferencia de autoría o participación; en este punto señaló que la juez se limitó a decir que había inferencia razonable de autoría o participación pero no controvertió en ningún momento los argumentos expuestos por él; expresó que tal inferencia lógica no se da, ya que la imputación que realizó la fiscalía en la modalidad de conservar y comprobando y dado que es la misma fiscalía la que ha establecido un arraigo distinto para cada uno de sus defendidos, lugares muy distintos de los lugares donde se hallaron las armas incautadas. De este modo no se cumple el requisito contemplado en el artículo 308 del código de procedimiento penal debido a que no existe tal inferencia razonable. Agregó que la medida solo se cimentó en la peligrosidad que representaba para la comunidad los imputados basados en el numeral 5 del artículo 310 que dice cuando se utiliza en armas de fuego o armas blancas violando el non bis in ídem ya que el delito endilgado es fabricación, tráfico y porte de ramas de fuego o municiones.

El defensor **Nilson** Solano Brochero, manifestó su disconformidad con la

decisión adoptada por el A quo, así: Manifestó que solicitaba al ad-quem la revocatoria de la imposición de la medida de aseguramiento debido a las circunstancias de inimputabilidad en las que se encuentran los imputados ya que estas personas presentaban una cosmovisión diferente; y que por ese hecho son personas protegidas en Colombia. Expresó que la fiscal había ordenado un allanamiento a un resguardo indígena y que personas ajenas a ese resguardo habían sido aprehendidas, personas que no tenían arraigo en dicha ranchería. Hizo alusión al arraigo de Farid Uriana Sapuana; que la a-quo no había dicho nada frente a la calidad de estudiante que goza el mismo y la medida de detención en su lugar de residencia. De igual manera hizo alusión a la sentencia C-1198 DE 2008 donde se establece que la gravedad y la modalidad de la conducta no son criterios prevalentes para la imposición de una medida restrictiva de la libertad criterio que fueron concordados con los artículos 313 y 314 de la ley 906 de 2004 criterios que aduce no fueron tocados por la representante de la fiscalía. Por último enuncia que los imputados gozan de un fuero constitucional; y que en los resguardos no hay presencia del Estado; y que hasta el día del allanamiento irrumpió de forma abrupta tildándolos de delincuentes.

La fiscal como no recurrente, solicitó no tener en cuenta los argumentos esbozados por los defensores debido a que si bien los imputados hacen parte de una comunidad indígena esto no los patentiza para tener en su residencia armas; el Estado puede repeler contra esta comunidades debido a que esa conservación y la posterior manipulación coloca en peligro a la comunidad.

Con respecto a la solicitud del abogado de que había pasado por alto el hecho de que se defendido era estudiante, no se podía pasar por alto que el mismo había sido capturado en flagrancia; para tal efecto procede a realizar la lectura del informe ejecutivo, concluyendo que el señor Farid Enrique estaba incurso en tal conducta.

Agregó que la inferencia de autoría si se realizó ya que ella había expresado que contaba con los elementos materiales probatorios en anterioridad mencionados.

Igualmente el Ministerio Publico, reitero su solicitud de que a los imputados se

le otorgara detención domiciliaria.

CONSIDERACIONES

El suscrito Juez es competente para conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta contra la decisión a través de la cual se decretó la Imposición de Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva en establecimiento carcelario a los señores FARID CURVELO APUSHANA,ELENA EPIAYU APUSHAINA ALIRIA URIANA URIANA,CHICHO JOSE EPIAYU, LUIS CARLOS EPIAYU, ELOI CURVELO ARPUSHANA y detención preventiva en su lugar de residencia al señor ALVARO EPIEYU EPIEYU por el delito Fabricación, Trafico y Porte de Arma de Fuegos o municiones de que trata el artículo 365 del código penal y por el delito de Fabricación, Trafico y porte de armas, municiones de uso restringido, uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos que trata el articulo 366 ibídem.

El problema jurídico que nos ocupa se contrae en determinar *si la medida de aseguramiento que le fuera impuesta a los antes mencionados cumple con todos los requisitos establecidos en los articulo 308 de la ley 906 de 2004?*

Procede el despacho a examinar la impugnación de la defensa y para efectos se centra exclusivamente en los requisitos necesarios para la imposición de la medida de aseguramiento impuesta.

