

## **Peritaje 13**

### **Caso Pasto**

**Abuso carnal violento en menor de 14 años.**

**2015**

Reverencia N. C. 150016008832201300009

Para doctora Ana Lucía Samacá Saavedra

Fiscal 18 seccional Caivas

Carrera 10 23 -35 Tunja (Boyacá) - Teléfono: 0987401992

Bogotá, D. C., 26 de septiembre de 2015

Acompañó la entrevista Dustano Luis Rojas Garcés (Cel. 3005616852). Antropólogo profesional especializado en investigación del Grupo de Investigación Defensorial (Defensoría del Pueblo), quien participó como observador. Llevada a cabo el 26 de septiembre de 2015 en la ciudad de Bogotá.

Para elaborar esta prueba solicitada por la fiscal arriba mencionada se realizaron las siguientes actividades previas a la emisión de este concepto: 1) solicitud al departamento de Nariño, municipio de Guachucal Gran Territorio de los Pastos, Resguardo Indígena de Muellamués Nit. 800217863-4; 2) Lectura del expediente en su totalidad; 3) Entrevista a Javier Orlando Pastas Cuastuma identificado con C. C. 1 088 649 034 expedida en Guachucal (Nariño).

Me permito expresar lo siguiente con base a las preguntas formuladas por la señora fiscal, doctora Samacá Saavedra:

1. Pregunta. Establecer si el imputado Javier Orlando Pastas Cuastumal es un indígena.

Puedo afirmar que el imputado sí es un indígena del resguardo Muellamués ubicado en Nariño, no solamente por estar censado él y sus padres como lo informa el gobernador, señor Servio Tulio Castro y el secretario Andrés Cuatín en la constancia por mi solicitud y que adjunto, sino porque a mi pregunta: si es indígena, lo afirmo y particularmente dada la coherencia expresa en la entrevista la que implica patrones de vida indígena bien incorporados en el proceso de socialización.

2. De ser así a qué pueblo indígena pertenece.

Al pueblo Pasto del departamento de Nariño.

3. Cuánto hace que él no vive en su resguardo.

Aunque salió de su comunidad hace siete años, manifestando razones tanto de violencia cometida por los actores armados, como por condiciones de pobreza extrema, se siente indígena. Vale resaltar que este sentimiento es el elemento esencial para definir la identidad indígena como lo expresa el Convenio 169 de la OIT vinculante para Colombia. Cada vez que tiene la oportunidad y que los recursos económicos se lo permiten, visita durante el año una o dos veces, a su familia y comunidad.

Ni la distancia en kilómetros del núcleo habitacional de una comunidad, ni el tiempo transcurrido fuera de la misma son factores de descaracterización cultural. Es como si un mestizo estudia en el exterior y por el hecho de aprender otro idioma y costumbres distintas, dejará de sentirse colombiano.

La identidad y con estos cientos de referentes cognitivos como los valores, que fueron aprendidos, se mantienen si la persona desea mantenerlos y no los sustituye por nuevos referentes.

Dado que el indígena Javier Orlando Pastas Cuastumal, narró las condiciones de violencia, que determinaron salir de su comunidad por la presencia asidua de las FARC, como perito aproveché para determinar lo que él entendía por violencia.

A preguntas como si ellos, los guerrilleros mataban, secuestraban, manifestó que sí, que ellos cometen estos hechos que ellos no podían evitar. Eran acciones que los indígenas no querían que sucedieran, pero sucedían porque los guerrilleros tenían armas y les producían miedo. Según él, la violencia deja mucho dolor.

A mi aclaración explícita, si la violencia eran actos deliberados con el objeto de causarle daño a otro era lo que él entendía por violencia, afirmó que sí.

Por sus condiciones particulares como indígena, con baja escolaridad él no podía saber que en la sociedad mayoritaria esté prohibido tener relaciones sexuales con una mujer desarrollada y cuyos coqueteos mutuos los llevan a tener relaciones sexuales consentidas, como sí es posible en su propia sociedad.

Manifiesta que él nunca obligo a las muchachas con quienes ha tenido relaciones sexuales y que mutuamente con ella decidieron tener relaciones físicas y sentimentales.

#### 4. Cuánto hace que vive en una ciudad diferente a la de su resguardo y haciendo qué.

Javier Orlando Pastas Cuastumal, actualmente vive en Tunja, a donde llegó por recomendaciones de un amigo indígena que le manifestó que allí había trabajo. La firma constructora de carreteras Solarte y Solarte es de Nariño, luego es muy posible que su amigo se informará de la construcción de una vía en Boyacá. Allí vive con su esposa Margarita Quemba Espitia, la cual conoció a su arribo a la ciudad y actualmente viven juntos con dos pequeños hijos. En Tunja se enganchó como trabajador en la compañía de ingenieros en donde se desempeñaba como obrero trabajador. Actualmente, debido a la demanda presentada en su contra, la empresa lo retiró y trabaja al diario en construcción como obrero. La empresa le prometió volverlo a contratar terminado este proceso. Él manifiesta su deseo de poder regresar a trabajar en esta empresa.

