

**El delito de trata de personas
con fines de explotación de
la mendicidad ajena ejercido
en contra de niñas, niños
y adolescentes indígenas
pertenecientes a la comunidad
Embera Chamí**

Gerson Fajardo Guevara
Laura Buitrago Calvo
Laura Álvarez Rodríguez



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

El delito de trata de personas
con fines de explotación de
la mendicidad ajena ejercido
en contra de niñas, niños
y adolescentes indígenas
pertenecientes a la comunidad
Embera Chamí

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

Gerson Fajardo Guevara

[fajardoguevaragerson@gmail.com]

Abogado, Magíster en Derecho Penal.
Comandante del Departamento de la Policía
de Urabá.

Laura Daniela Buitrago Calvo

[laurabuitrago7@hotmail.com]

Magíster en Derecho Penal y Doctora en
Derecho, con enfoque en formulación
de políticas estratégicas en materia de
prevención del delito y protección de los
derechos humanos en población vulnerable.

Laura Melissa Álvarez Rodríguez

[lauramalvarez29@gmail.com]

Abogada. Magíster en Derecho en Penal de la
Universidad Libre de Pereira (tesis laureada),
Máster en Coaching Directivo y Liderazgo de
la Universidad de Barcelona.

Ganadora de visita de observación a las
Altas Cortes en Washington D. C. en virtud
del concurso de Técnicas de Juicio Oral
organizado por la USAID y el Departamento
de Justicia de los Estados Unidos.

Directora de Operaciones y Asesora Legal
del Grupo Empresarial Boy Toys Factory y
Plásticos Fénix.

El delito de trata de personas
con fines de explotación de
la mendicidad ajena ejercido
en contra de niñas, niños
y adolescentes indígenas
pertenecientes a la comunidad
Embera Chamí

Gerson Fajardo Guevara
Laura Daniela Buitrago Calvo
Laura Melissa Álvarez Rodríguez

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos, mediante el sistema de “doble ciego”, requisito para la indexación en la Web of Science de Clarivate (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN 978-628-7532-72-4

© Gerson Fajardo Guevara / Laura Daniela Buitrago Calvo /
Laura Melissa Álvarez Rodríguez, 2022

© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2022

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusaquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (57) 601 232-3705
www.ilae.edu.co

Diseño de carátula y composición: Harold Rodríguez Alba
Foto de cubierta de Jeser Andrade Arango en Pixabay
Edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (57) 601 323-2181
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

Contenido

INTRODUCCIÓN	11
<hr/>	
CAPÍTULO PRIMERO	
DEFINICIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	13
I. Pregunta problema	23
II. Justificación	23
III. Objetivos	25
A. General	25
B. Específicos	25
IV. Hipótesis	25
V. Metodología	26
A. Tipo de investigación	26
B. Enfoque de la investigación	30
C. Fuentes	33
VI. Población	47
VII. Estado del arte	49
VIII. Marco referencial	55
A. Marco conceptual	55
B. Marco histórico	56
C. Marco jurídico	60
D. Marco teórico	66
<hr/>	
CAPÍTULO SEGUNDO	
CARACTERIZACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS	77
I. ¿Qué es la trata de personas?	77
A. Contexto actual	77
B. Concepto	79
C. Modalidades	82
D. Elementos objetivos y subjetivos	85
II. Mendicidad ajena como uno de los modos de este delito	87
A. Definición	87
B. Causas de la mendicidad	89
C. Formas de vinculación	90
III. Análisis normativo sobre la mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas	91
A. Organizaciones no Gubernamentales -ONG-	108

CAPÍTULO TERCERO

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA:	
LÍMITES Y ALCANCES	111
I. Jurisdicción especial indígena	113
A. Definición	114
II. Autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas	115
A. Principios	116
B. Alcances de la jurisdicción indígena	119
C. Límites	120
D. Ponderación de derechos fundamentales	122
III. Criterios de competencia	125
A. Elemento territorial	126
B. Elemento institucional	128
C. Elemento personal	130
D. Elemento objetivo	130
IV. Instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas	133
V. Conflicto de competencia entre autoridades del sistema jurídico nacional y la jurisdicción especial indígena	142
VI. ¿Cuál es el papel del derecho penal en el multiculturalismo?: caso Embera Chamí (Risaralda, Colombia)	146

CAPÍTULO CUARTO	
CARACTERIZACIÓN DE LA COMUNIDAD EMBERA CHAMÍ Y JUDICIALIZACIÓN	157
I. Generalidades y problemáticas de la comunidad Embera Chamí	157
A. Comunidades Embera Chamí y Embera Katío	157
1. Generalidades	157
2. Cosmovisión	159
3. Territorio y fuentes de abastecimiento	161
B. Principales problemáticas de la comunidad Embera Chamí	162
1. Aspectos generales	162
2. Pobreza y desplazamiento	164
II. Problemática de la mendicidad en menores integrantes de comunidades indígenas	167
III. Protección y garantías de los derechos de los menores que acompañan a sus familias a ejercer la mendicidad	169
A. Derechos de los niños, niñas y adolescentes	169
1. Convención de los Derechos del Niño (1989)	170
2. ¿Cuáles son los derechos de los niños, niñas y adolescentes?	172
3. La Organización Internacional del Trabajo -OIT-	173
4. Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes -ESCNNA- y trata de personas	174
B. Diferencias entre los tipos penales de explotación de menores y trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena	175
C. Instrumentalización de menores para el uso de la mendicidad	177
IV. Posible caso de trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena en la comunidad Embera Chamí	177
A. Situación de mendicidad de la comunidad Embera Chamí en la ciudad de Pereira	177
B. Subsunción del delito en la modalidad de mendicidad ajena	181
C. Judicialización	182
1. Imputabilidad o inimputabilidad de indígenas	186
V. Imputación penal del tipo penal de trata de personas	191
A. Dificultades en la aplicación de los verbos rectores del tipo penal	191
B. Problemas procesales y probatorios	192
1. Desconocimiento del tipo y degeneración en otras conductas punibles	192
2. Necesidad de conciliar los derechos de los procesados con los derechos de las víctimas y la necesidad de la víctima en el proceso como testigo	193

CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS DE RESULTADOS

195

Conclusiones

201

BIBLIOGRAFÍA

203

Índice de tablas

TABLA 1.	Instrumentos de medición de objetivos	42
TABLA 2.	Marco jurídico	61
TABLA 3.	Características conceptuales	81
TABLA 4.	Normas protección de los derechos fundamentales	92
TABLA 5.	Convenios y tratados internacionales	133
TABLA 6.	Derechos	172
TABLA 7.	Diferencias	176

Introducción

Una de las mayores problemáticas del mundo moderno a nivel criminológico está dada desde lo penal en la trata de personas, entendiéndose como un delito de mayor ocurrencia, después del tráfico de armas y de estupefacientes, según estadísticas de la Organización de las Naciones Unidas –ONU–. Es así como la legislación colombiana define la trata de personas en la Ley 599 de 2000 en su artículo 188-A como:

la persona que capte, traslade, acoja o reciba a una determinada persona, dentro del territorio tanto nacional o internacional, con fines de explotación, incurriendo a la prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes¹.

De lo anterior, deviene la complejidad de entrar definiendo el delito de trata de personas, el cual no solo se enfoca en la inclusión de los distintos verbos rectores, sino también en las variadas modalidades que se presentan, como son: la mendicidad ajena, la explotación laboral y sexual, entre otros.

La mendicidad ajena es una modalidad de dicho delito, se tiene como propósito analizar dicha conducta punible, para este caso, ejercida en menores indígenas de la comunidad Embera Chamí del departamento de Risaralda en Colombia, atendiendo a la existencia de diversas jurisdicciones, para lo cual se determinó como campo de estudio el municipio de Pereira (Risaralda) durante un período de tiempo comprendido entre 2014 y 2015; observado desde un enfoque que permita establecer tanto las condiciones sociales que envuelven dicha conducta, como la controversia existente entre las jurisdicciones ordinaria e indígena en esta materia y que impiden o dificultan la respectiva imputación penal, y posterior a ello, su judicialización.

Para esto, en primera medida se realizó una descripción del delito de trata, que permite contextualizar de manera explícita su contenido y las modalidades en que se materializa, haciendo especial énfasis en la mendicidad ajena.

Luego se relacionaron jurídicamente los aspectos fundamentales de la jurisdicción indígena, determinando los alcances y límites de la misma frente a la jurisdicción ordinaria, evidenciando las situaciones generadoras de conflictos de competencias al momento de judicializar el delito de trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena de menores miembros de la comunidad Embera Chamí, con base en los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional y distintos expertos en el tema.

1 Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html].

Así mismo, se identificaron las posibles causas por las que los menores indígenas de la comunidad Embera Chamí son vinculados a la mendicidad ajena por sus padres y familiares, con un desplazamiento hacia Pereira como ciudad capital.

Desde otro punto de vista, se realizó una exploración desde la perspectiva de la imputación penal, que arrojó la configuración del delito de trata de personas por parte de las familias de la comunidad Embera Chamí, con relación a sus niños frente al ejercicio de la mendicidad ajena.

Por último, se indagó la posibilidad de imputar el delito, en la modalidad de mendicidad ajena niños indígenas integrantes de la comunidad Embera Chamí a sus familias, lo cual permitió conocer la aplicabilidad de la norma frente un hecho social evidente, estableciendo así las posibilidades de judicializar esta conducta, teniendo en cuenta la protección constitucional de la cual gozan los indígenas dentro de su jurisdicción especial y las dificultades propias desde los límites establecidos por el tribunal constitucional y la jurisdicción penal ordinaria.

Definición y planteamiento del problema de investigación

La dignidad humana y la autonomía del ser humano como derechos fundamentales, a pesar de que gozan de especial protección constitucional y de un reconocimiento por parte de los tratados y convenios internacionales, a lo largo del tiempo se han venido limitando y transgrediendo.

Con base en la anterior afirmación, cabe señalar que el delito en mención es un ejemplo de ello, se presenta en diferentes modalidades y con fines de explotación a los que, por sus condiciones culturales, sociales y económicas, se encuentran en notorias circunstancias de afectación.

Al respecto, UNODC señala:

El comercio en cuanto a los seres humanos ha sido por tanto una actividad desarrollada tras varios milenios, donde una gran variedad de hombres y mujeres fueron en ese tiempo vendidos como esclavos, donde miles de personas fueron además traídas desde América y Europa, donde va-

rios de ellos murieron durante el viaje, las mujeres fueron violadas y obligadas a servir en familias con altos niveles económicos y también prostituirse, determinando que esta época no solo afectó a diferentes mujeres africanas sino también a los indígenas y europeos².

Cuando se hace referencia a que la esclavitud es una práctica que se viene realizando en épocas anteriores, HENAO señala:

El acontecimiento que dio inicio a la aparición del concepto de trata de personas surge desde hace casi dos siglos en Francia en el año de 1814, *cuando se crea el Tratado de París, el cual establece la obligación de abolir de manera gradual la esclavitud, teniendo en cuenta que el primer término de la palabra “trata” fueron aquellos que hacían referencia a la venta de esclavos*³ (cursiva fuera de texto).

Lo anterior indica que el delito de trata de personas se ha venido realizando desde épocas anteriores, cuando el ser humano comenzó a ser comercializado, lo que implicaba un dominio sobre esas personas, quien eran sometidas a tratos crueles y degradantes, desplazándolas hacia otros países donde muchas murieron, fueron torturadas y sometidas a tratos inhumanos.

Es una conducta que en la actualidad a pesar de ser sancionada penalmente, se ha venido incrementando y presentando en diferentes modalidades con fines de explotación, con afectación a la dignidad humana y autonomía de quien es víctima de esta conducta punible, que no distingue edad, raza, etnia, cultura, edad, ni sexo, es tan amplio el contexto en el cual se desarrolla la conducta punible, que cualquiera puede estar expuesto a ser víctima.

2 DONNY MEERTENS (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, UNODC y Ministerio del Interior y de Justicia, 2009, disponible en [https://www.unodc.org/documents/frontpage/Investigacion_Trata_CO1.pdf], p. 33.

3 MARÍA ISABEL HENAO TRIP. “Lucha contra la trata de personas: desafío para Colombia en el siglo XXI”, *Revista Criminalidad*, vol. 50, n.º 1, 2008, disponible en [<https://www.policia.gov.co/sites/default/files/Lucha.html>], p. 386.

Cuando se involucran víctimas de diversas nacionalidades y su desplazamiento en diferentes países del mundo para lograr la concreción de esta conducta punible, implica que se suscite una alerta mundial que incentive a la lucha contra este delito. Las cifras son alarmantes, se convierte en un fenómeno en donde identificar los principales núcleos mundiales de la trata no es tarea fácil.

El tráfico o trata de personas es una problemática que ha venido adquiriendo importancia desde hace varios años. Sin embargo, inicialmente se crearon herramientas jurídicas de carácter internacional y nacional para combatir solo la trata con fines sexuales y se limitaba el delito al transporte entre fronteras nacionales.

De esta manera la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC- mediante la suscripción del “Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, se reconocen por parte de diversos países, incluido Colombia, diferentes modalidades de trata de personas, entre las cuales se encuentra aquella que tiene como finalidad la servidumbre, explotación laboral, esclavitud, y prácticas similares, que se configura el delito de tal manera que se reconoce que los casos donde el tráfico es interno, aún sigue configurando el delito de trata.

Existen definiciones sustentadas con mayores rasgos jurídicos, tal y como la que proporciona MEERTENS, quien define la trata como:

Una problemática globalizada, la cual mantiene una relación muy importante con los diferentes movimientos migratorios, entendiéndose como un traslado de los seres humanos ya sea dentro o fuera de las fronteras del país, con el objetivo de someter a estos a diferentes maneras de explotación⁴.

En este delito, existen concepciones focalizadas desde el aspecto sociológico, como la entregada por la Fundación Esperanza, la cual define: “una categoría del tráfico humano en la cual se degrada al ser humano a la condición de un objeto”⁵.

4 MEERTENS (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, cit., p. 27.

5 VICTORIA EUGENIA GIRALDO VILLA. *Metamorfosis de la esclavitud*:

Otras visiones se encuentran en unas posturas mucho más radicales como las planteadas en los diferentes modelos normativos que brindan concepciones diferentes frente al delito de trata de personas y los cuales se clasifican en prohibicionista, abolicionista, reglamentarista y legalista.

De acuerdo con la clasificación brindada antes, LAVERDE las explica así:

Prohibicionista

Este modelo se fundamenta en que el trabajo sexual atenta contra los principios expuestos en los derechos humanos, por lo que se debe tomar acciones legales contra quienes se dedican a esta actividad. Este modelo contiene una visión que se podría denominar moralista, que defiende la moral pública y las buenas costumbres⁶.

Se concibe desde una perspectiva moralista, en la cual quien ejerce la labor sexual se asemeja a un delincuente y el cliente visto desde esta teoría es simplemente un sujeto, el cual está exento de responsabilidad penal.

Con fundamento en lo anterior LAVERDE manifiesta que: “se asume que la conducta delictiva recae exclusivamente sobre quien presta el servicio sexual”⁷.

Abolicionista

Una corriente jurídica en la que el trabajo sexual no puede darse de forma voluntaria, por lo que el uso del cuerpo para la prestación de servicios sexuales representa una forma de explotación por quienes manejan el negocio, lo que significa un atentado contra sus derechos humanos⁸.

manual jurídico de trata de personas, Bogotá, Fundación Esperanza, 2005, p. 17.

6 CARLOS ALFONSO LAVERDE RODRÍGUEZ. *Prostitución y trabajo: condiciones sociales y laborales de mujeres trabajadoras sexuales en la ciudad de Bogotá*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-, 2015, p. 42.

7 *Ibíd.*, p. 43.

8 *Ibíd.*, p. 44.

Es así como esta teoría expresa que quien es explotado sexualmente debe ser considerado víctima, debido a la grave vulneración de los derechos humanos que se presentan para estos casos en concreto de explotación.

Por su parte, PABLO DE LORA sostiene que los Estados que mantienen un modelo abolicionista, conciben la prostitución como una “actividad básicamente degradante e indigna; antes bien, debe dirigir sus esfuerzos en pos de su desaparición”⁹.

Por otro lado, TIRADO explica que:

El modelo abolicionista elimina la aceptación de su existencia y de igual forma la regulación normativa, fundamentada en la protección de la familia y también de las mujeres, excluyendo por ende la punición de las actividades individuales, persiguiendo la respectiva organización de negocios relacionando la prestación de servicios sexuales¹⁰.

Este modelo normativo busca que se garantice el derecho fundamental a la dignidad humana, de la cual gozan todos los seres humanos, y por lo tanto no es posible concebir la posibilidad del ejercicio de esta actividad.

Reglamentarismo

También hace referencia LAVERDE:

El modelo reglamentarista define implícitamente una distinción entre la prostitución libre y la forzada, lo que permite diferenciar. El modelo reglamentarista define implícitamente una distinción entre la prostitución libre y la

9 LAVERDE RODRÍGUEZ. *Prostitución y trabajo: condiciones sociales y laborales de mujeres trabajadoras sexuales en la ciudad de Bogotá*, cit., p. 44.

10 MISAEL TIRADO ACERO. “El debate entre prostitución y trabajo sexual. Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública”, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 6, n.º 1, 2011, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/ries/article/view/118>], p. 139.

forzada, lo que permite diferenciar y dimensionar problemáticas como el tráfico y la explotación sexual¹¹.

Por el contrario de los anteriores modelos, este reconoce que existe una problemática y la distingue, para este caso en específico respecto de la prostitución como una actividad voluntaria o como una problemática que hace alusión a este delito.

Por lo anterior, este modelo concibe la posibilidad de regular la prostitución que es ejercida de manera voluntaria, para fines de sanidad y de prevención de enfermedades de transmisión sexual, entre otros. Es así como LAVERDE explica:

Desde esta corriente, se concibe a la prostitución como un mal menor y necesario, por lo que se reconoce su existencia con la protección en temas como la salud y el establecimiento de zonas especiales en las que se pueda controlar y vigilar el orden público. De acuerdo a la organización en zonas delimitadas para el ejercicio del trabajo sexual, las pretensiones no son de protección a la libertad personal sino de control de un mal que puede derivar en aumento de problemas sociales como las ETS. Se establecen medidas para que quien ejerce el trabajo sexual asista periódicamente a controles sanitarios para así evitar problemas de salud pública¹².

Así mismo, TIRADO expone:

El modelo reglamentista determina que la prostitución es un mal social, donde, al no poderse combatir, dese ser regulado en relación con los efectos perniciosos que intervienen la salud, la convivencia y además las buenas costumbres, por tanto, este modelo tiene como objetivo el cuidar al cliente y de manera indirecta a los que viven la prostitución sin ejercerla, permitiendo la explotación de diferentes centros comerciales que constituyen esta actividad sexual,

11 LAVERDE RODRÍGUEZ. *Prostitución y trabajo: condiciones sociales y laborales de mujeres trabajadoras sexuales en la ciudad de Bogotá*, cit., p. 44.

12 *Ibíd.*, p. 45.

facilitando de tal modo el contacto entre el trabajador con los clientes¹³.

Legalista

LAVERDE expresa:

En el marco de la concepción laboral, se busca reconocer derechos que van desde el acceso a la salud hasta el cumplimiento de un horario, el derecho a sindicalizarse, aportes para jubilación, a sindicalizarse, entre otros¹⁴.

Este modelo busca el reconocimiento de derechos de quienes ejercen el trabajo sexual, bajo el entendido de unas garantías laborales que le permitan acceder a todas las prestaciones como la salud, la pensión, y demás derechos inherentes de quienes realizan actividades laborales, que para este caso en concreto y de conformidad a este modelo aplica (trabajo sexual).

El modelo que busca la legalización del trabajo sexual va en contravía del modelo abolicionista o reglamentarista, sustentado en la libertad del individuo que suele ser cohibida por las concepciones moralistas¹⁵.

Este modelo entra en contravía con los mencionados con anterioridad, en razón a que la prostitución sería concebida como un delito con fines sexuales y por lo tanto el ejercicio de dicha actividad es rechazado de plano.

La trata de personas se puede realizar para diferentes fines, entre los cuales se destacan la explotación sexual y el trabajo forzado, siendo el primero abordado con mayor profundidad. Sin embargo, el trabajo forzado es un fenómeno que parece adquirir mayor fuerza a nivel mundial, teniendo como víctimas mayoritarias a menores de edad.

13 TIRADO ACERO. "El debate entre prostitución y trabajo sexual. Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública", cit., p. 139.

14 LAVERDE RODRÍGUEZ. *Prostitución y trabajo: condiciones sociales y laborales de mujeres trabajadoras sexuales en la ciudad de Bogotá*, cit., p. 46.

15 Ídem.

Han sido muchas las víctimas de la trata de personas y debido a la amplitud del contexto en el cual se desenvuelve la trata respecto de sus formas, verbos rectores y el fin de explotación sobre sus víctimas, para la realización de la presente investigación se hizo necesario realizar una estricta delimitación de la modalidad que se decidió abordar, así como de las víctimas, brindando un estudio de la modalidad de mendicidad ajena, cuyas víctimas son los menores indígenas integrantes de la comunidad Embera Chamí y de su sujeto activo, es decir, de quien realiza la conducta punible.

Con respecto a la delimitación realizada, es importante señalar que las comunidades indígenas en Colombia se encuentran constituidas en diversos grupos de acuerdo a su lugar de ubicación, entre los cuales se encuentra la comunidad Embera Chamí, protagonista del presente estudio, en donde, previa denuncia pública, se detectó un posible caso de trata de personas al interior de su comunidad en las calles del municipio de Pereira.

El informe presentado por el Ministerio de Cultura, realiza la siguiente descripción de la comunidad Embera Chamí:

Sus orígenes un grupo nómada dedicado a la caza, la pesca y la recolección. Antes de que sus territorios fueran colonizados por los españoles, tenían una íntima relación con la tierra, ya que la misma constituía la base de su existencia, reivindicando el usufructo de los recursos naturales para la supervivencia, con su servicio a la tierra, lo cual los hacía sentir parte de una comunidad. Esta comunidad conserva su lengua nativa, la cual pertenece a la familia lingüística chocó y habitan en su mayoría cerca al alto río San Juan en los municipios de Pueblo Rico y Mistrató del departamento de Risaralda¹⁶.

La comunidad Embera Chamí por ubicación, se encuentra en el departamento de Risaralda en municipios como Pueblo Rico y Mistrató, pero a pesar de encontrarse ubicadas allí, en ocasiones se desplazan hacia Pereira, como ciudad capital, a ejercer la mendicidad.

16 MINISTERIO DE CULTURA DE COLOMBIA. "Embera Katío", Bogotá, 2010, disponible en [<http://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/noticias/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20del%20pueblo%20Embera%20Kat%C3%ADo.pdf>].

Cuando se hace referencia a la trata de personas para ejercer la mendicidad ajena, objeto de estudio de la presente investigación, según MEERTENS se pueden considerar como estos fines: “aquellas actividades relacionadas con la economía formal o informal como mendicidad ajena, ventas callejeras, servicio doméstico, agricultura, pesquería, minería, construcción o trabajo en fábricas”¹⁷.

Ahora bien, la mendicidad, la cual a simple vista puede considerarse una actividad lícita propia de quien la asume al pedir limosna, puede encuadrarse dentro de este tipo penal, cuando existe explotación de la mendicidad ajena, es decir, cuando “el tratante” obliga a la víctima a pedir limosna para su propio lucro.

Según lo establecido por la Organización Internacional para las Migraciones -OIM-, el municipio de Pereira se encuentra situado como uno de los principales municipios de origen de esta conducta delictiva.

Lo que alarma aún más la situación es que, por la naturaleza de esta conducta delictiva, los niños y niñas son más propensos a convertirse en víctimas de la misma. MEERTENS establece que: “En niños y niñas, la modalidad más frecuente es la mendicidad ajena, especialmente proveniente de comunidades indígenas y la explotación laboral, especialmente de niños en las minas”¹⁸.

La ciudad de Pereira, es una muestra clara de este fenómeno, porque la comunidad indígena Embera Chamí desde hace un largo periodo de tiempo se traslada a las calles del municipio, con el fin de ejercer la mendicidad.

Sobre lo anterior se han realizado llamados de atención como el del doctor ALEXANDER GRANADOS, exsecretario de desarrollo social y político del municipio de Pereira (periodo 2012), el cual comunicó que estas familias son reconocidas por ejercer la mendicidad ajena y afirmó que:

Cada cierto tiempo ellos vienen a la ciudad para pedir dinero en las calles, al parecer los hombres incitan a las mujeres y a los niños a que estos pidan limosna, mientras ellos se quedan en una residencia. Cuando son identificados,

17 MEERTENS (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, cit., p. 30.

18 *Ibíd.*, p. 178.

solicitan el dinero del pasaje para regresar a sus tierras y a los pocos días de nuevo se les ve en la capital risaraldense¹⁹.

Así mismo, MEERTENS establece que:

El 28% de situaciones de trata reportadas en Antioquia y el eje cafetero tienen por víctimas a personas de comunidades indígenas, a pesar de su poca presencia en estos territorios, en donde el (44%) de los casos corresponden a explotación de la mendicidad ajena²⁰.

Lo anterior, permite evidenciar que, en razón de las edades de las víctimas, las situaciones de trata en los que se ven involucrados menores ascienden al 69%, en donde la explotación de la mendicidad ajena ocupa un lugar importante, puesto que de ese porcentaje, la mendicidad ajena representa el 58% de los casos de trata en que se involucran como víctimas menores, de cero a seis años, el 24% cuando los menores son de siete a 14 años y el 13% cuando son de 15 a 18 años.

Dicha situación se torna preocupante teniendo en cuenta el deber de defensa y protección que tienen los ciudadanos sobre los menores.

Se puede evidenciar que aparte de los diversos factores que podrían influir en la dificultad de prevenir y judicializar este delito en la jurisdicción ordinaria, tal y como lo son, según HENAO: “el requerimiento de la denuncia del delito cuando por ley opera la investigación oficiosa; la necesidad de llevar a la víctima al juicio como testigo y la aceptación cultural a comportamientos que constituyen trata de personas”²¹, cuando adicionalmente esta conducta la pueden realizar indígenas, se debe sumar la complejidad arrojada por la protección especial de la que goza esta comunidad inherente a su autonomía de conformidad a la normas constitucionales.

La jurisdicción especial indígena tiene como principal objetivo proteger la diversidad étnica, otorgándole herramientas de autodeter-

19 ALEXANDER GRANADOS. “Noticias de impacto en Pereira”, *Diario del Otún*, 13 de julio de 2012.

20 MEERTENS (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, cit.

21 HENAO TRIP. “Lucha contra la trata de personas: desafío para Colombia en el siglo XXI”, cit., p. 395.

minación, entre las cuales se encuentra la creación y aplicación de sus propias leyes bajo el dominio de sus propias autoridades.

Por lo anterior, a pesar del llamado de atención realizado por el doctor GRANADOS (ex secretario de desarrollo social) respecto de la permanencia de los menores indígenas en las calles de Pereira ejerciendo la mendicidad, los cuales se encuentran fuera de su resguardo indígena y bajo la aparente aplicación de la jurisdicción ordinaria, cuáles han sido las acciones desplegadas para determinar si en efecto se está bajo la presencia de mendicidad ajena, y en el evento positivo, qué posibilidad existe desde la perspectiva de la imputación penal de judicializar dicha conducta teniendo en cuenta que los actores de la misma son integrantes de una comunidad indígena.

I. PREGUNTA PROBLEMA

¿Cuál es el estado actual de la mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas en niñas, niños y adolescentes indígenas de la comunidad Embera Chamí, que se desplazan a la ciudad de Pereira, período 2015-2017?

II. JUSTIFICACIÓN

El desarrollo de la presente investigación es de gran importancia, ya que permitirá dar a conocer el estado actual de un delito reprochable como lo es la mendicidad ajena como modalidad de trata de menores que se desplazan a la ciudad de Pereira, enfocado a la comunidad indígena Embera Chamí, relacionando jurídicamente el conflicto de competencias entre las jurisdicciones especial indígena y ordinaria frente a este delito.

El trabajo forzado y la mendicidad ajena han sido considerados delitos atroces dada la categoría de los derechos que violenta, según MEERTENS: “la trata de personas afecta principalmente en las víctimas, el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de libertad, igualdad, dignidad, seguridad, integridad personal, e incluso a tener una familia y vida”²².

Así mismo, es importante teniendo en cuenta que en la mayor parte de estudios sobre el delito de trata de personas, se ha realizado un enfoque a los fines sexuales, restándole importancia a la modalidad de trabajo forzado y mendicidad ajena que de igual forma se presentan con gran auge al interior de Colombia, y que suelen camuflarse en “actividades lícitas”.

La población objeto de la presente investigación son niños, niñas y jóvenes indígenas de la comunidad Embera Chamí, los cuales gozan de una protección especial por parte del Estado, y teniendo en cuenta la autonomía de la jurisdicción indígena de la cual hacen parte, son más vulnerables para ser utilizados en la comisión de esta conducta delictiva.

Por otro lado, el contenido y las conclusiones que se obtengan del presente estudio, serán de gran utilidad para los diversos intervinientes en el delito con fines de explotación de la mendicidad en niñas, niños y adolescentes indígenas, ya que se obtendrá información detallada respecto de las causas que la determinan, así como los estudios, diagnósticos y leyes para prevenirla, erradicarla y judicializarla, y permitirá tener argumentos válidos para reconsiderar o no, los mecanismos jurídicos y sociales existentes para combatirla, teniendo en cuenta la protección constitucional que cobija a la cultura indígena.

La presente investigación podría constituirse como un estudio piloto de alto impacto, transformación y aporte para los diferentes procesos que se presentan o se llegaren a presentar con las diferentes comunidades indígenas residentes en todo el país.

Dicha información podrá contribuir a la labor de operadores judiciales, fiscales, defensores, fundaciones, víctimas e investigadores de la temática.

Por último, por medio de la presente investigación se pretende generar un aporte a la disciplina de derecho penal y procedimental penal, puesto que al analizar el estado actual de dicho delito, con fines de explotación de la mendicidad en niñas, niños y adolescentes indígenas, a partir de un enfoque jurídico-social, se podrán mostrar las dificultades que se presentan para la aplicación del tipo penal, así como otras condiciones sociológicas que no se han considerado, lo cual podría contribuir a perfeccionar e incluso generar nuevos mecanismos penales que permitan obtener mayor eficacia en la prevención y judicialización de la conducta delictiva objeto del presente estudio.

III. OBJETIVOS

A. General

Establecer el estado actual de la mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas en niñas, niños y adolescentes indígenas de la comunidad Embera Chamí, que se desplazan a la ciudad de Pereira, periodo 2015-2017.

B. Específicos

- Identificar las posibles causas que generaron la vinculación de niños, niñas y adolescentes indígenas de la comunidad Embera Chamí (Risaralda), a la mendicidad ajena, en el período 2015-2017.
- Relacionar jurídicamente los alcances y los límites de las jurisdicciones ordinaria y especial indígena, frente a la trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena.
- Explorar desde la perspectiva de la imputación penal, la concreción de la trata de personas con fines de explotación de mendicidad por parte de las familias Embera Chamí con relación a sus niños, niñas y adolescentes.
- Analizar la viabilidad de judicializar, bajo la conducta punible de trata de personas, al núcleo familiar responsable de las niñas, niños y adolescentes indígenas pertenecientes a la comunidad Embera Chamí que se desplazan a la ciudad de Pereira (Risaralda).

IV. HIPÓTESIS

La conducta punible de trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena es ejercida por los padres indígenas de la comunidad Embera Chamí (Risaralda) sobre sus hijos, los cuales se desplazan de sus resguardos a la ciudad de Pereira y abandonan su jurisdicción indígena.

V. METODOLOGÍA

A. Tipo de investigación

En las problemáticas sociales que van surgiendo con el pasar de los años, se ha requerido de un profundo estudio y análisis que implica la necesidad de buscar soluciones a las dudas que se presentan, y de esta manera dar respuesta a cada caso en concreto.

Con lo anterior, se tiene que la investigación es la mejor herramienta para resolver cada problemática que se llegue a presentar. Como sucede en el caso señalado del presente proyecto de investigación, que como se ha explicado abarca una de las mayores problemáticas a nivel mundial (trata de personas).

El caso Embera Chamí (Risaralda) es una evidencia de ello, específicamente en el ejercicio de la mendicidad ajena como un fin de la trata, donde los menores indígenas son puestos en condiciones indignas y sometidas a pedir limosna en las calles de Pereira por parte de sus padres indígenas.

La base de la investigación surge a partir de una denuncia pública realizada por el doctor ALEXANDER GRANADOS, exsecretario de desarrollo social y político del municipio de Pereira (periodo 2012), quien comunicó que estas familias son reconocidas por ejercer la mendicidad ajena y afirmó que:

Cada cierto tiempo ellos vienen a la ciudad para pedir dinero en las calles, al parecer los hombres incitan a las mujeres y a los niños a que estos pidan limosna, mientras ellos se quedan en una residencia. Cuando son identificados, solicitan el dinero del pasaje para regresar a sus tierras y a los pocos días de nuevo se les ve en la capital risaraldense²³.

Con base en dicho señalamiento, surge la necesidad de realizar la presente investigación y de este modo establecer la posibilidad de contemplar la judicialización de miembros de comunidades indígenas por esta conducta delictiva.

Es así como la investigación a desarrollar se enmarca dentro del método de investigación cualitativa. El cual, como explica MARTÍNEZ consiste en el: “desarrollo de procesos en términos descriptivos e interpreta acciones, lenguajes, hechos funcionalmente relevantes y los sitúa en una correlación con el más amplio contexto social”²⁴.

De esta manera, el método de investigación cualitativa permite realizar un desarrollo de dicha problemática desde aspectos fundamentales como la interpretación, descripción y lenguaje de hechos relevantes, elementos necesarios para entender en que consiste el delito de trata de personas, sus modalidades, causas, consecuencias, aspectos procedimentales propios de dicho delito, que versan sobre su judicialización, falencias probatorias y por otro lado la jurisdicción especial indígena y todos los elementos que la componen.

Pero así mismo, como todos estos elementos aportan a llevar una correlación con la realidad social, y como la mendicidad se convierte en un hecho no solo delictivo, sino también en una problemática social que afecta a los menores que integran comunidades indígenas, en este caso, los sujetos más vulnerables y sobre los cuales se ejerce dicha conducta.

Al realizar una conexión con el contexto social, MARTÍNEZ señala:

La mayor parte de los estudios cualitativos están preocupados por el contexto de los acontecimientos, y centran su indagación en aquellos espacios en que los seres humanos se implican, se interesan, evalúan y experimentan directamente. Es más, esta investigación trabaja con contextos que son naturales, o tomados tal y como se encuentran, más que reconstruirlos o modificados por el investigador²⁵.

Es por esta razón, que la presente investigación alternó el componente teórico junto con el componente social, algo necesario para poder entender lo analizado por los académicos, operadores judiciales, personas que trabajan directamente con las víctimas y servidores públicos, desde una perspectiva aplicada al componente social.

24 JORGE MARTÍNEZ RODRÍGUEZ. “Métodos de investigación cualitativa”, *Silogismo. Revista de la Corporación Internacional para el Desarrollo Educativo*, n.º 8, 2011, p. 11.

25 Ídem.

De acuerdo a MARTÍNEZ:

Rara vez se asignan valores numéricos a sus observaciones sino que se prefiere registrar sus datos en el lenguaje de los sujetos. En este enfoque se considera que las auténticas palabras de estos resultan vitales en el proceso de transmisión de los sistemas significativos de los participantes, que eventualmente se convierten en los resultados o descubrimientos de la investigación. La insistencia en la proximidad a los mundos cotidianos de las personas y en captar sus acciones proporciona un refuerzo sólido a las explicaciones que finalmente desarrolle la investigación. En realidad tales aclaraciones se explican o tienen sentido en razón del hecho mismo de que fueron generadas a través de un proceso que tomó en cuenta las perspectivas de los participantes²⁶.

El método de investigación cualitativo permite una interacción con los diferentes sujetos que abordan la investigación, la cual permite obtener un resultado a la problemática planteada.

Así, la investigación cualitativa se compone de unos elementos interpretativos y de comprensión de fenómenos desde la perspectiva del sujeto.

También MARTÍNEZ señala las raíces de la investigación cualitativa:

1. La hermenéutica (interpretación): busca descubrir los significados de las distintas expresiones humanas, como las palabras, los textos, los gestos, pero conservando su singularidad.
2. La fenomenología se preocupa por la comprensión de los actores sociales y por ello de la realidad subjetiva, comprende los fenómenos a partir del sentido que adquieren las cosas para los actores sociales en el marco de su proyecto del mundo²⁷.

26 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ. "Métodos de investigación cualitativa", cit., p. 11.

27 Ibid., p. 12.

La investigación se enfoca en dirigirse a un análisis que permita comprender y orientarse respecto de la acción humana. MARTÍNEZ explica:

Por esto en los estudios cualitativos se pretende llegar a comprender la singularidad de las personas y las comunidades, dentro de su propio marco de referencia y en su contexto histórico-cultural. Se busca examinar la realidad tal como otros la experimentan, a partir de la interpretación de sus propios significados, sentimientos, creencias y valores²⁸.

Con fundamento en lo planteado con anterioridad, el presente método permitió el desarrollo de los objetivos propuestos en este trabajo de investigación y así mismo permitió responder a la formulación del problema, con lo cual se trabajó para establecer el estado actual de la problemática sobre mendicidad en menores indígenas.

Se realizó un estudio de la comunidad Embera Chamí (Risaralda) respecto de sus prácticas, costumbres, cultura, y así mismo se abordó su jurisdicción especial, en sus límites y alcances.

De esta manera se obtuvieron datos descriptivos obtenidos por medio de las entrevistas semi-estructuradas realizadas y que más adelante se especifican a través de las fuentes e instrumentos de investigación empleados propios de este método.

El presente método permitió el diseño de un plan de análisis el cual se puede ver en los anexos del trabajo.

Para finalizar, se debe destacar que MARTÍNEZ expresa:

El papel del investigador en la investigación cualitativa es la de interactuar con los individuos en su contexto social, tratando de captar e interpretar el significado y el conocimiento que tienen de sí mismo y de su realidad, ya que se busca una aproximación global y naturalista a las situaciones sociales y a los fenómenos humanos con el propósito de explorarlos, describirlos y comprenderlos a partir de un proceso de interpretación y construcción teórica²⁹.

28 Ídem.

29 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ. "Métodos de investigación cualitativa", cit., p. 14.

B. Enfoque de la investigación

Una vez establecido el método, se buscó enfocar la investigación desde una perspectiva que permitiera desarrollar lo planteado en los objetivos y en general del contenido de la investigación, es por tal razón y considerando la naturaleza de la problemática escogida que se abordó un enfoque de investigación socio-jurídico.

CARVAJAL señala que:

Es claro que hoy en día, puede ser identificada una tendencia social y académica, que le augura a la disciplina un rol muy importante en la vida de las facultades de derecho y en la búsqueda de respuesta a varios de los más difíciles problemas políticos y sociales que afronta el país³⁰.