Para efectos de determinar la procedencia de una medida de aseguramiento, se debe verificar unos requisitos objetivos y subjetivos los cuales son:

Requisitos objetivos:

- (i) Que para el caso, por la naturaleza del delito y la pena imponible, procede objetivamente la medida de aseguramiento.
- (ii) Debe precisarse al juez qué clase de medida procede, es decir, si privativa de la libertad o no.

(iii) Una vez ubicado en la clase de medida que corresponde, deberá decirse en concreto cuál es la que se solicita.

Requisitos subjetivos:

Estos requisitos subjetivos son coincidentes con los fines constitucionales de la medida de aseguramiento⁵⁶, esto es:

1. Que la medida resulte necesaria para evitar que el imputado obstruya la acción de la justicia.
2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Como quiera, que para la recurrente el punto de discusión se centra en la no existencia de los requisitos subjetivos, el despacho abordara el tema desde los problemas jurídicos que nos plantea la imposición de una medida de aseguramiento, tales como: a. La existencia de inferencia razonable de autoría o participación. b. La necesidad de la medida y c. El tipo de medida que se debe imponer.

El requisito básico y esencial que debe tenerse en cuenta cumplido para imponer una medida de aseguramiento, es determinar la existencia de inferencia razonable de autoría, razón por la cual una vez cumplido satisfactoriamente éste, podría entonces abordarse los temas de la necesidad de la medida y del tipo de medida.

Por esa razón inicialmente nos dedicaremos a resolver si la decisión de la Juez de Instancia cumplió esta carga argumentativa, sin perder de vista si su decisión fue coherente con lo solicitado y demostrado por la fiscalía, y con lo contrargumentado por la defensa de los imputados. De encontrar satisfecho este punto, se procederá a realizar el estudio de los otros requisitos.

LA INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN EN LA

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO Y SU CARGA ARGUMENTATIVA Y PROBATORIA.

El derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el art. 29 de la Constitución, comprende, entre otras garantías, la de que toda persona debe ser juzgada *con observancia de las formas propias de cada juicio*.

La libertad personal, a tono con los arts. 250 ídem y 296 de la Ley 906 de 2004, podrá ser afectada dentro de la actuación procesal, a través de las medidas de aseguramiento, cuando ello sea necesario para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, evitar la obstrucción de la justicia o proteger a la comunidad y las víctimas. También, para lograr el cumplimiento de la pena.

En el art. 308 del estatuto procesal penal el legislador estableció la estructura del *juicio* que ha de efectuar el juez de control de garantías, a la hora de decidir –en audiencia pública en la que ha de permitirse a la defensa la contradicción-- sobre la imposición de las medidas de aseguramiento. En primer lugar, ha de establecer, con soporte en medios de conocimiento legalmente aportados a la actuación, si puede inferirse razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva investigada. Superada positivamente esa fase, tendrá que examinar si la medida se ofrece necesaria de cara a alguna de las finalidades atrás referidas y qué tipo de medida debe imponerse, tal y como lo dijimos anteriormente.

Se observa, entonces, que la decisión relativa a la imposición de la detención preventiva debe ser el resultado de un *procedimiento judicial* de especial connotación y con particulares exigencias, de cuyo estricto respeto depende la legitimidad de la determinación judicial adoptada, y aún más cuando en ellos se encuentra particularmente población que tiene cierta protección a luz de nuestra Constitución Política y el Derecho Internacional ,amén de tener una cosmovisión distinta al común del conglomerado. Ello, no sólo por estar involucrado el componente de respeto a las *formas propias del juicio*, sino, especialmente, por estar en juego la afectación del derecho fundamental a la libertad personal, que, para no devenir en arbitraria, ha de trasegar por un

esquema procedimental compatible con la presunción de inocencia y la máxima constitucional de proporcionalidad.

Como quiera que las medidas de aseguramiento, en consonancia con la jurisprudencia constitucional⁶¹ y la ley, son instrumentos cautelares. Bajo esa comprensión, el requisito atinente a la inferencia razonable de autoría o participación se identifica con un juicio de mérito sustantivo sobre la existencia del delito y la posible atribución de éste al imputado; en lo atinente a la tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad de la conducta debidamente individualizada para cada uno de los imputados en tanto la situación fáctica y jurídica, dejando claro que hasta este momento ese juicio se realiza de acuerdo a los elementos mínimos probatorios y al grado de conocimiento que se requiere en esta etapa procesal.

En este raciocinio que debe efectuar el juez de control de garantías, es de suma importancia que se plasme en la decisión respectiva, la cual, además, ha de estar soportada en una valoración *probatoria* ajustada a las reglas de la sana crítica y motivarse adecuadamente, punto sobre el cual abordaremos más adelante.

Pero no sólo el juez de instancia lleva sobre sus hombros esta tarea argumentativa, si bien es cierto que al final su decisión es la sometida al escrutinio de las partes y de la ciudadanía en general, también le corresponde al órgano investigador, en este caso a la Fiscalía General de la Nación, realizar una debida argumentación acompañada de una valoración probatoria motivada adecuadamente de acuerdo a la situación fáctica concreta y a los elementos materiales probatorios que le sirvan de sustento para pedirle al juez la afectación de tan preciado derecho: La Libertad.

Así, lo ha entendido este órgano judicial investigador, al punto que no ha escatimado esfuerzo para difundir tal mensaje, es así como en sus diferentes capacitaciones se ha referido al tema: *“Los asuntos de los que debe ocuparse el fiscal de resolver ante el juez de control de garantías, al momento de solicitar*

⁶¹ Sentencia C-1198 de 2008.

una medida de aseguramiento, son los de autoría o participación y el de los fines de la medida: a. Inferencia de autoría o participación. Esta exigencia de inferencia razonable de autoría o participación se establece como requisito de la medida de aseguramiento, como consecuencia del principio de proporcionalidad. Con este grado de conocimiento, el interés persecutorio del Estado aumenta y debe el imputado tolerar medidas coercitivas en su contra, pues se presenta un conflicto de intereses constitucionales entre el interés del imputado en su libertad y el interés del Estado en la persecución penal, en tanto el fundamento del proceso penal descansa en hacer posible en la práctica la aplicación del Derecho Penal Sustantivo. El artículo 308 de la Ley 906 de 2004 dispone que la medida de aseguramiento será procedente cuando de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida pueda inferirse razonablemente que el imputado pueda ser autor o partícipe de una conducta punible. Este requisito implica dos situaciones que ameritan un análisis individual: (i) La evidencia para acreditar autoría: aunque el ordenamiento procesal dispone que el descubrimiento debe hacerse en la audiencia de acusación, previa enunciación de las evidencias en el respectivo escrito, cuando el fiscal decide solicitar la imposición de medida de aseguramiento debe enseñarles al juez y a los demás intervinientes en la audiencia las evidencias físicas y/o información legalmente obtenidas de la que puede “inferirse razonablemente” que el imputado es autor o partícipe. Como quiera que por regla general la medida de aseguramiento se solicita al comienzo de la etapa de investigación (luego de formulada la imputación), resulta lógico que el legislador solo haya exigido la acreditación de la inferencia razonable de autoría, ya que los niveles de conocimiento mayor están reservados para la formulación de acusación (probabilidad de verdad) y la solicitud de condena (convencimiento más allá de toda duda razonable). El fiscal debe recordarle al juez que la inferencia razonable de autoría o participación es el nivel de conocimiento que se exige para la imposición de medida de aseguramiento, y (ii) luego debe demostrarle que el requisito se cumple con los medios de acreditación que ha decidido descubrir. La conciencia crítica para elegir el descubrimiento necesario es algo que debe caracterizar al fiscal en el nuevo sistema. Para ello debe haber realizado un análisis muy importante y minucioso de la evidencia, por cuanto debe evitarse hacer descubrimientos excesivos o innecesarios (especialmente cuando ello

pueda poner en peligro a los testigos o afectar la comparecencia de estos a la audiencia de juicio oral). Pero tampoco es adecuado descubrir evidencia insuficiente para satisfacer el requisito que estamos analizando, pues en ese evento nuestra pretensión sería denegada. En estos casos, él debe centrar su atención en lo que un juez requiere para tener como acreditada la inferencia razonable de autoría. No debe olvidarse que quien decide en esta audiencia es el juez de control de garantías. En consecuencia, es a este a quien hay que convencer, pues mientras que en la imputación la inferencia razonable es del fiscal, en esta audiencia de imposición de medida el juicio de razonabilidad de autoría o participación lo hace el juez.”⁶².