Con el presente enfoque de investigación, se pretende analizar el delito sobre la trata, contemplado en el artículo 188-A del Código Penal colombiano, ligado a una conducta social que se ha venido presentando en la ciudad de Pereira (período 2014-2015), donde se ha evidenciado la presencia de comunidades indígenas, específicamente de niñas, niños y adolescentes que pertenecen a la comunidad Embera Chamí, pidiendo limosna, al parecer –según denuncia pública instaurada al respecto–, por orden expresa de sus padres. Por ende, el enfoque de la presente investigación es de naturaleza socio-jurídica, en razón a que no se limitará a analizar de manera aislada la norma contenida en el Código Penal colombiano³¹, sino también a un análisis ligado al comportamiento social en cuestión.

Siguiendo al profesor TANTALEÁN haciendo referencia a las investigaciones socio-jurídicas, este documento pretende:

analizar si la norma jurídica se cumple o no, en la realidad, sin entrar a detallar su validez o su legitimidad [...] verificar la aplicación del derecho, pero en sede real; por tanto,

30 JORGE CARVAJAL. “La sociología jurídica y el derecho”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 14, n.º 27, 2011, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2402>], p. 114.

31 Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1663230>].

se trata de ir a la misma realidad, a los hechos para discutir, criticar y reformular las normas jurídicas³².

En ese sentido, cobra especial relevancia examinar una conducta social desde un enfoque normativo.

En Colombia existen cantidades de problemáticas sociales que se enmarcan en el área del derecho, pero que las mismas deben ser abordadas y estudiadas desde un contexto social que permita entender la problemática y encontrar una solución a la misma. Por tal razón, CARVAJAL explica que:

La mayor parte de los problemas nacionales de magnitud notable están estrechamente relacionados con el derecho, pero a la vez parecen superar los cánones ordinarios de la dogmática jurídica: la violencia, las dificultades en el proceso de construcción de un Estado nacional ilegítimo, el narcotráfico, la corrupción, los mecanismos de participación democrática, la crisis de administración de justicia como espacio para el tratamiento de los conflictos sociales, la ausencia de desarrollo económico, la violación de los derechos humanos y la marginalidad social [...] atraen la sociología del derecho, como herramienta adicional que pueda proveer nuevos elementos de juicio para comprender las situaciones afrontadas, sirviendo además al propósito de encontrar fórmulas novedosas que contribuyan a remontar el estado actual de cosas³³.

Entendiendo la necesidad de abordar este enfoque, es necesario entrar a definir qué se entiende por sociología jurídica, para lo cual CARVAJAL explica que:

CARBONNIER (1982) define la sociología jurídica como aquella que engloba todos los fenómenos de los que en el derecho pueden ser causa, efecto u ocasión. Incluidos los

32 REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR. "Tipología de las investigaciones jurídicas", *Derecho y Cambio Social*, año XIII, n.º 43, 2016, pp. 1 a 37, disponible en [https://www.derechoycambiosocial.com/revistao43/TIPOLOGIA_DE_LAS_INVESTIGACIONES_JURIDICAS.pdf].

33 CARVAJAL. "La sociología jurídica y el derecho", cit., p. 110.

fenómenos de violación, ineffectividad o de desviación [...] DE LA TORRE (1997) explica que consiste en entender el fenómeno jurídico como resultado de procesos sociales, interdependiente del efecto que el Derecho tiene como regulador de la acción social³⁴.

Abordando los diversos factores que la enmarcan dicha problemática, así mismo sus causas, las acciones adelantadas por parte de las autoridades competentes, la posibilidad de judicialización, el conflicto jurisdiccional existente dada su diversidad cultural, explorando las razones por las cuales se ha generado este comportamiento y su influencia jurídico-penal.

Lo anterior en razón a que la comunidad objeto de estudio goza de una protección constitucional especial que permite aplicar el derecho de una manera diferente y excepcional, respetando las costumbres de las minorías étnicas, pero así mismo confrontando una problemática que desde la misma comunidad se viene presentando y que inciden en uno de los delitos de mayor trascendencia a nivel mundial, como lo es la trata de personas.

En este sentido, PALACIOS citado por CARVAJAL manifiesta que:

La observación de las instituciones sociales, limitada a aquellas que guardan relación con el control jurídico, significa contemplar no solo los sistemas normativos establecidos, de manera formal o informal, o instituciones, sociales estrechamente relacionadas con los operadores del derecho y la aplicación de las normas [...] sino instituciones sociales de igual o mayor complejidad como la cultura, la economía, la organización estatal, etc., que según el caso y el aspecto involucrado, también repercuten sobre el control jurídico [...] lo hacemos en la acepción más alta posible, la justicia no como código auto contenido, sino como realidad social, a la vez de manera específica de acercarse al problema del orden social y conjunto de problemas surgidos del orden mismo³⁵.

34 Ibid., p. 113.

35 GERMÁN PALACIOS, cit. en CARVAJAL. "La sociología jurídica y el derecho", cit., p. 114.

Este método permitió desarrollar el objetivo general de la presente investigación, y así brindar resultados que tuvieron en cuenta componentes sociales y jurídicos que concatenados permiten estudiar una problemática.

La investigación también guarda un enfoque de naturaleza descriptiva, y con ella se realizará el análisis de un problema de investigación que no ha sido abordado desde este enfoque, como se ha podido vislumbrar en las indagaciones realizadas al respecto, desde la construcción del estado del arte, pudiendo generar un punto de partida para futuras investigaciones y aportando elementos importantes a diferentes autoridades frente a esta situación o algunas similares.

Para finalizar, TORREGROSA y TORREGROSA explican:

De acuerdo a lo señalado por SILVA, la sociología del derecho se interesa por el estudio de la realidad social relacionada con el control jurídico, la cual no puede ser captada sin el uso de pesquisas empíricas. Lo anterior no debe traducirse en una negación del valor de la investigación que recurre a fuentes documentales, por ejemplo bibliográficas, tampoco a descartar la importancia de los trabajos de índole teórica, y menos recaer en una especie de empirismo “ciego”...³⁶.

Con lo planteado anteriormente, se puede concluir frente a la metodología que se utilizó de tipo cualitativo, cuyo enfoque es descriptivo-analítico, que la presente investigación se desarrolló en varias fases, partiendo de componentes teóricos, empíricos e interpretativos, los cuales se derivan de: investigación-acción-participación.

C. Fuentes

El diseño metodológico realizado permitió que la información obtenida por medio de entrevistas a expertos, informes por parte de entidades del Estado encargadas de velar por el bienestar y la conservación de la población indígena objeto de estudio y así mismo de la protec-

36 NORHYS ESTHER TORREGROSA JIMÉNEZ y RODOLFO TORREGROSA JIMÉNEZ. “La investigación socio-jurídica una función prioritaria en la formación de los abogados y abogadas del siglo XXI en Colombia”, *Verba Iuris*, n.º 28, 2012, p. 14.

ción de los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes de la comunidad indígena Embera Chamí (Risaralda), desarrollara los objetivos y la problemática planteada en la investigación.

Así mismo, entrevistas a operadores judiciales, expertos internacionales, personas que trabajan con víctimas, académicos, doctrina relacionada, jurisprudencia, informes, normas de carácter constitucional, tratados y convenios internacionales y normativa nacional, permiten el desarrollo de todos los objetivos, como a continuación se van a relacionar frente a cada objetivo en específico.

Fuentes objetivo específico n.º 1

Objetivo n.º 1: “Identificar las posibles causas que generaron la vinculación de niños, niñas y adolescentes indígenas de la comunidad Embera Chamí (Risaralda), a la mendicidad ajena, en el período 2014 – 2015”.

1. Informes realizados por la Unidad de Atención y Protección a las Víctimas:

- IX informe trimestral al Auto 051 de 2013 donde la Corte Constitucional pudo solicitar la respectiva información sobre aquellas medidas que se implementaron con el fin de dar atención a las comunidades indígenas Embera Katío y Embera Chamí, las cuales están alojadas y desplazadas en la ciudad de Bogotá, en el marco de lo dispuesto por la Sentencia T-025 de 2004 y el Auto 004 de 2009 (Bogotá, octubre de 2015).
- VII informe trimestral al Auto 051 de 2013 donde la Corte Constitucional hizo el debido proceso para solicitar información acerca de las medidas adoptadas en la atención a las comunidades indígenas Embera Katío y Embera Chamí que se encuentran desplazadas en la ciudad de Bogotá, en el marco de lo dispuesto por la Sentencia T-025 de 2004 y el Auto 004 de 2009 (Bogotá, enero de 2015).
- XI informe trimestral del Auto 051 de 2013 (Bogotá, 2013).
- XII informe trimestral del Auto 051 de 2013 (Bogotá, 2103).
- XIII informe trimestral del Auto 051 de 2013.

- Informe de respuesta al Auto 051 de 15 de marzo de 2013, en este informe la Corte Constitucional hizo la solicitud de información en relación con las medidas que se implementaron para atender a las respectivas comunidades indígenas Embera Katío (Choco) y Embera Chami (Risaralda), puesto que están desplazadas en la ciudad de Bogotá, según las disposiciones realizadas en la Sentencia T-025 de 2004 y el Auto 004 de 2009 (Bogotá, abril de 2013).
- II informe trimestral al Auto 051 de 2013.
- III informe trimestral al Auto 051 de 2013.
- V informe trimestral al Auto 051 de 2013.
- VI informe trimestral al Auto 051 de 2013.
- X informe trimestral al Auto 051 de 2013.

Los informes mencionados corresponden a una fuente secundaria, en razón a que la información obtenida por parte de la comunidad Embera Chamí se obtuvo de los informes realizados por dicha entidad, quien es la encargada de velar por la protección de las minorías étnicas y que sus derechos no vayan a ser vulnerados y son quienes trabajan directamente con la comunidad Embera.

2. Se realizaron entrevistas correspondientes a los siguientes modelos de entrevista semi estructurada diseñados para efectos de la investigación:

- Entrevista semiestructurada n.º 1 - servidores públicos, se entrevistó a:

CARMENZA BUITRAGO BOTERO (profesional universitaria especializada, Gobernación de Risaralda).

SANDRA DEVIA (directora de Gobierno y Gestión Territorial, Ministerio del Interior).

LISA CRISTINA GÓMEZ CAMARGO (subdirectora de Restablecimiento de Derechos, encargada de la Dirección de Protección, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-).

MÓNICA GÓMEZ MARÍN (consejera de paz y derechos humanos, Gobernación de Risaralda).

- Entrevista semiestructurada n.º 2 - personas que trabajan con víctimas, se entrevistó a:

JHON PÉREZ CELIS (contratista de la UARIV).

OMAR TORO SÁNCHEZ (director territorial UARIV).

JOSÉ BELLO (enlace nacional de retorno y reubicaciones UARIV).

- Entrevista semiestructurada n.º 3 - operadores judiciales, se entrevistó a:

ÁLVARO ALEJANDRO ROMÁN (juez primero penal municipal con funciones de conocimiento).

ALONSO MÁRQUEZ ABRIL (fiscal sexto, seccional Risaralda).

JORGE MARIO TREJOS (director de fiscalías, seccional Risaralda).

JENNIFER MOSQUERA RENTERÍA (secretaria juzgado segundo promiscuo municipal, Belén de Umbría, Risaralda).

CARLOS ANDRÉS PÉREZ ALARCÓN (procurador 149 judicial penal II).

LUCELY AMPARO MARÍN MARTÍNEZ (juez penal del circuito, Dosquebradas, Risaralda).

Considerándose dicha fuente como primaria, en razón a que fue obtenida directamente por quien brinda la información respecto del tema, en este caso los expertos mencionados brindando información frente al conocimiento que se tiene frente a las causas por las cuales los niños, niñas y adolescentes de la comunidad Embera Chamí (Risaralda) son vinculados a la práctica de mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas.

3. Doctrina relacionada

A continuación se van a señalar los textos más importantes que contribuyen fundamentalmente al desarrollo del presente objetivo y siendo los mismos fuente secundaria de la investigación porque brindan un análisis y realizan un recuento de lo que representa la comunidad Embera Chamí y las causas de su desplazamiento a la ciudad de Pereira para ejercer la mendicidad como fuente secundaria:

Autor: LUIS RODRIGO TAPASCO

Título: “El desplazamiento del embera chami y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira: una mirada desde una comunidad indígena asociada con las políticas de desplazamiento”

Año: 2008

Autor: JUAN CARLOS FERRÉ OLIVE

Título: “Diversidad cultural y sistema penal”

Año: 2008

Autor: RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

Título: “El multiculturalismo un desafío para el derecho penal moderno”

Año: 2007

Autor: TEODORA ZAMUDIO

Título: “Reconocimiento constitucional a derechos de los pueblos indígenas y su implicancia en el derecho penal”

4. Dentro de las fuentes primarias se obtuvo el plan de vida embera; texto realizado por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER- y el Consejo Regional Indígena de Risaralda -CRIR-, el cual plasma el proyecto de vida de las comunidades emberas y de este modo permite la caracterización de estas comunidades indígenas, dentro de las cuales se encuentra la Embera Chamí, comunidad objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

Lo anterior en razón a que se obtuvo la información de manera directa por miembros de la comunidad embera quienes exponen su vida dentro de la comunidad y así mismo plasma su cultura y el significado de la misma.

Fuentes objetivo específico n.º 2

Objetivo n.º 2: “Relacionar jurídicamente los alcances y los límites de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción especial indígena, frente a la trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena”.

1. Se realizaron entrevistas correspondientes a los siguientes modelos de entrevista semi-estructurada diseñados para efectos de la investigación:

- Entrevista semiestructurada n.º 1 - servidores públicos, se entrevistó a:

CARMENZA BUITRAGO BOTERO (profesional universitaria especializada, Gobernación de Risaralda).

MÓNICA GÓMEZ MARÍN (consejera de paz y derechos humanos, Gobernación de Risaralda).

- Entrevista semiestructurada n.º 2 - personas que trabajan con víctimas, se entrevistó a:

JHON PÉREZ CELIS (contratista Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas).

OMAR TORO SÁNCHEZ (director territorial eje cafetero Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas).

JOSÉ BELLO (enlace nacional de retorno y reubicaciones Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas).

- Entrevista semiestructurada n.º 3 - operadores judiciales, se entrevistó a:

ÁLVARO ALEJANDRO ROMÁN (juez primero penal municipal con funciones de conocimiento).

ALONSO MÁRQUEZ ABRIL (fiscal sexto seccional Risaralda).

JORGE MARIO TREJOS (director de fiscalías seccional Risaralda).

JENNIFER MOSQUERA RENTERÍA (secretaria juzgado segundo promiscuo municipal, Belén de Umbría, Risaralda).

CARLOS ANDRÉS PÉREZ ALARCÓN (procurador 149 judicial penal II)
LUCELY AMPARO MARÍN MARTÍNEZ (juez penal del circuito, Dosquebradas, Risaralda).

RICARDO RIVERO (magistrado auxiliar, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal).

- Entrevista semiestructurada n.º 5 - cooperación internacional, se entrevistó a:

GABRIELA RENGIFO (Organización Internacional de Migraciones).

CARLOS ANDRÉS PÉREZ (coordinador del proyecto área de prevención del delito fortalecimiento de la justicia).

ANGELA OSPINA DE NICHOLLS (Fundación Pensamiento Contra la Trata).

Considerándose dicha fuente como primaria, en razón a que fue obtenida directamente por quien brinda la información respecto del tema, en este caso los expertos mencionados anteriormente ofrecieron información frente al conocimiento que se tiene sobre las causas por las cuales los niños, niñas y adolescentes de la comunidad Embera Chamí son vinculados a la práctica de mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas.

2. Doctrina relacionada

A continuación se van a señalar los textos más importantes que contribuyen fundamentalmente al desarrollo del presente objetivo y siendo los mismos fuente secundaria de la investigación porque brindan un análisis y realizan un recuento de lo que representa la comunidad Embera Chamí y las causas de su desplazamiento a la ciudad de Pereira para ejercer la mendicidad como fuente secundaria:

Autor: LUIS RODRIGO TAPASCO

Título: “El desplazamiento del embera chami y su nueva cotidianidad en la ciudad de pereira: una mirada desde una comunidad indígena asociada con las políticas de desplazamiento”

Año: 2008

Autor: JUAN CARLOS FERRÉ OLIVE

Título: “Diversidad cultural y sistema penal”

Año: 2008

Autor: RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

Título: “El multiculturalismo un desafío para el derecho penal moderno”

Año: 2007

Autor: TEODORA ZAMUDIO

Título: “Reconocimiento constitucional a derechos de los pueblos indígenas y su implicancia en el derecho penal”

3. Dentro de las fuentes primarias se obtuvo el plan de vida embera; texto realizado por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER- y el Consejo Regional Indígena de Risaralda -CRIR-, el cual plasma el proyecto de vida de las comunidades emberas y de este modo permite la caracterización de estas comunidades indígenas, dentro de las cuales se encuentra la Embera Chamí, comunidad objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

Lo anterior en razón a que se obtuvo la información de manera directa por miembros de la comunidad embera quienes exponen su vida dentro de la colectividad y plasma su cultura y el significado de la misma.

4. Jurisprudencia

Dentro de la jurisprudencia relacionada a continuación, se señalan algunas sentencias utilizadas para el desarrollo del objetivo 2, como fuente primaria en razón a que se plasma lo señalado expresamente por la Corte Constitucional de Colombia:

- Sentencia T-617/2010

- Sentencia T-428/1992
- Sentencia C-139/1996
- Sentencia T-642/2014
- Sentencia C-463/2014
- Sentencia C-370/2002
- Sentencia T-175/2009

5. Normas internacionales

Como fuente primaria se obtienen las normas internacionales encargadas de la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 7.º.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley 74 de 1968, artículo 2.º.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley 74 de 1968, artículos 26 y 27.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), ratificado mediante Ley 74 de 1968, artículo 13.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1965) ratificado mediante Ley 22 de 1981, artículos 2.º y 4.º.
- Pacto de San José de Costa Rica, ratificado mediante Ley 16 de 1972 (Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969) artículo 1.º.

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007).

6. Normas constitucionales

Como fuente primaria se obtienen las normas constitucionales encargadas de la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas: artículos 1.º, 7.º, 10.º, 63, 68, 70, 93, 96 lit. c, 171, 176 y 356, inc. 3.º.

Instrumentos de medición de objetivos: para poder medir los objetivos se emplearon los siguientes instrumentos de acuerdo a cada uno, de la siguiente manera:

TABLA 1. Instrumentos de medición de objetivos

Objetivo	1. <i>Identificar</i> las posibles causas que generaron la vinculación de niños, niñas y adolescentes indígenas de la comunidad Embera Chamí (Risaralda), a la mendicidad ajena, en el período 2014 - 2015
Significado	Hacer que dos o más cosas en realidad distintas aparezcan y se consideren como una misma
¿Qué mide? (variables)	Causas
¿Cómo? (operacionalización)	1. Entrevistas 2. Fichas de análisis de informes 3. Fichas de análisis doctrinal
Actores en la medición de los objetivos	- CARMENZA BUITRAGO BOTERO (profesional universitaria especializada, Gobernación de Risaralda) - SANDRA DEVIA (Ministerio del Interior, Directora de Gobierno y Gestión Territorial) - LISA CRISTINA GÓMEZ CAMARGO (subdirectora de restablecimiento de derechos encargada de la Dirección de Protección, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) - MÓNICA GÓMEZ MARÍN (consejera de paz y derechos humanos, Gobernación de Risaralda) - JHON PÉREZ CELIS (contratista UARIV)

<p>Actores en la medición de los objetivos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - OMAR TORO SÁNCHEZ (director territorial UARIV) - JOSÉ BELLO (enlace nacional de retorno y reubicaciones UARIV) - ÁLVARO ALEJANDRO ROMÁN (juez primero penal municipal con funciones de conocimiento) - ALONSO MÁRQUEZ ABRIL (fiscal sexto seccional Risaralda) - JORGE MARIO TREJOS (director de fiscalías seccional Risaralda) - JENNIFER MOSQUERA RENTERÍA (secretaria juzgado segundo promiscuo municipal, Belén de Umbría, Risaralda) - CARLOS ANDRÉS PÉREZ ALARCÓN (procurador 149 judicial penal II) - LUCELY AMPARO MARÍN MARTÍNEZ (juez penal del circuito, Dosquebradas, Risaralda). - LUIS RODRIGO TAPASCO. “El desplazamiento del embera chami y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira: una mirada desde una comunidad indígena asociada con las políticas de desplazamiento”, 2008 - JUAN CARLOS FERRÉ OLIVE. “Diversidad cultural y sistema penal”, 2008 - RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ. “El multiculturalismo un desafío para el derecho penal moderno”, 2007 - TEODORA ZAMUDIO. “Reconocimiento constitucional a derechos de los pueblos indígenas y su implicancia en el derecho penal”
------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>Objetivo</p>	<p>2. <i>Relacionar</i> jurídicamente los límites y alcances de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, frente a la mendicidad ajena como modalidad del delito de trata personas</p>
<p>Significado</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Hacer relación de un hecho 2. Establecer relación entre personas, cosas, ideas o hechos
<p>¿Qué mide? (variables)</p>	<p>Límites y alcances</p>
<p>¿Cómo? (operacionalización)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevistas 2. Fichas de análisis jurisprudencial 3. Fichas de análisis doctrinal

<p>Actores en la medición de los objetivos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - CARMENZA BUITRAGO BOTERO (profesional universitaria especializada, Gobernación de Risaralda) - SANDRA DEVIA (Ministerio del Interior, directora de Gobierno y Gestión Territorial) - LISA CRISTINA GÓMEZ CAMARGO (subdirectora de restablecimiento de derechos encargada de la dirección de protección, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) - MÓNICA GÓMEZ MARÍN (consejera de paz y derechos humanos, Gobernación de Risaralda) - JHON PÉREZ CELIS (contratista UARIV) - OMAR TORO SÁNCHEZ (director territorial UARIV) - JOSÉ BELLO (enlace nacional de retorno y reubicaciones UARIV) - ÁLVARO ALEJANDRO ROMÁN (juez primero penal municipal con funciones de conocimiento) - ALONSO MÁRQUEZ ABRIL (fiscal sexto seccional Risaralda) - JORGE MARIO TREJOS (director de fiscalías, seccional Risaralda) - JENNIFER MOSQUERA RENTERÍA (secretaria juzgado segundo promiscuo municipal, Belén de Umbría, Risaralda). - CARLOS ANDRÉS PÉREZ ALARCÓN (procurador 149 judicial penal II) - LUCELLY AMPARO MARÍN MARTÍNEZ (juez penal del circuito, Dosquebradas, Risaralda) - RICARDO RIVERO (magistrado auxiliar Corte Suprema de Justicia) - GABRIELA RENGIFO (Organización Internacional de Migraciones) - CARLOS ANDRÉS PÉREZ (coordinador del proyecto) - ÁNGELA OSPINA DE NICHOLLS (Fundación Pensamiento Contra la Trata) - LUIS RODRIGO TAPASCO. “El desplazamiento del embera chami y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira: una mirada desde una comunidad indígena asociada con las políticas de desplazamiento”, 2008 - JUAN CARLOS FERRÉ OLIVE. “Diversidad cultural y sistema penal”, 2008 - RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ. “El multiculturalismo un desafío para el derecho penal moderno”, 2007 - TEODORA ZAMUDIO. “Reconocimiento constitucional a derechos de los pueblos indígenas y su implicancia en el derecho penal”
------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Objetivo	3. <i>Explorar</i> desde la perspectiva de Imputación Penal, la concreción del delito de trata de personas por parte de las familias Embera Chamí, con relación a sus niños frente al ejercicio de la mendicidad ajena en la ciudad de Pereira
Significado	Reconocer, registrar, inquirir o averiguar con diligencia una cosa o un lugar
¿Qué mide? (variables)	Punibilidad de la acción e infracción a la ley, penalización
¿Cómo? (operacionalización)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevistas 2. Fichas de análisis jurisprudencial 3. Fichas de análisis doctrinal
Actores en la medición de los objetivos	<ul style="list-style-type: none"> - CARMENZA BUITRAGO BOTERO (profesional universitaria especializada, Gobernación de Risaralda) - SANDRA DEVIA (Ministerio del Interior, directora de gobierno y gestión territorial) - LISA CRISTINA GÓMEZ CAMARGO (subdirectora de restablecimiento de derechos encargada de la dirección de protección, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) - MÓNICA GÓMEZ MARÍN (consejera de paz y derechos humanos, Gobernación de Risaralda) - JHON PÉREZ CELIS (contratista UARIV) - OMAR TORO SÁNCHEZ (director territorial UARIV) - JOSÉ BELLO (enlace nacional de retorno y reubicaciones UARIV) - ÁLVARO ALEJANDRO ROMÁN (juez primero penal municipal con funciones de conocimiento) - ALONSO MÁRQUEZ ABRIL (fiscal sexto seccional Risaralda) - JORGE MARIO TREJOS (director de fiscalías, seccional Risaralda) - JENNIFER MOSQUERA RENTERÍA (secretaria juzgado segundo promiscuo municipal, Belén de Umbría, Risaralda). - CARLOS ANDRÉS PÉREZ ALARCÓN (procurador 149 judicial penal II) - LUCELLY AMPARO MARÍN MARTÍNEZ (juez penal del circuito, Dosquebradas, Risaralda) - RICARDO RIVERO (magistrado auxiliar Corte Suprema de Justicia) - GABRIELA RENGIFO (Organización Internacional de Migraciones) - CARLOS ANDRÉS PÉREZ (coordinador del proyecto) - ÁNGELA OSPINA DE NICHOLLS (fundación pensamiento contra la trata)

Objetivo	4. <i>Analizar</i> sobre la judicialización del tipo penal de trata de personas, en la modalidad de mendicidad ajena en niños, niñas y adolescentes indígenas de la comunidad Embera Chamí, que se desplazan a la ciudad de Pereira
Significado	Someter algo a un análisis. Analizar un problema, un producto
¿Qué mide? (variables)	Punibilidad de la acción e infracción a la ley, penalización
¿Cómo? (operacionalización)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevistas 2. Fichas de análisis jurisprudencial 3. Fichas de análisis doctrinal
Actores en la medición de los objetivos	<ul style="list-style-type: none"> - CARMENZA BUITRAGO BOTERO (profesional universitaria especializada, Gobernación de Risaralda) - SANDRA DEVIA (Ministerio del Interior, directora de Gobierno y Gestión Territorial) - LISA CRISTINA GÓMEZ CAMARGO (subdirectora de restablecimiento de derechos encargada de la dirección de protección, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) - MÓNICA GÓMEZ MARÍN (consejera de paz y derechos humanos, Gobernación de Risaralda) - JHON PÉREZ CELIS (contratista UARIV) - OMAR TORO SÁNCHEZ (director territorial UARIV) - JOSÉ BELLO (enlace nacional de retorno y reubicaciones UARIV) - ÁLVARO ALEJANDRO ROMÁN (juez primero penal municipal con funciones de conocimiento) - ALONSO MÁRQUEZ ABRIL (fiscal sexto seccional Risaralda) - JORGE MARIO TREJOS (director de fiscalías, seccional Risaralda) - JENNIFER MOSQUERA RENTERÍA (secretaria juzgado segundo promiscuo municipal, Belén de Umbría, Risaralda) - CARLOS ANDRÉS PÉREZ ALARCÓN (procurador 149 judicial penal II) - LUCELLY AMPARO MARÍN MARTÍNEZ (juez penal del circuito, Dosquebradas, Risaralda) - RICARDO RIVERO (magistrado auxiliar Corte Suprema de Justicia) - GABRIELA RENGIFO (Organización Internacional de Migraciones) - CARLOS ANDRÉS PÉREZ (coordinador del proyecto) - ÁNGELA OSPINA DE NICHOLLS (fundación pensamiento contra la trata)

VI. POBLACIÓN

La comunidad Embera Chamí fue en sus orígenes un grupo nómada dedicado a la caza, la pesca y la recolección. Antes de que sus territorios fueran colonizados por los españoles, tenían una íntima relación con la tierra, ya que la misma constituía la base de su existencia, reivindicando el usufructo de los recursos naturales para la supervivencia, con su servicio a la tierra, lo cual los hacía sentir parte de una comunidad. Esta comunidad conserva su lengua nativa, la cual pertenece a la familia lingüística chocó y habitan en su mayoría cerca al alto río San Juan en los municipios de Pueblo Rico y Mistrató del departamento de Risaralda³⁷.

En un capítulo posterior se profundizó respecto de las comunidades emberas, sus tradiciones, costumbres, prácticas y principalmente frente a su caracterización como comunidad indígena.

Con fundamento en lo anterior, se tuvo de presente el texto realizado por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda –CARDER– y el Concejo Regional Indígena de Risaralda, el cual plasma el proyecto de vida de las comunidades Emberas y de este modo permite la caracterización de estas comunidades indígenas, dentro de las cuales se encuentra la Embera Chamí, comunidad objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

Dentro de la caracterización realizada por el plan de vida del pueblo Embera de Risaralda se tiene que:

Para los pueblos Embera Chamí y Embera Katío pensar en los planes de vida es pensar en la vida misma, es repensar permanentemente la búsqueda de la armonía entre la sociedad humana y la naturaleza y los diversos seres que la habitan. Pensar en el equilibrio natural y social, nos ha llevado a concebir el mundo como un todo armónico donde los seres humanos se relacionan con la naturaleza bajo criterios de sabiduría y respeto³⁸.

37 MINISTERIO DE CULTURA DE COLOMBIA. “Embera Katío”, cit.

38 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA. *Plan de vida del pueblo chamí y katío de Risaralda*, Pereira, 2012.

De igual manera al interiorizar en sus ideales como miembros que representan la diversidad étnica y cultural del Estado colombiano, su plan de vida se caracteriza principalmente en diversos componentes que los direccionan como comunidad y así mismo permite definir en que se basa su proyecto de vida:

– Unidad: Se debe entender en relación con la diversidad étnica y pluricultural, que se evidencian en todas las relaciones sociales y políticas y en el ejercicio de la territorialidad, porque ningún pueblo o grupo social puede vivir aislado en un territorio, siempre existen otros congéneres con idénticas reivindicaciones, aspiraciones, necesidades, que requieren de unidad para tener fuerza y defender derechos con un interés colectivo y un pensamiento que cohesione en la diversidad. Los pueblos indígenas buscan crear unidad de pensamiento, ideologías y de acciones, teniendo como hilo conductor la cosmogonía, la cosmovisión y la lucha colectiva por la tierra y el derecho mayor...

– Territorio: Es concebido no como una porción de tierra, sino como un todo, ya que la dimensión del pensamiento indígena desde la cosmovisión, el territorio es el elemento donde todo se une entre sí, son parte del territorio el suelo, el agua, las plantas, el aire, los animales los recursos minerales, las personas y en general las buenas relaciones que tienen los unos con los otros...

– Cultura: Es todo lo que hacemos como hábito y como costumbre, porque somos individuos que unidos formamos una conciencia, que al repetir hábitos casi en forma inconsciente y colectiva...

– Autonomía: Capacidad de ejercer su propio gobierno conforme a los mandatos de las asambleas en pleno, juntas directivas de autoridades, congresos entre otros espacios legítimos y decisorios de los pueblos indígenas³⁹.

Con fundamento en lo anterior, son diferentes los aspectos que componen la comunidad Embera, desde preceptos filosóficos, culturales, territoriales hasta jurídicos y económicos, los cuales se deben considerar una unidad que permite la conformación de la comunidad misma y su conservación con el pasar del tiempo.

Su plan de vida es un documento de navegación que recoge el pensamiento y desarrollo de un pueblo indígena desde el conocimiento ancestral y empírico, teniendo como base la cosmovisión de cada pueblo. Es de carácter indefinido porque el plan de vida se desarrolla a medida que el pueblo indígena interactúa con el medio, es el eje fundamental de construcción de políticas a favor de las comunidades, ya sea de carácter interno o externo, en caminado en aspectos políticos, organizativos, técnicos, jurídicos y operativos a favor de la comunidad o pueblo indígena...⁴⁰.

VII. ESTADO DEL ARTE

El caso de la comunidad Embera Chamí (Risaralda) planteado en la presente investigación respecto de la conducta punible de trata, no se ha visibilizado en artículos, textos o investigaciones que identifiquen y profundicen sobre dicha problemática.

La información encontrada se va a relacionar a continuación, analizando las tendencias encontradas, los temas tratados, investigaciones y estudios en diferentes universidades más importantes y que aportan considerablemente a la investigación en el tema de trata de personas y jurisdicción indígena:

1. VICTORIA EUGENIA GIRALDO VILLA (*Fundación Esperanza*). “*Metamorfosis de la esclavitud, manual jurídico sobre la trata de personas*”

El texto aporta al objetivo general de la investigación parcialmente, porque se enfoca en el desarrollo de las modalidades de la trata de personas, lo cual es necesario, en razón a que se requiere identificar la trata en sus modalidades para poder abordar la modalidad de mendi-

40 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA. *Plan de vida del pueblo chamí y katio de Risaralda*, cit.

cidad ajena y de este modo abarcar su componente social y jurídico.

Al planteamiento del problema contribuye en la medida en que el texto ofrece un amplio desarrollo del delito de trata de personas y de la forma de judicialización, resaltando las falencias procedimentales dentro del sistema penal acusatorio colombiano al momento de imputar y posteriormente judicializar el delito.

2. *MARÍA ISABEL HENAO TRIP. “Lucha contra la trata de personas: desafío para Colombia en el siglo XXI”, 2008*

El texto realiza un recuento de antecedentes normativos, que permiten ver los orígenes de la trata de personas, resaltándola como una problemática que desde siglos anteriores no distinguía entre niños y mujeres de diferentes razas, etnias y culturas.

Se toma desde el precepto normativo que el delito de trata de personas en el cual el bien jurídico tutelado que resulta afectado es la autonomía, por disposición del código penal, también lo son la libertad y la integridad personal.

Por lo anterior esto hace que el delito, en teoría jurídica, sea clasificado como de carácter pluri ofensivo. Adicionalmente, la conducta puede ser realizada por cualquier persona.

De este modo ilustra y contextualiza la judicialización de esta conducta punible en sus distintas modalidades, se encuentra concebido en la legislación colombiana, está en un tipo penal complejo.

3. *DONNY MEERTENS y PATRICIA JARAMILLO (Universidad Nacional, sede Bogotá). Estudio nacional exploratorio descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia, 2009*

Este estudio, aporta a la investigación considerables pautas, desde los elementos que configuran el trabajo forzado, las normas de carácter nacional e internacional que buscan prevenir y erradicar el trabajo forzado, hasta las cifras que se presentan en todo el país sobre los casos del delito de trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena en niños, niñas y adolescentes indígenas.

Al ofrecer un enfoque de trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena, se pueden considerar como trabajo forzado: “aquellas actividades relacionadas con la economía formal o informal como mendicidad ajena, ventas callejeras, servicio doméstico, agricultura, pesquería, minería, construcción o trabajo en fábricas”.

Aporta cifras, estadísticas y entrevistas realizadas a funcionarios de entidades del Estado, y de esta manera permite identificar qué población es la más afectada y en qué circunstancia.

Es un texto que al realizar un estudio del fenómeno de trata de personas en todas las regiones del país e identificar la población vulnerable en cada región con relación al desarrollo económico, social, político y cultural, y cómo los mismos inciden en que en cada región se diferencien las modalidades de dicho delito, que se presentan y la población que se ve afectada. Por tal razón, señala las causas de que en ciertas regiones se den determinadas modalidades de trata, mientras que en otras regiones se desarrollen otras en mayor medida.

4. *GLORIA ABADÍA. Usos y abusos del sistema penal. Su uso como forma de emancipación femenina: un estudio de caso del delito de trata de personas en Colombia, 2012*

El manual parte de la premisa de que el problema de la trata de personas, ya sea a nivel nacional o local, solo puede abordarse de manera eficaz si se aplican estrategias globales basadas en los derechos humanos que tengan en cuenta el carácter transnacional y por lo tanto abre una gama de posibilidades de judicializar este delito.

Dicha modificación se desarrolló con el fin de determinar que aquel bien jurídico que ha sido vulnerado ya no sería la libertad sexual, sino más bien la respectiva autonomía y libertad desarrollada individualmente, ampliando de tal forma la conducta criminal que ha sido implementada no solo para los diferentes casos de prostitución forzada, sino también para enfatizar legalmente a aquella autonomía personal y a la respectiva libertad individual, además de todos los casos que relacionan la explotación sexual. A partir de ello, el objetivo del estudio es realizar el debido descubrimiento del funcionamiento en la práctica judicial y de igual forma evidenciar cada uno de los efectos latentes y su predominación sobre aquellos manifiestos o los determinados simbolismos. Los resultados determinaron que evidentemente existe una tendencia en el sistema penal respecto a la operación en la práctica que está bajo la misma lógica de la permisividad de la explotación de la prostituta en cuanto al comercio sexual, la cual presume como consecuencia la respectiva existencia de su consentimiento y además hace un esfuerzo legal por criminalizar todo acto, ya sea consentido o no respecto a la explotación.

El estudio anterior aporta en gran medida a los objetivos que se plantearon en la presente investigación, con respecto al aumento de la

ola de tráfico de los seres humanos con propósitos ilícitos adicionales a los que han sido considerados como fundamentalmente sexuales. La comunidad internacional, por medio de la suscripción de la Convención Internacional contra el Crimen Transnacional Organizado, realizó una ampliación al ámbito de la aplicación del delito de la trata de personas, incluyendo el tráfico con fines a la explotación laboral, servidumbre, esclavitud o además la extracción de los órganos.

5. *ELVIA VARGAS TRUJILLO, CARMEN ELIZA FLOREZ y LAURA MARÍA MENDOZA SIMONDS. Trata de personas en Colombia: una aproximación a la magnitud y comprensión del problema, 2011*

Contribuye a la investigación teniendo en cuenta que para la comprensión de este fenómeno, existen enfoques relacionados con la trata externa de personas, esto es, la que se presenta entre países, que los estudios dedicados a la comprensión de este fenómeno entre las ciudades de un mismo país y son más escasos aún los estudios orientados a establecer la relación que existe entre la trata de personas internacional y la nacional.

Sin investigaciones que den cuenta de la realidad del fenómeno de la trata de personas en toda su complejidad, no es posible evaluar el impacto real que han tenido las políticas y programas que se formulan para combatir su ocurrencia.

Además, la falta de información dificulta la identificación de buenas prácticas en el ámbito de la trata de personas.

Se acerca al objetivo general debido que el objeto de este informe es contribuir al conocimiento disponible acerca de la trata de personas en el país, el número y las características de las víctimas, contextualizándola desde tres aproximaciones: el modelo ecológico del desarrollo humano, el enfoque de derechos y la perspectiva de género.

6. *ANDREA MATEUS RUGELES, ANTONIO VARÓN MEJÍA, LUNA BEATRIZ LONDOÑO TORO y MAURICIO VANEGAS MOYANO. Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia: aportes desde el derecho internacional, derecho penal y las organizaciones no gubernamentales, 2009*

En relación con la complejidad de las redes criminales relacionadas con el crimen transnacional se evidenció que la trata de personas no solo se ha desarrollado con base a las mujeres y los niños con la finalidad de explotarlos sexualmente, puesto que en la actualidad, las víctimas de trata en Colombia han sido hombres, mujeres, niñas y niños, quienes son entonces trasladados de un lugar a otro dentro o

fuera del país, con el objetivo de explotarlos en la mendicidad ajena o de otro modo a la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, o las practicas relacionadas de algún modo con la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos o también otras formas de explotación.