A no dudar, entonces, es necesario que el fiscal realice un análisis importante y minucioso de la evidencia, descubriendo la que considere necesaria para convencer al juez de la existencia de la inferencia razonable de autoría, que en última no es más que la existencia de indicios que comprometan la responsabilidad de los imputados.

Todo esto es necesario, para que el juez al momento de tomar su decisión responda en torno a la petición realizada por la fiscalía y los contraargumentos expuestos por la defensa, no hay que olvidar que estamos en un sistema de partes, pero esa respuesta ha de estar soportada en una valoración *probatoria* ajustada a las reglas de la sana crítica y motivarse adecuadamente.

Aquí entonces entramos al tópico de la motivación adecuada, sobre el particular, en la sentencia C-145 de 1998, la Corte Constitucional expuso:

El artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho de todos los ciudadanos para acceder a la administración de justicia. Este derecho implica no sólo que las personas pueden solicitar a los organismos que administran justicia que conozcan y decidan de fondo sobre sus conflictos, salvo que la ley contemple causas legítimas de inadmisión, sino también que esas decisiones sean

⁶² Las audiencias Preliminares en el Sistema Penal Acusatorio, Piedad Lucia Vanegas Villa. Fiscalía General de la nación - Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 2007.

fundamentadas. La obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez. En el Estado de derecho la sentencia responde a la visión del juez acerca de cuáles son los hechos probados dentro del proceso y cuál es la respuesta que se le brinda al caso concreto por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, es claro que tanto los hechos como las normas pueden ser interpretados de manera distinta. Por esta razón, se exige que, en su sentencia, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta. Precisamente la motivación de las sentencias es la que permite establecer un control --judicial, académico o social-- sobre la corrección de las decisiones judiciales.

La fundamentación judicial es necesariamente jurídica, como bien lo establece el artículo 230 de la Carta, al afirmar que los jueces sólo están sometidos en sus providencias al imperio de la ley. Esto significa que las sentencias deben basarse en una apreciación de los hechos probados dentro del proceso, desde la perspectiva de las normas jurídicas vigentes.

La razón de ser de la motivación de las providencias judiciales, es evitar el ejercicio arbitrario del poder, y permitir el control de la decisión, no solamente por las partes del proceso, sino también por la ciudadanía en general.

El juez siempre estará obligado a fundar la connotación del aspecto fáctico de la decisión en razonamientos probatorios; por otro lado, deberá exponer los motivos jurídicos de su decisión, con soporte en el ordenamiento jurídico y a la luz del escrutinio probatorio.

Pero este imperativo de motivar las determinaciones judiciales no se cumple, con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial, en cuanto es preciso que manifieste en forma clara, expresa, indudable y concreta

su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto, pues no de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales, amén de que se hace efectivo el principio de imperio de la ley, esto es, de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico. Más aun, cuando se trata de adoptar determinaciones que pueden afectar derechos fundamentales, se vuelve la exigencia de motivación de mayor trascendencia.

Por consiguiente, una motivación deficiente, puede ser violatoria de los derechos de defensa y debido proceso y conllevar a la ilegitimidad de la decisión, a la vez que impide su control racional.

Del caso en Concreto:

Pues bien, descendiendo al caso en concreto, antes de verificar si la decisión de la Juez cumplió con todos los parámetros anteriormente abordados, analicemos como fue la petición de la fiscalía, a fin de verificar también, si cumplió con su compromiso legal y si la decisión de la juez estuvo acorde con tal petición en cuanto a la argumentación, sustentación y demostración.

Podemos extraer los siguientes argumentos que expuso la Fiscalía General de la Nación en cabeza de la doctora Arévalo Garibello, para sustentar fáctica y jurídicamente su petición y si la misma estuvo soportada en un mínimo de elementos probatorios y debidamente argumentados en fin de buscar restringir la libertad de los imputados, así:

- La fiscal inició solicitando medida de aseguramiento para los imputados consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario por las conductas contempladas en los artículos 365 y 366 del código penal; procediendo a leer dichos artículos.
- Hizo alusión a que como quiera que ya en la imputación había determinado a quien de los indiciados le había imputado el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones art.365 y a

cuales le había imputado el delito descrito en el 366, no consideró necesario repetir tales circunstancias.

- Que la medida era necesaria porque los imputados conservaban armas de uso privativo de la fuerza pública y de uso personal por esa razón se afectaron bienes valiosos del Estado como lo es la vida, la salud y la seguridad pública.
- Que el resultado de las investigaciones se infiere que las personas imputadas constituyen un peligro para la comunidad y más por los indígenas debido a que las conservaban en sus casas ya que una mala manipulación podría causar daño en su integridad.
- De la inferencia razonable de autoría dijo escuetamente que la fiscalía contaba con elementos materiales probatorios tales como: la noticia criminal, informe 0169 Dijin, informe 309 suscrito por el teniente coronel NELSON VANEGAS ACOSTA, Comandante del Batallón de Infantería Mecanizado No.6 Cartagena, igualmente las actas de incautación y registro de las armas, informes técnicos y balísticos por lo que se infería que esas personas estaban incurso en los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas y de uso personal sin portar documentos que acredite su porte o tenencia expedido por autoridad competente. (Este fue el único argumento que se le escuchó en punto a la inferencia razonable de autoría).
- Dijo que la medida era necesaria, idónea, razonable proporcional y restrictiva de la libertad porque existen elementos materiales probatorios de los cuales se infiere la probable participación de estos imputados en los hechos que se investigan; que no bastaba que se configuraran los requisitos de los artículos 308 y 313 del código de procedimiento penal porque las medidas restrictivas de los derechos constitucionales no operan sistemáticamente ni generalizada por lo que se hacía necesario que operen los criterios de contenido constitucional porque es sabido que se

trata de una medida restrictiva de la libertad; y la libertad no es un derecho individual, que en el presente caso se hace necesario restringir el derecho de esas personas porque se encontraban incurso en los delitos descritos.

- Agregó que la medida adecuada era la restrictiva de la libertad porque al quedar esas personas en su casa quedarían conservando y portando armas tanto de uso privativo como de uso personal sin ninguna autorización de entidad competente.
- Que era idónea porque los imputados son un peligro para la sociedad; que no existía otra medida eficaz. CITA TEXTUAL *“en la investigación obra informe de que estas personas con estas armas hacen atracos, también se tiene la información de que pertenecen a una banda de los urabeños y que hacen y tienen puntos concentrados donde hacen los sitios para cometer atracos”*.
- Que si bien es cierto que las personas son de una comunidad indígena y que la constitución, tratados internacionales, convenios protegen sus derechos no es menos cierto que este hecho no los patentiza para tener armas de uso personal y de uso privativo de las fuerzas armadas que pertenecen al ejército colombiano como armas de guerra.
- Que son indígenas pero también son colombianos y por lo tanto están bajo el imperio de la ley colombiana.

Obsérvese que en ninguno de sus apartes la fiscal utilizó argumentos facticos, ni mucho menos subargumentos para inferir que Chicho, Aliria, Luis Carlos, Eloi, Elena, Farid y Álvaro eran autores de una conducta típica, antijurídica y culpable en grado de inferencia (esto existencia de indicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad o de injusto penal - culpabilidad), porque hasta este momento lo demostrado giraba en torno a la existencia de un allanamiento en una ranchería y se habían encontrados una armas de uso personal y de uso restringido, hechos estos expuestos en la legalización de captura. No

demostró que grado de participación o autoría tenía los imputados individualmente considerados para inferir de cada uno su compromiso con los hechos y necesariamente para posteriormente determinar la idoneidad, necesidad y racionalidad de la medida restrictiva de la libertad a solicitar, recuérdese que todo esto es una cadena coherente, lo que significa que una cosa lleva a lo otra, pero haciendo un juicio responsable, medurado, ordenado, claro, específico, concreto y detallado del grado de participación de los imputados en los hechos investigados; de ser así, podemos igualmente realizar, téngalo seguro, ya de manera fácil una solicitud en punto de la necesidad de la medida y del tipo de la misma para cada uno de los individuos considerados, lo que probablemente podría conllevar a que la medida pudieran ser diferente para cada uno de ellos, pero no generalizando como si se tratara de meter todo en una olla a lo “típico sancocho costeño”.