Colombia no ha sido ajena ni a la trata de personas, ni a la falta de regulación para poblaciones especiales, puesto que esta conducta se configura en una desmejora de los derechos humanos.

Se acerca a la investigación, ya que desarrolla el rol del Estado en la lucha contra esta conducta que afecta a niños y mujeres, y así mismo su judicialización, porque existen grandes vacíos sobre el conocimiento de delito y la manera en que se desarrolla el mismo por parte de las organizaciones criminales, de acuerdo a lo planteado por el texto.

Ahora bien, en segunda medida, las siguientes investigaciones aportan e ilustran considerablemente a la presente investigación, respecto de la comunidad Embera Chamí y todo el análisis respecto de la jurisdicción especial indígena frente al papel actual que desempeña el derecho penal.

7. *LUIS RODRIGO TAPASCO. El desplazamiento del Embera Chamí y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira: una mirada desde una comunidad indígena asociada con las políticas de desplazamiento, 2008*

Contribuye considerablemente en la investigación, en razón a que permite identificar las causas y aspectos que llevan a que los menores indígenas se vinculen a la mendicidad ajena, las razones por las cuales salen de su resguardo y la manera en que se ejerce la mendicidad ajena.

8. *JUAN CARLOS FERRE OLIVE. Diversidad cultural y sistema penal, 2008*

Contribuye a los objetivos específicos 3 y 4 de la investigación, porque al tratarse de un grupo étnico, es decir más vulnerable y de especial protección, la norma penal debe ser más rígida al momento de imputar el delito de trata de personas cuando se cometa en contra de este grupo, especialmente en niños, niñas y adolescentes indígenas, pero a su vez como la imputación penal que se debe realizar para estos casos de vulneración de derechos fundamentales, debe ir acorde a la jurisdicción ordinaria, respetando la jurisdicción indígena y en beneficio de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas.

Se debe definir en el transcurso de la investigación, hasta qué punto debe ser aplicable la jurisdicción indígena y los límites de la misma respecto de los derechos fundamentales de los menores indígenas, cuando estos derechos son vulnerados con el delito de trata de personas.

9. RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ. *El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno*, 2007

Este texto es de suma importancia para la investigación, aporta en gran medida al desarrollo de los objetivos específicos 3 y 4, en razón de que abarca la diversidad cultural y su reconocimiento frente a la jurisdicción penal, mostrando las pautas para darle un tratamiento penal adecuado a determinados casos que están íntimamente ligados con la diversidad cultural, sin chocar con los límites establecidos por la Constitución en relación con la jurisdicción especial indígena.

10. TEODORA ZAMUDIO. *“Reconocimiento constitucional a derechos de los pueblos indígenas y su implicancia en el derecho penal”*, 2012

Aporta a los objetivos específicos 3 y 4 y considerablemente al planteamiento del problema, en razón de la manera en que la jurisdicción especial indígena goza de autonomía, respecto de determinadas prácticas realizadas por la comunidad indígena y en las cuales la jurisdicción penal ordinaria no puede intervenir, salvo si dicha práctica se realiza acorde a las jurisdicciones indígena y ordinaria, es considerada una conducta punible. Destacando la labor del operador judicial para este tipo de situaciones, y el manejo que se da en la judicialización dentro del derecho penal ordinario.

Estas fueron las investigaciones que en mayor medida contribuyen y permiten el desarrollo del presente trabajo de investigación, así mismo en los anexos se pueden contemplar las demás investigaciones que fueron tenidas en cuenta, en razón a que en varios de sus apartes se abarca la temática del delito de trata de personas, su imputación y judicialización, al igual que los textos que desarrollan contenido respecto de las comunidades indígenas, jurisdicción especial indígena y los derechos de los menores indígenas.

VIII. MARCO REFERENCIAL

A. Marco conceptual

Los siguientes términos que a continuación se van a entrar a definir, constituyen los pilares de la presente investigación, los cuales se van a profundizar más adelante en el desarrollo de los capítulos.

En primera medida y como una de las mayores problemáticas a nivel mundial, se encuentra el delito de *trata de personas*, y es así como la legislación colombiana la define en la Ley 599 de 2000 en su artículo 188-A:

El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁴¹.

Con fundamento en el término anterior, también se hace referencia a la *mendicidad ajena*, la cual dentro de la explotación laboral o trabajo forzado, se enmarca en una de las modalidades del mencionado delito y es objeto de estudio de la presente investigación, considerando dentro de estos fines “las respectivas actividades que están basadas en la economía formal o informal como un tipo de mendicidad ajena, ventas callejeras, servicio doméstico, agricultura, pesquería, minería, construcción o finalmente a trabajos en fábricas”⁴².

Así mismo, la mendicidad, la cual a simple vista puede considerarse una actividad lícita propia de quien la asume al pedir limosna, puede encuadrarse dentro de este tipo penal, cuando existe explotación de la mendicidad ajena, es decir, cuando “el tratante” obliga a la víctima a pedir limosna para su propio lucro.

Ahora, la Ley 1098 de 2006 en su artículo 3.º, define el término niño/niña: “se entiende por niño o niña a las personas entre cero y 12 años, incluyendo a quienes están por nacer”⁴³.

41 *Diario Oficial*, n.º 44.097, cit.

42 MEERTENS (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, cit., p. 30.

43 Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006, *Diario Oficial*, n.º 46.446, de 8 de noviembre de 2006, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html].

Como última definición se encuentra el término *adolescente*, que el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) artículo 3.º define: “por adolescente se entienden por las personas entre 12 y 18 años de edad”⁴⁴.

B. Marco histórico

Esta conducta punible afecta a una gran cantidad de naciones pues existen redes internacionales de tratantes.

Según CHIAROTTI:

La trata de personas es determinada como una de las formas de esclavitud que ha venido siendo empleada en el siglo XIX, siendo este un delito que ocupa el tercer lugar en cuanto a los crímenes transnacionales, después del tráfico de drogas y de las armas, aunque actualmente la trata de personas a ocupado el primer lugar puesto que reporta unas de las más grandes ganancias y beneficios económicos, se calcula que la industria del sexo compuesta por las mujeres, los hombres, las niñas y los niños alrededor del mundo obtienen anualmente un próximo a 77 mil 500 millones de dólares, creciendo cada día, ya que ningún país esta inmune a la trata de personas⁴⁵.

Enunciado lo anterior, el criterio del autor se comparte al analizar que este delito no difiere de clases sociales, en concurso con otros delitos como la falsificación de documentos, la corrupción, el secuestro, la desaparición, la violencia y el abuso físico y sexual, el abuso y tráfico de drogas, actualmente penalizados en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

Por su parte la UNODC manifiesta:

La trata de personas es un problema mundial y uno de los delitos más vergonzosos que existen, ya que priva de su

44 Ídem.

45 SUSANA CHIAROTTI. *La trata de mujeres: sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2003, disponible en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7176/S035292_es.pdf?sequence=1].

dignidad a millones de personas en todo el mundo. Los tratantes engañan a mujeres, hombres y niños de todos los rincones del planeta y los someten diariamente a situaciones de explotación. Si bien la forma más conocida de trata de personas es la explotación sexual, cientos de miles de víctimas también son objeto de trata con fines de trabajo forzoso, servidumbre doméstica, mendicidad infantil o extracción de órganos⁴⁶.

A partir del siglo XIX e inicios del XX, se reconoce a este fenómeno nuevamente a través de la explotación sexual por la “trata de blancas”, que consistía en trasladar a mujeres occidentales procedentes de Europa y partes de América, de origen caucásico a otros continentes, principalmente en lugares de un importante flujo comercial y así lucrar con sus servicios⁴⁷.

La trata de personas es un delito que tiene sus raíces en un fenómeno antiguamente conocido como trata de blancas, término que procede del francés *traite des blanches*. Este concepto se refiere al comercio de mujeres de tez blanca, principalmente de nacionalidades europeas que eran trasladadas a países africanos, árabes o asiáticos para ser explotadas sexual y laboralmente, en este tiempo, la trata de blancas se refería específicamente a la explotación de mujeres durante la colonización y el inicio del sistema capitalista, cuando los colonizadores, los primeros empresarios y sus empleados blancos que pasaban largo tiempo sin sus esposas o parejas propiciaron la industria del comercio sexual.

Ante esta situación, es que se decide a fines del siglo XX empezar a referirse a trata de personas y no trata de blancas como se venía manejando.

La trata es una conducta que viene destruyendo los cimientos sociales, las familias y las vidas de las personas inmersas en esta actividad ilícita, convirtiéndose en un problema mundial, y en mayor conexión a los delitos subyacentes, razonamiento a criterio investigado.

En los años 1980, la Organización de las Naciones Unidas identificó la trata como una práctica que afectaba además de la etnia caucásica,

46 OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. “La trata de personas: compraventa de seres humanos”, UNODC, s. f., disponible en [<https://www.unodc.org/toc/es/crimes/human-trafficking.html>].

47 CHIAROTTI. *La trata de mujeres: sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos*, cit.

a otros grupos étnicos y no solo se dedicaba al comercio sexual, es así como se decide cambiar su denominación por tráfico humano o tráfico de personas, en el idioma inglés conocido como *human trafficking*⁴⁸.

Contextualizando los inicios de la trata y la migración voluntaria de mujeres blancas provenientes de Europa a países árabes y orientales como concubinas o prostitutas, generando por primera vez especial preocupación para los hombres y mujeres de la clase media europea, al igual que para los gobiernos, creando la necesidad de legislar sobre estos acontecimientos y los cuales se plasman en el convenio internacional para suprimir la “trata de blancas” en 1904, cuyo gobierno acertó inicialmente en la regulación de este tipo de conductas asociales e inmorales, entendiéndose por “trata” la movilización de mujeres para propósitos inmorales, es decir, la prostitución.

El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena⁴⁹, obligó a los países que lo ratifican a ampliar los sujetos que se pueden ver envueltos en esta conducta, cuyo camino hacia la equidad e imputabilidad se complementaría en 1921, con la aprobación del Convenio Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Niños, que sancionaba a las personas que ejercen la trata de niños, protege a las mujeres y niños migrantes.

Por último, “en 1949, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en Palermo (Italia) aprobó el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena”⁵⁰, donde sustituyó el término “trata de blancas” por “trata de personas”; convenio que aún tiene vigencia y se encuentra planteado en el marco jurídico de la presente investigación.

Al observar este devenir histórico y una vez establecidos dichos antecedentes normativos, es importante ahora contextualizar sobre los orígenes de la comunidad Embera Chamí, donde VALENCIA:

informa que al momento del contacto con los hispanos los Emberas habitaban los cursos medios y altos de los ríos

48 OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. “La trata de personas: compraventa de seres humanos”, cit.

49 ONU: ASAMBLEA GENERAL. *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, 2 de diciembre de 1949, A/RES/317, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-suppression-traffic-persons-and-exploitation>].

50 Ídem.

Atrato y San Juan, y como consecuencia de los enfrentamientos y de las estrategias de resistencia, la población ocupó nuevos territorios en la región del Pacífico y en la Cordillera Occidental⁵¹.

Una vez establecida la ubicación inicial de la comunidad Embera, es necesario establecer específicamente dónde se encontraba la comunidad Embera Chamí y la razón para que se ubicaran en este sector occidental, tal como lo señala VASCO:

Los Embera Chamí son uno de los pueblos Embera colombianos, existiendo la diferenciación de los Embera en Chamí, Katío y Siapidara y denominaciones de Dobida, Oibida y Eyadiba, las cuales responden más a las zonas en las que se localizan los diferentes grupos Embera, Dobida u hombres de río, los Oibida hombres de selva, y los Eyadiba referencia hombres de montaña⁵².

El colectivo Embera, como resultado de los procesos propios de la Conquista y la Colonia, la introducción de misiones evangelizadoras, la avanzada de colonos en sus tierras y el fraccionamiento de sus territorios, entre otros factores, dispersaron a diversas comunidades Embera y condicionaron desarrollos disímiles, a partir de los contextos naturales en los que se albergaron, condicionados también por el tipo de poblaciones e interacciones que afrontaron y que ejercieron diferentes influencias en cada grupo asentado en diferentes territorios.

La comunidad indígena Embera Chamí se estima asciende, según el último censo, a 1.246 habitantes estables, sin contar la población flotante (sin censar) que está arraigada al territorio, pero que por razones de subsistencia sale por periodos en busca de trabajos ocasionales o temporales⁵³.

51 MARÍA DEL PILAR VALENCIA. “Justicia embera, identidad y cambio cultural (reflexiones en torno a una experiencia)”, *El Otro Derecho*, n.º 26-27, 2002, pp. 113 a 134, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/01/el-otro-derecho-n-26-27/>].

52 LUIS GUILLERMO VASCO URIBE. *Jaibanás: los verdaderos hombres*, Bogotá, Banco Popular, 1985.

53 VALENCIA. “Justicia embera, identidad y cambio cultural (reflexiones en torno a una experiencia)”, cit.

Lo anterior puede servir de referente para determinar la salida de miembros de la comunidad indígena de sus resguardos y el desarrollo de diferentes actividades por fuera de su jurisdicción.

Sus tierras están parcialmente reconocidas como resguardo indígena, pues una parte del territorio está sin titulación colectiva. Coexisten títulos individuales con posesiones tradicionales, algunas de ellas (aunque ubicadas en la misma vereda) no hacen parte del asentamiento principal, y otras de ellas están localizada en la vereda Santa Inés, en el sitio Santa Bárbara. Este sector ha sido tradicionalmente utilizado como trabajador, y al parecer se encuentran algunos jaidé (sitios sagrados) en zona cafetera, sus miembros se vinculan estrechamente a la economía de mercado, principalmente a través de cultivos como el café (70%) y la caña (5%), la ganadería (20%) y otros productos para el consumo (5%) lo que ha generado que la biodiversidad sea baja, en los patios caseros cultivan plantas comestibles y medicinales⁵⁴.

Una vez establecido dicho contexto histórico que ilustra desde los orígenes de la trata de personas, los distintos convenios internacionales que con el pasar del tiempo evolucionan y amplían el tipo penal, hasta los inicios de la comunidad Embera Chamí, sus orígenes, ubicación, desarrollo de actividades y problemáticas de desplazamiento desde hace varios años, permiten entonces continuar con la investigación y así en el transcurso de la misma ampliar el contexto no solo de la mendicidad ajena, sino también de la comunidad Embera y la posible imputación penal que pueda existir por la realización de prácticas no permitidas jurídicamente en la jurisdicción ordinaria.

C. Marco jurídico

Para lograr establecer los diferentes mecanismos jurídicos que regulan la problemática, desde el referente de la jurisdicción especial indígena a la luz de la legislación penal colombiana, se iniciará un estudio normativo de mayor a menor jerarquía, de la siguiente manera:

TABLA 2. Marco jurídico

Norma	Cita de la norma	Comentarios
Constitución Política de Colombia, artículo 1.º	“Colombia es un Estado social de derecho que ha sido organizado en forma de una determinada república unitaria, que ha sido descentralizada, con respecto a la autonomía de las entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundamentada entonces en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y también en la solidaridad de las personas que que la integran y de igual forma en la prevalencia del interés general”.	Se puede observar claramente que el fundamento constitucional del Estado colombiano se basa en la dignidad humana, la cual se ve gravemente vulnerada con la ejecución de la trata.
Constitución Política de Colombia, artículo 4.º	“La constitución es una norma de normas, por tanto es incompatible con la constitución y la ley, además de la norma jurídica, aplicando las respectivas disposiciones constitucionales”	Teniendo en cuenta el objeto de estudio de la presente investigación y los preceptos constitucionales involucrados.
Constitución Política de Colombia, artículo 7.º	“El Estado hace el debido reconocimiento y además protege las diferentes etnias y culturas de la nación colombiana”.	Permite visualizar la protección especial que existe sobre los indígenas
Constitución Política de Colombia, artículo 11	“Es entonces la vida inviolable, por tanto no habrá pena de muerte”	Con la concreción del delito de trata de personas, se ven violentados derechos especiales como la vida
Constitución Política de Colombia, artículo 12	“Ninguna persona será sometida a la desaparición forzada, o a torturas, tratos, penas crueles, o actividades inhumanas o degradantes”	Es importante tener en cuenta la protección a los derechos fundamentales
Constitución Política de Colombia, artículo 13	“Se entiende que todas las personas desde su nacimiento son libres e iguales ante la ley, de tal forma que reciben la misma protección, trato de las autoridades y gozando de los mismos derechos, libertades y además oportunidades que no deben ser discriminados ya sea por el sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”	Dicho artículo representa importancia para nuestra investigación teniendo en cuenta que va dirigida a niños de una comunidad indígena que podrían ser víctimas directas del delito, a los cuales se les debe brindar igual protección

Constitución Política de Colombia, artículo 17	“En este artículo se habla de la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y además de la trata de los seres humanos en cualquier forma...”	La prohibición expresa del delito es de carácter constitucional con desarrollo en el ordenamiento interno
Constitución Política de Colombia, artículo 44	“Los derechos fundamentales de los niños, tales como la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados 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. Además de ello, podrán gozar de los demás derechos que están consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”	Dada la población objeto del presente estudio, los cuales son niños, niñas y adolescentes indígenas
Constitución Política de Colombia, artículo 45	“El adolescente tiene por tanto el derecho a la protección y a la formación de manera integral”	Dada la población objeto del presente estudio, los cuales son menores indígenas
Constitución Política de Colombia, artículo 93	“Los tratados y los convenios internacionales son estudiados por parte del Congreso, reconociendo cada uno de los derechos humanos y aquellos que prohíben la limitación en los estados de excepción, prevaleciendo en el orden interno”	Los tratados internacionales que se han ratificado por Colombia en esta materia son prioritarios
Constitución Política de Colombia, artículo 246	“La ley tiene la posibilidad de crear jueces de paz que estén encargados fundamentalmente de resolver en equidad los respectivos conflictos de manera individual y comunitaria, teniendo también la posibilidad de ordenar de acuerdo con la elección por votación popular”	Este artículo es el que le da sustento a la Jurisdicción Especial Indígena, atribuyéndole autonomía y permitiéndole la creación de su propia reglamentación, siempre que no afecte las normas constitucionales, sirviendo como sustento a nuestra investigación, dado el conflicto de preceptos constitucionales enfrentados

<p>Protocolo de Palermo, 2000</p>	<p>“Este protocolo tiene como fin, la prevención, la sanción y el reprimir la trata de personas, especialmente aquellas que están relacionadas con las mujeres y los niños, complementando de tal forma la convención de las naciones unidas en contra de la delincuencia organizada trasnacional”</p>	<p>Es a partir de la suscripción de este Protocolo ratificado por Colombia, que se otorga mayor importancia a este delito en sus diversas modalidades y se consagran diversas normas de orden nacional tendientes a prevenir y combatir esta problemática</p>
<p>Protocolo de Palermo, artículo 3-A</p>	<p>“Por trata de personas, se entiende entonces aquella captación, el transporte, el traslado, la acogida o de igual forma la recepción de personas, implementando la amenaza o la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”</p>	<p>Esta es la concepción universal de “trata de personas” que ha tenido desarrollo en el ordenamiento interno de nuestro país</p>
<p>Protocolo de Palermo, artículo 3-B.</p>	<p>“El consentimiento realizado por parte de la víctima de la trata de personas con relación a la explotación intencional que ha sido desbarbolada en el apartado a del artículo 3-B, teniendo en cuenta que no será implementado cuando se haya recurrido a cualquier medio que ha sido descrito en dicho apartado”</p>	<p>Esta concepción ha representado gran importancia en la interpretación y análisis de casos existentes de trata, teniendo en cuenta que en la mayoría de casos conocidos ha existido consentimiento de la víctima, pero las condiciones en las que se desenvuelve la conducta son diferentes y degradables para la dignidad humana</p>
<p>Protocolo de Palermo, artículo 3-C</p>	<p>“La captación, el transporte, el traslado, la acogida o además la recepción de un niño con el objetivo de explotarlos se considera entonces como trata de personas, de igual forma cuando no se recurre a ninguno de los medios que se describieron anteriormente en el apartado A”</p>	<p>Dicha definición otorga una protección especial a los niños, puesto que establece que se concretara el delito de trata de personas siempre que exista explotación</p>

<p>Protocolo de Palermo, artículo 3-D</p>	<p>“Por ‘niño’ se entiende entonces a cualquier persona que es menor de 18 años”</p>	<p>El Protocolo de Palermo señala que quien tenga una edad inferior a los 18 años debe ser abordada como menor</p>
<p>Convención de los Derechos del Niño de 1989 (ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991, artículo 39)</p>	<p>“Los Estados partes implementarán cada una de las medidas que tienen como objetivo la promoción de la recuperación física y psicológica, además de la reintegración social de cualquier niño que haya sido víctima de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de trato o penas crueles, inhumanos o degradantes o conflictos armados. Dicha recuperación o reintegración se puede desarrollar en un ambiente donde se pueda fomentar la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”</p>	<p>Estableció las pautas para que de manera conjunta, se protejan los derechos del menor frente a las formas de explotación y se brinde toda la asistencia necesaria para su recuperación</p>
<p>Código Penal colombiano, artículo 188-A</p>	<p>“El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”</p>	<p>Se desarrolla el delito, fases y modos, al igual que la aclaración del termino explotar, como elemento subjetivo del tipo. Define las causales de agravación, entre las cuales se encuentra que el delito sea realizado en menor de 18 años, es decir, sobre la población objeto de nuestro estudio</p>
<p>Código de Infancia y Adolescencia de Colombia, artículo 3.º</p>	<p>“Se entiende por un niño o niña aquellas personas que están entre los 0 y los 12 años de edad, incluyendo además a las personas que están por nacer, por otro lado, se entiende por adolescente a aquellas personas que están entre los 12 y los 18 años de edad”</p>	<p>El concepto del menor es de completa importancia para nuestra investigación, puesto que demarca ciertas garantías adicionales que le son inherentes por su condición. Dicha concepción está acorde con las normas internacionales, en donde no se realiza la distinción entre niño y adolescente, pero se consagra que niño será todo aquel menor de 18 años</p>

Ley colombiana 985 de 2005, artículo 1.º	“Esta ley tiene como objetivo la adopción de las medidas de prevención, protección y asistencia de manera necesaria, garantizando el respeto de los derechos humanos de aquellas víctimas y posibles víctimas de la trata de personas, tanto de las residentes o las trasladadas en el territorio nacional, como los colombianos en el exterior, fortaleciendo la acción del estado ante cualquier delito”	Esta ley fue creada con el fin de contar con un instrumento jurídico que permita combatir la trata de personas en sus diferentes etapas, es decir, para prevenir que se consuman víctimas del delito, proteger a sus víctimas y sus posibles víctimas y brindar asistencia integral a quienes hayan sido víctimas, entregando la facultad de atención y asistencia al bienestar familiar en caso de que las víctimas sean menores
------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Se reúnen de forma sintética y jerárquica las diferentes herramientas jurídicas que se han creado en torno a este delito y las comunidades indígenas, que forman pilares de la investigación.

En primer lugar se evidencia todo el marco constitucional, el cual incorpora desde los derechos fundamentales que se vulneran con la comisión de esta conducta punible, como la libertad, la dignidad humana y la vida, y consagra la prohibición expresa de tratos inhumanos y degradantes. Así mismo, se establece la protección constitucional de la que gozan los niños, y en segundo lugar, el reconocimiento y protección constitucional a la población de los indígenas, con la creación de su propia jurisdicción.

Luego se hace mención al Protocolo de Palermo, el cual constituye el tratado internacional más importante y completo para prevenir, reprimir y sancionar este delito, del cual se desprenden aportes de suma importancia para la investigación. Así mismo, se traen a colación normas internacionales que protegen a los menores indígenas de los distintos modos de explotación.

Finalmente, se evidencian las normas de la legislación penal en Colombia, que abordan la problemática, las cuales serán analizadas detalladamente en el desarrollo de la presente investigación.

D. Marco teórico

Una vez establecido el planteamiento del problema y los objetivos, se debe tener en cuenta que el término mendicidad como una forma que trae esta conducta punible, debe ser tratado desde dos perspectivas, la de la ley penal colombiana y desde un enfoque indígena.

Con fundamento en lo anterior, se debe hacer alusión respecto las jurisdicciones ordinarias y la indígena, con relación a la responsabilidad penal de los indígenas frente a este delito desde la mendicidad ajena en niñas, niños y adolescentes integrantes de la comunidad indígena en mención.

Para ello es necesario entrar a definir el término mendicidad ajena y poder dar un desarrollo del mismo.

– Definición de mendicidad ajena

Según el Diccionario de la Real Academia, se entiende por mendicidad: “1. Estado y situación de mendigo, 2. Acción de mendigar”.

De la anterior definición se deduce que la mendicidad ajena entendida como un “estado” o “situación”, genera una interpretación que hace referencia a la vulnerabilidad de una persona llamada mendigo, permitiendo inferir que de dicho término se deduce que existe una condición de inferioridad, que lleva a la acción de mendigar.

Una vez puesto en contexto el término mendicidad ajena y establecidas las circunstancias de vulnerabilidad que se abarcan en el mismo, se puede entender que la mendicidad ajena es una condición en la cual una persona en situación de inferioridad o desigualdad social, decide pedir limosna, ya sea para su propio beneficio o para el beneficio de un tercero.

Contextualizando la situación de mendicidad ajena en niños, niñas y adolescentes indígenas, MONTALVÁN LOAIZA, establece que la mendicidad ajena infantil es:

La situación donde los niños, niñas o adolescentes se ven obligados a la realización continuadamente de actividades o acciones consistentes en demandas o pedido de dinero en la vía pública, este tipo de maltrato se encuentra muy relacionado con la explotación laboral ya que son asignados a

los mismos con el objeto de obtener un beneficio económico, sin tener que realizar, los adultos, ninguna otra tarea⁵⁵.

Al ser la mendicidad ajena una problemática social, la legislación penal establece que la misma constituye una forma para ejecutar la conducta punible, un tema poco abordado, ya que en sus orígenes el delito de trata solo iba encaminado a imputar la explotación sexual, pero que con el tiempo se evidenció que también existen otras formas, y que por lo mismo este delito debía dirigirse e imputar también los casos de mendicidad ajena como una forma diferente de explotación, ubicada en el tipo penal al que se hace referencia.

De acuerdo a MEERTENS quien explica que:

La trata de personas es entendida como una problemática a nivel mundial, siendo relacionada con los movimientos migratorios, puesto que se basa en el traslado de los seres humanos dentro o fuera de las fronteras del país, con el objetivo de someter a dichas personas a diferentes formas de explotación⁵⁶.

Al entender el concepto de trata de personas, se deduce que su componente principal radica en la finalidad de explotación, ya que es allí donde está la máxima vulneración del derecho fundamental de la dignidad humana que va intrínseco en todas las personas, como seres humanos, y que al ser transgredido este derecho fundamental al ser tratada una persona como “mercancía”, es la manera más denigrante en la que se puede poner a un ser humano y que por lo mismo debe ser un tema de alarma para todas las entidades gubernamentales y no gubernamentales del mundo.

Lo anterior se plantea para entender que el concepto de mendicidad ajena en niños, niñas y adolescentes indígenas debe inferirse desde tres puntos de vista:

55 PAÚL ALEXANDER MONTALVÁN LOAIZA. “La prevención de la mendicidad de niños niñas y adolescentes, como problema social y jurídico del Ecuador” (tesis de pregrado), Loja, Ecuador, Universidad Nacional de Loja, 2011, disponible en [<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/handle/123456789/1330>], p. 24.

56 MEERTENS (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, cit., p. 27.

Individual: la afectación que ocasiona la mendicidad ajena al niño, niña y adolescente indígena, en virtud, de que interfiere con su libertad y dignidad, y más aún vulnera de manera inminente su condición especial de ser menor indígena, ya que al ser de una cultura de especial protección constitucional, debe dársele un trato digno y diferente, afectando este delito a personas que tienen condiciones especiales por factores culturales.

Social: la mendicidad ajena es un factor que socialmente genera rechazo y malestar para los habitantes de la ciudad de Pereira, en razón de que los indígenas tienen sus resguardos dentro de su jurisdicción especial y ejercen la mendicidad ajena fuera de la misma, social y jurídicamente no es aceptable y se resume en una alta tasa de discriminación.

Jurídico: la mendicidad ajena dentro de la jurisdicción penal ordinaria se considera una modalidad del delito de trata de personas, por tal razón no es jurídicamente permitido que las comunidades indígenas se desplacen de sus resguardos y se dirijan a la ciudad de Pereira a ejercer esta práctica, cuya víctima es el menor indígena.

– *Modalidades del tipo penal*

En Colombia surgen nuevos escenarios de delincuencia, que con el pasar del tiempo generan nuevas problemáticas sociales, dentro de las cuales se encuentra la trata de personas, situación no solo preocupante para el Estado y la sociedad, sino también para la dignidad del ser humano.

Con fundamento en lo anterior, MEERTENS señala:

En dicha instrumentalización operan dos respectivos aspectos, estos son la oferta y la demanda, donde el tratante demanda a la víctima, determinando que no solo los actores directos o indirectos, sino también las víctimas de la utilización en los mercados ilícitos, satisfaciendo las necesidades básicas, por tanto el delito de la trata de personas tiene diferentes formas para ser empeladas, dependiendo del objetivo de la explotación y también del escenario en donde se promueva⁵⁷.

Al constituir la finalidad de explotación un elemento fundamental en el delito al momento de la imputación de la conducta, se deben tener en cuenta las circunstancias a la cuales se someten las personas que son víctimas del delito de trata, además de las diversas maneras en que se puede explotar a un ser humano y los lugares donde se pueden presentar estas situaciones.

La trata de personas se encuentra sujeta a los siguientes modos de ejecución, de acuerdo a MEERTENS:

Fines relacionados con la explotación sexual: prostitución, pornografía y turismo sexual.

Fines relacionados con la explotación laboral: actividades relacionadas con la economía formal o informal como mendicidad ajena, ventas callejeras, servicio doméstico, agricultura, pesquería, minería, construcción o trabajo en fábricas.

Fines que implican el establecimiento de relaciones filiales, comisión de ilícitos, comercialización de órganos y tejidos y conflicto armado⁵⁸.

Al hacerse mención de las diferentes formas de explotación, se resalta que la mendicidad ajena es una forma de explotación laboral, en la cual un individuo se lucra del trabajo de otra persona, sometiéndola a condiciones indignas y denigrantes que atentan contra el ser humano, especialmente poblaciones vulnerables como lo son los infantes y adolescentes indígenas.

– Causas y consecuencias de la mendicidad ajena

De acuerdo a MEERTENS:

Las convergencia de diversos factores políticos, económicos, sociales y culturales como las inequidades sociales y económicas, la pobreza y la falta de oportunidades, las desigualdades de género, la presencia del conflicto arma-

do [...] generan situaciones que hacen más vulnerables a determinadas regiones o grupos humanos específicos para ser víctimas de la trata de personas⁵⁹.

Al existir seres humanos en el mundo con determinadas condiciones de vulnerabilidad, discriminación y rechazo, como lo es tener una distinta etnia, raza, sexo e incluso un bajo nivel económico, puede generar que otras personas las conviertan en objeto y se lucren de ellas vulnerando sus derechos fundamentales, y es por esta razón que factores de este tipo influyen en esta problemática, que implican la existencia de diversas modalidades y de manera globalizada.

Al contextualizar la mendicidad ajena en niños, niñas y adolescentes indígenas de la comunidad Embera Chamí, expresa TAPASCO que:

es preocupante y urgente la situación de los niños indígenas de Pueblo Rico, quienes se están muriendo de hambre. Así lo aseguraron voceros de la administración municipal al señalar que son los menores los que presentan los índices más altos de mortalidad⁶⁰.

Es de esta manera como la situación de pobreza extrema encabeza la lista de las causas de la mendicidad ajena, principalmente por la crisis que se vive dentro de los resguardos indígenas, al punto de que sus niños están muriendo de hambre.

Señala TAPASCO que otra de las causas de la mendicidad ajena en indígenas es: “la problemática de salubridad y de violación de sus garantías a la integridad de los menores embera”⁶¹.

Situaciones como la pobreza extrema se apodera de las comunidades indígenas, generan que vivan en un medio poco apto para su salud y bienestar, incluidos dentro de ello prácticas realizadas por los

59 MEERTENS (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, cit., p. 30.

60 LUIS RODRIGO TAPASCO. “El desplazamiento del Embera Chamí, y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira: una mirada desde una comunidad indígena asociada con las políticas de desplazamiento” (tesis de pregrado), Pereira, Universidad Tecnológica de Pereira, 2008, disponible en [<https://repositorio.utp.edu.co/server/api/core/bitstreams/bfc18d14-5343-42co-a520-da6ecc9bd129/content>], p. 17.

61 *Ibid.*, p. 18.

indígenas al interior de sus resguardos que afectan la integridad de los niños y vulneran sus derechos.

Otras de las causas que llevan a que los indígenas se desplacen a la ciudad de Pereira es el desplazamiento forzado, según TAPASCO: “la situación de desplazamiento forzado y la emigración por razones económicas y sociales a las que se ha visto sometido en los últimos años el pueblo Embera Chamí de Risaralda y Caldas”⁶².

Con lo anterior, se entiende que actualmente la situación de los indígenas es difícil, en el sentido de que las circunstancias que se presentan en sus resguardos, los tienen en situaciones poco adecuadas para su supervivencia, y es de esta manera en que ellos se ven obligados a salir de los mismos y buscar la forma de sobrevivir.

Sumado a las anteriores causas, se tiene presente según lo expuesto por TAPASCO se deben también tener en cuenta como causas: “conflicto armado dentro de territorio de la comunidad, muerte de niños indígenas por desnutrición, problema social de la comunidad embera e indígenas al borde de la desaparición”⁶³.

Los indígenas se encuentran en situación de alta vulnerabilidad, en especial los menores que padecen de hambre, que el acceso a la salud es remoto y surgen las siguientes preguntas: ¿están siendo suficientes los recursos designados por el Estado colombiano para las comunidades indígenas? ¿Qué está sucediendo con las tierras que son territorio indígena, se está respetando su jurisdicción?

Para la anterior pregunta, TAPASCO expresa lo siguiente:

El favorecimiento a la agroindustria, la economía de mercado que obedece a demandas internacionales, empresas que buscan establecer sus proyectos agroindustriales amparados en leyes que desconocen la palabra autonomía, de pueblos y comunidades que impotentes ven como sus campos se convierten en potreros, ganaderías y cultivos extensos, agroturismo. Como se pone a competir la elaboración de biocombustibles, a la par con la producción alimentaria, acceso al agua y a los recursos. En el caso de la comunidad indígena, se debilita la capacidad productiva de sus territorios a la vez que se ve amenazada la seguridad alimentaria

62 Ibid., p. 19.

63 Ídem.

del territorio y también amenazada la propia supervivencia del pueblo Embera⁶⁴.

Es así como se debe observar si las causas que están llevando a los indígenas a ejercer la mendicidad ajena en la ciudad de Pereira, son originadas por las mismas problemáticas sociales que afectan territorio indígena generando el desplazamiento de los mismos.

¿Será la misma sociedad la que está poniendo en peligro las comunidades indígenas?

– *Formas de vinculación a la mendicidad ajena*

Con lo expuesto anteriormente, se establece que los indígenas recurren al ejercicio de la mendicidad ajena por su situación de vulnerabilidad dentro del resguardo indígena, que lo lleva a desplazarse a la ciudad de Pereira. En este sentido establece TAPASCO:

Pereira es zona importante para la circulación de mercancías, sin embargo la posición de vecindad con la selva chocona resulta estratégica pues por esta zona pasa uno de los mega proyectos más importantes para el proceso de expansión del comercio con los Estados Unidos, Asia y Europa, hacia Sudamérica a través del Puerto de Tribuga. Las vías proyectadas conectan en Antioquia, Medellín, Ciudad Bolívar, Quibdó y Risaralda, Pueblo Rico y Santa Cecilia. Los departamentos por los que está trazada la vía del puerto aportan un porcentaje significativo de población desplazada al municipio de Pereira⁶⁵.

Si es el mismo comercio y las mismas circunstancias del sistema capitalista que ocasionan que al tener el departamento de Risaralda una ubicación estratégica para ejercer proyectos importantes de comercio, se están generando los apoderamientos de las tierras pertenecientes a los indígenas. Con fundamento en esto, surgen dudas respecto de que es el mismo Estado el que en consecuencia está causando el despla-

64 TAPASCO. “El desplazamiento del Embera Chamí, y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira...”, cit., p. 21.

65 *Ibid.*, p. 24.

miento de los indígenas a la ciudad de Pereira, y de esta forma ejercen la mendicidad ajena.

– *Escenarios de la mendicidad ajena*

Antes de entrar a señalar en qué escenarios se presenta la mendicidad ajena en niños, niñas y adolescentes indígenas en la ciudad de Pereira, se debe tener en cuenta lo establecido por MEERTENS: “La primera diferenciación sobre la trata de personas hace referencia al lugar donde se presenta”⁶⁶.

Es por esta razón que la trata de personas respecto de sus modalidades, se presenta más en unas regiones que en otras, ya que factores como el clima, la ubicación de la región, especialmente en zonas de fronteras, factores culturales, sociales e incluso religiosos, facilitan que determinadas modalidades se presenten con mayor fuerza en ciertas regiones.

La razón de que la modalidad de mendicidad ajena en la ciudad de Pereira se desarrolle con más facilidad en el territorio risaraldense, es que según lo expuesto por TAPASCO:

Lo habitan en la margen superior del río San Juan hasta su confluencia de este con el río Agüita en el noroccidente del departamento de Risaralda en los municipios de Mistrato y Pueblo Rico. Son distinguidos los resguardos de: Gito Sicuepa, Sinai, Dokabu, Paparido, Santa Teresa, La Loma, Minitas, Agüita, Canchido, Inamurcito, Gete, Marruecos, Buenos Aires, Suramita, Chorro Seco, entre otros⁶⁷.

Al prevalecer su ubicación en estos territorios, se les facilita de esta manera su desplazamiento a la ciudad de Pereira especialmente en el centro de la ciudad, ya que es allí donde existe mayor circulación de habitantes y de esta manera obtienen posibilidades de recibir más dinero.

En un segundo momento, hay que ubicarse con respecto a la jurisdicción indígena frente a la jurisdicción penal ordinaria, entendiendo que según lo expuesto por MEERTENS:

66 MEERTENS (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, cit., p. 30.

67 TAPASCO. “El desplazamiento del Embera Chamí, y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira...”, cit., p. 13.

Al reconocer que Colombia es un país de regiones multiétnica y multicultural, se deben construir propuestas de política pública, a partir no solo de la presencia institucional del Estado, sino también desde la sociedad civil y los protagonistas de los fenómenos sociales, como es el caso de las víctimas del delito de trata de personas⁶⁸.

Al existir un reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas y frente a la protección de su cultura, se les concede a los mismos una autonomía, es de esta manera como surgen para ellos la creación de su propia jurisdicción, es así como la comunidad indígena adquiere una protección especial.

Al ser ejercida la mendicidad ajena por fuera de la jurisdicción propia de los indígenas, se genera una controversia entre las acciones que realizan los indígenas por fuera de su jurisdicción y por lo tanto la competencia que tiene la jurisdicción ordinaria de sancionar sus conductas.

Al respecto CARNEVALI señala:

Precisamente, el llamado multiculturalismo ha supuesto nuevos desafíos para el Derecho penal, pues la valoración que puede tener un determinado comportamiento variará conforme el contexto cultural al que pertenezca el autor. Para precisar cuál es el alcance del multiculturalismo y cómo debe enfrentarlo el Derecho penal, es indispensable examinar aquellas tesis que se dirigen a resolver los problemas propios de la diversidad cultural, a saber, las liberales y las comunitaristas. Lo anterior permitirá comprender qué se entiende por delitos culturalmente motivados y si la respuesta, para su tratamiento penal, debe hallarse en la esfera de la antijuricidad o en la culpabilidad⁶⁹.

68 MEERTENS (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, cit., p. 36.

69 RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ. “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 2, n.º 3, 2007, pp. 1 a 28, disponible en [https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_6_3.pdf].

Con la anterior idea se entiende que en el transcurso de la investigación se deben desarrollar los límites y alcances de la jurisdicción penal ordinaria *vs.* la jurisdicción indígena, y las competencias de cada una de ellas, es decir, establecer en que momento la jurisdicción penal ordinaria debe sancionar o no una conducta realizada por indígenas.

CAPÍTULO SEGUNDO

Caracterización del delito de trata de personas

En el mundo se cuenta con más de 12 millones de personas que son víctimas de este delito y que son transportadas en más de 500 rutas alrededor de todo el planeta. Este capítulo pretende dar una perspectiva inicial e introductoria, pero con importantes detalles, sobre la configuración de este delito que atenta contra la integridad física y dignidad humana de las personas. A través de una reflexiva revisión conceptual, se intenta demostrar el contexto de este crimen, señalando también los elementos, instrumentos y normatividades más decisivos para su desarrollo y comprensión.

I. ¿QUÉ ES LA TRATA DE PERSONAS?

A. Contexto actual

El 8 de marzo de 2017 una terrible tragedia enlutó a Guatemala. Un incendio de 25 minutos en un albergue estatal de protección para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia, abandono y maltrato infan-

til, dejó aproximadamente un saldo de 60 niñas muertas. Se conoce que el incendio fue provocado por menores que constantemente denunciaban abusos, hacinamiento e irregularidades en la gestión del centro.

El hecho, por su propia dimensión, ha provocado dolor y repudio en aquel país centroamericano dada la responsabilidad estatal. Y ahora, el rechazo ha ido en aumento conforme se revelan nuevos detalles de lo sucedido: la Fiscalía de Guatemala ya inició investigaciones penales en razón a los graves y contundentes indicios de reclutamiento de niñas con fines de explotación sexual por parte de los custodios.

Al otro lado del mundo, en el sudeste asiático, también se han venido presentando casos alarmantes de trata de personas asociados con la industria pesquera. El Informe Global de Trata de Personas elaborado por Naciones Unidas publicado en 2016, señala que una de las formas que ha sido recientemente detectada es el tráfico de trabajo forzoso en aguas internacionales. Encontraron que 200 tripulantes de buques indonesios fueron enviados por dos empresas del mismo país para trabajar en aguas de África Occidental y el Caribe 20 horas al día sin salario durante casi dos años.

Las condiciones, características y las muy diversas latitudes donde se registra la trata de personas la hacen una problemática global, cuyo tratamiento ha debido ser transformado al ritmo de sus dinámicas cambiantes. Al respecto, MEERTENS señala:

La complejidad de las redes criminales de este crimen transnacional empezó a evidenciar que la trata no solo se cometía sobre mujeres y niños, y no únicamente con la finalidad de explotación de carácter sexual. Hoy por hoy las víctimas de trata son hombres, mujeres, niñas y niños, quienes son trasladados de un lugar a otro dentro de las fronteras de un país o hacia el exterior con la finalidad de ser explotados en la prostitución ajena u otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos u otras formas de explotación⁷⁰.

Así las cosas, resulta primordial tomar una radiografía del delito de la trata de personas para descubrir su articulación, composición y naturaleza socio-jurídica. El propósito es aproximarse a un diagnóstico conceptual de este delito y conocer sus alcances y consecuencias. Con ello se espera trazar un marco teórico adecuado para poder elaborar una postura crítica frente al caso de análisis (Embera Chamí) que pretende abordar este documento.

B. Concepto

UNODC considera que:

La trata de personas como una forma de esclavitud moderna y una de las peores violaciones a los derechos humanos, en tanto se comercializa y cosifica la persona, quien también es víctima de engaños y artimañas por parte de grupos delincuenciales. El delito de trata de personas “consiste en utilizar a una persona con fines de explotación para obtener provecho propio o de un tercero, haciendo uso de la coerción o la limitación de la libertad individual”⁷¹.

De acuerdo ACNUDH:

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) en adelante Protocolo de Palermo, entiende la trata de personas como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de

71 OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. “La trata de personas: compraventa de seres humanos”, cit.

la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos⁷².

Así mismo, UNODC explica que:

La trata de personas es una actividad ilícita que anualmente mueve miles de millones de dólares en el mundo y es un fenómeno en aumento. Pese a la importancia de los tratados internacionales y a los esfuerzos de los Estados para combatir a la delincuencia organizada transnacional, este fenómeno se ha convertido en una actividad criminal muy lucrativa que compete a nivel mundial con el tráfico de drogas y de armas⁷³.

Por tanto, en el protocolo se determina que el consentimiento que ha sido dado por parte de la víctima de la trata de personas con respecto a la explotación no será tenido en cuenta cuando se recurra a cualquier medio que ha sido retomado anteriormente y además la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con el objetivo de ser explotado será entonces considerado como trata en toda situación.

Se resalta entonces que la convención que está en contra de la delincuencia organizada transnacional, y aquellos protocolos como el que está en contra del tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y además prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas que están relacionadas con las mujeres y los niños, firmados en Palermo en el año 2000, simbolizan la respuesta mundial al problema que significa el delito de la trata de personas. En el pasado, los hechos relacionados con la trata se consideraban episodios aislados, no interconectados, pero después de Palermo, se diseñó un instrumento internacional multilateral con el objeto de abordar la cuestión con mayor rigor dado el crecimiento de esta forma de criminalidad.

72 ONU: ASAMBLEA GENERAL. *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, cit.

73 OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. “La trata de personas: compraventa de seres humanos”, cit.

Conforme se han conocido experiencias concretas de trata de personas en diferentes partes del mundo, la literatura académica especializada ha perfilado y definido sendas características, las cuales permiten aproximarse a un diagnóstico conceptual de este delito.

Se propone el siguiente recuadro para simplificar su lectura:

TABLA 3. Características conceptuales

Características conceptuales del delito de trata de personas		
Edad de la víctima	Mayor de 18 años (adultos)	Menor de 18 años (niños)
	Las víctimas más relevantes son las mujeres, las niñas y los niños, resaltando que en menor medida los hombres	
Consentimiento	Las víctimas de la trata de personas o aquellas que no han dado su consentimiento, o si el consentimiento se ha realizado en el principio, se pierde cualquier validez por mediante los determinados medios indebidos que han sido empleados por parte de los traficantes	
Elemento subjetivo	Intención	
Elemento material	<ul style="list-style-type: none"> - Alto - Medio - Con fines de explotación 	
Carácter transnacional	La trata de personas no supone necesariamente el paso ilegal de alguna frontera de y/o entrada en otro país	Si se produce tal paso de fronteras, su legalidad o ilegalidad no es un elemento fundamental
Explotación	La trata de personas implica la continua explotación de las víctimas para generar beneficios ilícitos a los tratantes	La intención del tratante es que la relación con las víctimas explotadas sea continua y se extienda más allá del paso de la frontera en el destino final
Fuente del beneficio	El tratante de personas ejerce control sobre la víctima objeto de trata para obtener beneficios suplementarios mediante la explotación continua de la víctima	

<p>Acusaciones apropiadas</p>	<p>El delito en relación con la trata de personas puede fundamentar algunos actos distintos y diversos protagonistas, dicho delito se comete con los respectivos actos de captación, transporte, traslado, acogida o la recepción de personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza y además de diferentes maneras de coacción (rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios)</p>
<p>Intervención de un grupo delictivo organizado transnacional</p>	<p>Se caracteriza cuando una organización delictiva organizada o cuando un grupo que está debidamente estructurado, donde las respectivas personas cumplen diferentes funciones indispensables para la respectiva concatenación de hechos que consuman el delito en el conjunto determinado.</p> <p>Por tanto, en la trata de personas intervienen directamente aquellos grupos dedicados a la delincuencia organizada transnacional, traficantes, los propietarios o administradores de los centros de explotación laboral o sexual y una serie de personas intermediarias o facilitadoras que incluyen, entre otros, taxistas, transportistas, empleados y empleadas de hoteles y turistas nacionales y extranjeros.</p> <p>Indirectamente, teniendo la plena conciencia, podrían realizar la debida intervención por parte de los diversos miembros que son corruptos de las determinadas policías nacionales y migratorias en las fronteras y demás funcionarios gubernamentales.</p>

C. Modalidades

El esfuerzo global por atender esta problemática, entre otras cosas, se ha centrado en relacionarlo inexorablemente con los derechos humanos. Así, de conformidad con ACNUDH:

Desde sus primeros días y hasta la actualidad, el derecho de los derechos humanos ha proclamado de manera inequívoca que es fundamentalmente inmoral e ilícito que alguien se apropie de la personalidad jurídica, el trabajo o la humanidad de otra persona. El derecho de los derechos humanos ha prohibido la discriminación por motivos de raza y sexo, ha exigido que se brinden los mismos derechos, o al menos una serie de derechos esenciales, a los no ciudadanos, ha condenado y prohibido la detención

arbitraria, el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas, el matrimonio forzado y la explotación sexual de niños y mujeres, y ha abogado por la libertad de circulación y el derecho a salir del propio país y a regresar a él⁷⁴.

Ahora bien, corresponde examinar cuáles son las maneras del delito de trata de personas que individualmente atentan de manera grave contra los derechos humanos, los cuales están fundamentados en los artículos 188-A y 188-B del Código Penal de Colombia, donde se diferencian las diversas conductas que se enfocan a las diferentes modalidades sobre la trata de personas.

Con base a ello, en el artículo 188-A del Código Penal de Colombia, el cual ha sido modificado por la Ley 985 de 2005, donde se afirma la implementación de medidas en contra de la trata de personas y el desarrollo de una variedad de normas que se basan en la atención y la protección de las víctimas de las mismas:

El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal⁷⁵.

74 ONU: ASAMBLEA GENERAL. *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, cit., p. 5.

75 Ley 985 de 26 de agosto de 2005, *Diario Oficial*, n.º 46.015, de 29 de agosto de 2005, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0985_2005.html].

En ese orden de ideas y siguiendo con la revisión conceptual, resulta oportuno indicar algunas precisiones básicas acerca de las modalidades para continuar con la ilustración teórica. Dichas precisiones han sido sintetizadas de los textos producidos por Naciones Unidas y de las entrevistas recogidas durante el período de investigación académica.

Por tanto, la prostitución ajena está fundamentada de acuerdo con la comercialización ya sea organizada o no, en relación con una persona tomada como una mercancía sexual a cambio de ingresos efectivos o por el contrario, en especie. Existe entonces la explotación de forma laboral o también llamado trabajo forzado, cuando se encubre con diferentes ofrecimientos de mayores y mejores oportunidades de vida en países exteriores o por otro lado a regiones diferentes al lugar de vida del mismo país, pero dichas condiciones no son reales y aquellas personas tratadas son entonces sometidas a una variedad de condiciones de trabajo inhumanas relacionadas con la explotación bajo coacción o amenazas de ser denunciada por estar debidamente indocumentadas.

Por su parte, la esclavitud es entendida según la convención contra la esclavitud de 1926 como un estado o condición del ser humano a la cual le ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos, por ende, cuando el ser humano es sometido a la esclavitud, es privado de todos sus derechos fundamentales, individuales y sociales. Por otro lado, la servidumbre se puede entender como el estado de dependencia o el sometimiento de la voluntad, en donde el victimario obliga a la víctima a realizar diferentes actividades, trabajos o servicios por medio de la implementación del engaño, las amenazas u otras formas de violencia.

Desde otra perspectiva, el matrimonio servil tiene una gran relación con la unión que se realiza con respecto a las mujeres mayores o menores de edad a un determinado acreedor como un pago a una deuda o son vendidas por un precio determinado, donde la mujer se convierte en una sierva o esclava de su esposo durante toda la vida.

El tráfico y la venta ilegal de órganos es otro de los casos donde las personas son despojadas de uno o más órganos, tejidos o fluidos, a cambio de una remuneración económica, donde se vale de un estado de necesidad o por medio del engaño, el secuestro o adopciones incontroladas, donde los órganos son vendidos de manera ilegal.

Además, el turismo sexual representa una explotación sexual comercial de las personas en un determinado país, realizadas por parte de los extranjeros que lo visitan como un turista más, o por parte de personas nacionales que son trasladadas de una determinada región a otra, incluyendo entonces la promoción del país como un destino accesible para llevar a cabo el ejercicio impune a dicha actividad, ya sea por parte de nacionales o extranjeros.

Finalmente se puede definir a mendicidad ajena como una determinada situación que se desarrolla a partir de la pobreza, que por lo general es una situación marginal extrema en donde el mendigo es un receptor de un sentimiento de pena o lástima a causa de su indumentaria o apariencia, por medio de ello, esta persona buscar poder subsistir por medio del dinero que es dado por los transeúntes, en relación con la trata de personas, alguna personas son entonces obligadas a realizar la mendicidad bajo coacción, amenaza o abusando de su estado indefensivo, utilizándolos como un medio para poder obtener beneficios económicos.

D. Elementos objetivos y subjetivos

Volviendo con el artículo 188-A del Código Penal, merece pertinente señalar que este responde a la necesidad planteada por los tratados internacionales que el Estado colombiano ha ratificado.

En relación con el sujeto activo de la conducta, es importante resaltar su indeterminación, donde, para el tipo básico no es necesario una cualificación especial, siendo entonces confirmada por la Sala de Casación Penal desarrollada por la Corte Suprema de Justicia.

MATEUS *et al.* señalan que:

El estudio que conjuntamente produjeron la Oficina de Naciones Unidas contras las Drogas y el Delito en Colombia y el Ministerio de Justicia, aclara que aunque conceptualmente se trata de un delito *monosubjetivo*, es decir que basta con que una persona se adecúe a cualesquiera de los verbos rectores, lo cierto es que en la práctica son varios los sujetos que concurren en todo el proceso de trata de la víctima (evidenciando que la conducta cae bajo la categoría de crimen organizado), aunque se pueda individualizar a alguien en particular que cumpla con una determinada

conducta típica, sin que ello pueda implicar las características de un tipo *plurisubjetivo*⁷⁶.

Por tanto, el sujeto pasivo relaciona el estudio de las dos instituciones, donde se demuestra al titular del bien jurídico (libertad y otras garantías), siendo este vulnerado por parte de la comisión del delito, por ende, es importante considerar en cuestión de la persona que está siendo tratada y la colectiva que es afectada por los diferentes intereses del conglomerado social.

Por otra parte, el legislador toma en relevancia las diversas modalidades en donde el delito de la trata se puede emprender, estableciendo varios verbos rectores que componen cada tipo penal de la trata, aclarando entonces que el sujeto activo incurre a la conducta cuando se capta, se acoge o se recibe a una persona con el objetivo de ser explotada.

Al respecto, MATEUS *et al.* explican:

El fenómeno de la trata se compone por regla generalísima de varias conductas que estructuran el núcleo central del tipo. Con razón se afirma que la complejidad de la realidad conduce a negar que el concepto deba incluir, acumulativamente, todas las fases posibles, y a negar también que solo son responsables del tráfico, aquéllos que controlan todo el proceso y/o intervienen en todas sus fases⁷⁷.

Así pues, quienes hayan intervenido de una u otra forma en este delito, no se podrán exonerar de responsabilidad y por el contrario se convertirán en sujetos activos del delito de trata de personas.

De hecho, insisten MATEUS *et al.*:

76 ANDREA MATEUS RUGELES, ANTONIO VARÓN MEJÍA, BEATRIZ LONDOÑO TORO, BEATRIZ EUGENIA LUNA DE ALIAGA y MAURICIO VANEGAS MOYANO. *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia*, Bogotá, UNODC, Ministerio del Interior y de Justicia y Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009, disponible en [https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Investigacion_U_Rosario.pdf], p. 38.

77 *Ibíd.*, p. 13.

No se necesitan configurar todos y cada uno de los mismos (verbos rectores) para que se tipifique el delito de trata de personas. En este orden de ideas, de forma insular la captación es trata, el traslado es trata, la acogida es trata y la recepción es trata, siempre que se persiga un fin de explotación, el cual puede ser compartido con otras personas o puede ser propio de cada sujeto activo. En este orden de ideas, razón le asiste a la doctrina cuando afirma: [...] lo que se conoce como tráfico de personas es, en la mayoría de los casos, un largo proceso integrado por distintas fases, en las que distintos actores intervienen como eslabones de la cadena, sin que compartan siempre las mismas finalidades⁷⁸.

A su vez, el tipo penal ofrece aumentos de la pena cuando el delito es cometido o realizado con menores de edad y de esta manera busca no dejar impune estos delitos que atentan contra la libertad individual de la persona y más aún contra la dignidad de todo ser humano. De acuerdo con lo anterior, algunos autores han realizado la respectiva calificación de la normativa colombiana, captándola como una de las más importantes en cuanto al tema de la trata. La ley 985 de 2005 clasifica de una manera amplia el delito correspondiente a la trata, siendo este un aspecto positivo en cuanto a los objetivos que se tienen en relación con los derechos humanos.

En su carácter descriptivo, el tipo penal de trata de personas, señala que debe ser con fines de explotación, entendiendo por explotación, el provecho económico que se obtiene del desarrollo de las modalidades que ya han sido descritas.

II. MENDICIDAD AJENA COMO UNO DE LOS MODOS DE ESTE DELITO

A. Definición

De acuerdo con el informe global de trata de personas que se ha venido citando en el presente trabajo, casi un tercio del total de las vícti-

mas de trata de personas a nivel mundial son niñas y niños. Este grupo de población se ha convertido en un objetivo predilecto por parte los tratantes. De esa manera, los niños son por excelencia el objeto de “demanda” para diversas modalidades tales como la explotación sexual, el trabajo forzoso o la mendicidad.

Se entiende por mendicidad la acción de mendigar. Esta última, de conformidad con la RAE, consiste en pedir limosna de puerta en puerta o solicitar el favor de alguien con importunidad y hasta con humillación.

En el caso particular de la mendicidad ajena, una persona suele ser obligada a pedir limosna dentro de un territorio nacional o en el extranjero, para luego serle arrebatado el dinero obtenido. Detrás de esta acción, asegura la Organización Internacional para las Migraciones, se encuentran personas que se lucran a través del sometimiento, la coacción y la amenaza.

La Corte Constitucional colombiana ha zanjado una parte importante de la conceptualización que rodea la mendicidad propia y ajena. En la Sentencia C-464/14⁷⁹, la Corporación no conceptualiza la mendicidad como un delito o una contravención, puesto que aclara que no hay una existencia de un reproche jurídico por la realización de tal ejercicio, por tanto, la mendicidad si puede ser sancionada cuando se instrumentaliza o se emplea a otra persona, un niño o niña, para así obtener ingresos lucrativos.

En ese sentido, la mendicidad ajena está catalogada como delito a tanto a nivel interno como a nivel internacional gracias a los instrumentos multilaterales existentes. MARCELO COLOMBO, coordinador de la Procuraduría para el Combate a la Trata de Personas en la Argentina, sostiene que los Estados pueden considerar también la inclusión de otras formas de explotación en sus leyes penales, dentro de las cuales se menciona “la mendicidad forzosa o ejercida por coacción”. También agrega que no solo hay que tener en cuenta los instrumentos internacionales relacionados con la trata de personas, sino aquellos cuyo objetivo es la protección de los derechos de los niños. Lo anterior, teniendo en cuenta que la experiencia recogida en la materia indica que la mayoría de los casos vinculados a la “mendicidad” como modalidad de explotación tienen como víctimas a personas menores de edad.

B. Causas de la mendicidad

Discutir sobre las causas de la mendicidad propia o ajena fácilmente puede significar otro trabajo de investigación igual de extenso y complejo, debido a las múltiples variables, dinámicas y dimensiones que la rodean y que se asocian con las cada vez más profundas brechas sociales, el desempleo, la explotación laboral, las migraciones, el vagabundeo, el abandono o incluso las enfermedades mentales. Aquí solo proponemos una aproximación simplificada pero suficiente para acercarse a la comprensión de un problema social.

En países como Colombia, se puede decir que la mendicidad se ha propagado en razón al papel “negligente” del gobierno para erradicar el flagelo de la miseria y la pobreza extrema.

En este sentido, RAMOS (2008) explica que:

Actualmente se puede citar como un factor que ha incrementado la mendicidad y la marginalización de las principales ciudades del país al desplazamiento forzado generado por violentos procesos de despojo y de expulsión de población campesina, indígena y negra. Estos movimientos migratorios, involuntarios y violentos, obedecen a las necesidades e intereses de quienes han detentado el poder sobre la tierra, el poder político y a los intereses de capitales nacionales y transnacionales. El desplazamiento forzado ha conllevado a que un porcentaje de la población colombiana, en su mayoría de los estratos más bajos, esté atravesando por situaciones preocupantes de mendicidad, abuso y desempleo. La mendicidad en la población, además, puede deberse a un gran número de factores, como el abuso intrafamiliar, la falta de oportunidades, educación y de un hogar estable, entre otros⁸⁰.

La cita anterior tiene una especial relevancia siempre que pone de manifiesto los principales factores y/o causas que convergen y coadyuvan

80 JOSÉ LUIS RAMOS RUIZ, JOSÉ LUIS MORENO CUELLO, JAIRO PARADA CORRALES y ALEXANDRA GARCÍA I. “La mendicidad en el Caribe colombiano: el caso de los distritos de Barranquilla, Santa Marta y Cartagena”, *Revista Economía del Caribe*, n.º 2, 2008, disponible en [<https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/economia/article/view/552/294>], p. 77.

a que la mendicidad sea ejercida en el país en las zonas urbanas esencialmente y con unos niveles cada vez mayores.

Ahora bien, RAMOS define que: “ser una persona mendiga guarda una estrecha relación con el escaso o un nulo acceso al trabajo, a la salud, a la cultura, a la educación, a la alimentación y a los derechos sociales”⁸¹.

Lo cierto es que también se ha convertido en un gran negocio para grupos criminales que organizadamente “tercerizan” la actividad mendicante, explotando niños, jóvenes y hasta familias completas para obtener beneficio económico.

Las difíciles situaciones de pobreza, desplazamiento forzado o desprotección familiar, son caldo de cultivo para que dichos grupos se aprovechen y diseñen auténticas redes criminales para captar, trasladar, acoger o recibir personas que luego serán explotadas y asaltadas en su integridad y dignidad.

C. Formas de vinculación

El estudio de RAMOS permite conocer:

Los principales tipos y formas que adopta la mendicidad en sí misma, es por tanto la venta de dulces o baratijas, limosna o mendicidad directa siendo está apoyada por parte de alguna condición física, la vigilancia y/o lavado de vehículos y la mendicidad por ‘diversión’⁸².

Cada una tiene su propia naturaleza. Los hallazgos de la Universidad del Norte y fundamentada en tres ciudades del Caribe colombiano y de acuerdo a la investigación de RAMOS demuestran que:

La venta de dulce es la actividad más común, un 35% de los encuestados la ejercen. Una cuarta parte de estos son limosneros, el 20% lavan o cuidan autos, un 7% cantan o “rapean”, el 6% se dedica a limpiar vidrios al pie de los semáforos y el 8% restante pide dinero como mimos, acró-

81 Ibid., p. 79.

82 RAMOS RUIZ, MORENO CUELLO, PARADA CORRALES y GARCÍA I. “La mendicidad en el Caribe colombiano: el caso de los distritos de Barranquilla, Santa Marta y Cartagena”, cit.

batas, cuenteros, simulando ser estatua, probando llantas, entre otras⁸³.

Es verdad que el estudio tiene su foco puesto en un conjunto de ciudades específicas, pero da una muestra relativa del fenómeno que resulta bastante útil para su entendimiento. Ello permite imaginar y ubicar el contexto y la forma de mendicidad que ejercen las personas que seguramente se ven a diario en las calles de la respectiva ciudad donde se vive.

Sin embargo, falta ilustrar con detalle y precisión, una forma de vinculación a la mendicidad que constituya una conducta punible. Para los efectos que interesan en este trabajo, es significativo resaltar el escenario planteado por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-464/14:

Piénsese en un adulto que utiliza menores de edad para que mendiguen todo el día en un semáforo de Bogotá D. C. a cambio de una remuneración, supuesto que correspondería al tipo penal demandado de explotación de menores. Por el contrario, ante un caso en el cual una empresa criminal organizada que opera en varias ciudades, capta y traslada menores de edad de un lugar a otro con fines de explotación, nos encontramos ante el delito de trata de personas⁸⁴.

III. ANÁLISIS NORMATIVO SOBRE LA MENDICIDAD AJENA COMO MODALIDAD DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

En principio, se debe establecer un balance normativo respecto de las normas constitucionales, internacionales y legales que regulan el delito de trata de personas y posterior a ello realizar un análisis que permita desarrollar dichas normas y su aplicabilidad en la protección de los derechos fundamentales de las personas víctimas del delito de trata de personas. Así:

83 Ibid., p. 81.

84 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-464/14, cit.

TABLA 4. Normas protección de los derechos fundamentales

Norma	Cita de la norma	Comentarios
Constitución Política de Colombia, art. 1.º	“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”	En este artículo se puede observar claramente que fundamento constitucional del Estado colombiano, reposa en el respeto a la dignidad humana, la cual se ve gravemente vulnerada con la ejecución del delito de trata de personas
Constitución Política de Colombia, art. 4.º	“La Constitución es norma de normas”	Teniendo en cuenta el objeto de estudio de la presente investigación, y los preceptos constitucionales involucrados
Constitución Política de Colombia, art. 7.º	“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”	Permite visualizar la protección especial que existe sobre las comunidades indígenas
Constitución Política de Colombia, art. 11	“El derecho a la vida es inviolable...”	Con la concreción del delito de trata de personas, se ven violentados derechos fundamentales de primera categoría, como es el derecho a la vida
Constitución Política de Colombia, art. 12	“Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”	Es importante tener en cuenta la protección constitucional de los derechos fundamentales que se vulneran con el delito de trata personas
Constitución Política de Colombia, art. 13	“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”	Dicho artículo representa importancia para nuestra investigación teniendo en cuenta que va dirigida a niños de una comunidad indígena, que podrían ser víctimas directas del delito, a los cuales se les debe brindar igual protección

Constitución Política de Colombia, art. 17	“Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”	La prohibición expresa de la trata de personas en de carácter constitucional con desarrollo en el ordenamiento interno
Constitución Política de Colombia, art. 44	“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”	Dada la población objeto del presente estudio, los cuales son niños, niñas y adolescentes indígenas
Constitución Política de Colombia, art. 45	“El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral”	Dada la población objeto del presente estudio, los cuales son niños, niñas y adolescentes indígenas
Constitución Política de Colombia, art. 93	“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”	Los tratados internacionales que se han ratificado por Colombia en materia de trata de personas, prevalecen sobre el orden interno
Declaración Universal de los Derechos Humanos Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”	“Reafirmando su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”	Estos instrumentos contienen las disposiciones fundamentales en materia de derechos humanos. La trata de personas es una actividad criminal que afecta derechos fundamentales del ser humano sometido a esclavitud, servidumbre y explotación constante

<p>Convención sobre Esclavitud</p> <p>Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1957</p>	<p>“Cada uno de los Estados parte en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1.º del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra el 25 de septiembre de 1926”</p>	<p>Para los efectos de la creación y redacción del Protocolo de Palermo, estos instrumentos proporcionaron elementos esenciales</p>
<p>Convenio 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio de la OIT que entró en vigor el 1.º de mayo de 1932</p> <p>Convenio 105 de la OIT relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso</p>	<p>“<i>Artículo 1.º</i></p> <p>1. Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas.</p> <p>2. Con miras a esta supresión total, el trabajo forzoso u obligatorio podrá emplearse, durante el período transitorio, únicamente para fines públicos y a título excepcional, en las condiciones y con las garantías estipuladas en los artículos siguientes.</p> <p>3. A la expiración de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del presente Convenio y cuando el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo prepare el informe a que se refiere el artículo 31, dicho Consejo examinará la posibilidad de suprimir sin nuevo aplazamiento el trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas y decidirá la conveniencia de inscribir esta cuestión en el orden del día de la Conferencia”</p>	<p>A los efectos del presente Convenio, la expresión “trabajo forzoso u obligatorio” designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente</p>

<p>Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de Delitos y del Abuso de Poder</p>	<p><i>“B. Las víctimas del abuso de poder</i></p> <p>18. Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos”</p>	<p>Se establecen medidas que deben aplicar los Estados para que la víctima tenga acceso a la justicia y trato justo, información y participación en el proceso, reparación del daño causado, justicia pronta y cumplida, atención y protección tanto de las víctimas como de su familia y los testigos relacionados con el delito</p>
<p>Convención para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949</p>	<p><i>“Artículo 1.º</i></p> <p>Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”</p>	<p>La Convención unifica cuatro instrumentos anteriores de la Sociedad de Naciones sobre este mismo tema: el Acuerdo Internacional sobre Represión de Trata de Blancas de 1904, que se centraba solo en la protección de las víctimas y resultó ineficaz; La Convención para la Represión de la Trata de Blancas de 1910, que obliga a los países firmantes a castigar a los proxenetas; El Convenio Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921 que castiga a las personas que ejercen la trata de niños, protege a las mujeres y niños migrantes; y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad que obliga a los Estados a castigar a las personas que ejercían la trata de mujeres adultas con independencia de su consentimiento</p>

<p>Convención relacionada con el Estatuto de Refugiados de las Naciones Unidas de 1951 y su Protocolo de 1967</p>	<p><i>“Artículo 3.º Prohibición de la discriminación</i></p> <p>Los Estados contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen”</p>	<p>Define quién es un refugiado y decide las reglas de los individuos a los que se les garantiza el asilo y las responsabilidades de los Estados que lo garantizan</p>
<p>Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979</p>	<p><i>“Artículo 1.º</i></p> <p>A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”</p>	<p>La Convención, en su artículo 6.º de la Parte I, se refiere al compromiso de los Estados de suprimir la trata de mujeres y la explotación de la prostitución de la mujer</p>

<p>Caso trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil, sentencia de 20 de octubre de 2016</p>		<p>La jurisprudencia internacional, particularmente, la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sido clave en la consolidación de instrumentos para abordar, entender y seguir el rastro de la trata de personas. Recientemente en 2016, profirió sentencia en el caso de trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, condenando al Estado brasileiro de ser internacionalmente responsable por no garantizar la protección de 85 trabajadores sometidos a formas de esclavitud contemporánea y trata de personas, además de no haber garantizado el acceso a la justicia de otros 43 trabajadores, rescatados en estas mismas circunstancias</p>
<p>Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”</p>	<p>“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”</p>	

<p>Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, suscrita en la Ciudad de México</p>	<p>La Convención, en su artículo 1.º define como objeto “la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo, todo con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor”</p>	
<p>Protocolo de Palermo, 2000</p>	<p>Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional</p>	<p>Es a partir de la suscripción de este Protocolo, el cual fue ratificado por Colombia, que se otorga mayor importancia a este delito en sus diversas modalidades y se consagran diversas normas de orden nacional tendientes a prevenir y combatir esta problemática</p>
<p>Protocolo de Palermo, 2000, artículo 3-A</p>	<p>“Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”</p>	<p>Esta es la concepción universal de “trata de personas” que ha tenido desarrollo en el ordenamiento interno de nuestro país</p>

<p>Protocolo de Palermo, 2000, artículo 3-B</p>	<p>“El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”</p>	<p>Esta concepción ha representado gran importancia en la interpretación y análisis de casos existentes de trata, teniendo en cuenta que en la mayoría de casos conocidos ha existido consentimiento de la víctima, pero las condiciones en las que se desenvuelve la conducta son diferentes y degradables para la dignidad humana</p>
<p>Protocolo de Palermo, 2000, artículo 3-C</p>	<p>“La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará ‘trata de personas’ incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”</p>	<p>Dicha definición otorga una protección especial a los niños, puesto que establece que se concretará el delito de trata de personas siempre que exista explotación</p>
<p>Protocolo de Palermo, 2000, artículo 3-D</p>	<p>“Por ‘niño’ se entenderá toda persona menor de 18 años”</p>	<p>A la luz del Protocolo de Palermo y de nuestro ordenamiento interno, todo menor de 18 años debe ser tratado como niño</p>

<p>Convención de los Derechos del Niño de 1989. Ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991, artículo 39</p>	<p>“Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”</p>	<p>Esta Convención estableció las pautas para que de manera conjunta, se protejan los derechos de los niños de cualquier forma de explotación y se brinde toda la asistencia necesaria para su recuperación.</p> <p>Es el tratado internacional que demuestra la adhesión generalizada a la promoción y protección de los derechos de las personas menores de edad, iniciando con la protección contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso, entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, lo cual fue consideración fundamental para el preámbulo de su posterior Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía</p>
<p>Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998</p>		<p>El Estatuto en su artículo 7.º enumera los crímenes de lesa humanidad y, concretamente en su acápite C “Esclavitud” contiene figuras delictivas directamente relacionadas con la trata de personas</p>

<p>Convención 182 de la OIT sobre la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999</p>	<p>“El Convenio 182 sobre la prohibición de todas las formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación adoptado por las Naciones Unidas en 1999 y su Recomendación 190, definen un marco conceptual y acciones específicas para la lucha contra todas las formas de explotación contra personas menores de edad”</p>	
<p>Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, Resolución A/RES/54/263 de las Naciones Unidas de 25 de mayo de 2000 que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño</p>	<p>“Este instrumento profundiza aún más en conductas relacionadas con la explotación sexual de personas menores de edad”</p>	
<p>Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 15 de noviembre del 2000)</p>	<p>“Esta fue creada para el combate del crimen organizado, es decir agrupaciones delictivas de tres o más personas que actúan concertadamente para cometer uno o más delitos graves a través de las fronteras”</p>	

<p>Código Penal de Colombiano, artículo 188-A</p>	<p>“El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión...”</p> <p>“Las penas de los delitos descritos en el artículo 188 y 188A, se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando...”</p>	<p>Del presente artículo se desprenden los elementos del tipo penal de trata de personas. Así mismo, es importante tener en cuenta que para efectos de este artículo se entenderá por explotación “el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre la explotación de la mendicidad ajena...”</p> <p>El artículo define las causales de agravación entre las cuales se encuentra que el delito sea realizado en menor de 18 años, es decir, sobre la población objeto de nuestro estudio.</p>
<p>Código de Infancia y Adolescencia de Colombia, art. 3.º</p>	<p>“Se entiende por niño o niña a las personas entre 0 y 12 años, incluyendo a quienes están por nacer; y por adolescente a las personas entre 12 y 18 años de edad”</p>	<p>La concepción de niño y adolescente es de completa importancia para nuestra investigación, puesto que demarca ciertas garantías adicionales que le son inherentes por su condición. Dicha concepción está acorde con la establecida en el Protocolo de Palermo, en donde no se realiza la distinción entre niño y adolescente, pero se consagra que niño será todo aquel menor de 18 años</p>

Ley 679 de 2001	“Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución”	La presente ley simboliza otro esfuerzo institucional por establecer normas de carácter preventivo y sancionatorio, relacionado con modalidades específicas de la trata. Desde el punto de vista penal, la ley introdujo dos nuevos tipos penales: la utilización o facilitación de los medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, y la omisión de denuncia
Ley 985 de 2005	Artículo 1.º “La presente ley tiene por objeto adoptar medidas de prevención, protección y asistencia necesarias para garantizar el respeto de los derechos humanos de las víctimas y posibles víctimas de la trata de personas, tanto las residentes o trasladadas en el territorio nacional, como los colombianos en el exterior, y para fortalecer la acción del Estado frente a este delito”	Esta ley fue creada con el fin de contar con un instrumento jurídico que permita combatir la trata de personas en sus diferentes etapas, es decir, para prevenir que se consuman víctimas del delito, proteger a sus víctimas y sus posibles víctimas y brindar asistencia integral a quienes hayan sido víctimas, entregando la facultad de atención y asistencia al bienestar familiar en caso de que las víctimas sean menores
Ley 1329 de 2009	“Por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”	Es una ley que fortalece las normas encargadas de buscar la protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, buscando la disminución de ocurrencia de este delito
Ley 1336 de 2009	“Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes”	La infancia y la adolescencia son las más propensas a ser víctimas del delito de trata de personas, por esta razón es necesaria la creación de normas que refuercen su protección y de esta manera combatir la explotación, pornografía y el turismo sexual en niños, niñas y adolescentes

Continuando con el análisis de acuerdo al recuento normativo realizado y en línea con MATEUS *et al.*:

El desarrollo normativo constitucional que se ha desplegado alrededor del delito de la trata de personas se considera coherente, proporcional y razonable con la política criminal del Estado, sustentándose firmemente que ninguna persona puede tomar dominio sobre otra⁸⁵.

Traer a debate aquellas normas no solo cumple un papel ilustrativo. Su recordación refuerza y fortalece la idea de que el Estado social y democrático de derecho en Colombia se ha tomado en serio la construcción de un marco jurídico normativo constitucional del tipo penal para la trata de personas.

Respecto a los instrumentos internacionales de lucha contra la trata de personas, este trabajo ha venido haciendo referencia constante al que podría considerarse como el más importante, de acuerdo a la ACNUDH:

El protocolo con el objetivo de poder prevenir, reprimir y además sancionar a la trata de personas, específicamente a la trata de mujeres y los niños, siendo esta complementada por la convención de las naciones unidas que está en contra de la delincuencia organizada transnacional⁸⁶.

Dicho protocolo se ha convertido en una herramienta internacional importante y amplia en cuanto al combate de la trata internacional de las mujeres y de los niños, estableciendo medidas de protección de los derechos humanos de aquellas personas que son víctimas de la trata, la implementación de nuevas estrategias que sean preventivas, asistiendo a las víctimas e investigando y sancionando, siendo estos, dos aspectos importantes para que los diferentes Estados adopten las respectivas medidas, interesantes y fundamentales para llevar a cabo

85 MATEUS RUGELES, VARÓN MEJÍA, LONDOÑO TORO, LUNA DE ALIAGA Y VANEGAS MOYANO. *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia*, cit.

86 ONU: ASAMBLEA GENERAL. *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, cit.

la clasificación de los delitos penales sobre la trata de personas, los actos que la componen y las conductas que la condicionan.

Como consecuencia de esa vinculación ha sido posible la expedición de instrumentos, como el que se encuentra la legislación penal colombiana, de acuerdo a MATEUS *et al.*: “Es innegable la constante preocupación en cuanto al incentivo del reconocimiento de los respectivos derechos humanos que son una base importante en relación con el respeto hacia la persona”⁸⁷.

Precisamente, con la Ley 599 de 2000, donde se lleva a cabo la expedición del Código Penal, el legislador colombiano puede emplear una conceptualización clara del término de la explotación, cuando se expresa:

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación⁸⁸.