De aceptar la argumentación que hizo la fiscalía de la inferencia razonable de autoría de la imputación estaríamos aceptando que se puede imponer medida de aseguramiento con solo criterios de responsabilidad objetiva, cosa que se encuentra proscrita en nuestro país.

Una cosa es la argumentación que se hace en punto de la legalización de la captura en el cual se examina la actuación del agente capturador ex ante y otra cosa es la argumentación y demostración de inferencia de autoría en punto a la solicitud de la medida de aseguramiento a la cual ha precedido un filtro inicial de la fiscalía, una actividad de actos urgentes y un análisis y descubrimiento de elementos mínimos probatorios que conduzcan a convencer al juez de la existencia de una inferencia (que no son más que indicios) razonables en lo atinente a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta debidamente individualizada para cada uno de los imputados guardando completa correlación con la situación fáctica y jurídica.

Téngase en cuenta además, que el allanamiento se realizó en una ranchería o comunidad indígena, lugar donde culturalmente confluyen varias familias, aunado esto, como quedó establecido, que ese momento los miembros de dicha comunidad se encontraban velando a uno de ellos, bien sabido es como que constituye un hecho notorio en esta región que para los wayuu los velorios

se convierten en un encuentro de comunidades y familias; por lo tanto este hecho le incrementaba la carga argumentativa y probatoria a la fiscalía en punto de individualizar que personas portaban y conservaban las armas para efectos de no generalizar y aprehender indiscriminadamente; es claro que no es lo mismo realizar un allanamiento en una vivienda ubicada en un barrio del perímetro urbano de Riohacha que realizar uno en una ranchería indígena y mucho menos cuando estos se encuentran en un ritual.

Resulta extraño y da grima que sea la defensa de dos de los imputados que se ocupe de utilizar los elementos materiales probatorios para desvirtuar la solicitud de medida de aseguramiento y no la fiscalía, en toda la argumentación realizada por ésta no utilizó ninguno de los elementos probatorios para demostrar y sustentar: A) inferencia razonable de participación y B) necesidad de la medida.

Su exposición parecía más un dialogo coloquial generalizado sobre la temática de la libertad y la medida de aseguramiento que la petición de una medida cautelar restrictiva de la libertad de unos ciudadanos a los cuales hasta ese momento se encontraban y aún se encuentran amparado del principio de la presunción de inocencia; ella (la fiscal) se refirió a que había necesidad, idoneidad, proporcionalidad e inferencia razonable de autoría sin utilizar ninguno de los elementos materiales probatorios de la carpeta muy a pesar de haberlos mencionado de forma general. Este togado echa de menos que sean los defensores de los imputados quienes utilizaron las evidencias para sustentar su oposición a la medida y narraron hechos precisos para reforzar su argumentación y por el contrario la fiscalía en toda su argumentación no precisó un hecho concreto, tornándose su petición en argumentos baladí, abstractos, desfasados e irresponsables en cuanto a que ni siquiera fue capaz de descubrir un elemento material probatorio para soportar su petición y llegar al punto de manifestar que las comunidades indígenas pertenecían a la banda criminal “los urabeños”; sobre todo cuando los capturados son de la etnia wayuu y todas la personas presentes en la diligencia de allanamiento pertenecían a la mismas, por lo menos así se infiere de las discusiones dadas en las diferentes audiencias. Además tuvo hasta tiempo de señalar sin ningún asidero factico y jurídico que ellos (los imputados) pertenecían a una banda de