Sin lugar a dudas, aquello representa una respuesta temprana que el conjunto del aparato estatal determinado en concordancia con el combate a la trata de personas que a inicios de la década del 2000 se implementó en el mundo una entrada en vigor de nuevos y diversos tratados que son de términos internacionales en relación con el tema. Al respecto, la UNODC indica que:

En el caso de los tratados ratificados por los Estados, se evidencia la responsabilidad internacional que estos tienen de adecuar su legislación interna mediante medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza. Independientemente de ello, tienen la obligación de cumplir con lo dispuesto en esos tratados de conformidad con

87 MATEUS RUGELES, VARÓN MEJÍA, LONDOÑO TORO, LUNA DE ALIAGA Y VANEGAS MOYANO. *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia*, cit., p. 37.

88 *Diario Oficial*, n.º 44.097, cit.

el principio del derecho internacional de buena fe (“*pacta sunt servanda*”), en el sentido de que las obligaciones internacionales contraídas deben ser cumplidas⁸⁹.

Más aún, respecto de la Ley 679 de 2001, constituye fundamentalmente una norma que sanciona conductas que lesionan y atentan contra la “sacralidad” del cuerpo, entendido este como sujeto activo de derechos. La citada ley especifica:

La ley sanciona esas conductas porque lesionan el cuerpo y el alma o el espíritu, como quieran llamar a nuestra sensibilidad, capacidad de sentir, de pensar, de producir o de sufrir, porque los efectos de esas lesiones no se borran, no se curan, no desaparecen, porque atentan contra la sacralidad de los cuerpos, en fin porque producen daños irreparables [...] Recordemos por qué el cuerpo es un sujeto de derechos, qué relación encontramos entre el cuerpo y las ideas, entre el cuerpo y la seguridad para asumir la vida, en fin para entender por qué el cuerpo es sujeto democrático⁹⁰.

Posterior en el tiempo, como ya se citó, se sancionó la Ley 985 de 2005, en donde se implementaron nuevas medidas que van en contra de la trata de personas, desarrollando nuevas normas que tenían como objetivo la atención y la protección de las víctimas de trata, de acuerdo con ello, se aportaron medidas preventivas, de protección y asistencia, necesarias para poder garantizar el respeto de los respectivos derechos humanos de las diferentes víctimas y las posibles víctimas de la trata de personas, relacionando tanto a los residentes como a los trasladados en el territorio nacional e internacional, fortaleciendo de esta forma a la acción del estado frente al delito de la trata de personas.

En opinión de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, las modificaciones legales que se lograron con la Ley 985 de 2005, han hecho que Colombia contemple una de las legislaciones más destacadas en la región y se convierta en un modelo de referencia

89 OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. “La trata de personas: compraventa de seres humanos”, cit., p. 47.

90 Ley 679 de 3 de agosto de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.509, de 4 de agosto de 2001, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0679_2001.html].

desde el punto de vista normativo. Esta ley es muy completa y amplia en cuanto a la perspectiva que se tiene sobre los derechos humanos, complementando el tipo penal de la trata de personas, relacionando de tal forma al protocolo de Palermo.

Así, concluyen MATEUS *et al.*:

En materia de protección la ley establece que la estrategia nacional y la ejecución de programas deben ir encaminados a la recuperación física, psicológica y social de las víctimas, y a garantizar su protección a la intimidad e identidad a través de programas de vinculación a los programas de protección de la Fiscalía General de la Nación, el papel del ICBF en la asistencia a menores de edad y la prestación de programas de asistencia mediata e inmediata, recalcando el deber de cada consulado de Colombia en el exterior de ofrecer la debida información y tomar medidas para garantizar la seguridad de la víctima, entre otros⁹¹.

Finalmente, las leyes 1329 de 2009 habla de la modificación de la Ley 599 de 2000, dictando de esta forma otras disposiciones, donde se contrarrestan la explotación sexual comercial de los niños, niñas y además adolescentes, por otro lado, la Ley 1336 del año 2009 adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, en donde se lucha contra la explotación, la pornografía y además el turismo sexual con los niños, las niñas y los adolescentes, cerrando de tal forma el desarrollo normativo en relación con el delito y las diversas modalidades que existen de la trata de personas⁹².

91 MATEUS RUGELES, VARÓN MEJÍA, LONDOÑO TORO, LUNA DE ALIAGA Y VANEGAS MOYANO. *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia*, cit., p. 86.

92 Ley 1329 de 17 de julio de 2009, *Diario Oficial*, n.º 47.413, de 17 de julio de 2009, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677517>].

A. Organizaciones no Gubernamentales –ONG–

La Ley 985 de 2005 concibe la cooperación internacional como un factor cardinal de cara al fortalecimiento de las acciones contra la trata de personas:

Artículo 10. Fortalecimiento de la investigación judicial y la acción policiva. La Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y el DAS capacitarán en forma especializada a miembros de sus instituciones en la investigación y persecución de los delitos relacionados directa o indirectamente con el fenómeno de trata de personas, y propenderán por una eficaz cooperación internacional en los ámbitos judicial y de policía, en relación con estas conductas. Esta medida no significará un aumento de sus plantas de personal. Cada año estas entidades elaborarán informes de sus acciones en este campo los cuales serán tenidos en cuenta por el Comité Interinstitucional para la lucha contra la trata de personas en el cumplimiento de sus funciones⁹³.

Con sujeción a este artículo, el Estado colombiano implementó estrategias con el fin de abrir nuevos canales de cooperación internacional en materia penal en relación a la trata de personas, lo cual implica una nueva aplicación de acuerdos entre los diferentes Estados, realizando una investigación en conjunto al delito y en concordancia con la tramitación de las solicitudes de asistencia mutua en cuanto a la parte penal, facilitando así el tránsito de diferentes elementos probatorios que son importantes en las diversas investigaciones, por ende se debe también implementar una cooperación que relacione la respectiva atención de las víctimas de la trata, las repatriaciones, la prevención, entre otros.

En el ámbito interamericano, dentro del cual Colombia está inmersa, se cuenta con un marco institucional verdaderamente valioso que incluye diferentes convenciones relacionadas con la cooperación jurídica y judicial y además la asistencia legal mutua, abarcando de tal forma el derecho procesal, el derecho penal y el derecho de la familia, facilitando entonces la guía de mejores prácticas para llevar a cabo la

operación de las autoridades centrales, brindando una capacitación al personal gubernamental, el cual desempeña diferentes funciones laborales y facilitando de igual forma el intercambio de información.

Desde la órbita local, el Ministerio del Interior de Colombia, considerando que la trata de personas es una manifestación de delincuencia organizada, en la que múltiples países se convierten simultáneamente en puntos de origen, tránsito y destino de víctimas, haciendo más difícil el proceso de prevención, investigación, judicialización y lucha en general contra las organizaciones criminales y la conexión entre estas, ha establecido en la agenda mecanismos de cooperación internacional para avanzar en la lucha contra la trata de personas, así como en la asistencia y protección de sus víctimas, a través del establecimiento de procesos de coordinación, cooperación y asistencia técnica.

Con la caracterización realizada del delito de trata de personas, una vez establecidas sus generalidades, situación actual en el mundo, verbos rectores, sujetos, derechos vulnerados, normas constitucionales, bloque de constitucionalidad, normas legales y organizaciones que luchan contra la trata de personas, se puede en este sentido, como se va a ver en un capítulo posterior, las falencias probatorias y procedimentales en materia penal y de política pública que existen en Colombia respecto de la judicialización de este delito y las altas tasas de impunidad que el mismo presenta.

CAPÍTULO TERCERO

Jurisdicción especial indígena: límites y alcances

El presente capítulo se encarga de relacionar jurídicamente los límites y alcances de la jurisdicción especial indígena frente a la jurisdicción ordinaria, lo cual permite definir hasta qué punto se aplica la jurisdicción especial indígena respecto de la comisión de conductas punibles por parte de miembros de comunidades indígenas y así mismo, cuál debe ser la labor que en principio debe desarrollar el derecho penal con relación al multiculturalismo.

En este sentido, cabe destacar, que desde la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 116 señala: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar”⁹⁴.

Al entender que el término “jurisdicción” se refiere a la facultad de administrar justicia, la Constitución Política ha especificado no solo,

94 Constitución Política de Colombia, *Gaceta Constitucional*, n.º 116 de 20 de julio de 1991, disponible en [<http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>], art. 116.

quienes administran justicia, sino también, las diferentes jurisdicciones que la pueden ejercer, aclarando que cada una de ellas incluye sus propias reglas y formas de funcionamiento.

El profesor DEVIS ECHANDÍA explica que:

La soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias⁹⁵.

Se debe aclarar, que al ser la jurisdicción una función atribuida a todos los jueces de la república, en principio, y de manera excepcional a terceros para administrar justicia, no todos pueden conocer de los mismos asuntos en virtud de la competencia que se les atribuye, dependiendo del área y/o del territorio en el que se encuentren ubicados. Así mismo, al existir diferentes jurisdicciones un juez se puede encontrar falta de jurisdicción para determinadas materias.

La Constitución de 1991, ha contemplado en su articulado no solo la existencia de una jurisdicción ordinaria cuyo órgano cierre se encuentra en la Corte Suprema de Justicia, sino también de diversas jurisdicciones, como lo son la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la jurisdicción constitucional cuyos órganos cierres son el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respectivamente, al igual que las jurisdicciones especiales como lo son la de paz y la jurisdicción especial indígena (arts. 246 y 247), esta última es objeto de estudio de la presente investigación y se va a desarrollar a continuación:

95 HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. *Teoría general del proceso*, 2.^a ed., Buenos Aires, Edit. Universidad, 1997.

I. JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

La Constitución de 1991 señala:

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 general⁹⁶.

En Colombia se busca garantizar y defender los derechos de quienes se encuentran en condiciones especiales, dicho reconocimiento obedece a luchas de los pueblos indígenas por sus derechos y por tener sus propias autoridades.

De acuerdo a CRUZ: “El reconocimiento de las jurisdicciones especiales, de forma concreta la de los indígenas, no ocurrió de repente; obedeció a las acciones de resistencia realizadas por los distintos pueblos indígenas del país”⁹⁷.

Los pueblos que conservan determinadas tradiciones culturales como viene sucediendo con las comunidades indígenas en Colombia, han permitido que con el pasar del tiempo, diferentes constituciones políticas, tratados y convenios internacionales permitan defender sus derechos, buscando que no exista discriminación alguna en razón a su etnia, garantizando que tengan su propia jurisdicción con sus respectivas autoridades.

De igual manera, señala MORA:

Dentro de un contexto espacial globalizado y en una época en donde las sociedades se han comenzado a denominar sociedades multiculturales (dejando a un lado el tradicional estado monocultural), las demandas de reconocimien-

96 *Gaceta Constitucional*, n.º 116 de 20 de julio de 1991, cit.

97 DIANA CRUZ MICAN. “Jurisdicción especial indígena en Colombia: un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria” (artículo de reflexión elaborado como trabajo de grado para optar al título de Abogada), Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2011, disponible en [<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14158/1/De%20la%20Jurisdicci%C3%B3n%20especial%20ind%C3%ADgena%20en%20Colombia.pdf>].

to cultural, surgen como un desafío para el Estado moderno, pues involucran un problema de justicia social, la cual era considerada una de las prioridades de la década de los noventa⁹⁸.

Ello indica que, en la actualidad, aun existiendo una cultura mayoritaria, se hace necesario no desconocer que existen minorías con una cosmovisión, cultura y prácticas diferentes, lo que implica que gocen de una protección que les garantice sus derechos como comunidad étnica.

Colombia como Estado que aplica el reconocimiento de los derechos y garantías de las personas, genera que se deba garantizar a las minorías sus derechos fundamentales como miembros de comunidades indígenas, que buscan ser reconocidas no solo como minorías, sino como aquellas comunidades que representan la diversidad del país, por su cultura, prácticas y cosmovisión del mundo, lo que hace que no se puedan sentir identificadas dentro de una cultura mayoritaria y por lo tanto no sean partícipes de las leyes actuales que rigen a todos, sino por el contrario, estas comunidades forjan sus propias leyes, tradiciones y autoridades. De allí el origen de los artículos 7.º y 246 constitucional.

A. Definición

La Constitución de 1991 señala que:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional⁹⁹.

98 DIANA FERNANDA MORA TORRES. “Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena” (tesis de pregrado), Bogotá, Universidad Javeriana, 2003, disponible en [https://www.academia.edu/23762130/BASES_CONCEPTUALES_DE_LA_JURISDICCION_ESPECIAL_INDIGENA], p. 37.

99 *Gaceta Constitucional*, n.º 116 de 20 de julio de 1991, cit., art. 246.

La época colonial constituyó una amenaza para la preservación de las comunidades indígenas, por muchos años fueron sometidos a explotación, esclavitud, maltratos, tratos crueles y degradantes, todo les fue arrebatado, hasta sus más profundos anhelos dentro de su forma de vida y tradición cultural. Es así como el artículo constitucional que actualmente reconoce los derechos de los indígenas, es fruto de reformas constitucionales originadas por las luchas constantes de estos pueblos por sus derechos y la recuperación de su hábitat.

Fueron años en los que las comunidades poco a poco fueron perdiendo sus tradiciones, lenguaje, actividades propias de la comunidad para subsistir, al igual que perdieron la conexión con la naturaleza debido a los despojos de sus tierras y a la explotación de la época por parte de los españoles.

Es así, como las reformas constitucionales lograron ir reconociendo sus derechos como pueblo indígena, de esta manera, constitucionalmente se obtuvo que existiera no solo un reconocimiento, sino también protección para las comunidades indígenas.

El artículo 7.º de la Constitución de 1991 establece: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”¹⁰⁰. Por lo tanto, es este artículo el resultado del reconocimiento del multiculturalismo que tiene el Estado colombiano y del cual debe buscar preservar, en razón a que representa parte del patrimonio cultural colombiano, reconocer diferentes culturas implica revivir el recuerdo de quienes forjaron la cultura colombiana, quienes con sangre defendieron no solo su vida, sino también la esencia del pueblo colombiano.

En este sentido, se debe entender por jurisdicción especial indígena, aquella facultad de la que gozan las autoridades indígenas dentro de sus resguardos, para crear sus propias leyes, criterios, prácticas y costumbres aplicándolas a sus miembros, en este sentido, es administrar justicia dentro de sus comunidades.

II. AUTONOMÍA JURISDICCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Tras el reconocimiento constitucional de los derechos que han venido adquiriendo las minorías étnicas, mediante la autonomía de la jurisdicción especial indígena, se ha permitido que los miembros de las

100 Ibid., art. 7.º.

comunidades indígenas tengan sus propias autoridades, sus propias sanciones, leyes y criterios de juzgamiento.

La autonomía es la característica fundamental que permite a las comunidades indígenas adquirir total independencia frente a la cultura mayoritaria, es decir, que pueden regirse por sus propias leyes, establecer sus propios criterios y manera de organización.

De acuerdo al plan de vida del pueblo Embera, se entiende por autonomía: “El ejercicio de poder amparado en el derecho propio legítimo y legal de los indígenas y sus autoridades [...] desde gobiernos propios que imparten justicia, generan bienestar y administran y ejercen autoridad sobre territorios y recursos”¹⁰¹.

Es la autonomía la que permite que se desarrolle la jurisdicción especial indígena, que mediante principios logre la regulación de las comunidades, pero así mismo, su conservación y garantías. Reconocer la autonomía de los pueblos indígenas implica trabajar en coordinación con el Estado y los particulares, pero conservando su cultura y tradiciones. “La autonomía permite conformar y administrar nuestras propias instancias de poder”¹⁰².

Respecto de este principio, es indispensable plantearse hasta qué punto es posible lograr total autonomía frente a los juzgamientos de sus miembros por parte de las autoridades indígenas, cuando no solo se cometen sobre sus propios miembros, sino también, en afectación a la cultura mayoritaria, y así mismo, cuando se transgreden simultáneamente derechos fundamentales de especial protección por parte de tratados y convenios internacionales.

A continuación, y de conformidad con lo establecido por la Sentencia T-617 de 2010, la autonomía goza de unos principios que le permiten desarrollarse, pero a la vez reconocer sus límites y alcances.

A. Principios

La Sentencia T-617 de 2010 establece que el principio de autonomía de las comunidades indígenas se restringe en los siguientes casos:

La Corte Constitucional también reconoce los siguientes principios que se desprenden de la autonomía de las co-

101 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA. *Plan de vida del pueblo chamí y katio de Risaralda*, cit., p. 26.

102 Ídem.

comunidades indígenas, como lo es el principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos. Es por esto que establece que el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad, que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes, debido a que en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión¹⁰³.

Así como la Constitución Política de Colombia reconoce los derechos de las comunidades indígenas y les brinda autonomía en las decisiones de sus autoridades, esos principios también tienen unas restricciones que deben ser acatadas, debido a que se deben garantizar todos los derechos fundamentales consagrados en la carta política.

La autonomía de las comunidades indígenas puede variar dependiendo de los miembros involucrados, en este caso cuando se tratan de conflictos de miembros pertenecientes a la misma comunidad o cuando son miembros de culturas diferentes. Ello es importante distinguirlo en razón a la armonización que debe existir entre las jurisdicciones para definir conflictos en el segundo caso, cuando se tratan de culturas diferentes.

La Corte Constitucional precisa:

Es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas [...] La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma¹⁰⁴.

103 Sentencia T-617 de 5 de agosto de 2010, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm>].

104 Ídem.

Bajo este entendido, este principio obedece a que cuando son miembros de la misma cultura ello le brinda más autonomía a dicha autoridad para decidir frente a ese caso en concreto. Es así como será la autoridad indígena la que resolverá los conflictos que se presenten entre miembros pertenecientes a la comunidad y los mismos deberán acatar las sanciones impuestas.

Otro de los principios establecidos por la Corte Constitucional y la Sentencia T-617 de 5 de agosto de 2010 “respecto de la autonomía de la que gozan las comunidades indígenas es el principio de mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”¹⁰⁵.

De acuerdo a lo anterior, la Corte Constitucional señala que:

Este principio obedece a establecer que actualmente en Colombia existen numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al 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 obligaciones¹⁰⁶.

El arraigo cultural es un componente muy importante para determinar hasta qué punto los determinados comportamientos de ese miembro de la comunidad indígena son propios del resguardo y obedecen a todas las prácticas culturales que allí se apliquen, ya que de una u otra

105 Sentencia T-617 de 2010, cit.

106 Sentencia T-254 de 30 de mayo de 1994, M. P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>].

manera los mismos maximizan o minimizan la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas.

Los anteriores son principios de desarrollo jurisprudencial, en los cuales la Corte Constitucional está señalando de manera clara y concreta las razones por las cuales la autonomía de la que gozan las comunidades indígenas puede restringirse o darse en cierta medida, respetando principios fundamentales consagrados por la Constitución de 1991.

Es por eso que a continuación es importante señalar los límites y alcances de la jurisdicción especial indígena frente a la jurisdicción ordinaria.

B. Alcances de la jurisdicción indígena

Los alcances que tiene la autonomía de las comunidades indígenas no pueden desconocerse solo por el hecho de que no exista un arraigo cultural de ese miembro en la comunidad.

La Corte Constitucional ha aclarado:

Sin embargo, ese grado de conservación cultural no puede llevar al juez, ni a ningún otro operador judicial, a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones¹⁰⁷.

En este sentido y con fundamento en lo anterior, la Corte en su jurisprudencia señala los alcances de la autonomía que tiene la jurisdicción especial indígena y como los mismos deben, de una u otra manera, tener una armonización con la jurisdicción ordinaria en garantía de sus derechos fundamentales de quienes representan las minorías étnicas y por lo tanto su nivel de arraigo cultural no puede ser el determinante para desconocer en su totalidad la autonomía de la jurisdicción especial indígena.

Es por esto que la Corte Constitucional expresa:

107 Sentencia T-514 de 30 de julio de 2009, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-514-09.htm>].

i) la existencia de un poder jurisdiccional autónomo de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica; ii) normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento propios y; iii) autoridades propias de administración y juzgamiento. Con todo ello se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos como manera de afirmación de su identidad¹⁰⁸.

De este modo, sus alcances no deben limitarse al nivel de arraigo cultural, la Corte Constitucional apunta reiterativamente en su jurisprudencia a proteger y preservar su identidad, lo que indica que dado el caso en que su arraigo cultural sea bajo, se debe siempre buscar la recuperación de identidad del individuo para garantizar el pluralismo señalado por la Constitución Política de Colombia como derecho fundamental.

El cuestionamiento de acuerdo a lo anterior, es saber hasta qué punto la determinada transgresión de derechos fundamentales por miembros de comunidades indígenas que han llegado a afectar a sus propios miembros y a la cultura mayoritaria en detrimento de los derechos fundamentales a la autonomía y a la dignidad, permitan que se siga conservando la autonomía de las comunidades indígenas. Por ellos es importante conocer cuáles son sus límites.

En este sentido, si es posible admitir que existen límites para dichas autoridades dentro de sus resguardos, en un sentido muy estricto y riguroso, bajo el planteamiento de un respeto integral a la dignidad humana. En caso de que dichos preceptos constitucionales sean vulnerados, es deber de la legislación colombiana entrar a regular la materia y restablecer los derechos fundamentales vulnerados.

C. Límites

La autonomía indígena no puede desconocer los principios constitucionales que reconocen sus derechos, por el contrario, estos deben respetar tal reconocimiento de modo que al darle prevalencia y respeto a los derechos de las minorías étnicas no puede ser cualquier disposición legal la que la limite.

A este respecto la Corte Constitucional señala en la misma sentencia:

En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C. P. artículo 4.º) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que solo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a este. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía¹⁰⁹.

Es por esta razón que cuando se va a limitar la autonomía de la jurisdicción especial indígena debe ser porque la misma contraría principios constitucionales de carácter fundamental y que puedan poner en riesgo derechos fundamentales como la dignidad humana, entre otros.

Tal como lo expresa la Corte Constitucional:

Los límites a la autonomía solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible: el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente, en materia penal¹¹⁰.

En este sentido si es posible admitir que puedan existir límites a la autonomía de la que gozan las autoridades indígenas dentro de sus resguardos, en un sentido muy estricto y riguroso, bajo el planteamiento

109 Sentencia T-514 de 2009, cit.

110 Ídem.

de un respeto integral a la dignidad humana. En caso de que dichos preceptos constitucionales sean vulnerados, es deber de la legislación colombiana entrar a regular la materia y restablecer los derechos fundamentales vulnerados.

La Corte Constitucional:

De lo expuesto podría concluirse que los límites a la autonomía están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, mínimos de convivencia cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre estos se encuentra también el núcleo duro mencionado¹¹¹.

Se debe dejar claridad en qué casos al existir un conflicto de normas de carácter constitucional, como por ejemplo la dignidad humana y la autonomía de comunidades indígenas. ¿Cómo debe resolverse este conflicto?

D. Ponderación de derechos fundamentales

Se manifiesta la Corte Constitucional:

La Corte Constitucional, acogiendo la experiencia de otros tribunales constitucionales, y algunas ideas de la Teoría del Derecho, ha mantenido la posición de acuerdo con la cual estos conflictos normativos deben resolverse mediante la técnica de la ponderación, operación que consiste en determinar, en el marco del caso en que se presenta el conflicto normativo entre dos derechos, los criterios dentro de los cuales la limitación o restricción de un derecho resulta legítima por lograr una mayor eficacia de otro u otros derechos constitucionales¹¹².

111 Sentencia T-514 de 2009, cit.

112 Ídem.

Es la jurisdicción constitucional la encargada de que al momento de que se tenga que definir sobre la limitación en los derechos de los miembros indígenas frente a su autonomía, sea este tribunal el que la decida y de igual manera determine en qué casos debe hacerse y respecto de qué derechos fundamentales.

El maestro ROBERT ALEXY señala:

Según la teoría estrecha y rigurosa, las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico. Por supuesto, como normas del derecho constitucional tienen su lugar en el nivel más alto del mismo sistema, y su objeto son derechos de elevadísima abstracción y la más grande importancia; pero todo esto no es –según la teoría de las reglas– base alguna para cualquier diferencia fundamental de índole estructural: ellas son normas jurídicas, y como tales son aplicables exactamente de la misma manera que todas las demás; su peculiaridad solamente consiste en que protegen frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto¹¹³.

Con fundamento en lo anterior la técnica empleada por el alto tribunal para definir cuando existen conflictos de normas constitucionales es la ponderación de derechos, como se acaba de mencionar, y de este modo definir qué derecho fundamental prevalecerá en este caso.

Así como lo señala ALEXY:

La ley de ponderación muestra que esta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro¹¹⁴.

113 ROBERT ALEXY. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 11, 2009, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>], p. 4.

114 *Ibid.*, p. 9.

Es importante tener en cuenta el planteamiento señalado por ALEXY, en el sentido que permite distinguir los pasos que se deben seguir para establecer cuál derecho fundamental debe prevalecer para cada caso en concreto, de esta manera señala que existen tres pasos los cuales permiten determinar el derecho fundamental más importante y cuál se podría afectar más en caso tal de ser desconocido.

La Corte Constitucional señala:

Dada la multiplicidad de eventos –y conflictos– que pueden llegar al conocimiento del juez constitucional, la ponderación puede resultar de gran complejidad en determinados escenarios, lo que acarrea el riesgo de arribar a respuestas diversas por parte de los jueces constitucionales de instancia y, por lo tanto, a afectar el principio de igualdad en la aplicación de la ley y a producir un grado determinado de inseguridad jurídica¹¹⁵.

De esta manera, se da entrada a establecer cuáles criterios permiten determinar qué jurisdicción es la competente para conocer respecto de situaciones y conflictos jurídicos de comunidades indígenas, como por ejemplo: ¿cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre delitos cometidos por miembros de las comunidades indígenas?, ¿quién reconoce cuando la víctima es otro miembro de la comunidad o por el contrario un miembro que pertenece a la cultura mayoritaria?

Así mismo, la Corte Constitucional señala:

Por último, el juez debe considerar, como criterio de interpretación al abordar estos casos, que existen ámbitos de la autonomía en los que la intervención de órganos externos a la comunidad es especialmente nociva, así que lo más prudente es promover el diálogo interno de la comunidad para que los conflictos sean resueltos en el marco de su cosmovisión, normas, usos y costumbres, y evitar, de esa manera, un mayor distanciamiento entre las partes, derivado de una decisión impuesta desde una perspectiva ajena al *derecho propio* de la comunidad¹¹⁶.

115 Sentencia T-514/09, cit.

116 Ídem.

La determinación realizada por el alto tribunal, siempre va encaminada a la reinserción del miembro indígena, a su comunidad, respetando las sanciones propias del resguardo, lo cual puede derivar su validez siempre y cuando se establezcan cuáles derechos fundamentales se encuentran vulnerados y en contradicción, y para el caso planteado en la investigación, se hace necesaria la ponderación de derechos fundamentales para determinar la sanción y respecto de cuál jurisdicción aplicaría la misma.

III. CRITERIOS DE COMPETENCIA

Vía jurisprudencial, el tribunal constitucional ha desarrollado los siguientes elementos para poder definir la competencia de acuerdo a los criterios que se van a establecer a continuación:

– *Fuero indígena*

De acuerdo a la Corte Constitucional:

La Corte Constitucional ha identificado tradicionalmente que, para que un individuo pueda ser sujeto titular de esta jurisdicción especial, se requiere del cumplimiento de dos elementos esenciales: i. Un elemento personal: que implica que el ciudadano por el hecho de ser miembro de una comunidad indígena determinada ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres; y ii. Un elemento geográfico: que significa que cada comunidad debe investigar y sancionar las conductas reprochables que suceden en su territorio geográfico, de acuerdo a sus propias normas¹¹⁷.

Como ya se ha mencionado, al existir un reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena, la misma trae consigo que los miembros pertenecientes a esta jurisdicción gocen de un fuero que les permita ser juzgados en resguardo por las respectivas autoridades

117 Sentencia T-642 de 4 de septiembre de 2014, M. S.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-642-14.htm>].

Esta garantía de ser juzgado por sus mismas autoridades, posee unos componentes que acaba de mencionar la jurisprudencia y que se van a desarrollar a continuación:

A. Elemento territorial

La Corte Constitucional define el elemento territorial como: “aquel que se fundamenta en los diversos hechos como un objeto de investigación, donde se hayan tenido ocurrencias en relación con los aspectos territoriales del resguardo”¹¹⁸.

Señala al respecto MORA:

El tema de la competencia de las autoridades indígenas para ejercer funciones judiciales debe ser analizado a partir de la distinción de sus esferas o ámbitos de validez: el ámbito material (conductas), el personal (sujetos), y el espacial (lugar). El primero hace referencia a las materias que pueden conocer las autoridades indígenas. Sobre este particular es necesario resaltar que las autoridades indígenas, a diferencia de los demás jueces colombianos, *tienen una competencia material general, es decir que pueden conocer todos los asuntos que puedan llegar a vulnerar la integridad étnica de los pueblos indígenas, lo cual implica que la jurisdicción especial no se limita al campo del derecho penal (cursiva fuera de texto)*¹¹⁹.

Es de esta manera como MORA señala que las competencias de las autoridades indígenas se distinguen desde tres factores, territorial, personal y material. Así, bajo este entendido explica que frente al ámbito territorial, las facultades que la Constitución Política de Colombia de 1991 otorga a las autoridades indígenas en principio: “fija los límites dentro de los cuales, *la cohesión social de estas autoridades, pueden ejercerse sin el mayor influjo de otras culturas extrañas* (cursiva fuera de texto)¹²⁰.

118 Sentencia T-617/10, cit.

119 MORA TORRES. “Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena”, cit., p. 149.

120 Ídem.

Es la misma Constitución la que al reconocer una jurisdicción especial para preservar la cultura indígena y la cosmovisión de las minorías étnicas, la que otorga las competencias necesarias a las autoridades indígenas para ejercer dicha jurisdicción especial.

MORA explica:

Empero, no se sabe cuál es ese ámbito territorial concreto, en la medida que existen varias formas de territorios indígenas, pues aunque es lo más común, no todas las comunidades indígenas que están asentadas en el país se organizan en resguardos legalmente constituidos¹²¹.

Lo anterior en virtud a que el componente territorial no se debe entender solo respecto del territorio legalmente constituido, por el contrario, debe ser visto desde la cosmovisión indígena y las razones por las que los mismos se ubican en determinado lugar, de conformidad a sus creencias y prácticas culturalmente aceptadas y preservadas en el Estado colombiano, de allí su reconocimiento especial y constitucional.

Es de esta manera que MORA establece:

Esa diferenciación, no debe crear el equívoco de reconocer únicamente como ámbito territorial a la institución de los resguardos legalmente constituidos, en la medida que como se puede desprender del fallo, lo que se quiere resaltar, es que el ámbito territorial, significa algo más que la simple ocupación de un territorio, pues tratándose de comunidades indígenas, la pertenencia a dicha tierra y su relación con esta, tiene unas connotaciones de gran relevancia, y son el reflejo de una cosmovisión estructuralmente diferente a la occidental¹²².

De conformidad a este criterio puede surgir el siguiente interrogante: ¿el ámbito territorial obedece en sentido estricto única y exclusivamente al territorio donde se encuentra el resguardo indígena?

La territorialidad en los indígenas representa un componente espiritual propio de su cosmovisión, el arraigo al territorio no es me-

121 MORA TORRES. “Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena”, cit., p. 152.

122 *Ibíd.*, p. 157.

ramente geográfico, su significación deriva presupuestos culturales, espirituales y simbolizan la protección de su raza. Por tal razón, no debe mirarse desde un componente físico, su validez debe analizarse desde los aspectos señalados, propios de su cultura.

Una vez establecido este elemento territorial, la Corte Constitucional procede a interpretar que:

De acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política, la autonomía jurisdiccional se ejerce dentro del ámbito territorial de las comunidades indígenas. Por lo tanto, la ocurrencia de los hechos antijurídicos o socialmente nocivos *dentro del territorio de la comunidad indígena*, es un requisito *necesario* para la procedencia del fuero (cursiva fuera de texto)¹²³.

De esta manera, la Corte Constitucional interpreta dicho criterio y establece que este elemento no debe ser visto en sentido estricto, sino que por el contrario, debe ser un elemento amplio que no se vea reducido a un territorio. Es así como el componente cultural perdura más que nunca en este principio, en el entendido de que puede existir un desplazamiento del resguardo, pero el componente cultural puede seguirse conservando aun así, lo que mantiene el elemento territorial.

B. Elemento institucional

La Corte Constitucional define el elemento institucional como:

El que se refiere a la existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) *cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social* (destacado fuera de texto)¹²⁴.

Una vez establecido este elemento territorial, la Corte Constitucional realiza el siguiente criterio de interpretación:

123 Sentencia T-617/10, cit.

124 Ídem.

El juez encargado de dirimir el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional *debe tomar en consideración la existencia de una institucionalidad social y política*, que permita asegurar los derechos de las víctimas en el proceso. El primer factor para determinar la existencia de esa institucionalidad es la manifestación positiva de la comunidad, en el sentido de tener voluntad para adelantar el proceso (destacado fuera de texto)¹²⁵.

En este entendido, el elemento institucional versa respecto de las autoridades indígenas que forman parte del resguardo y se encargan de la sanción de sus miembros. Es por tal razón que al existir un conflicto jurídico donde el sujeto activo es un miembro indígena, el órgano encargado de definir la competencia para resolver la materia, debe en principio, tener en cuenta las autoridades del resguardo.

Pero se plantea el siguiente interrogante: ¿qué sucede si el derecho que se está poniendo en riesgo es de un menor indígena?

En respuesta a lo anterior, es necesario tener en cuenta el señalamiento de la Corte Constitucional al respecto:

*Excepcionalmente, en casos de extrema gravedad o en los que la víctima se encuentra en situación vulnerable, debido a su condición de especial protección constitucional, o en estado de indefensión, el juez encargado de dirimir el conflicto podría realizar una verificación más amplia de la vigencia del elemento territorial, valiéndose de pruebas técnicas, o de la propia experiencia del resguardo. Sin embargo, el contenido material del derecho propio es ajeno a esa verificación (cursiva fuera de texto)*¹²⁶.

Bajo este entendido, en principio, la competencia *desde el elemento institucional le corresponde a la jurisdicción especial indígena*, teniendo claridad en que prevalecerá el sistema jurídico nacional cuando exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales a un sujeto de especial protección.

125 Sentencia T-617/10, cit.

126 Ídem.

Para hacer claridad en el razonamiento del presente elemento, es necesario tener en cuenta que al referirse a autoridades indígenas, como las competentes para conocer de los asuntos en su jurisdicción especial, no puede el sistema jurídico nacional exigir mismidad en las normas propias de la cultura mayoritaria para realizar las respectivas sanciones dentro del resguardo indígena, ello en virtud de su autonomía y de la preservación a la cultura por las prácticas y sanciones que allí se realizan, siempre y cuando no generen afectaciones graves a los derechos fundamentales de las personas.

C. Elemento personal

La Corte Constitucional define el elemento personal como: “aquel que retoma la pertinencia del acusado con respecto al hecho punible o social que es nocivo para la comunidad indígena”¹²⁷.

Cuando se hace referencia al elemento personal, la Corte analiza el nivel de pertenencia del miembro que comete una conducta punible en su comunidad, en este sentido, su arraigo cultural define este elemento y de esta manera la competencia que tenga la jurisdicción especial indígena para conocer, en principio, del asunto.

D. Elemento objetivo

La Corte Constitucional define el elemento personal como: “aquel que tiene en cuenta la naturaleza del bien jurídico tutelado, por ende este se trata de interés de la comunidad indígena o por otro lado, de la sociedad mayoritaria”¹²⁸.

El elemento objetivo se determinada dependiendo del bien jurídico tutelado y respecto del sujeto pasivo de dicho bien jurídico.

Existen delitos que por su gravedad pueden afectar los derechos fundamentales de la comunidad no solo mayoritaria, sino también poner en riesgo a las comunidades indígenas, pueden existir casos donde un miembro de la comunidad indígena cometa una conducta punible que afecte considerablemente la cultura mayoritaria y contraría derechos fundamentales de total protección constitucional. Es así

127 Sentencia T-617/10, cit.

128 Ídem.

como esta Corporación habilita para que asuma el conocimiento la jurisdicción ordinaria.

La Corte Constitucional explica:

Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica¹²⁹.

Para finalizar, al no existir concordancia de las leyes ordinarias con las leyes propias de los resguardos indígenas, advierte la Corte Constitucional que:

Si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional. Si por el contrario, un indígena incurre en conducta delictiva, afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones: cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio los jueces de la República son los competentes para conocer el 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 [...]* pues surge una causal de inimputabilidad fundada en la diferencia valorativa. En caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos (nacional e indígena), es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial, y en principio será imputable. Sin embargo, en este evento *se debe 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 por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos (cursiva fuera de texto)*¹³⁰.

El párrafo anterior a sentado precedente jurisprudencial para determinar en qué casos se debe limitar la autonomía de los pueblos indígenas al momento de judicializar a uno de sus miembros desde la jurisdicción ordinaria, elementos como el territorial, personal, institucional y objetivo, “permiten” determinarlo con claridad.

Pero lo dicho puede llegar a ser totalmente cuestionable, partiendo en principio por algo paradójico, ¿cómo un miembro perteneciente a la cultura mayoritaria, puede de manera subjetiva resolver los límites impuestos a la jurisdicción especial indígena, suponiendo en qué casos el sujeto si tenía conocimiento de ilicitud?

El cuestionamiento de acuerdo a lo anterior, es saber, hasta qué punto la determinada transgresión de derechos fundamentales por miembros de comunidades indígenas, que han llegado a afectar a sus propios miembros y a la cultura mayoritaria en detrimento de los derechos fundamentales a la dignidad humana y autonomía de la persona, permitan que se siga conservando la autonomía de las comunidades indígenas. Por ello es importante conocer cuáles son sus límites, pero verdaderamente estructurados.

Aun así, hablar de límites sigue siendo desbordado y en detrimento de las comunidades indígenas, pero contradictoriamente necesario, en razón de que venimos con rezagos de la cultura y de resultados de un proceso de colonización.

En este sentido, si es posible admitir que existen límites a la autonomía de la que gozan las autoridades indígenas dentro de sus resguardos, en un sentido muy estricto y riguroso, bajo el planteamiento de un respeto integral a la dignidad humana para todos. En caso de que dichos preceptos constitucionales sean vulnerados, es deber de la legislación colombiana entrar a regular la materia y restablecer dichos derechos.

No se trata de abordar una problemática que necesariamente conlleve a la imputación penal, cuando se habla de los elementos concluyentes para gozar del fuero indígena de determinado miembro de

130 Sentencia T-496 de 26 de septiembre de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>].

la comunidad, por el contrario, es una reflexión que permita que se cuestione de qué manera se están resolviendo los asuntos penales en Colombia para miembros de comunidades indígenas con los endebles lineamientos que en la actualidad existen y que no resuelven el problema de la autonomía jurisdiccional, sino también, que vulneran los derechos de las comunidades, cuando los mismos, no solo son autores, *sino también víctimas*.

IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La defensa de los derechos de las minorías étnicas se ha convertido en objeto de protección internacional, como se verá a continuación en los diferentes convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia y las normas constitucionales:

TABLA 5. Convenios y tratados internacionales

Norma	Cita de la norma	Comentarios
Constitución Política de Colombia, art. 1.º	“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”	En este artículo se puede observar claramente que fundamento constitucional del Estado colombiano, reposa en el respeto a la dignidad humana, la cual se ve gravemente vulnerada con la ejecución del delito de trata de personas
Constitución Política de Colombia, art. 7.º	“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”	El Estado colombiano reconoce que existe diversidad cultural, la cual debe ser preservada y respetada, de conformidad con el Estado social de derecho que dentro de sus pilares establece el pluralismo el cual debe gozar especial protección

Constitución Política de Colombia, art. 10.º	“El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”	En virtud del pluralismo reconocido por el Estado social de derecho, el cual aparece a partir de la Constitución Política de Colombia, la conservación del patrimonio cultural debe buscar proteger las diferentes etnias y culturas que forman parte del Estado colombiano y representan la cultura colombiana
Constitución Política de Colombia, art. 63	Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”	Al ser las diferentes etnias una representación de la cultura colombiana, y estar las mismas asentadas en el territorio colombiano, es necesario que las mismas puedan estar ubicadas en lugares donde el Estado garantice su permanencia y de esta manera lograr su preservación
Constitución Política de Colombia, art. 68	“... las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural...”	El derecho a la educación como derecho fundamental debe ser reconocido y plenamente garantizado. Así mismo se deben diseñar diferentes modelos educativos, que se adapten a las diferentes culturas del país
Constitución Política de Colombia, art. 70	“La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación”	El Estado colombiano reconoce que existe diversidad cultural, la cual debe ser preservada y respetada, de conformidad con el Estado social de derecho que dentro de sus pilares establece el pluralismo el cual debe gozar especial protección

<p>Constitución Política de Colombia, art. 93</p>	<p>“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno</p> <p>Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”</p>	<p>La defensa de los derechos de las minorías étnicas se ha convertido en objeto de protección internacional</p>
<p>Constitución Política de Colombia, art. 96, lit. C</p>	<p>“Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos”</p>	<p>Al ser las diferentes etnias una representación de la cultura colombiana, y estar asentadas en el territorio colombiano, es necesario que puedan ubicarse en lugares donde el Estado garantice su permanencia y de esta manera lograr su preservación</p>
<p>Constitución Política de Colombia, art. 171</p>	<p>“... la circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral</p> <p>Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el ministro de Gobierno”</p>	<p>Al ser Colombia un Estado social de derecho, que dentro de sus principios constitucionales consagra el pluralismo étnico y así mismo una democracia participativa, debe garantizar que las minorías étnicas en virtud del reconocimiento de las diferentes culturas, tengan representación en el órgano legislativo, máximo exponente de la voluntad del pueblo</p>

<p>Constitución Política de Colombia, art. 176</p>	<p>“Las circunscripciones especiales asegurarán la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante estas circunscripciones se elegirán cuatro (4) Representantes, distribuidos así: dos (2) por la circunscripción de las comunidades afrodescendientes, uno (1) por la circunscripción de las comunidades indígenas, y uno (1) por la circunscripción internacional. En esta última, solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior”</p>	<p>Al ser Colombia un Estado social de derecho, que dentro de sus principios constitucionales consagra el pluralismo étnico y así mismo una democracia participativa, debe garantizar que las minorías étnicas en virtud del reconocimiento de las diferentes culturas, tengan representación en el órgano legislativo, máximo exponente de la voluntad del pueblo</p>
<p>Constitución Política de Colombia, art. 356, inc. 3.º</p>	<p>“Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena”</p>	<p>Al ser las diferentes etnias una representación de la cultura colombiana, y estar asentadas en el territorio colombiano, es necesario que puedan ubicarse en lugares donde el Estado garantice su permanencia y de esta manera lograr su preservación</p>
<p>Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 7.º</p>	<p>“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”</p>	<p>Es la máxima expresión de la garantía de protección de los derechos fundamentales de las personas, quienes sin importar edad, sexo, raza, etnia, cultura, etc. deben ser garantizados y debidamente respetados</p>

<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley 74 de 1968, art. 2.º</p>	<p>“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social</p>	<p>Es la máxima expresión de la garantía de protección de los derechos fundamentales de las personas, quienes sin importar edad, sexo, raza, etnia, cultura, etc. deben ser garantizados y debidamente respetados</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley 74 de 1968, art. 26</p>	<p>“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”</p>	<p>De este tratado internacional se desprende el reconocimiento de una jurisdicción especial, como en este caso la indígena, la cual tendrá sus propias autoridades, encargadas de los miembros del resguardo indígena de donde pertenecen</p> <p>Lo anterior con el fin de garantizar el debido proceso de quienes no pueden formar parte de la cultura mayoritaria y que por lo tanto poseen una cosmovisión diferente del mundo</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley 74 de 1968, art. 27</p>	<p>“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”</p>	<p>Las minorías étnicas representan la cultura de los Estados de donde ellas pertenecen, cultura que debe ser conservada, garantizada y protegida por los Estados</p>

<p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), ratificado mediante Ley 74 de 1968, art. 13</p>	<p>Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen así mismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una ciudad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”</p>	<p>El derecho a la educación como derecho fundamental debe ser reconocido y plenamente garantizado. Así mismo, se deben diseñar diferentes modelos educativos, que se adapten a las diferentes culturas del país</p>
<p>Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), ratificado mediante Ley 22 de 1981, art. 2.º</p>	<p>“1. Los Estados Partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas y, con tal objeto integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial”</p>	<p>Las minorías étnicas representan la cultura de los Estados de donde ellas pertenecen, cultura que debe ser conservada, garantizada y protegida por los Estados</p> <p>Es por lo anterior que es totalmente prohibido ejercer acciones de discriminación contra las minorías étnicas y las mismas deben ser sancionadas por el Estado cuando dichos derechos se amenacen y atenten contra la preservación de las mismas</p>

<p>Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), ratificado mediante Ley 22 de 1981, art. 4.º</p>	<p>“Los Estados Partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5.º de la presente Convención...”</p>	<p>Las minorías étnicas representan la cultura de los Estados de donde ellas pertenecen, cultura que debe ser conservada, garantizada y protegida por los Estados</p> <p>Es por lo anterior que es totalmente prohibido ejercer acciones de discriminación contra las minorías étnicas y las mismas deben ser sancionadas por el Estado cuando dichos derechos se amenacen y atenten contra la preservación de las mismas</p>
<p>Pacto de San José de Costa Rica, ratificado mediante Ley 16 de 1972, art. 1.º</p>	<p>“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social</p> <p>2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”</p>	<p>Las minorías étnicas representan la cultura de los Estados de donde ellas pertenecen, cultura que debe ser conservada, garantizada y protegida por los Estados</p> <p>Es por lo anterior que es totalmente prohibido ejercer acciones de discriminación contra las minorías étnicas y las mismas deben ser sancionadas por el Estado cuando dichos derechos se amenacen y atenten contra la preservación de las mismas</p>

<p>Convenio Creación Fondo Indígena de los Países Iberoamericanos (1992)</p>	<p>“El objeto del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, en adelante denominado ‘Fondo Indígena’, es el de establecer un mecanismo destinado a apoyar los procesos de autodesarrollo de pueblos, comunidades y organizaciones indígenas de la América Latina y del Caribe, en adelante denominados ‘Pueblos Indígenas’”</p>	<p>Es necesario que para preservar las minorías étnicas, los mismos deben gozar de recursos para poder subsistir y de esta manera mantener los resguardos en condiciones adecuadas, donde por lo menos se garantice el mínimo vital, que se puedan desarrollar y conservar</p>
<p>Convenio 169 de la OIT, ratificado mediante Ley 21 de 1991</p>	<p>“Artículo 1.º El presente Convenio se aplica: (a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; (b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”</p>	<p>A partir del marco constitucional expuesto, esta Corporación estableció, en la Sentencia T-380 de 1993, que: (i) las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales; (ii) esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de estos; y (iii) los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos</p>
<p>Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas</p>	<p>“Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos”</p>	<p>Las minorías étnicas representan la cultura de los Estados de donde ellas pertenecen, cultura que debe ser conservada, garantizada y protegida por los Estados</p>

De acuerdo al orden normativo planteado anteriormente, encargado de proteger los derechos de los pueblos indígenas, y el reconocimiento de su autonomía, es necesario establecer no solo la importancia de que existan instrumentos internacionales que velan por el respeto y las garantías de las comunidades indígenas, sino así mismo la existencia de una jurisdicción especial que vela por las garantías de los pueblos indígenas y de la protección a su territorialidad, ideales y cultura.

El reconocimiento que actualmente existe en la Constitución Política de Colombia para las comunidades indígenas, es fruto de luchas constantes de los indígenas, que a diario buscan que sus derechos gocen de pleno respeto y garantías.

Es así, como las luchas indígenas no fueron en vano, y mediante las reformas constitucionales lograron ir reconociendo sus derechos como pueblo indígena, de esta manera, constitucionalmente se obtuvo que existiera no solo un reconocimiento, sino también protección para las comunidades indígenas.

Por lo tanto, es el artículo 7.º constitucional, el resultado del reconocimiento del multiculturalismo que tiene el Estado colombiano y del cual, debe buscar preservar, en razón a que representan parte del patrimonio cultural colombiano, reconocer diferentes culturas implica revivir el recuerdo de quienes forjaron la cultura colombiana, quienes con sangre defendieron no solo su vida, sino la historia de un país que desde épocas anteriores fue ultrajado por quienes ejercieron el proceso de colonización.

En la actualidad, al ser Colombia un Estado social de derecho y fundarse en el reconocimiento de la dignidad humana, se hace necesario garantizar a las minorías sus derechos fundamentales como miembros de comunidades indígenas, que buscan ser reconocidas no solo como minorías, sino como aquellas comunidades que representan la diversidad del país, por su cultura, prácticas y cosmovisión del mundo, lo que hace que no se puedan sentir identificadas dentro de una cultura mayoritaria y por lo tanto no sean partícipes de las leyes actuales que rigen a todos, sino por el contrario, estas comunidades forjan sus propias leyes, tradiciones y autoridades.

De allí el origen del artículo 246 de la Constitución:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes

de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional¹³¹.

V. CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES DEL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

En puntos anteriores, cuando se expresa la tensión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, en relación con la judicialización de un miembro indígena por parte de la comisión de las conductas que son punibles, se enfrenta un conflicto jurisdiccional, que da conformidad a la respectiva Constitución Política de Colombia, siendo esta debidamente resuelta por la Corte Constitucional.

Vale la pena aclarar, que actualmente el Consejo Superior en su sala disciplinaria, ya no es el órgano competente para resolver los conflictos de jurisdicción, sino que es la Corte Constitucional de acuerdo al Acto Legislativo 2 de 2015 que modificó el artículo 241 en su numeral 11, el cual quedará así: “... 11. Modificado por el art. 14, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”¹³².

El interrogante planteado genera serios cuestionamientos, donde se evidencia la falta de conocimiento no solo cultural sino también territorial que por lo general tiene el funcionario que resuelve el conflicto existente entre jurisdicciones. Este tipo de resoluciones debe estar sujeto a dos componentes: el social y el jurídico, y evidentemente la mayoría de los funcionarios que en principio son “occidentales” jamás, han profundizado en la cultura minoritaria ni ha vivido sus luchas y derecho consuetudinario.

Así mismo, se debe distinguir en qué consisten los conflictos positivos jurisdiccionales de acuerdo a lo señalado por DEVIA:

En tal caso se denominan *conflictos positivos* cuando los jueces de las jurisdicciones en conflicto se atribuyen la

131 *Gaceta Constitucional*, n.º 116, cit., art. 246.

132 Acto Legislativo 2 de 1.º de julio de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.560, de 1.º de julio de 2015, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html].

competencia para decidir sobre la situación fáctica presentada, y así mismo se denominan *conflictos negativos*, cuando ambas jurisdicciones repudian su competencia, por considerar que el tema objeto de análisis corresponde únicamente a asuntos propios de la jurisdicción con la cual se encuentra el conflicto, en ambos casos, estas deben soportarse con el debido acervo para que el Consejo Superior de la Judicatura resuelva a quien le corresponde conocer el asunto en particular¹³³.

El anterior punto explica que cuando las autoridades deciden ser competentes para conocer la materia, se conoce como conflicto positivo, pero puede suceder lo contrario, que sería que dichas autoridades manifiesten no ser competentes para conocer el asunto, configurándose un conflicto negativo, es por tal razón que la ley tiene estipulado quien debe ser la autoridad competente para resolver este conflicto y de esta manera asignarle la competencia al funcionario que la misma considere, deba conocer el asunto.

Al ponderar los derechos que van a prevalecer para cada caso en concreto, puede suceder que la autonomía de la jurisdicción especial indígena sea limitada y en este caso, sea el juez ordinario quien deba resolver el asunto.

La Corte Constitucional como alto tribunal, es quien debe garantizar y proteger los derechos fundamentales consagrados en la carta política, de acuerdo a lo planteado por el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo...”¹³⁴.

Es por tal razón que la Corte Constitucional, como ya se explicó en puntos anteriores, es la que vía jurisprudencial, ya ha establecido los criterios para determinar qué jurisdicción debe conocer del asunto, siempre y cuando se conserven y se protejan a las minorías étnicas, además insiste en que las autoridades realicen las acciones pertinentes

133 HOLMAN LEVI DEVIA CABRERA. “De la jurisdicción especial indígena: un estudio de línea jurisprudencial del Consejo Superior de la Judicatura sobre conflictos de competencia. Una mirada a la tendencia” (tesis de pregrado), Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016, disponible en [<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/9828>].

134 *Gaceta Constitucional*, n.º 116 de 1991, cit., art. 241.

e idóneas para conservar la cultura colombiana, a proteger y garantizar los derechos de las minorías étnicas.

Al respecto, DEVIA señala:

En tal caso, bajo el supuesto de que un ciudadano miembro de una comunidad indígena, se encuentre capturado por la posible comisión de un delito indistinto de si es aprehendido en flagrancia o no, y no se haya resuelto su situación jurídica, a través del representante del Cabildo Indígena al cual este pertenezca, se podría reclamar jurisdicción ante las autoridades de la jurisdicción ordinaria que tenga en custodia al “infractor”, para que bajo su responsabilidad se encargue la comunidad en pleno definir si su conducta merece algún tipo de sanción conforme con su cosmovisión y en ejercicio de las normas de su cultura ancestral¹³⁵.

Quien esté siendo judicializado por algún delito y pertenezca a un resguardo indígena tiene las facultades y los derechos para alegar protección a las autoridades de su resguardo, las cuales, deben exigir y solicitar que remitan el asunto a su competencia para aplicar la respectiva sanción en el resguardo de ser necesario.

Ahora bien, la Corte Constitucional señala:

Dado que el fuero es el derecho del sujeto indígena para ser juzgado en el marco de su cultura, es natural que su definición se centre en los factores personal y territorial. La ubicación de la identidad étnica de la víctima en el elemento objetivo permite entender que la condición cultural de esta y el respeto por sus derechos *pueden implicar una restricción legítima al fuero*, pero en cambio no es una restricción a la autonomía indígena, sino un presupuesto de ella (cursiva fuera de texto)¹³⁶.

Es de esta manera como la Corte Constitucional al momento de determinar la competencia, debe verificar todos los derechos y garantías

135 DEVIA CABRERA. “De la jurisdicción especial indígena: un estudio de línea jurisprudencial del Consejo Superior de la Judicatura sobre conflictos de competencia. Una mirada a la tendencia”, cit., p. 19.

136 Sentencia T-617/10, cit.

que se pueden poner en riesgo en caso tal de permitir la aplicabilidad de una u otra jurisdicción, y el grado de lesividad.

También expresa la Corte:

Como se explicó al estudiar los cargos elevados por el actor contra el fallo del Consejo Superior de la Judicatura, para determinar si la restricción de un principio constitucional es legítima en tanto representa un aumento significativo en la eficacia de otros principios constitucionales, debe establecerse el peso relativo de cada principio en el asunto estudiado, lo que se logra indagando (i) la importancia en abstracto de cada principio en el momento histórico específico del orden jurídico; (ii) *la gravedad de la afectación de cada principio*, y (iii) *el grado de certeza de tal afectación, en atención a la información fáctico-probatoria disponible* (cursiva fuera de texto)¹³⁷.

Tratándose de delitos cometidos por miembros de comunidades indígenas, en los que se vean afectados menores indígenas, debe ser un factor determinante al momento de establecer que jurisdicción es la competente, en razón a lo establecido en la Sentencia T-617 de 2010:

El carácter prevalente de los derechos de los menores sobre los derechos de los demás se encuentra consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Además, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, lo que implica que la satisfacción de sus derechos e intereses constituye un objetivo esencial para la sociedad y las autoridades estatales, por lo que la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes debe ser perseguida en toda actuación estatal que involucre a los menores¹³⁸.

137 Ídem.

138 Ídem.

Es de esta manera como el interés superior del menor debe ser tenido en cuenta para determinar el grado de afectación de los derechos fundamentales y qué grado de intervención debe tener la jurisdicción ordinaria al momento de judicializar.

Para finalizar este punto y teniendo presente el caso planteado en la presente investigación, respecto de un posible caso de trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena ejercida por padres indígenas sobre sus hijos, se hace necesario poner de presente el componente del interés superior del menor y bajo este entendido el grado de análisis y de ponderación de derechos que debe hacer la Corte Constitucional para determinar quién es competente.

Para dar entrada al último punto del presente capítulo, es necesario de conformidad a los aspectos planteados de competencia y criterios para definir si es posible o no que la jurisdicción ordinaria pueda conocer de delitos cometidos por miembros de comunidades indígenas, verificar el papel del derecho penal en estos casos y el acompañamiento o manejo que debe darle al presente caso puesto en consideración en la hipótesis, que en principio, serían propios de una jurisdicción especial de consagración y protección constitucional.

VI. ¿CUÁL ES EL PAPEL DEL DERECHO PENAL EN EL MULTICULTURALISMO?: CASO EMBERA CHAMÍ (RISARALDA, COLOMBIA)

Para responder al interrogante planteado es necesario realizar un análisis basado en un componente no solo normativo, sino también sociológico, que permita enlazar los aspectos jurídicos con las problemáticas sociales que se han venido presentando con el pasar de los años en las controversias que surgen entre miembros de la cultura mayoritaria y las minorías étnicas.

En cuanto a las luchas que con el pasar del tiempo han realizado los miembros de comunidades indígenas, GNECCO y ZAMBRANO señalan que: “El reconocimiento territorial de los indígenas proviene de invocaciones jurídicas, de estrategias políticas de sujeción de relaciones económicas de expoliación y explotación, pero no como producto de reconocimiento de la diferencia cultural”¹³⁹.

La anterior afirmación implica pensar, que a pesar de que las luchas constantes de los pueblos indígenas por sus derechos, generaron un reconocimiento y garantía por las diferentes constituciones políticas, tratados y convenios internacionales, buscando que no existiera discriminación alguna en razón a su étnia y garantizando que tengan su propia jurisdicción con sus respectivas autoridades, no se debe a un componente cultural, es decir, dicho reconocimiento es resultado de otro tipo de intereses, que en vez de buscar la preservación de la cultura indígena, vieron en ellas un componente económico “digno” de explotar. La pregunta es: ¿en beneficio de quién?, y la respuesta no va a dirigida a los indígenas. De lo cual, entonces, se desprende otro interrogante: ¿para quién será el beneficio?: para la cultura mayoritaria, denominada por GNECCO y ZAMBRANO: “Yo”¹⁴⁰:

Para poder abordar brevemente quien es el “yo”, y el “otro”, se debe, en primera medida, referir a la época colonial, la cual constituyó una amenaza para la preservación de las comunidades indígenas que por muchos años fueron sometidas a explotación, esclavitud, maltratos, tratos crueles y degradantes, todo les fue arrebatado, hasta sus más profundos anhelos dentro de su forma de vida y tradición cultural.

Por eso, GNECCO y ZAMBRANO expresan que:

Para el mundo occidental, en el que todo es o se puede volver mercancía, objeto de goce al consumirla y en el que la historia es concebida como exterioridad, cambiar un relato por otro no tiene por qué impactar mucho sobre el sentido de la vida cotidiana, pero proponerlo necesariamente así para los grupos indígenas que tienen un sentido de interioridad e identidad con su historia, significa imponerles un nuevo sentido de la vida¹⁴¹.

En este sentido, fueron años en los que las comunidades poco a poco fueron perdiendo sus tradiciones, lenguaje, actividades propias de la comunidad para subsistir, al igual, que perdieron su conexión con la naturaleza, debido a los despojos de sus tierras, y a la explotación de la época por parte de los españoles.

morias disidentes: el pasado como política de la historia, Popayán, Universidad de Cauca, 2000, p. 24.

140 Ídem.

141 *Ibid.*, p. 41.

Bajo este entendido, referirnos al “Yo” como cultura mayoritaria y al “Otro” en referencia a la cultura minoritaria, implica hacer alusión a una evidente discriminación enfocada a separar al ser humano por “categorías”, supeditadas a la raza en concordancia con la cosmovisión del mundo.

Bajo las anteriores y nuevas valoraciones podría decirse que, si en la época colonial e incluso en la republicana el reconocimiento territorial a los indígenas perseguía como uno de los fines económicos preservar a los indígenas como mano de obra para el trabajo de minas y haciendas, en la actualidad el fin primero es conservar sus territorios y el segundo o derivado el de proteger a los indígenas¹⁴².

Al categorizar al individuo, se persigue una doble intención, la cual es aislarlo, pero tenerlo como instrumento que facilite el provecho de determinadas actividades económicas y territoriales, pero por ningún lado dicho aislamiento busca protección y garantía, situación a futuro, *detectable* para quienes estaban siendo excluidos y apartados del mundo con fines de provecho económico.

De las luchas indígenas a partir de 1970 se reinició con la reivindicación territorial y posteriormente durante la década de los 80 y los 90, se fueron agregando derechos políticos, económicos y culturales. Las consignas políticas fueron apropiadas por los indígenas pero concebidas también desde un sentido cultural de territorialidad¹⁴³.

Así pues, surgen los siguientes interrogantes: ¿las garantías y protección de las minorías étnicas como comunidades indígenas reconocidas, en pro de su cultura, fueron tardías? ¿Hasta que punto la cultura occidental influyó en ellas, y modificó en parte su cosmovisión y tradiciones?

142 GNECCO y ZAMBRANO. *Memorias hegemónicas, memorias disidentes: el pasado como política de la historia*, cit., p. 47.

143 *Ibid.*, p. 32.

Al respecto, GNECCO y ZAMBRANO explican que:

Las medidas de normalización o segregación que se tomaron sobre la población nativa desde épocas coloniales tuvieron repercusiones en su caracterización ontológica y en la manera como las comunidades indígenas se auto representan¹⁴⁴.

De acuerdo a lo planteado por los autores, y existir repercusiones en el proceso llamado por ellos “occidentalización del indígena”, implicó que a pesar de reconocer una diversidad cultural, los Estados en beneficio de una actividad económica y expansionista, tuvieron contacto con los indígenas, afectando considerablemente su cultura, en principio, intacta de “occidente”. Lo que permite seguir respondiendo a lo planteado anteriormente respecto de la afectación a la cultura indígena y la búsqueda de preservación de su cultura.

A través de la actual Constitución Política de Colombia, y con lo dicho ya planteado, se reconoce la autonomía que permite el desarrollo de la jurisdicción especial indígena, donde mediante principios se logre la regulación de las comunidades, pero así mismo, su conservación y garantías de derechos reconocidos por la misma Constitución y los tratados internacionales.

Reconocer la autonomía de los pueblos indígenas, implica trabajar en coordinación con el Estado y los particulares, pero conservando su cultura y tradiciones. “La autonomía permite conformar y administrar nuestras propias instancias de poder”¹⁴⁵.

Establecer la existencia de una autonomía jurisdiccional, implica rescatar valores que aún pueden seguir siendo cuestionados, en razón a que seguimos segregando, pero de forma diplomática, es decir, si en épocas anteriores los indígenas eran regulados por legislaciones especiales que los categorizaban como “miserables”, “niños” hasta “salvajes”¹⁴⁶, ¿qué diferencia existe, cuando actualmente la legislación los categoriza como inimputables?

144 Ibid., p. 25.

145 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA. *Plan de vida del pueblo chamí y katío de Risaralda*, cit., p. 26.

146 GNECCO y ZAMBRANO. *Memorias hegemónicas, memorias disidentes: el pasado como política de la historia*, cit.

Si existe un reconocimiento desde la autonomía de los pueblos indígenas como diferentes, y como señalamos en un párrafo anterior, ¿qué sucede cuando un Estado decide afrontar las distintas culturas que en él subsisten?, el permitir la subsistencia de diferentes culturas, implica, admitir que existe un multiculturalismo, el cual, GNECCO y ZAMBRANO señalan:

El multiculturalismo arguye una igualdad natural entre sujetos distintos basada en criterios de equivalencia racional y cree que el orden social actual puede ser modificado o reformado para que la igualdad de los diferentes se realice, para que alteridad y mismidad se encuentren en un escenario horizontal, el multiculturalismo que domina la nueva moral del Estado se basa en un esencialismo pragmático que contribuye a la creación de una realidad histórica y atemporal en la cual encuentra cobijo buena parte de las auto representaciones indígenas contemporáneas¹⁴⁷.

El término multiculturalismo, como reconocimiento de otras culturas, implican diferencia, entendida de acuerdo a GNECCO como: “la alteridad supone diferencia, pero menos como lugar de distinción en sí misma que como locus specular invertido”¹⁴⁸.

Es decir que como se venía explicando, sí existe una regla general, un “yo”, una mismidad, representada en una cultura mayoritaria, por otro lado, se debe admitir la existencia de “otro”, y opuesto a la mismidad: “alteridad”, de acuerdo a la definición anterior, genera que se amplíe el debate y se reflexione a fondo sobre el multiculturalismo y las implicaciones, para este caso en específico, desde la legislación penal, que se resume en los conflictos que surgen entre el “yo”.

Y el “otro”, este último protegido por una jurisdicción especial, cuyos límites y alcances a pesar de estar establecidos, pueden llegar a ser tan abstractos e indeterminados cuando de plantearse se trata.

De acuerdo a la Corte Constitucional:

El respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta

147 Ibid., p. 68.

148 GNECCO y ZAMBRANO. *Memorias hegemónicas, memorias disidentes: el pasado como política de la historia*, cit.

contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. *La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogido en el plano del derecho internacional*, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos (cursiva fuera de texto)¹⁴⁹.

Lo señalado anteriormente por la Corte Constitucional, implica entender que si bien existen los derechos de los pueblos indígenas, también admite que puede existir contradicción de estos derechos con los derechos universales consagrados en tratados y convenios internacionales, señalando, por esta razón, la implementación de nuevos límites en relación con los derechos que tienen las comunidades indígenas, estos entonces no pueden transgredir el respectivo núcleo esencial de los derechos fundamentales, los cuales están consagrados y por tanto no deben ser vulnerados, un ejemplo de ellos son: el derecho a la vida y a la dignidad humana, derechos que encabezan la larga lista.

Incluso, señalarles límites a los derechos de los pueblos indígenas no ha sido tarea fácil y ha tenido dificultades, debido a la falta de claridad existente en los lineamientos planteados para definir el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional cuando se inicia un proceso penal, por ejemplo, en contra de un miembro de una comunidad indígena. Teniendo presente el reconocimiento constitucional del cual gozan las comunidades indígenas y que en la actualidad su protección puede llegar a ser no solo cuestionada, sino también contradictoria.

Con el ejemplo en el debate y siendo resultado de investigaciones y análisis, respecto de la situación que se presenta en el ejercicio de la mendicidad ajena por parte de miembros de comunidades indígenas sobre sus hijos y el cuestionamiento sobre su conciencia de ilicitud, es importante cerrar la presente discusión con un pequeño análisis desde el componente de la inimputabilidad y de la protección de los derechos de los pueblos indígenas:

– *Desde la imputabilidad*

Cada vez que le han preguntado a los paeces procesados por homicidio si dada la experiencia vivida creen que no volverían a incurrir en la misma conducta siempre han afirmado que no saben, *a pesar de la conciencia cultural que tienen de lo reprochable del acto cometido*¹⁵⁰ (cursiva fuera de texto).

La trasgresión de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que desde épocas anteriores han sido segregados y vulnerados y dicha segmentación se encuentra plasmada hoy en día en nuestro Código Penal colombiano, el cual categoriza a los indígenas como inimputables.

En concordancia:

Las conductas desplegadas por quienes pertenecen a las culturas minoritarias y que colisionan con las normas de la cultura mayoritaria deben entenderse justificadas. Tal planteamiento se ha sostenido, principalmente, para resolver los problemas de diversidad cultural que se presentan en Latinoamérica. Al respecto, se afirma que las normas eurocéntricas se impusieron al margen de toda consideración de la población autóctona, situación que hoy se pretende reparar al reconocerse constitucionalmente el carácter multiétnico que diversas naciones latinoamericanas tienen. Pues bien, se señala que frente al reconocimiento que se hace a la identidad cultural, cuando se está frente a la colisión de deberes jurídicos y ante la disyuntiva de cumplir aquel que es impuesto por la cultura hegemónica, debe entenderse justificado quien opta por el deber de su propia cultura¹⁵¹.

Dicha concepción no es fácilmente aceptada por la sociedad en general, pues bajo la justificación de tener autonomía indígena, no pueden

150 GNECCO y ZAMBRANO. *Memorias hegemónicas, memorias disidentes: el pasado como política de la historia*, cit., p. 26.

151 CARNEVALI RODRÍGUEZ. “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, cit., p. 26.

consentirse la comisión de conductas graves y reprochables, por lo que deben configurarse unos parámetros mínimos que propendan a la protección de los derechos humanos.

- *¿Qué significan las sanciones para los indígenas?*

Del cuestionamiento señalado, significa entonces que la dificultad de cuestionar las sanciones aplicables en la comunidad indígena, para ellos, el fin de las sanciones o castigos son completamente distintos al de nuestro ordenamiento jurídico.

Se debe aceptar que, con el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas como grupo minoritario, permitiendo su autorregulación, estamos frente a la existencia de dos normativas penales con total legitimidad jurídica.

La cosmovisión y el arraigo cultural influyen de manera determinante en el concepto de imputabilidad de los indígenas. Para el efecto, recordemos el concepto de imputabilidad:

La imputabilidad, de conformidad con OVIEDO, citando a WEZEL, señala que:

La imputabilidad como concepto normativo y señala que se debe entender ese concepto como capacidad de culpabilidad, es decir, como la capacidad del autor de entender lo injusto del hecho y de determinar su voluntad conforme a esa comprensión. Para el finalismo, el libre albedrío, es la capacidad para poder determinarse de acuerdo a sentido, pero ciega e indiferente, no es la libertad para poder actuar de otra manera, la libertad por tanto no es la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre el sentido y el contrasentido¹⁵².

Así mismo, agrego la concepción de CARNEVALI al establecer que:

El problema debe abordarse, a mi modo de ver, desde la perspectiva del error de prohibición, pero, particularmen-

152 HANS WEZEL, cit. en MARÍA LEONOR OVIEDO PINTO. "Evolución del concepto de la inimputabilidad en Colombia", *Revista Via Iuris*, n.º 6, 2009, disponible en [<https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/59>], p. 60.

te, entendiendo que se está frente a casos en que el error se fundamenta, no ya en el desconocimiento de la norma, sino que en su falta de comprensión. Es lo que denominan ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR error de comprensión. Se apunta a aquellos supuestos en que pudiendo conocer la prohibición de la norma, el sujeto no la puede comprender al haber internalizado un conjunto de valores diferentes, los que, incluso pueden ser incompatibles con los compartidos por la cultura dominante. Es indudable que lo expuesto no pretende abarcar aquellos casos en que se incumple la norma por un deber de conciencia, es decir, sujetos que si bien conocen la norma prohibitiva no están dispuestas a acatarla por estimar que se lesiona su conciencia. Lo que se pretende es englobar aquellos casos en que el esfuerzo de internalización de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento cultural y que permite afirmar que no es posible reprocharle su incompreensión -error culturalmente condicionado-¹⁵³.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2002 realiza un análisis del Código Penal en su artículo 33: en el cual se habla sobre la inimputabilidad, afirmando que inimputable es la persona que en el momento de tener una conducta típica y antijurídica no tiene la capacidad de poder comprender su ilicitud, o por otro lado, de determinarse en relación con la comprensión, madurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o los estados similares¹⁵⁴.

El artículo 33 citado fue declarado exequible por la Corte, pero bajo determinado entendido, porque en principio el término inimputable obedece a una enajenación mental de la persona.

Para esto, la Corte establece el siguiente aspecto:

Diversidad sociocultural, pluralismo e imposibilidad de comprender la ilicitud de un comportamiento: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?

153 CARNEVALI RODRÍGUEZ. “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, cit., p. 27.

154 Sentencia C-370 de 14 de mayo de 2002, M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm>].

La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿qué podría sucederle, en nuestro ordenamiento constitucional y legal a ese individuo, si al momento de realizar *ese hecho, no tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural? Ahora bien, esa persona no podría ser considerada inimputable, conforme a la regulación prevista en las normas acusadas, puesto que, en caso de ser encontrada responsable, no podría aplicársele la medida de seguridad prevista por la ley.* La razón es muy simple: ese individuo no podría ser reintegrado a su medio cultural con la previa coordinación con la autoridad de su cultura, puesto que, como se dijo, *su cultura no tiene una autoridad reconocida ni un medio cultural definido* (cursiva fuera de texto)¹⁵⁵.

Es de esta manera como teniendo claridad en puntos anteriores, los criterios para determinar que jurisdicción tiene conocimiento al momento de judicializar indígenas establecidos por la Corte Constitucional y así mismo el reconocimiento de las implicaciones de la diversidad cultural y el papel que tiene el derecho penal respecto del tema, es necesario analizar cada caso en concreto y determinar el nivel de arraigo cultural del indígena, al igual que su capacidad de comprensión en la sociedad.

Así mismo, se debe analizar a qué cultura está afectando el miembro indígena cuando vulnera un bien jurídico y el grado de lesividad del mismo.

En este sentido, señala DEVIA:

En tal caso, bajo el supuesto de que un ciudadano miembro de una comunidad indígena, se encuentre capturado por la posible comisión de un delito indistinto de si es aprehendido en flagrancia o no, y no se haya resuelto su situación jurídica, a través del representante del Cabildo Indígena al cual este pertenezca, se podría reclamar jurisdicción ante las autoridades de la jurisdicción ordinaria que tenga en custodia al “infractor”, para que bajo su responsabilidad se

encargue la comunidad en pleno definir si su conducta merece algún tipo de sanción conforme con su cosmovisión y en ejercicio de las normas de su cultura ancestral¹⁵⁶.

En este sentido, al constituir un Estado social de derecho, basado en la dignidad humana, el derecho penal ha evolucionado brindando un componente fundamental al momento de determinar si se configura o no una conducta punible, es decir, analizando el sujeto y las razones por las cuales ejerció determinado comportamiento, ante la ley, delictivo.

Subsiste el cuestionamiento respecto a caracterizar de inimputable a un indígena, cuando la naturaleza de dicho término obedece a una afectación mental. En tanto, tener una cosmovisión diferente del mundo, por razones culturales, no puede ser sinónimos de padecimientos mentales.

Al existir reconocimiento de culturas diferentes, que representan las diversas etnias colombianas, las mismas deben recibir especial protección, pero no bajo el entendido de ajustarlos a una inimputabilidad que tiene otra naturaleza y que por lo tanto aplica un tratamiento diferenciado, donde uno de sus fines es la rehabilitación y la tutela, en el entendido de una rehabilitación mental.

156 DEVIA CABRERA. “De la jurisdicción especial indígena: un estudio de línea jurisprudencial del Consejo Superior de la Judicatura sobre conflictos de competencia. Una mirada a la tendencia” cit., p. 19.

CAPÍTULO CUARTO

Caracterización de la comunidad Embera Chamí y judicialización

I. GENERALIDADES Y PROBLEMÁTICAS DE LA COMUNIDAD EMBERA CHAMÍ

A. Comunidades Embera Chamí y Embera Katío

1. Generalidades

Las comunidades Embera se encuentran conformadas por diferentes culturas entre las que se destacan para el presente estudio las Embera Chamí y Embera Katío por su ubicación geográfica, la cual contempla el departamento de Risaralda.

Los actuales pueblos Embera en tiempos prehispánicos compartieron un espacio común y características culturales semejantes tales como la lengua, la cosmovisión, el jaibanismo, la movilidad territorial, el gobierno descentra-

lizado, la vida selvática, y sus formas de organización y de representación¹⁵⁷.

Pese a existir diferentes comunidades Embera, los mismos tienen diversas manifestaciones culturales en común que los han consolidado como una cultura uniforme.

Su gran territorio, el cual era amplio y unido por sus lazos sociales consolidados en diferentes esferas, fue dividido inicialmente producto de la colonización española y luego, como resultado de su necesaria relación con culturas diferentes. En ese sentido la ONIC manifiesta:

En la actualidad, finales del siglo xx, los Embera con territorio fraccionado debido a los procesos de conquista, colonización y contacto con otras culturas (indígena, negra, blanca) y teniendo para cada región sus particularidades, mantienen una cohesión a nivel cultural con elementos de identidad muy fuertes como su idioma, tradición oral, jaibanismo, organización social y una nueva organización política a través de las organizaciones regionales¹⁵⁸.

Pese a sus grandes similitudes, las comunidades Embera encuentran diferencias frente a la forma de relacionarse con el entorno y sus fuentes de abastecimiento, según la zona geográfica donde se encuentren ubicados. En relación al departamento de Risaralda, los resguardos que se encuentran allí localizados pertenecen a las comunidades Embera Chamí y Embera Katío.

Frente a la comunidad Embera Chamí, se puede decir en términos generales que:

Fue en sus orígenes un grupo nómada dedicado a la caza, la pesca y la recolección. Antes de que sus territorios fueran colonizados por los españoles, tenían una íntima relación con la tierra, ya que la misma constituía la base de su existencia, reivindicando el usufructo de los recursos naturales para la supervivencia, con su servicio a la tierra,

157 ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. "Embera Eyabida - Embera Katío", s. f., disponible en [<https://www.onic.org.co/pueblos/1096-embera-katio>].

158 Ídem.

lo cual los hacía sentir parte de una comunidad. Esta comunidad conserva su lengua nativa, la cual pertenece a la familia lingüística chocó y habitan en su mayoría cerca al alto río San Juan en los municipios de Pueblo Rico y Misstrató del departamento de Risaralda¹⁵⁹.

2. Cosmovisión

Gracias a la unión de esfuerzos mancomunados entre la Corporación Regional Autónoma de Risaralda –CARDER– y el Consejo Regional Indígena de Risaralda, se publicó en 2012 el texto titulado *Plan de vida del pueblo Embera de Risaralda* donde se plasma a gran profundidad el plan de desarrollo de esta comunidad en relación con su cosmovisión, narrando de manera detallada sus generalidades y organización.

En dicho texto, el cual es redactado por representantes de las comunidades Embera Chamí y Embera Katío se establece:

Los 27.000 indígenas que habitamos en el departamento de Risaralda pertenecemos al pueblo Embera Chamí y Embera Katío, hablamos la lengua materna y milenaria, tenemos muy clara la cosmogonía y cosmovisión como pueblo originario de América, nos regimos por la Ley de Origen, el derecho propio o derecho mayor fundamentado en las costumbres ancestrales y por las autoridades que elegimos democráticamente. Nos encontramos asentados en los municipios de Misstrató, Pueblo Rico, Belén de Umbría, Quinchía, Guática, Marsella y Pereira¹⁶⁰.