atracadore; es bien cierto que en territorio guajiro han sido muchas las ocasiones que en nuestras carreteras se han cometidos hechos punibles (hurtos, homicidios , etc) por algunos miembros de las comunidades indígenas esta razón no conlleva a tener que inferir sin ningún soporte factico o elemento probatorio alguno que todos los indígenas que tengan un arma consecuentemente son una banda dedicada al hurto. Sobre todo , si se analiza el tipo de armas encontradas a luz de la cosmovisión indígena , sin dejar de sopesar que las mismas pueden eventualmente ser utilizadas para cometer un hecho punible, pero eso sería otro caso , el punto es que ayer, hoy o mañana y siempre que se entre a la gran mayoría de rancherías indígenas se encontraran armas, ellas hacen parte de su propia vida, lo anterior no constituye una simple argumentación suelta y aislada de este juez, ni producto de su conocimiento particular, es un argumento fundamentado en un estudio de antropología realizado por el doctor Wildler Guerra Cúvelo plasmado en su obra “La Disputa y la Palabra”, en donde dijo: ***“Algunos indígenas son encarcelados periódicamente, acusados de porte ilegal de armas. Estas consisten, en ocasiones, en viejos fusiles de principios de siglo XX, heredados de sus mayores o recibidos como parte de una compensación material (tienen un alto valor estético y emocional entre los nativos). Las armas se usan también en los funerales para avisar a las rancherías vecinas mediante un disparo que el cortejo fúnebre ha partido hacia la tumba. La intervención precipitada de los miembros de los cuerpos armados ha culminado alguna veces con la muerte de varios indígenas, como también de soldados y policías (..)”***⁶³. Cualquier parecido con estos hechos es mera coincidencia, por esta y otras razones de índole cultural, resultaba y resulta importante que el ente acusador al momento de: Ordenar allanamiento en una comunidad indígena, capturar y Legalizar las mismas, formular imputación y solicitar medidas restrictiva de la libertad , debe realizar un trabajo serio y responsable, en atención a que las comunidades que va a intervenir invasivamente son indígenas con unas costumbres y forma particular del ver el mundo y resolver sus conflictos. En este punto, también se llama la atención a nuestros conciudadanos indígenas wayuu de la necesidad de implementar

⁶³ La disputa y la palabra, la ley en la sociedad wayuu. Guerra Cúvelo Weidler. Premio nacional de Antropología 2001. Ministerio de Cultura - Republica de Colombia. pág. 199 y 200.edición 2002.

al interior de sus comunidades medidas que conlleven a que cada día sean menos estigmatizados por hechos que aisladamente comente algunos de sus miembros y que impactan también la tranquilidad de otra comunidad, que al igual que ellos exigen respeto por sus garantías y derechos.

Como bien se puede ver, la petición de solicitud de imponer medida de aseguramiento a los imputados en este caso por parte de la fiscalía fue muy deficiente: La pregunta obligada es, en que se basó la juez de instancia para concederla? : Se responde: Indudablemente su respuesta a dicho solicitud fue igual de deficiente, pero con el agravante que es el Juez a quien le correspondió restringir el derecho fundamental, es decir la Libertad de los imputados. Por eso su responsabilidad es mayor, su argumentación fue deficitaria, recordemos lo que plasmó en punto a la inferencia razonable de autoría: *“dijo que se circunscribiría a realizar el estudio de los requisitos que establece el artículo 308 de la ley 906 de 2004; y que el problema jurídico era la existencia o no de la inferencia razonable de autoría. Seguidamente explicó que de los elementos materiales probatorios allegados por la representante de la fiscalía podía determinar que efectivamente si existía, una inferencia razonable de autoría o participación de los imputados de la conducta punible endilgada, por cuanto, el acta de allanamiento, el acta de derechos del capturado, el acta de incautación, el experticio técnico realizado a las armas de fuego, los informes de policía en donde se relatan los hechos de la captura de los imputados se concluía que se estaba en presencia de la conducta de Fabricación, Tráfico, y Porte de Armas de Fuego o Municiones que regula el artículo 365 del código penal, en cuanto a los señores FARID CURVELO APUSHANA, ELENA EPIAYU APUSHAINA Y ALVARO EPIAYU EPIAYU, que igualmente se tenía inferencia razonable que ALIRIA URIANA URIANA, CHICHO JOSE EPIAYU, LUIS CARLOS EPIAYU, ELOI CURVELO ARPUSHANA estaban incurso en la conducta de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas, Municiones de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos”.*

La jueza al momento de tomar su decisión para nada se apoyó en los elementos materiales probatorios, al igual que la fiscalía realizó un examen simple y sencillo, dejando su decisión sin sustancia, como se dijo *“motivar las determinaciones judiciales no se cumple, con la simple y llana expresión de lo*

decidido por el funcionario judicial, en cuanto es preciso que manifieste en forma clara, expresa, indudable y concreta su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto”.

De otro lado, omitió pronunciarse frente a los planteamientos esbozados por la defensa de los imputados que ameritaba de parte de ella una respuesta en torno a la inferencia razonable de autoría de sus clientes, por un lado , y por otra parte la deficitaria motivación, por ser violatoria de los derechos de defensa y debido proceso en aspectos sustanciales, como arriba se indicó, conlleva a la ilegitimidad de la decisión, a la vez que impide su control racional, tal y como la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal lo ha venido señalando⁶⁴.

Bien se ve, entonces, que, contrario a lo expuesto por los no recurrentes, la motivación tan deficitaria con que se sustentó las medidas de aseguramiento impuesta a los imputados, conlleva a revocar la decisión del a quo en todas sus partes, lo que cubre tanto a los impugnantes como a los no impugnantes.

Finalmente, el despacho se abstendrá de referirse a la posible calidad de inimputable de los encausados expuestos por uno de los miembros de la defensa como quiera que se hiciera inicialmente preponderante decidir los aspectos relativo a la garantía fundamental de la libertad y por considerar que en ese punto deberá discutirse y decidirse en otros estadios procesales.

Por lo anterior se procederá revocar la decisión del a quo y como consecuencia se ordenara la libertad inmediata de los señores *Chicho José Epiayu, Aliria Uriana Uriana, Luis Carlos Epiayu Epiayu, Eloy Curvelo Arpushana, Elena Epiayu Pushaina, Farid Uriana Sapuana y Álvaro Epiayu Epiayu*.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA - LA GUAJIRA- “Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”;**

⁶⁴ C.S.J. - Sala de Casación Penal, sent. 12/12/05, rad. 24011.

VI. RESUELVE

PRIMERO.- Revocar la decisión de primera instancia, impugnada por la defensa, en la cual se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario para *Chicho José Epiayu, Luis Carlos Epiayu Epiayu, Eloy Curvelo Arpushana, Farid Uriana Sapuana, Elena Epiayu Pushaina y Aliria Uriana Uriana*; y detención preventiva en su lugar de residencia para *Álvaro Epiayu Epiayu* .

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior conceder la libertad inmediata a los antes mencionados de acuerdo a la parte motiva de este auto.

TERCERO.- Devolver al Centro de Servicios las carpetas correspondientes a este asunto, para lo de su resorte.

La presente decisión queda notificada en estrados. Contra la misma no procede recurso alguno.

CUMPLASE

CARLOS ALTAMIRANDA BALDIRIS

Juez

Lebenslauf

Persönliche Daten:

Sophie Jackl
sophiejackl@yahoo.de

Schulausbildung:

09/1994 – 08/1998	Grundschule Freilassing
09/1998 – 08/2004	Karls gymnasium Bad Reichenhall
09/2004 – 05/2007	Bundesgymnasium Zaunergasse, Salzburg: Matura

Studienverlauf:

10/2007	Diplomstudium Internationale Entwicklung
---------	--

Studienschwerpunkte:
Lateinamerika
Rechtspluralismus

Titel der Diplomarbeit:
Recht hat wer Recht macht?!
Eine Betrachtung des kolumbianischen
Rechtspluralismus unter besonderer
Berücksichtigung der indigenen Volksgemeinschaft
der Wayuu

Auslandsaufenthalte zu Studienzwecken:

09/2010 – 09/2011	Praktikum bei der Fundación Prosperar, Kolumbien
-------------------	--

Weitere Qualifikationen:

10/2007	Diplomstudium Spanisch (nicht beendet)
05/2013	Bakkalaureat Spanisch

Sprachkenntnisse:

Spanisch, Englisch, Latein

Zusätzliche Informationen:

07/2012	SoQua Summer School on Social Innovation
01/2013	Developing a Tax Environment for Growth and Competitiveness WU Wien