El entendimiento de la cosmovisión de estas comunidades es realmente conciso y claro, pues para los pueblos Embera Chamí y Embera Katío:

Pensar en los planes de vida es pensar en la vida misma, es repensar permanentemente la búsqueda de la armonía entre la sociedad humana y la naturaleza y los diversos seres

159 MINISTERIO DE CULTURA DE COLOMBIA. “Embera Katío”, cit.

160 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA. *Plan de vida del pueblo chamí y katío de Risaralda*, cit., p. 18.

que la habitan. Pensar en el equilibrio natural y social, nos ha llevado a concebir el mundo como un todo armónico donde los seres humanos se relacionan con la naturaleza bajo criterios de sabiduría y respeto¹⁶¹.

De igual manera, al interiorizar en sus ideales como miembros que representan la diversidad étnica y cultural del Estado colombiano, su plan de vida se caracteriza principalmente en diversos componentes que los direccionan como comunidad y así mismo permite definir en que se basa su proyecto de vida:

- *Unidad*: Se debe entender en relación con la diversidad étnica y pluricultural, que se evidencian en todas las relaciones sociales y políticas y en el ejercicio de la territorialidad, porque ningún pueblo o grupo social puede vivir aislado en un territorio, siempre existen otros congéneres con idénticas reivindicaciones, aspiraciones, necesidades, que requieren de unidad para tener fuerza y defender derechos con un interés colectivo y un pensamiento que cohesione en la diversidad. Los pueblos indígenas buscan crear unidad de pensamiento, ideologías y de acciones, teniendo como hilo conductor la cosmogonía, la cosmovisión y la lucha colectiva por la tierra y el derecho mayor...

- *Territorio*: Es concebido no como una porción de tierra, sino como un todo, ya que la dimensión del pensamiento indígena desde la cosmovisión, el territorio es el elemento donde todo se une entre sí, son parte del territorio el suelo, el agua, las plantas, el aire, los animales los recursos minerales, las personas y en general las buenas relaciones que tienen los unos con los otros...

- *Cultura*: Es todo lo que hacemos como hábito y como costumbre, porque somos individuos que unidos formamos una conciencia, que al repetir hábitos casi en forma inconsciente y colectiva...

- *Autonomía*: Capacidad de ejercer su propio gobierno conforme a los mandatos de las asambleas en pleno, juntas directivas de autoridades, congresos entre otros espacios legítimos y decisorios de los pueblos indígenas¹⁶².

Para las comunidades indígenas la unidad representa uno de sus principales componentes, puesto que para ellos la unidad se materializa en fuerza en la defensa de sus intereses como minoría. Es por ello que se presentan grandes similitudes en sus manifestaciones culturales, permitiendo consolidar y solidificar su unión como comunidad.

Frente al territorio, lo cual constituye un componente importante para el desarrollo de la presente investigación, las comunidades Embera Chamí y Embera Katío no como una porción material, sino como un todo, como la unión de diversos elementos entre los que se encuentran el aire, el suelo, el agua y las personas, por lo que los límites a sus manifestaciones culturales deben ser analizados desde una perspectiva más profunda a la de un resguardo indígena.

Con fundamento en lo anterior son diferentes los aspectos que componen la comunidad Embera, desde preceptos filosóficos, culturales, territoriales hasta jurídicos y económicos, los cuales se deben considerar una unidad que permite la conformación de la comunidad misma y su conservación con el pasar del tiempo.

3. Territorio y fuentes de abastecimiento

En el departamento de Risaralda existen seis resguardos indígenas constituidos y legalmente reconocidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- e Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER-, habiendo otros, que no a pesar de su existencia tangible no han sido reconocidos por la falta de voluntad del Estado colombiano¹⁶³.

Frente a su estructura organizativa, hay que mencionar que las comunidades Embera Chamí tienen muy bien definidas sus autoridades y formas de gobierno. “Cada comunidad indígena a nivel interno po-

162 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA. *Plan de vida del pueblo chamí y katío de Risaralda*, cit.

163 *Ibíd.*, p. 47.

see una estructura de gobierno conformada por unos cabildos menores y un cabildo mayor por cada resguardo constituido¹⁶⁴.

Teniendo en cuenta su cosmovisión, las comunidades Embera del departamento de Risaralda, buscan su subsistencia a través de prácticas que se encuentren ligadas a un tratamiento respetuoso de la naturaleza, en donde puedan extraer los insumos necesarios para su propio consumo o comercialización.

Entre los productos agrícolas que siembran en el territorio Embera Chamí y Katío de Risaralda predominan los cultivos de pan coger para el consumo interno como el plátano, yuca, frijol, maíz y frutales que se combinan con productos de café y cacao para la comercialización¹⁶⁵.

Entre otras de las actividades manifestadas por los miembros de las comunidades Embera para su subsistencia, se encuentran la caña, la caza y pesca, la ganadería, la explotación de madera, la minería y el trueque.

B. Principales problemáticas de la comunidad Embera Chamí

1. Aspectos generales

En general, todos los miembros de las comunidades Embera que habitan en nuestro país, esto es, los Embera Chamí, Embera Dodiba, Embera Katío y Eperara Siapidara, fueron diagnosticados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-025 de 2004¹⁶⁶, como pueblos en riesgo de extinción física y cultural, en el Auto 004/09.

Según lo informado por el Observatorio de Derechos Humanos de la Vicepresidencia de la República, es la violencia armada es la principal problemática que ataca a los territorios de las comunidades Embera.

164 Ibid., p. 51.

165 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA. *Plan de vida del pueblo chamí y katío de Risaralda*, cit., p. 55.

166 Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>].

El Ministerio de Cultura señala que:

La presencia de grupos armados al margen de la ley en los departamentos de Caldas y Risaralda –y en los departamentos cercanos Antioquia, Chocó, Valle del Cauca y Tolima–; a través de los frentes 47, 9 y el frente Aurelio Rodríguez desde principios de los años ochenta. Dichas estructuras se conformaron en el oriente antioqueño y generaron desplazamientos forzados, por causas como homicidios, masacres, amenazas y confrontaciones armadas¹⁶⁷.

Otros problemas se relacionan con el contacto permanente de los Embera Chamí con la cultura occidental, que ha generado una pérdida considerable del conocimiento, usos y costumbres propios. Al respecto el Ministerio de Cultura afirma que:

Se debe tener en cuenta que las comunidades han estado sometidas permanentemente al éxodo y a la opresión de su pensamiento, menoscabando el conocimiento autóctono que le ha brindado la madre naturaleza [...] El vivir cotidiano de las culturas indígenas con la influencia de la cultura occidental, ha modificado comportamientos y actitudes, debido a la necesidad de satisfacer las necesidades básicas y apremiantes del colectivo indígena. El manejo de espacio, uso de herramientas, tipo de vivienda, vestido, religión, lengua, formas de trabajo, utilización de muebles y electrodomésticos, [entre otros]; son indicadores del rompimiento cultural en el vivir y pensar de las comunidades¹⁶⁸.

La unión de estos factores más dinámicas culturales adquiridas y transformadas internamente por las comunidades Chamí, han desembocado también en la configuración del gravísimo problema de la migración por grupos o individual a las cabeceras municipales y a las grandes ciudades del país como Bogotá, Medellín y Cali, que termina en el ejercicio de la mendicidad y de labores distintas a las de la cultura Embera.

167 MINISTERIO DE CULTURA DE COLOMBIA. “Embera Katío”, cit.

168 Ídem.

Dicha problemática, debe ser analizada por las autoridades municipales de los lugares donde se desplazan dichas comunidades, para lograr identificar no solo las causas específicas en cada caso concreto, sino el plan de acción que permita mitigar dichos comportamientos.

Según TAPASCO¹⁶⁹, la situación de desplazamiento forzado y la emigración por razones económicas y sociales a las que se ha visto sometido en los últimos años el pueblo Embera Chamí de Risaralda y Caldas se encuentra relacionado con aspectos tales como:

- Conflicto armado dentro de territorio de la comunidad
- Muerte de niños indígenas por desnutrición
- Problema social de la comunidad Embera
- Extrema pobreza
- Acciones a emprender por las instituciones
- Indígenas al borde de la desaparición

De lo anterior, se puede deducir que los principales factores que generan la movilización de miembros de la comunidad Embera Chamí a las calles de Pereira son el desplazamiento forzado, ya sea por causa del conflicto armado o de las pocas fuentes de abastecimiento, y la pobreza, que se degenera en desnutrición, muertes y problemas interpersonales.

2. Pobreza y desplazamiento

Una de las principales problemáticas que se han evidenciado en las diferentes culturas indígenas de nuestro país, son los altos índices de pobreza que conllevan al desplazamiento de los mismos en búsqueda de una mejor calidad de vida.

169 TAPASCO. “El desplazamiento del Embera Chamí, y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira...”, cit.

Es de conocimiento general que la situación de los indígenas a lo largo y ancho del continente americano es precaria. Después de haber pasado cinco siglos de la conquista y de haber vivido los peores atentados contra las culturas ancestrales, el proceso de saqueo, colonización y pérdida de tierras continúa vigente. Sin embargo, la situación por la que atraviesan los pueblos indígenas de Colombia es particularmente difícil, porque a pesar de estar ubicados en zonas donde hay abundantes riquezas naturales, privilegiadas por la diversidad biológica y geoestratégica, también son zonas con una alta presencia de movimientos alzados en armas y por ende de alta conflictividad social¹⁷⁰.

Según el informe emitido por la Defensoría del Pueblo tras el estudio realizado a las comunidades indígenas del norte del Cauca, la situación social que padecen las comunidades de nuestro país es precaria y poco alentadora, puesto que la gran influencia sobre sus territorios de grupos alzados en armas, los convierten en focos vulnerables.

Al respecto y frente a las comunidades Embera que habitan en Risaralda, de acuerdo a lo manifestado por TAPASCO:

Como preocupante y urgente se considera la situación de los niños indígenas de Pueblo Rico, quienes se están muriendo de hambre. Así lo aseguraron voceros de la administración municipal al señalar que son los menores los que presentan los índices más altos de mortalidad. Un verdadero contraste se vive en Pueblo Rico por una parte es considerado uno de los municipios agrícolas del departamento, pero por otro su población indígena se muere de desnutrición la falta de tierras para cultivar y el desplazamiento forzado son motivos que impiden que puedan alimentar a sus familias para agravar la situación no confían en la medicina sino en costumbres ancestrales como bebidas e inhalaciones de plantas cuando los menores son llevados al hospital San Rafael llegan en graves condiciones menguando la labor médica¹⁷¹.

170 Ibid., p. 5.

171 TAPASCO. "El desplazamiento del Embera Chamí, y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira..., cit.

La pobreza y la falta de recursos de subsistencia de muchos habitantes de las comunidades Embera Chamí, los han obligado a trasladarse a la ciudad de Pereira, en búsqueda de oportunidades que permitan la consecución de los recursos para sus familias.

Un estudio de investigación conocido del 2005 por el hospital de Pueblo Rico demuestra la grave problemática que tiene el pueblo Embera del Risaralda, situación de extrema pobreza y desnutrición; además del orden público que tienen que padecer estas comunidades en sus territorios. Estos hechos ameritan respuestas inmediatas por parte de las instituciones del Estado y del gobierno nacional y no de tantas reuniones como lo expresó el líder indígena de la comunidad quien dice estar cansados de esperar mientras el problema se crece cada día más¹⁷².

Frente al desplazamiento forzado, es importante mencionar que la principal causa que materializa dicho acontecimiento es el conflicto armado, siendo generados de masacres, desapariciones forzadas y confrontaciones que atacan de manera directa la dignidad de estas comunidades. Al respecto, en informe rendido por el Observatorio por la Autonomía y los Derechos de los Pueblos Indígenas en Colombia –Observatorio ADPI– se concluyó que es preciso mencionar que la presencia de actores armados legales e ilegales en territorio indígena, relacionada con actividades de narcotráfico, es el principal factor de riesgo para la supervivencia de los pueblos.

Lo más preocupante, es que la comunidad Embera Chamí es entre la población indígena, la más afectada con este flagelo, puesto según lo manifestado en este mismo informe los casos más relevantes de desplazamiento forzado y violaciones de derechos humanos por el conflicto armado, o al menos los más documentados por parte de las organizaciones indígenas y la Corte Constitucional, se corresponden a la población Chamí de los departamentos de Caldas y Risaralda.

Así mismo, TAPASCO refiere que “el desplazamiento por situación de violencia se da en todos los territorios indígenas, tanto de Caldas como de Risaralda, sin embargo podemos encontrar más notoria esta situación en las familias procedentes de Pueblo Rico y Mistrato”¹⁷³.

Las comunidades Embera Chamí han sido víctimas del desplazamiento constante, inicialmente como se mencionó, por el afán de la conquista española que arremetió de manera directa contra su cultura

172 TAPASCO. “El desplazamiento del Embera Chamí, y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira...”, cit.

173 Ídem.

y territorio, y posteriormente por la presencia de grupos armados ilegales que han doblegado su dignidad, al volverlos víctimas de graves humillaciones y malos tratos, que los han obligado a emigrar.

II. PROBLEMÁTICA DE LA MENDICIDAD EN MENORES INTEGRANTES DE COMUNIDADES INDÍGENAS

Antes de realizar un análisis jurídico de la concreción de la mendicidad ajena en menores indígenas integrantes de la comunidad Embera Chamí, es preciso evidenciar la situación social de la mendicidad en comunidades indígenas.

Cada día parece ser más frecuente ver familias indígenas en las calles de diferentes zonas de nuestro país, ejerciendo la mendicidad, al parecer como su fuente de abastecimiento.

Lo realmente perturbante, es que cada vez son más las familias indígenas que se desplazan a las principales ciudades del país, a ejercer la mendicidad en las calles de alto flujo peatonal, dejándose relucir diferentes causas que parecen ser las motivantes de esta situación, entre las que sobre salen la pobreza y el conflicto armado que conlleva al desplazamiento, tal y como se ha venido mencionando en este escrito.

Para AÍDA SUÁREZ SANTOS, presidenta de la Organización Indígena de Antioquia, llegan a la ciudad en busca de un futuro mejor, “debido a que son asechados por el conflicto, señalados, hostigados, asesinados en su territorio, (donde) no hay presencia de la fuerza pública y del Estado”. En un boletín de prensa, la Organización agrega: “no es por gusto o por dinero que muchas familias indígenas salen de su tierra rumbo a las grandes ciudades”.

Sin embargo, la Alcaldía de Medellín se ha encontrado con que, en muchos casos, los indígenas no llegan a la ciudad empujados por factores de vulnerabilidad sino por “el tema de mendicidad”. Así lo ha evidenciado LUZ AÍDA RENDÓN BERRÍO, subsecretaria de Inclusión Social y Familia, en los programas que la Alcaldía y la Unidad de Víctimas emprenden para el regreso de los indígenas a sus territorios de origen.

No obstante, al igual que en Medellín, las autoridades distritales aseveran que la conducta de mendicidad de los indígenas tiene un trasfondo diferente, tal y como lo manifestó LUIS FERNANDO ARIAS, consejero mayor de la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, al mencionar que el conflicto armado y la búsqueda de mejores oportunidades son algunos de los motivos de llegada de tantos

indígenas en la última década a Bogotá, pero que las cosas en la capital no son nada fáciles. Además, ARIAS también reconoció que durante varios años han existido líderes locales en Bogotá que detrás de la forma de organización, se han beneficiado de la mendicidad indígena. Incluso señaló la existencia de camiones que durante varios años dejaban a los indígenas en puntos de la ciudad donde debían pedir limosnas y en la noche los recogían.

Gran parte de las comunidades aquí giran alrededor del tema del rebusque [...] Infortunadamente hay un sector que ha tenido que apelar al tema de la mendicidad para sobrevivir. Este tema del camión, del que tanto se ha hablado, ha sido un renglón oscuro en el que sectores utilizaban a la comunidad para la mendicidad. Los dejaban en un punto, luego los recogían nuevamente y diariamente tenían que pagar algún tipo de cuota para quedarse en un albergue¹⁷⁴.

De lo anterior, se puede vislumbrar que la mendicidad de las poblaciones indígenas se ha convertido en una situación que ha ido adquiriendo gran auge y frente a la cual existen múltiples posibilidades de acción, a las que hay que prestarles atención especial para lograr erradicar dicha conducta, teniendo en cuenta que se encuentran menores involucrados.

Así mismo, pese a los diferentes factores endilgados en los diferentes informes de las entidades vinculadas a las comunidades indígenas, que dirigen su mirada a la pobreza y al conflicto armado interno como las causas principales del desplazamiento de las comunidades indígenas a las ciudades del país, es importante prestar atención a los llamados de atención realizados por las administraciones de los municipios donde se ha focalizado dicha problemática, con el fin de realizar una radiografía total que permita conocer la verdadera situación y tomar medidas efectivas al respecto.

174 JUAN MANUEL RUIZ y FERNANDO POSADA. “En Bogotá hay mafias detrás de la mendicidad de los indígenas”, *RCN Radio*, 19 de octubre de 2015, disponible en [<https://www.rcnradio.com/podcast/en-bogota-hay-mafias-de-tras-de-la-mendicidad-de-los-indigenas>].

III. PROTECCIÓN Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES QUE ACOMPAÑAN A SUS FAMILIAS A EJERCER LA MENDICIDAD

A. Derechos de los niños, niñas y adolescentes

El legislador prevé una normativa para la protección de los derechos del niño, con la finalidad de evitar su vulneración y el rol que desempeña la sociedad, principalmente la familia, como núcleo esencial.

La Constitución Política de Colombia:

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 separados 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 demás¹⁷⁵.

Los tratos inhumanos, el abuso y violencia sexual, la falta de educación, crean en los menores de edad, graves consecuencias que a largo plazo producen descomposición social y que la vulneración de los derechos de los niños se vuelva en una circunstancia frecuente del Estado colombiano.

1. Convención de los Derechos del Niño (1989)

También es importante mencionar la Convención de los Derechos del Niño de 1989. La cual fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y está compuesta de tres partes, con un total de 54 artículos, además del preámbulo, en el que se señala el compromiso que adquieren los Estados parte en la lucha que deben emprender en contra del abuso, trato inhumano y violencia sexual contra los adolescentes y menores.

De esta manera, los Estados parte se comprometen a garantizar los derechos de los niños contra cualquier forma de explotación, trato degradante, abuso sexual, pornografía, etc.

Tal como se expresa en la Convención de los Derechos del Niño:

Los Estados miembros están comprometidos con la protección al niño, frente a las diferentes formas de explotación y de abusos sexuales, por ende los Estados miembros tomarán las medidas necesarias en relación con los ámbitos nacional, bilateral y multilateral que son necesarios para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos¹⁷⁶.

A su vez, señala que se deben proteger a los niños contra cualquier forma de explotación que vulnere sus derechos y pongan en peligro su bienestar¹⁷⁷.

176 ONU: ASAMBLEA GENERAL. *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc_SP.pdf], art. 34.

177 *Ibíd.*, art. 36.

Y por tal razón, establece que los niños no podrán someterse a torturas, penas crueles, tratos degradantes, pena de muerte, cadena perpetua. Debe brindársele un trato digno y humano¹⁷⁸.

Por lo anterior, la Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 39:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño¹⁷⁹.

Al ser Colombia un Estado parte en el marco de la Convención de los Derechos del Niño, debe buscar la forma de protegerlos, dándoles prioridad y brindándoles un cuidado especial, de tal manera que se deben crear entidades encargadas única y exclusivamente del cuidado y bienestar de los menores.

Es por tal razón, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, se define como: “La entidad del Gobierno de Colombia que trabaja por el bienestar de los niños, las niñas, los adolescentes y sus familias. El cual busca que la niñez sea feliz. Que los colombianos alcancen desarrollo integral, protección, garantías y el restablecimiento de sus derechos”.

178 Ibid., art. 37.

179 Ibid., art. 39.

2. ¿Cuáles son los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

TABLA 6. Derechos

Derecho a la vida con calidad y un ambiente sano	Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella	Derecho a la identidad	Derecho a la educación
Derecho al desarrollo integral en la primera infancia: los niños de 0 a 6 años deben ser atendidos en servicios de nutrición, ser protegidos contra peligros físicos, y tener el esquema completo de vacunación	Derecho a la custodia y cuidado personal. Es obligación de los padres y adultos responsables de los niños	Derecho a la rehabilitación y a la socialización. Garantizar los derechos a los niños, niñas y adolescentes que hayan cometido un delito	Derecho a la integridad personal. A la protección contra toda forma de maltrato o abuso cometidos por cualquier persona
Derecho a la intimidad. Serán protegidos de todas las acciones que afecten su dignidad	Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes	Derecho a la salud. Ninguna entidad prestadora de servicios de salud puede negarse a atender a un niño o niña	Derecho a la información
Derecho a todo lo que requiere el niño, niña o adolescente para su desarrollo integral: alimentos, vestido, habitación, educación, recreación y salud	Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes	Derecho de asociación y reunión	Derecho de los niños, niñas y los adolescentes con discapacidad

<p>Derecho a la protección contra abandono físico, afectivo, la explotación económica, sexual, la pornografía, el secuestro, la trata de personas, la guerra, los conflictos armados internos, el reclutamiento y la utilización por parte de grupos armados al margen de la ley, la tortura, la situación de vida en calle, el desplazamiento forzoso, las peores formas de trabajo infantil y las minas antipersonas</p>	<p>Derecho a la libertad y seguridad personal. No podrán ser detenidos ni privados de su libertad los niños, niñas y adolescentes, salvo por las causas que contempla el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes</p>	<p>Derecho a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar. La edad mínima para trabajar es de 15 años con autorización de un inspector de trabajo</p>	<p>Derecho al debido proceso: seguir las etapas que establece la ley para los niños, niñas y adolescentes víctimas o partícipes de un delito</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Concepto Unificado 27891 de 7 de julio de 2010 “Concepto General Unificado Niñez y Adolescencia”, disponible en [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0027891_2010.htm].

3. La Organización Internacional del Trabajo -OIT-

La OIT, en su Programa de información estadística y de seguimiento en materia de trabajo infantil -SIMPOC-, perteneciente al Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil -IPE-; y en un estudio sobre las peores formas de trabajo infantil, enfatiza lo aquí dicho, Tanto la explotación sexual comercial como la trata de niños y niñas, pertenecen a la categoría de formas incuestionablemente peores de trabajo infantil, la trata de niños y niñas no es, en sí misma, una forma de trabajo; sin embargo, un análisis de las evaluaciones rápidas sugiere que es más fácil estudiarla como un proceso, o una trayectoria por medio de la cual los niños y niñas suelen involucrarse en una variedad de situaciones de peores formas de trabajo infantil.

4. Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes – ESCNNA – y trata de personas

La ESCNNA es una modalidad del delito de trata de personas, debido a que es la explotación sexual comercial en menores.

Con fundamento en lo mencionado, al tratarse de menores, quien cometa este delito incurrirá a su vez en otros tipos penales consagrados en el Código Penal colombiano vigente (Ley 599 de 2000), y que serán mencionados con posterioridad al presente capítulo.

El artículo 188-A “Trata de personas” (adicionado por la Ley 747/02 art. 2.º modificado por la Ley 985/05 art. 3.º) del Código Penal colombiano señala: “El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior con fines de explotación, incurrirá en prisión de 13 a 23 años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) SMLMV.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal¹⁸⁰.

Apareciendo en el artículo 188-B numeral 1 y párrafo, que la pena aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando se realice con menor de 18 años, y en caso de ser menor de 12 años la pena aumentará en la mitad de la misma.

El legislador tuvo en cuenta los distintos modos en que este se podía realizar y por tal razón le estableció varios verbos rectores:

- Captar
- Trasladar
- Acoger
- Recibir

La norma en mención ofrece aumentos de la pena, cuando el delito es cometido o realizado con menores de edad y de esta manera busca no dejar impune estos delitos que atentan contra la libertad individual de la persona y más aún contra la dignidad de todo ser humano.

En su carácter descriptivo, la norma señala que debe ser *con fines de explotación*. Entendiendo por *explotación*, el provecho económico que se obtiene del desarrollo de las siguientes actividades:

Explotación sexual: Se puede dar tanto a nivel nacional e internacional, en países como Japón, donde al menor de edad se le hace un ofrecimiento, mediante engaños, para que a través de una retribución económica el menor acepte y de esta manera quedar sometido al proxeneta, sin posibilidad alguna de volver a su hogar, debido a las constantes amenazas, sometimientos, abusos y violencia sexual que sobre el menor se ejerce.

Trabajos o servicios forzados: Los niños, niñas y adolescentes son sometidos a una explotación comercial, llena de abusos y de una evidente vulneración de sus derechos¹⁸¹.

B. Diferencias entre los tipos penales de explotación de menores y trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena

Este tipo normativo vulnera los principios de legalidad igualdad, entre otros, por cuanto trae inmersos los mismos elementos del tipo penal consagrado en el artículo 188-A del nuevo Código Penal, pero con sanciones inferiores y mayores prerrogativas, lo que genera una ambigüedad normativa.

181 ANA LUCÍA ARANGO ARIAS y CARLOS ANDRÉS HURTADO DÍAZ. “Especificaciones sobre la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNA), el turismo sexual y sus relaciones con el discurso capitalista”, *Textos y Sentidos*, n.º 6, 2012, pp. 79 a 101, disponible en [<https://revistas.ucp.edu.co/index.php/textosysentidos/article/view/559>].

En ese sentido, y sin el ánimo de ahondar mucho en este aspecto, pero con la intención de esbozar de manera breve las conclusiones de la Corte al respecto, para dejar claridad de la diferencia entre estos dos tipos penales.

A continuación, la Sala Plena de la Corporación da a conocer un cuadro comparativo sobre los diferentes tipos penales que son analizados, con el objetivo de estudiar las respectivas diferencias que determinan la conducta que ha sido demandada con respecto a la relación del tipo penal de la trata de personas:

TABLA 7. Diferencias

criterio diferenciador:	Explotación de menores (art. 93, Ley 1453 de 2011)	Trata de personas (art. 188 A y B, Código Penal)
Sujeto pasivo	Calificado	Indeterminado
Verbos rectores	Utilizar, instrumentalizar, comercializar o mendigar	Captar, trasladar, acoger o recibir
Ingrediente subjetivo	No presenta ingredientes especiales en el tipo	Sí: “con fines de explotación”
Tipo penal	De resultado	De intención: resultado cortado
Circunstancias de agravación	No existen	Sí, están contenidas en el artículo 188-B (Código Penal)
Graduación punitiva	Tres a siete años	13 a 23 años, sin circunstancias de agravación
Bien jurídico	Familia y libertad	Libertad y otros
Traslado	No exige movimiento de personas	Sí implica movimiento de personas, “dentro del territorio nacional o hacia el exterior”

Fuente: Sala Plena Corte Constitucional.

En ese sentido, afirma la Corte que no se vulneran los principios descritos, y mucho menos, se ponen en riesgo los derechos de los menores, pues se está en frente de dos tipos penales completamente autónomos que les entregan a los operadores judiciales dos vías diferentes a dónde acudir y donde subsumir una conducta reprochable, generando mayes garantías a los niños, niñas y adolescentes -NNA-.

C. Instrumentalización de menores para el uso de la mendicidad

Ahora bien, es importante hacer salvedad en cuanto a cuales situaciones configuran realmente una vulneración a los derechos de los NNA al ser obligados a pedir limosna, por cuanto no todas corresponden a escenarios de explotación.

Se puede observar como el alto tribunal constitucional ha señalado de manera clara como condicionamiento para que se materialice la explotación de los NNA bajo cualquiera de las modalidades tipificadas en el Código Penal colombiano, la utilización de los menores en el ejercicio de la mendicidad.

Así mismo, ha mencionado la Corte que al ser el derecho penal la *ultima ratio*, esto es, el último mecanismo al que se debe acudir al momento de analizar una conducta, es imperativo realizar un estudio de las condiciones socio-económicas que rodean determinado comportamiento para establecer las medidas correctivas necesarias, las cuales pueden estar inmersas en esferas diversas a la de la sanción penal.

Es de esta manera, como la Corte Constitucional ha concluido que encuadrar la mendicidad propia o en compañía de menores compone por tanto una afectación a la dignidad humana, las libertades públicas y además los principios penales ya sean parte de la *ultima ratio* o de la mínima intervención, por cuanto se estaría juzgando sin justa causa una actividad de supervivencia de personas y familias de extrema pobreza que buscan de esta forma la consolidación de sus derechos mínimos fundamentales.

IV. POSIBLE CASO DE TRATA DE PERSONAS EN LA MODALIDAD DE MENDICIDAD AJENA EN LA COMUNIDAD EMBERA CHAMÍ

A. Situación de mendicidad de la comunidad Embera Chamí en la ciudad de Pereira

Ahora bien, una vez contextualizados frente a la problemática global existente en nuestro país referente a la mendicidad de niños, niñas y adolescentes de las comunidades indígenas en las calles de diferentes ciudades, y para el caso específico la mendicidad de los adolescentes

y menores de la comunidad Embera Chamí en las calles de Pereira, es necesario precisar varios aspectos:

- La problemática anteriormente mencionada, ha sido de conocimiento general desde hace algunos años atrás, al punto de haber existido intervención de la Corte Constitucional en el sentido de exigir a los organismos competentes, tomar las acciones necesarias para lograr la inclusión de estas personas a sus comunidades en condiciones óptimas.
- Pese a que las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional van dirigidas a las comunidades indígenas ubicadas en Bogotá, es importante resaltar algunos aspectos, puesto que las gestiones adelantadas repercutieron en las comunidades Embera Chamí y Embera Katío, teniendo en cuenta que gran parte de los indígenas que se encontraban en la capital nacional pertenecen a las mismas.
- Al respecto, existen evidencias de las acciones adelantadas en sinergia por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas -UARIV- junto con la Alta Consejería para los Derechos de las Víctimas, la Paz y la Reconciliación de la Alcaldía Mayor de Bogotá, para dar cumplimiento a las órdenes impartidas en el Auto 051 de 2013 emitido por la Corte Constitucional.

En ese sentido, gracias a la información remitida a la Corte Constitucional por el Ministerio de Educación, el Ministerio de Cultura, el Departamento para la Prosperidad Social -DPS-, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER-, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, la Gobernación de Risaralda, la Alcaldía Municipal de Mistrató (Risaralda), el Banco Agrario de Colombia, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal, la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Unidad Atención y Reparación Integral a las Víctimas -UARIV- y al trabajo mancomunado de los mismos, se lograron adelantar las gestiones tendientes a reubicar entre otros, a las comunidades Embera Chamí y Embera Katío a sus resguardos, logrando grandes avances en materia de vivienda, educación, salud, fuentes de abastecimiento y reinserción cultural.

Dentro de los informes rendidos, llama la atención la conclusión realizada por las entidades involucradas al manifestar:

Se debe resaltar la problemática de prácticas como la mendicidad y el involucramiento en posibles redes de trata de personas de las familias Embera que se encuentran en las ciudades de Medellín y Bogotá. Esta situación ha sido denunciada y señalada en espacios de trabajo conjunto con la Unidad para las Víctimas por parte de funcionarios del ICBF, de la Gobernación de Antioquia y de la Alcaldía de Medellín. Atendiendo a esta problemática desde la Unidad para las Víctimas se iniciará en la participación de espacios de trabajo interinstitucional que atienden estos problemas por invitación del ICBF (Undécimo informe trimestral al auto 051 de 2013).

Así mismo, fue evidenciado que:

La presencia de familias Embera Katío y Embera Chamí en la ciudad de Bogotá no se debe únicamente a hechos relacionados con el conflicto armado sino a situaciones internas que generan la movilidad de las familias, exponiéndose a riesgos y vulneraciones al realizar prácticas como la mendicidad y habitar en zonas con índices de inseguridad muy altos (Trigésimo informe trimestral al auto 051 de 2013).

Es necesario prestar importancia a dichas conclusiones, ya que es cuestionable como a pesar de las múltiples gestiones adelantadas al interior de los resguardos de la comunidad Embera Chamí, se sigue visualizando la conducta de mendicidad de sus niños, niñas y adolescentes.

Dicha situación tiene íntima relación con los llamados de atención también realizados por funcionarios de las administraciones de Medellín y Bogotá, pero con el agravante de que al parecer son los padres los que incitan a sus mujeres y niños a pedir limosna para beneficio propio, lo que deja entrever en primera medida, la posible concreción de este delito en menores indígenas.

Respecto a los niños que están en la calle, ÉRICA SILVA, profesional del Grupo de Protección del ICBF, explica que el alto tribunal constitucional a través de la Sentencia C-464 de 2014, prohíbe que el Estado los apartes de su núcleo familiar por acompañar a sus padres a pedir

dinero, pues no se puede castigar la búsqueda de recursos para satisfacer necesidades básicas. La historia cambia cuando el niño es instrumentalizado para obtener algún lucro por mendicidad. En este caso el ICBF sí puede actuar y hacerse cargo de él. Actualmente, en Bogotá se adelantan 115 procesos administrativos por ese hecho:

Miembros de las comunidades katio y chamí, de Chocó y Risaralda, son las que habitualmente se ven en las calles de la ciudad pidiendo dinero. No existe un número preciso porque es una población que está en constante movimiento, pero desde la Defensoría de Familia se trabaja para que se respeten los derechos de los niños. Otro tema que hace especial este tipo de casos es que hay que determinar si los procesos se adelantan a través de la ley ordinaria o indígena¹⁸².

La preocupación de esta conducta se extiende en grandes proporciones, pues como se ha mencionado por la Defensoría del Pueblo, deben respetarse los derechos de los menores. A pesar de que en la ciudad de Bogotá se han iniciado procesos administrativos, no se hace mención del inicio de algún proceso judicial.

En el mismo reporte periodístico se da cuenta que:

Aunque el trasfondo de este fenómeno es el desplazamiento forzado, la mendicidad no se puede atribuir únicamente a la necesidad económica. El ICBF informó que en muchas ocasiones los indígenas optan por pedir dinero aun cuando la Unidad de Víctimas les garantiza su vivienda y manutención. Sobre este tema, la Defensoría del Pueblo señaló que, aunque en la mayoría de los casos se trata de una necesidad real, se determinó que pequeños grupos de indígenas prefieren no regresar a sus territorios porque han encontrado en la ciudad un negocio rentable al pedir dinero en la calle y obtener beneficios por su condición de víctimas¹⁸³.

182 ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. “Embera Eyabida - Embera Katio”, cit.

183 Ídem.

B. Subsunción del delito en la modalidad de mendicidad ajena

El artículo 188-A del Código Penal, el cual ha sido modificado por la Ley 985 de 2005, donde se adoptan medidas en contra de la trata de personas y las normas con el fin de atender y proteger a las víctimas de la misma, clasificando la trata de personas de acuerdo con los siguientes términos:

El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, *la explotación de la mendicidad ajena*, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal¹⁸⁴.

De lo anterior, y teniendo en cuenta la denuncia instaurada por el doctor GRANADOS, podríamos establecer que la conducta desplegada por los padres de la comunidad Embera Chamí se podría subsumir en el tipo penal referenciado, al cumplir con los elementos exigidos por el mismo de la siguiente manera:

- El que *traslade*: son los padres indígenas los que trasladan a los niños, niñas y adolescentes -NNA- (quienes se encuentran bajo su protección) desde sus resguardos hasta las calles de la ciudad de Pereira.

- Cuando la finalidad es el ejercicio de la mendicidad ajena: ha quedado claro con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia C-464 de 2014, que la mendicidad no es sancionada de manera autónoma, puesto que es indispensable que se utilicen a los menores como instrumento. Para el efecto, los padres indígenas no ejercen mendicidad en compañía de sus hijos, puesto los mismos ni siquiera están presentes, utilizándolos como instrumento para pedir limosna, la cual posteriormente les debe ser entregada, obteniendo *provecho económico para sí mismo*.

No podría aducirse entonces, que no existe mendicidad ajena debido a que por las condiciones de vulnerabilidad manifiesta los NNA indígenas de la comunidad Embera Chamí acompañan a sus padres a mendigar, puesto que como se mencionó, los padres indígenas entregan instrucciones a sus menores para pedir limosna, utilizándolos como instrumento y recibiendo el producto de dicha labor, mientras ellos esperan en lugares distintos.

Queda evidenciado entonces, la posibilidad de subsumir dicho acontecimiento en el tipo penal de trata de personas, al configurarse los elementos exigidos. Sin embargo, pese a materializarse dichas condiciones, no existe registro alguno de una investigación penal adelantada ni en Pereira ni en ninguna otra zona del país.

C. Judicialización

Ahora bien, pese a existir evidencias de la práctica de la mendicidad de niños, niñas y adolescentes de la comunidad Embera Chamí, así como denuncias públicas de la administración municipal de que existe explotación por parte de los padres indígenas sobre sus menores, ¿por qué no se inicia la judicialización correspondiente?, ¿es viable judicializar a sabiendas de que el sujeto activo es un indígena?, ¿qué prevalencia deben tener los derechos de los menores como sujetos de especial protección constitucional? Estos son algunos de los interrogantes que surgen al momento de analizar la situación en particular.

Como se verá más adelante, el tipo penal de trata de personas ha generado diferentes dificultades procesales y probatorias que han dificultado su aplicación efectiva. A lo anterior, debe sumarse el ingrediente más importante en la presente discusión, qué nos encontramos frente a la presencia de comunidades indígenas.

Al respecto, CARNEVALI afirma:

El aumento del flujo migratorio ha dado lugar a la conformación de sociedades culturalmente heterogéneas, y con ello que se comience a hablar de Estados multiculturales. Precisamente, el llamado multiculturalismo ha supuesto nuevos desafíos para el Derecho penal, pues la valoración que puede tener un determinado comportamiento variará conforme el contexto cultural al que pertenezca el autor¹⁸⁵.

Dado lo anterior, habría que analizar si teniendo en cuenta ese contexto cultural que rodea a la comunidad Embera Chamí, podría iniciarse la judicialización de una conducta que ha sido por ellos desplegadas por fuera de sus resguardos y se encuentra tipificada como delito.

En concordancia,

las conductas desplegadas por quienes pertenecen a las culturas minoritarias y que colisionan con las normas de la cultura mayoritaria deben entenderse justificadas. Tal planteamiento se ha sostenido, principalmente, para resolver los problemas de diversidad cultural que se presentan en Latinoamérica. Al respecto, se afirma que las normas eurocéntricas se impusieron al margen de toda consideración de la población autóctona, situación que hoy se pretende reparar al reconocerse constitucionalmente el carácter multiétnico que diversas naciones latinoamericanas tienen. Pues bien, se señala que frente al reconocimiento que se hace a la identidad cultural, cuando se está frente a la colisión de deberes jurídicos y ante la disyuntiva de cumplir aquel que es impuesto por la cultura hegemónica, debe entenderse justificado quien opta por el deber de su propia cultura¹⁸⁶.

Dicha concepción no es fácilmente aceptada por la sociedad en general, pues bajo la justificación de tener autonomía indígena, no pueden consentirse la comisión de conductas graves y reprochables, por lo

185 CARNEVALI RODRÍGUEZ. “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, cit., p. 1.

186 *Ibid.*, p. 26.

que deben configurarse unos parámetros mínimos que propendan a la protección de los derechos humanos.

CARNEVALI argumenta:

Se ha sostenido que ese mínimo puede encontrarse en el respeto a los derechos humanos, en la medida que, sobre la base de la tolerancia, se pueda reconocer y aceptar al otro en su alteridad. De esta manera, es posible afirmar como criterio valorativo, que autoriza establecer como un mínimo común, aquellos que se construyen sobre la base del respeto a la persona y dignidad humana. Conforme a ello, no se podrían tolerar aquellas conductas contrarias a los derechos más esenciales de la persona, aún bajo el argumento de la diversidad cultural¹⁸⁷.

Lo anterior ha sido también corroborado por FERRÉ al establecer:

Esto es lo que ha ocurrido con los países andinos, concretamente Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que se declaran Estados multiétnicos y en consecuencia han consagrado en sus respectivas constituciones un *sistema jurídico dualista* en el que, junto al marco normativo estatal formalizado, convive el reconocimiento pleno del derecho consuetudinario indígena. Por ello puede apreciarse que coexisten dos sistemas jurídico-penales, aunque el problema sea, lógicamente, compatibilizarlos. Para poder hacerlo se debe contar con normas de desarrollo. Así, por ejemplo, en el caso colombiano se recurre a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que coloca dentro de la estructura judicial una jurisdicción de las comunidades indígenas, estableciendo en su art. 12: “Las autoridades de los territorios indígenas previstos en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos *los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y las leyes*”¹⁸⁸.

187 CARNEVALI RODRÍGUEZ. “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, cit., p. 20.

188 JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ. “Diversidad cultural y sistema penal”, *Revista*

Es por ello que los indígenas pese a ser sujetos de protección constitucional, deben respetar los derechos humanos, no solo de terceros que no hagan parte de sus comunidades sino también de los integrantes de las mismas.

En ese sentido, FERRÉ manifiesta:

Entiendo que ante la imposibilidad de constatar la vigencia plena de los principios de legalidad, culpabilidad y humanidad de las penas debe concluirse que el derecho penal consuetudinario indígena, reconocido y necesario pero limitadamente garantista, debe circunscribir su aplicación a faltas o delitos leves que no pongan en peligro de manera irremediable las garantías y derechos fundamentales de los propios indígenas. Ello es así porque todas las disposiciones jurídicas aplicables (Convenio 169 de la OIT, textos constitucionales y leyes) exigen un *límite material* al sistema penal indígena: no debe contradecir el catálogo de derechos fundamentales y derechos humanos que están consagrados en los convenios internacionales, la Constitución y las leyes. Entendemos que los principios de legalidad, culpabilidad y humanidad de las penas se fundamentan en este marco garantista básico y su eventual vulneración condiciona las competencias penales de las comunidades indígenas. Un argumento añadido aporta el ya mentado principio de humanidad de las penas. Si son intolerables todas las sanciones corporales, las comunidades deberán eliminarlas completamente y recurrir a otro tipo de penas: pecuniarias, privativas de derechos, expulsión, trabajo comunitario, etc. Ante el temor a una disminución de garantías debe asegurarse un permanente control de constitucionalidad, el derecho a obtener un juicio justo y a una defensa con asistencia letrada¹⁸⁹.

En América Latina también se presentan casos muy ilustrativos de estos enfrentamientos culturales. Es así que, en Colombia, la tribu de los U'wa castigó por homicidio a uno de sus miembros a la pena de 60

Penal, n.º 22, 2008, disponible en [<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11989/Diversidad.pdf?sequence=2>], p. 38.

latigazos. El punto es si tales penas se pueden admitir y no estimarlas como torturas. La cuestión no es tan simple de resolver, pues para estos indígenas la pena es un castigo para restablecer el orden con la naturaleza, tiene un sentido purificador, pues el castigado vuelve a estar en armonía con su entorno¹⁹⁰.

Lo anterior significa entonces, que la dificultad de cuestionar las sanciones aplicables en la comunidad indígena, pues para ellos, el fin de las sanciones o castigados, es completamente distinto al de nuestro ordenamiento jurídico.

Debemos aceptar que con el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas como grupo minoritario, permitiendo su autorregulación, estamos frente a la existencia de dos normativas penales con total legitimidad jurídica.

Mediante el reconocimiento de la diversidad cultural como un derecho colectivo y la disposición de los pertenecientes a tales grupos a buscar vías propias de solución de conflictos -fragmentación del derecho penal por la presencia de derechos penales propios-, se terminaría por admitir ciertos comportamientos intolerables para el resto del componente social¹⁹¹.

1. Imputabilidad o inimputabilidad de indígenas

La cosmovisión y el arraigo cultural influyen de manera determinante en el concepto de imputabilidad de los indígenas. Para el efecto, recordemos el concepto de imputabilidad:

Implica un conjunto de presupuestos de índole psicológica emanados de la personalidad del autor al momento de realizar el hecho, traducidos en la aptitud para comprender el carácter injusto del mismo y para dirigir y accionar conforme a dicha comprensión¹⁹².

190 CARNEVALI RODRÍGUEZ. "El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno", cit., p. 19.

191 *Ibid.*, p. 22.

192 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Derecho penal: parte general*, Bogotá, Temis, 2004, p. 509.

Así mismo, para aducir la responsabilidad penal, de conformidad con se exige la realización de una delito el cual debe ser típico, antijurídico y culpable y además que la pena sea necesaria, esto es tal cual como lo dice el Código Penal conforme al artículo 9.º en concordancia con el artículo 3.º que se refiere al principio de necesidad.

Ahora bien, como se puso de presente, el estado que se predica del indígena para declararlo inimputable se encuentra en el concepto de diversidad sociocultural, que no es más que la extensión de la diversidad en la cultura en la esfera penal, específicamente sobre la inimputabilidad¹⁹³.

De ahí la importancia de establecer que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, consolidaron sus cimientos jurídicos sobre presupuestos diferentes, en virtud de la cosmovisión de cada grupo en particular.

BECERRA manifiesta:

En la justicia especial indígena los conceptos de delito y pena son diferentes, por lo tanto, el tratamiento es distinto. Lo que para ellos corresponde a un hecho normal y propio de su cultura, para nosotros podría ser inhumano, atentatorio a la dignidad humana, degradante, cruel o falsa¹⁹⁴.

Es precisamente por lo anterior, que la Carta Constitucional ha consagrado el respeto por la diversidad cultural, al otorgarle legitimidad a la creación de una jurisdicción especial indígena que se ajuste a su cosmovisión del mundo.

De esta manera, al haber puesto como limite a la jurisdicción indígena los preceptos constitucionales, puede significar en gran medida que si bien se reconoce la cultura indígena, a la final no se respetan sus

193 HUGO CESAR CHINGATE PRIETO. “Imputabilidad e inimputabilidad frente a la persona indígena (tesis de especialización), Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2014, disponible en [<https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/12235?show=full>].

194 CARMEN ANDREA BECERRA BECERRA. “La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa”, *El Otro Derecho*, n.º 35, 2006, pp. 213 a 237, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/02/el-otro-derecho-n-35/>].

usos y costumbres propias al imponerles una directriz que dará como resultado la modificación de esos usos y costumbres¹⁹⁵.

En este sentido, la Corte al referirse sobre la diferencia desde la perspectiva de las penas, afirma que:

La sanción del fuste, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena paez. En el primero, se castiga porque cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador necesario para el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado¹⁹⁶.

Ahora bien, es importante revisar la posición de la Corte frente a la inimputabilidad en relación con diversidad cultural, el cual, según los honorables magistrados, se define de la siguiente forma:

(i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no haya tenido capacidad para comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro.

En aquellos eventos que un indígena o un miembro de otra minoría cultural hayan realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe empezar por examinar si concurren algunas de las causales de exclusión

195 CHINGATE PRIETO. "Imputabilidad e inimputabilidad frente a la persona indígena", cit.

196 Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>].

de responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición.

Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad socio-cultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena¹⁹⁷.

De esta forma se vislumbra como la Corte ha consolidado los diferentes escenarios de tratamiento judicial cuando se encuentre involucrado un indígena, explicando inicialmente el rol fundamental que juega la cosmovisión de cada cultura, pues de allí se desprende la posibilidad o no de comprender la ilicitud de determinada conducta., manifestando también, que atendiendo a esa visión cultural, debe poder reintegrarse a ese sujeto a su comunidad.

Teniendo en cuenta estos razonamientos, se puede afirmar entonces que el funcionario judicial, una vez haya determinado que el caso debe surtirse desde la jurisdicción ordinaria, tiene además que constatar, luego de la tipicidad y la antijuridicidad, si hubo un error de prohibición y si este fue invencible; en este caso la persona indígena será absuelta, en caso contrario se le aplicaría como pena una medida de seguridad, teniendo en cuenta el carácter de inimputable sociocultural fundamentado en la cosmovisión diferente¹⁹⁸.

De lo anterior, y analizando el caso de la comunidad Embera Chamí, encontramos que la misma cumple con los preceptos consagrados por la Corte Constitucional para ser declarados inimputables, pues su cosmovisión del mundo no reprocha el pedir limosna, lo que ha generado que cada vez más se propague dicho comportamiento. Así mismo, la comunidad Embera tiene resguardos legalmente reconoci-

197 Sentencia C-370/02, cit.

198 CHINGATE PRIETO. "Imputabilidad e inimputabilidad frente a la persona indígena", cit.

dos y gozan de autonomía administrativa y judicial como se explicó anteriormente.

La concepción de la Corte coincide en ciertos aspectos con la de CARNEVALI al establecer que:

El problema debe abordarse, a mi modo de ver, desde la perspectiva del error de prohibición, pero, particularmente, entendiendo que se está frente a casos en que el error se fundamenta, no ya en el desconocimiento de la norma, sino que en su falta de comprensión. Es lo que denominan ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR error de comprensión. Se apunta a aquellos supuestos en que pudiendo conocer la prohibición de la norma, el sujeto no la puede comprender al haber internalizado un conjunto de valores diferentes, los que, incluso pueden ser incompatibles con los compartidos por la cultura dominante. Es indudable que lo expuesto no pretende abarcar aquellos casos en que se incumple la norma por un deber de conciencia, es decir, sujetos que si bien conocen la norma prohibitiva no están dispuestas a acatarla por estimar que se lesiona su conciencia. Lo que se pretende es englobar aquellos casos en que el esfuerzo de internalización de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento cultural y que permite afirmar que no es posible reprocharle su incompreensión -error culturalmente condicionado¹⁹⁹.

Por lo anterior y al analizar el caso en concreto, se debe entender que los límites en la judicialización de personas indígenas, no los determina su territorio entendido como resguardo indígena, sino su cosmovisión y su posibilidad de comprender una determinada conducta que para la jurisdicción ordinaria sea catalogada como delito, como un acto reprochable sujeto de una consecuencia legal.

199 CARNEVALI RODRÍGUEZ. "El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno", cit., p. 27.

V. IMPUTACIÓN PENAL DEL TIPO PENAL DE TRATA DE PERSONAS

A. Dificultades en la aplicación de los verbos rectores del tipo penal

Frente a los verbos rectores se han presentado muchas confusiones respecto a si deben concurrir todos para que se materialice el delito, o si basta con que se configure uno de ellos.

De esta manera, MATEUS asevera:

Como se observa, la consagración de varios verbos rectores hace compleja su aprehensión, toda vez que las distintas fases conforman una cadena en la que criminológicamente se compone el mencionado punible y que hay que individualizar. Hay que ser enfáticos en señalar que son conductas de carácter alternativo, no obstante haber señalado que el fenómeno de la trata se compone por regla generalísima de varias conductas que estructuran el núcleo central del tipo. Con razón se afirma que “la complejidad de la realidad conduce a negar que el concepto [...] deba incluir, acumulativamente, todas las fases posibles, y a negar también que solo son responsables del tráfico, aquéllos que controlan todo el proceso y/o intervienen en todas sus fases”²⁰⁰.

De lo anterior se puede colegir que pese la conducta punible, se ha concebido como una cadena de conductas, no podría decirse que deban concurrir todas para proceder a su judicialización, pues la participación en cualquiera de sus etapas contribuye a su materialización íntegra.

Por tanto, es importante resaltar que tan solo con el hecho de transportar o acompañar a una persona durante el traslado, por sí mismo, no determina que se pueda construir el tipo penal, puestos que según como los afirma MATEUS “la persona que realiza el traslado de otras personas de tener alguna relación con el dominio que está en contra

200 MATEUS RUGELES, VARÓN MEJÍA, LONDOÑO TORO, LUNA DE ALIAGA y VANEGAS MOYANO. *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia*, cit., p. 39.

de la víctima, por tanto, debe ser dueño del respectivo curso de los acontecimientos²⁰¹.

Así mismo, el autor explica:

Al igual como acontece para los otros verbos rectores, es necesario que se individualice esta conducta para asevera establecer su punibilidad, sin necesidad de que se configuren las demás. La acción de acoger puede ser de tránsito o de destino final, siempre con la finalidad independiente o compartida, según el caso, de explotación. Para este verbo rector, como para los demás, es imperativo dimensionarlas desde la óptica de la imputación objetiva²⁰².

En los verbos rectores del delito, debe probarse que los mismos se hicieron con finalidad de explotación, pues los mismos por sí solos corresponden a conductas sociales legalmente admitidas.

El legislador dentro del contenido del tipo penal de trata de personas, ha conceptualizado el alcance del término “con fines de explotación” al establecer que hace referencia a obtener provecho económico o de cualquier índole para sí mismo u otra persona, mediante la explotación de diversas prácticas.

B. Problemas procesales y probatorios

1. Desconocimiento del tipo y degeneración en otras conductas punibles

El primer problema que parece tener los operadores judiciales con relación al delito de trata de personas, es su alto desconocimiento sobre el tipo, lo que termina degenerándolo en otro diferente.

Al respecto, MATEUS:

En este orden de ideas, es claro que existe una dificultad para los operadores de justicia, dada la relativa “novedad” que implica la tipificación de la trata de personas en nues-

201 Ibid., p. 43.

202 Ibid., p. 44.

tro ordenamiento jurídico penal, lo que se traduce muchas veces en un incorrecto juicio de adecuación típica²⁰³.

Los operadores judiciales afirman que el problema no radica en la redacción de las normas. De acuerdo a MATEUS:

Casi todos coinciden en que dichos artículos responden a una necesidad guiada por los tratados internacionales y que su redacción es, en términos generales, adecuada a dichos preceptos. Cuestión distinta es afirmar que el delito de la trata de personas resulta muy complejo ya que abre el abanico de otras modalidades de trata distintas a la que se usa con fines sexuales o laborales, que pueden catalogarse como las “tradicionales”, además por la inclusión de varios verbos rectores que inciden en una aprehensión difícil del fenómeno en cuanto a la correcta tipificación...²⁰⁴.

Lo anterior resulta preocupante, pues por el complejo contenido del tipo y su similitud con otros tipos penales, algunas situaciones fácticas que deberían subsumir en el mismo, terminan siendo encuadrados en otros más “tradicionales” que contengan insumos similares.

2. Necesidad de conciliar los derechos de los procesados con los derechos de las víctimas y la necesidad de la víctima en el proceso como testigo

Una de las grandes dificultades en la judicialización del tipo penal de trata de personas, es que por las falencias probatorias e investigativas, se podría decir que en todos los procesos activos actuales se ha llevado a la víctima como testigo sin que esto sea necesario.

Al respecto, la HENAO establece:

Lo cierto es que bajo la óptica de que el delito es de medio y no de resultado, no se requiere, *per se*, una víctima para poder investigar el delito (dado que opera la investigación

203 MATEUS RUGELES, VARÓN MEJÍA, LONDOÑO TORO, LUNA DE ALIAGA Y VANEGAS MOYANO. *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia*, cit., p. 39.

204 *Ibid.*, p. 40.

oficiosa) y tampoco para llevar un proceso judicial, en la medida en que lo que se debe probar es la conducta del autor encaminada a abastecer mercados de explotación humana (la actuación dentro de los verbos rectores con la intención de que la víctima sea explotada).

Cambiar esta forma de actuar requiere el fortalecimiento de las técnicas especiales de investigación, establecidas en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), y que el líder de la investigación (fiscal) y sus investigadores (policía judicial) acepten el desafío de llevar procesos mediante otros medios probatorios diferentes de la prueba testimonial²⁰⁵.

Pero la realidad da muestra que para los operadores judiciales, la víctima se constituye como la prueba reina del delito. Lo realmente complejo es que con la reglamentación enmarcada en la Ley 906 de 2004, la víctima como testigo, deberá asistir a juicio, donde también se tienen en consideración los derechos constitucionales de su posible victimario.

205 HENAO TRIP. “Lucha contra la trata de personas: desafío para Colombia en el siglo XXI”, cit.

CAPÍTULO QUINTO

Análisis de resultados

Con fundamento en el consolidado relacionado en los anexos del trabajo de investigación, se obtuvieron los siguientes resultados:

- Las causas que generan la vinculación de los menores indígenas de la comunidad Embera Chamí (Risaralda) radican principalmente por razones sociales, económicas, problemáticas de orden público, presión territorial, falta de acceso a recursos básicos para subsistir en territorio ancestral, sumado a la acción del conflicto armado y las acciones de las fuerzas del Estado en el despliegue del mismo, lo cual propició el desplazamiento hacia diversas zonas del país.
- Lo señalado anteriormente se resume en factores de violencia y desplazamiento como principales causas por las cuales los menores indígenas vinculados a esta conducta punible, en el ejercicio de la mendicidad ajena.
- Otra afectación que sufren estas comunidades es el acceso restringido a los programas asistenciales de entes territoriales y organizaciones no gubernamentales.

- Se hace claridad en que en la cultura Embera está prohibida la mendicidad. Tal como lo expresó el Director Regional de Unidad de Atención para las Víctimas del Eje Cafetero, la práctica de la mendicidad está prohibida por parte de las autoridades indígenas, so pena de hacer uso de sus castigos tradicionales.
- Es una problemática cultural, puesto que se sustraen grupos familiares de los lugares donde están sus prácticas tradicionales y son arrojados a condiciones ambientales y culturales distintas, sin tener acceso a una infraestructura en salud que se adecúe a sus condiciones ni a una educación psicosocial adecuada para sus menores.
- Por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- existe un trámite que busca la protección y el restablecimiento de los derechos de infantes y adolescentes indígenas, y emite un procedimiento especial para adelantar el trámite administrativo para el restablecimiento de los derechos de los menores que integran las comunidades indígenas. Así mismo, reconoce que efectivamente existen problemáticas asociadas a la mendicidad en la población Embera, y para esto se diseñó una ruta de atención de los niños y niñas inmersos en la práctica y que se encuentren sus derechos amenazados, inobservados y/o vulnerados.
- La Secretaría de Desarrollo Social del departamento de Risaralda es consciente de la práctica que se viene realizando y por tal razón se encuentra desarrollando una política pública en la administración municipal de Pereira y Dosquebradas.
- Las causas por las cuales se materializa dicha conducta son por problemas económicos y de orden público. La administración cuando evidencia dicha situación, se la comunica al Consejo Regional Indígena para que tomen medidas al respecto, sin que haya intermediación de entidades diferentes, a excepción de los casos en los que interviene el ICBF al tratarse de menores.
- Funcionarios del Ministerio de Interior expresan que efectivamente en dicha entidad han tenido conocimiento de situaciones de mendicidad ajena por parte de la comunidad Embera Chamí, de conformidad a los informes recibidos por la gobernación del de-

partamento de Risaralda, en virtud del conflicto armado, conflicto intra e interétnico y el atractivo que ofrece la urbe.

- En la actualidad no existe política pública que se esté implementando para prevenir y contrarrestar la mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas en niños, niñas y adolescentes indígenas, pero como ya se mencionó, se encuentra en elaboración por parte de la gobernación del departamento de Risaralda.
- Existe un reconocimiento realizado por todos los funcionarios públicos respecto de la presencia de miembros de la comunidad Embera Chamí en las calles de la ciudad de Pereira; y como los mismos ejercen la mendicidad en niños niñas y adolescentes indígenas. A pesar de evidenciarse estos casos, ninguno actualmente ha sido judicializado.
- A pesar de las reuniones con el Consejo Regional Indígena solicitando se intervenga esta situación y sus directivas se comprometieran a establecer controles, el procedimiento a seguir es que cuando se identifican estos casos se debe reportar a esta organización y sus directivas establecen las medidas de castigo y juzgamiento, excepcionalmente interviene el ICBF cuando son casos graves de vulneración de derechos fundamentales de menores.
- Existen funcionarios que a pesar de no tener conocimiento de dicha problemática en su ejercicio profesional respecto de algún caso que haga referencia, si han visualizado en las calles de la ciudad, mujeres y niños indígenas pidiendo limosna. Situación que se presenta en diferentes municipios.
- La Fiscalía General de la Nación manifiesta que se han realizado operativos por parte de la Secretaría de Desarrollo Social y Político de Pereira, para reubicar a los miembros de la comunidad Embera Chamí, en vista de que la misma a comunicado que estas familias son reconocidas por ejercer la mendicidad, los datos de estas personas ya fueron ingresados a la Unidad de Atención y Orientación -UAO- para desplazados, pero su solicitud fue rechazada por encontrar presuntas anomalías en las historias que ellos cuentan a las autoridades.

- La mendicidad ajena es una práctica que a pesar de que se ha visibilizado e identificado por parte de servidores públicos y personas que trabajan con víctimas (Unidad de Atención y Reparación para las Víctimas), hasta la fecha no se han radicado denuncias formales en la Fiscalía, en las cuales se presenten casos de mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas en niños, niñas y adolescentes de la comunidad Embera Chamí, tal como lo reportó la Fiscalía General de la Nación, seccional Risaralda.
- Es una práctica que a pesar de haber sido visibilizada, no ha trascendido al ámbito legal.
- Según la Sentencia T-002/2012²⁰⁶ proferida por la Corte Constitucional, existe un reconocimiento de carácter constitucional de la jurisdicción especial indígena, en la cual se definen aspectos fundamentales en la determinación de la competencia de la jurisdicción especial indígena, que busca garantizar que una comunidad cuente con el apoyo de las autoridades y procedimientos judiciales bien definidos, para que pueda ejercer su autonomía, aún en ausencia de una ley de coordinación, sin perder de vista que el sometimiento de la jurisdicción especial indígena a la Constitución Política y la ley debe conectarse de manera armónica con los límites propios de la autonomía de los pueblos en tanto derecho fundamental.
- Todos los servidores públicos tienen conocimiento sobre la jurisdicción indígena, sus límites y alcances.
- No existen evidencias para determinar si son directamente los padres indígenas quienes ejercen mendicidad ajena sobre sus hijos, o si por el contrario las redes de trata de personas están vulnerando a esta población.
- Se presentan una serie de falencias normativas e interpretativas que impiden a los operadores judiciales realizar una correcta interpretación y determinación al momento de establecer que jurisdicción es la encargada de asumir el conocimiento de posibles casos

206 Sentencia T-002 de 11 de enero de 2012, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-002-12.htm>].

donde sea un miembro de una comunidad indígena el que realice una conducta delictiva.

- Atendiendo a lo dispuesto por la Carta Política, la Corte Constitucional es la encargada de resolver los conflictos de competencia jurisdiccional suscitados en las dos jurisdicciones.
- Dentro de los límites de la jurisdicción especial indígena se enmarcan los de carácter territorial, cultural, bienes jurídicos afectados, procedimientos, autoridad capacitada, institucionalidad y normas relacionadas con el delito, ya que la conducta cometida debe entenderse como lesiva de un bien jurídico en las dos jurisdicciones.
- En principio, los miembros de comunidades indígenas que cometan conductas delictivas si deben ser judicializados siempre y cuando cometan delitos por fuera de los límites de la jurisdicción especial indígena señalados anteriormente, porque en principio al ser la ciudad de Pereira el casco urbano haría pensar que correspondería a la jurisdicción ordinaria. No obstante el factor territorial por sí solo se puede desbordar, en caso de que sean los propios emberas quienes cometan el delito bajo el uso y costumbres indígenas y además si tienen autoridad indígena que conciba como delito la conducta cometida.
- Es necesario de conformidad a los aspectos planteados de competencia y criterios para definir si es posible o no que la jurisdicción ordinaria pueda conocer de delitos cometidos por miembros de comunidades indígenas, verificar el papel del derecho penal en estos casos y el acompañamiento o manejo que debe darle al asunto de referencia puesto en consideración en la hipótesis, que en principio son propios de una jurisdicción especial de consagración y protección constitucional.
- Existe no solo tensión, sino también desconocimiento de los alcances y límites de la jurisdicción especial indígena. Muchas autoridades indígenas tienen la percepción que el fuero indígena o su jurisdicción especial son para autorizarlos a cometer cualquier tipo de actos, desconociendo que las comunidades indígenas sí deben acatar la Constitución Política de Colombia.

- Es por esta razón que todos los operadores judiciales coinciden en que si bien, los miembros de comunidades indígenas gozan de protección constitucional frente al reconocimiento de su jurisdicción especial, y que por lo tanto deben ser juzgados por sus propias autoridades indígenas, también en caso de vulnerar los límites que tiene la jurisdicción especial indígena quedan sujetos a que puedan ser juzgados por la justicia penal ordinaria, en este caso inicialmente el juez penal debe valorar si el comportamiento del miembro de la comunidad Embera Chamí obedeció a un error invencible de prohibición, originado en su cosmovisión, en el primero de los casos deberá remitirlo a la jurisdicción especial indígena, mientras que en el segundo caso, seguirá conociendo del asunto.
- Se debe aclarar que la mendicidad por sí sola no es un delito, lo que configura el delito de la mendicidad ajena es la utilización de un ser humano en la figura de la mendicidad en beneficio de un tercero, quizás esto no existe para ellos, y simplemente el indígena debe ser tomado como víctima de explotación de trata de personas. No existe claridad en la aplicación de la jurisdicción, existe temor de los funcionarios en desestimar el caso e incurrir en prevaricato.
- Es de esta manera como teniendo claridad en puntos anteriores, los criterios para determinar qué jurisdicción tiene conocimiento al momento de judicializar indígenas establecidos por la Corte Constitucional y así mismo el reconocimiento de las implicaciones de la diversidad cultural y el papel que tiene el derecho penal respecto del tema, es necesario analizar cada caso en concreto y determinar el nivel de arraigo cultural del indígena, al igual que su capacidad de comprensión en la sociedad.
- Así mismo, se debe analizar a qué cultura está afectando el miembro indígena cuando vulnera un bien jurídico y el grado de lesividad del mismo.

CONCLUSIONES

- La trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena es ejercida por los padres indígenas de la comunidad Embera Chamí sobre sus hijos, los cuales salen de sus resguardos y abandonando su jurisdicción indígena se desplazan a las ciudades, lugar donde configuran la conducta punible del tipo penal de trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena, conducta que es sancionada por la jurisdicción penal ordinaria y la cual se encuentra contemplada en la legislación penal colombiana.
- Pese a la concreción del delito de trata de personas en la modalidad de mendicidad ajena, no se puede judicializar dicha conducta punible, por la protección constitucional de la cual gozan las comunidades indígenas, y es así como la Corte Constitucional prohíbe que los mismos sean judicializados y por el contrario exige que sean reintegrados a su cultura, independiente del arraigo cultural del mismo, dentro de los fines constitucionales señalados respecto de la protección y garantía de los derechos de las minorías étnicas.
- En la mayoría de los casos los operadores judiciales se abstienen de juzgar a los indígenas, toda vez que no existe claridad en los límites y alcances de la jurisdicción especial indígena y el ámbito de aplicación de la jurisdicción ordinaria para comunidades indígenas, cuyo referente para determinar la jurisdicción es vía jurisprudencial mediante la citada Sentencia T-617-2010.
- El tema de la mendicidad ajena se debe judicializar con el solo hecho de ver que el niño la ejerce, debe ser mucho más proactiva la labor con las comunidades, identificar los posibles casos de trata antes de que se lleguen a consumir.

BIBLIOGRAFÍA

- Acto Legislativo 2 de 1.º de julio de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.560, de 1.º de julio de 2015, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html].
- ALEXY, ROBERT. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 11, 2009, pp. 3 a 14, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>].
- ARANGO ARIAS, ANA LUCÍA y CARLOS ANDRÉS HURTADO DÍAZ. “Especificaciones sobre la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA), el turismo sexual y sus relaciones con el discurso capitalista”, *Textos y Sentidos*, n.º 6, 2012, pp. 79 a 101, disponible en [<https://revistas.ucp.edu.co/index.php/textosysentidos/article/view/559>].
- BECERRA BECERRA, CARMEN ANDREA. “La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa”, *El Otro Derecho*, n.º 35, 2006, pp. 213 a 237, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/02/el-otro-derecho-n-35/>].
- BENEDET, LETICIA; DIANA GONZALEZ, ALBA GOYCOECHEA, SUSANA LEONARDI, JUAN MIGUEL PETIT y ANDRA TUANA. *La trata de mujeres con fines de explotación sexual comercial en el Uruguay: caminos recorridos hacia la construcción de una política pública*, Montevideo, Ministerio de Desarrollo Social, Instituto Nacional de Mujeres 2009.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL. “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 2, n.º 3, 2007, pp. 1 a 28, disponible en [https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_6_3.pdf].

- CARVAJAL, JORGE. “La sociología jurídica y el derecho”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 14, n.º 27, 2011, pp. 109 a 119, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2402>].
- CHIAROTTI, SUSANA. *La trata de mujeres: sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2003, disponible en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7176/S035292_es.pdf?sequence=1].
- CHINGATE PRIETO, HUGO CESAR. “Imputabilidad e inimputabilidad frente a la persona indígena” (tesis de especialización), Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2014, disponible en [<https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/12235?show=full>].
- COLOMBO, MARCELO. *Plan de trabajo en talleres sobre género y trata de personas con fines de explotación sexual*, Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012, disponible en [<https://www.csjn.gov.ar/om/docs/trata.pdf>].
- Constitución Política de Colombia, *Gaceta Constitucional*, n.º 116 de 20 de julio de 1991, disponible en [<http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica>].
- CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA. *Plan de vida del pueblo chamí y katío de Risaralda*, Pereira, 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
- Auto 051 de 2013. Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202013/009.%20Auto%20051%20de%2015-03-2013.pdf>].
- Sentencia T-254 de 30 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>].

Sentencia T-496 de 26 de septiembre de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>].

Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>].

Sentencia C-370 de 14 de mayo de 2002, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm>].

Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>].

Sentencia T-514 de 30 de julio de 2009, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-514-09.htm>].

Sentencia T-617 de 5 de agosto de 2010, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm>].

Sentencia T-002 de 11 de enero de 2012, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-002-12.htm>].

Sentencia C-464 de 9 de julio de 2014, M. P.: ALBERTO ROJAS RÍOS, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-464-14.htm>].

Sentencia T-642 de 4 de septiembre de 2014, M. S.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-642-14.htm>].

- CRUZ MICAN, DIANA. “Jurisdicción especial indígena en Colombia: un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria” (artículo de reflexión elaborado como trabajo de grado para optar al título de abogada), Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2011, disponible en [<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14158/1/De%20la%20Jurisdicci%C3%B3n%20especial%20ind%C3%ADgena%20en%20Colombia.pdf>].
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general del proceso*, 2.^a ed., Buenos Aires, Edit. Universidad, 1997.
- DEVIA CABRERA, HOLMAN LEVI. “De la jurisdicción especial indígena: un estudio de línea jurisprudencial del Consejo Superior de la Judicatura sobre conflictos de competencia. Una mirada a la tendencia” (tesis de pregrado), Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016, disponible en [<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/9828>].
- FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS. “Diversidad cultural y sistema penal”, *Revista Penal*, n.º 22, 2008, pp. 33 a 42, disponible en [<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11989/Diversidad.pdf?sequence=2>].
- GIRALDO VILLA, VICTORIA EUGENIA. *Metamorfosis de la esclavitud: manual jurídico de trata de personas*, Bogotá, Fundación Esperanza, 2005.
- GNECCO, CRISTÓBAL y MARTHA ZAMBRANO. *Memorias hegemónicas, memorias disidentes: el pasado como política de la historia*, Popayán, Universidad de Cauca, 2000.
- GRANADOS, ALEXANDER. “Noticias de impacto en Pereira”, *Diario del Otún*, 13 de julio de 2012.
- HENAO TRIP, MARÍA ISABEL. “Lucha contra la trata de personas: desafío para Colombia en el siglo XXI”, *Revista Criminalidad*, vol. 50, n.º 1, 2008, pp. 386 a 402, disponible en [<https://www.policia.gov.co/sites/default/files/Lucha.html>].

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Concepto Unificado 27891 de 7 de julio de 2010 “Concepto General Unificado Niñez y Adolescencia”, disponible en [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0027891_2010.htm].

KHOUDOUR-CASTÉRAS, DAVID. “Efectos de la migración sobre el trabajo infantil en Colombia”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 11, n.º 20, 2009, pp. 229 a 252, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/350/328>].

LAVERDE RODRÍGUEZ, CARLOS ALFONSO. *Prostitución y trabajo: condiciones sociales y laborales de mujeres trabajadoras sexuales en la ciudad de Bogotá*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-, 2015.

Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html].

Ley 679 de 3 de agosto de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.509, de 4 de agosto de 2001, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0679_2001.html].

Ley 985 de 26 de agosto de 2005, *Diario Oficial*, n.º 46.015, de 29 de agosto de 2005, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0985_2005.html].

Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006, *Diario Oficial*, n.º 46.446, de 8 de noviembre de 2006, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html].

Ley 1329 de 17 de julio de 2009, *Diario Oficial*, n.º 47.413, de 17 de julio de 2009, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677517>].

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JORGE. “Métodos de investigación cualitativa”, *Silogismo. Revista de la Corporación Internacional para el Desarrollo Educativo*, n.º 8, 2011, pp. 1 a 33.

- MATEUS RUGELES, ANDREA; ANTONIO VARÓN MEJÍA, BEATRIZ LONDOÑO TORO, BEATRIZ EUGENIA LUNA DE ALIAGA y MAURICIO VANEGAS MOYANO. *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia*, Bogotá, UNODC, Ministerio del Interior y de Justicia y Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009, disponible en [https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Investigacion_U_Rosario.pdf].
- MEERTENS, DONNY (dir.). *Estudio nacional explotario descriptivo sobre el fenómeno de trata de personas en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, UNODC y Ministerio del Interior y de Justicia, 2009, disponible en [https://www.unodc.org/documents/frontpage/Investigacion_Trata_CO1.pdf].
- MINISTERIO DE CULTURA DE COLOMBIA. “Embera Katío”, Bogotá, 2010, disponible en [<http://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/noticias/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20del%20pueblo%20Embera%20Kat%C3%ADO.pdf>].
- MONTALVÁN LOAIZA, PAÚL ALEXANDER. “La prevención de la mendicidad de niños niñas y adolescentes, como problema social y jurídico del Ecuador” (tesis de pregrado), Loja, Ecuador, Universidad Nacional de Loja, 2011, disponible en [<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/handle/123456789/1330>].
- MORA TORRES, DIANA FERNANDA. “Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena” (tesis de pregrado), Bogotá, Universidad Javeriana, 2003, disponible en [https://www.academia.edu/23762130/BASES_CONCEPTUALES_DE_LA_JURISDICCION_ESPECIAL_INDIGENA].
- OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. “La trata de personas: compraventa de seres humanos”, UNODC, s. f., disponible en [<https://www.unodc.org/toc/es/crimes/human-trafficking.html>].

- ONU: ASAMBLEA GENERAL. *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, 2 de diciembre de 1949, A/RES/317, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-suppression-traffic-persons-and-exploitation>].
- ONU: ASAMBLEA GENERAL. *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc_sp.pdf].
- ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. “Embera Eyabida - Embera Katío”, s. f., disponible en [<https://www.onic.org.co/pueblos/1096-embera-katio>].
- OVIDEO PINTO, MARÍA LEONOR. “Evolución del concepto de la inimputabilidad en Colombia”, *Revista Via Iuris*, n.º 6, 2009, pp. 54 a 70, disponible en [<https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/59>].
- RAMOS RUIZ, JOSÉ LUIS; JOSÉ LUIS MORENO CUELLO, JAIRO PARADA CORRALES y ALEXANDRA GARCÍA I. “La mendicidad en el Caribe colombiano: el caso de los distritos de Barranquilla, Santa Marta y Cartagena”, *Revista Economía del Caribe*, n.º 2, 2008, pp. 66 a 105, disponible en [<https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/economia/article/view/552/294>].
- RODRÍGUEZ, MARCELA V. “Tramas de la prostitución y la trata con fines de explotación sexual”, *Documentos de Trabajo*, n.º 84, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas, 2012, disponible en [<https://www.ciepp.org.ar/images/ciepp/docstrabajo/doc%2084.pdf>].
- ROMÁN LEO, ANA; CARMEN ÁLVAREZ e ISABEL FERNÁNDEZ (coords.). *Esclavas del siglo XXI: la trata con fines de explotación sexual*, España, Fundación Paz y Desarrollo, 2008, disponible en [https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvifs/Proyecto_Apoyo_Asociacion_Juristas/Esclavas_del_siglo_XXI_Paz_y_Desarrollo.pdf].

- RUIZ, JUAN MANUEL y FERNANDO POSADA. “En Bogotá hay mafias detrás de la mendicidad de los indígenas”, *RCN Radio*, 19 de octubre de 2015, disponible en [<https://www.rcnradio.com/podcast/en-bogota-hay-mafias-detras-de-la-mendicidad-de-los-indigenas>].
- TANTALEÁN ODAR, REYNALDO MARIO. “Tipología de las investigaciones jurídicas”, *Derecho y Cambio Social*, año XIII, n.º 43, 2016, pp. 1 a 37, disponible en [https://www.derechocambiosocial.com/revistao43/TIPOLOGIA_DE_LAS_INVESTIGACIONES_JURIDICAS.pdf].
- TAPASCO, LUIS RODRIGO. “El desplazamiento del Embera Chamí, y su nueva cotidianidad en la ciudad de Pereira: una mirada desde una comunidad indígena asociada con las políticas de desplazamiento” (tesis de pregrado), Pereira, Universidad Tecnológica de Pereira, 2008, disponible en [<https://repositorio.utp.edu.co/server/api/core/bitstreams/bfc18d14-5343-42c0-a520-da6ecc9bd129/content>].
- TIRADO ACERO, MISAEL. “El debate entre prostitución y trabajo sexual. Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública”, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 6, n.º 1, 2011, pp. 127 a 148, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/ries/article/view/118>].
- TORREGROSA JIMÉNEZ, NORHYS ESTHER y RODOLFO TORREGROSA JIMÉNEZ. “La investigación socio-jurídica una función prioritaria en la formación de los abogados y abogadas del siglo XXI en Colombia”, *Verba Iuris*, n.º 28, 2012, pp. 13 a 15.
- VALENCIA, MARÍA DEL PILAR. “Justicia embera, identidad y cambio cultural (reflexiones en torno a una experiencia)”, *El Otro Derecho*, n.º 26-27, 2002, pp. 113 a 134, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/01/el-otro-derecho-n-26-27/>].
- VASCO URIBE, LUIS GUILLERMO. *Jaibanás: los verdaderos hombres*, Bogotá, Banco Popular, 1985.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho penal: parte general*, Bogotá, Temis, 2004.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en diciembre de 2022

Se compuso en caracteres Minion Pro de 11 y 9 pts.

Bogotá, Colombia