#### 5. Si sabe leer, escribir, su grado de escolaridad, si es un hombre educado, si ha cursado estudios diferentes a los básicos.

El señor Pastas Cuastumal estudió tres grados de primaria dentro de la Escuela del resguardo llamada Guampunte alto, siendo su profesor Vallardo Ortega también miembro de la comunidad. Una característica de madurez, referente a procesos cognitivos avanzados, en el sentido de incorporar capacidades intelectuales externas tiene que ver con la posibilidad de reflejar, por ejemplo, en la elaboración de planos niveles de detalle, de ubicación y contexto para dibujar objetos o realidades. En el dibujo que a solicitud de la perita realizó el indígena, muestra gran dificultad para escribir palabras como cama. En el dibujo que contiene números para ubicar en la casa los espacios donde duermen sus padres y hermanos es posible deducir una base educativa incipiente. Adicionalmente los niveles de pobreza se expresan cuando en detalle muestra en la casa dibujada que esta no cuenta con ventanas y que tenía, cuando él la habitaba solamente dos camas, una para sus padres y otra para él y sus hermanos. Puede concluirse que en términos de educación formal sus conocimientos son excesivamente rudimentarios, no así las habilidades para trabajar en los oficios como agricultor. Narra el indígena que sus padres no pudieron disponer de los recursos para la compra de libros y demás útiles escolares, razón por la cual lo retiraron de la escuela.

6. Dónde vivía antes de estar en la ciudad de Tunja.

Hasta sus 19 años vivió en su vereda y con su comunidad, cultivando la tierra y criando los animales para consumo. Pastas Cuastumal hace parte de una comunidad que produce alimentos para la autosuficiencia de la familia y de la misma comunidad. Mediante la práctica de instituciones propias indígenas como el cambio de mano y la minga, en donde los miembros se reúnen para apoyar tareas que pueden denominarse bienes comunes como él lo manifiesta. Construyen zanjas, arreglo de caminos, ampliando esta ayuda mutua y comunitaria en el marco de relaciones Inter veredales.

7. Qué plantea la jurisdicción indígena, para el tratamiento jurídico penal de los indígenas en calidad de indiciados.

Si bien la Constitución Nacional reconoce la Jurisdicción Especial Indígena y con ésta sus autoridades judiciales propias, como también potestades para conocer, juzgar y sancionar, cada pueblo indígena es portador de referentes culturales que pueden enmarcarse en su derecho propio. Es claro en el marco de la entrevista, que Javier Orlando Pastas Cuastumal conoce perfectamente la existencia en su comunidad, de una autoridad como es el gobernador que es la autoridad competente para implementar un orden establecido que debe cumplirse y el del alguacil quien es el que aplica las sanciones (fuete) al sujeto transgresor, para restablecer el orden transgredido por la persona que se salió del comportamiento previsto.

La jurisdicción especial indígena (art. 246 de la Constitución) define que para que la autoridad indígena sea la competente para conocer, juzgar y sancionar un hecho, se requiere que el caso ocurra en el ámbito territorial comunitario y que los implicados sean indígenas. Los hechos no ocurrieron en el territorio y por ello es competente la jurisdicción ordinaria. Lo que sí se debe tener presente por la Ley 21 del 91, es la condición de que el involucrado sea un indígena como lo es en este caso.

8. Cuáles son los usos y costumbres sociales en el marco de las relaciones afectivas y sociales dentro del pueblo indígena al que supuestamente pertenece el investigado Javier Orlando Pastas Cuastumal.

No solamente se puede hablar de usos y costumbres cómo en este pueblo y comunidad se determina que una mujer pueda tener relaciones sexuales. Es en su derecho propio dónde están determinados los principios y procedimientos que rigen con respecto a las obligaciones que hombres y mujeres deben respetar y que de no hacerlo implica una sanción. En este sentido no todos los usos y costumbres son obligatorios. El derecho propio consagra sanción para el caso de relaciones sexuales violentas, en donde sin consentimiento, bajo el uso de fuerza física o amenaza, se obliga a otro a realizar un hecho que, en condiciones de libertad no estaría dispuesto a realizar.

En el marco de las relaciones afectivas y sociales dentro del pueblo indígena y en la vereda donde nació y viven sus padres y hermanos, existen fiestas y rituales donde se ofrece comida como papas, ollucos, cui, ocas, gallina, chicha, se tocan tambores para cantar y bailar. En estos eventos se encuentran jóvenes y adultos como miembros de las comunidades. Surgen en estos espacios y en las faenas cotidianas relaciones amorosas que se convierten en noviazgos, amaños, o matrimonios. Los noviazgos anteceden a la institución del amaño, en donde la pareja convive, puede tener hijos y hay unas relaciones, socialmente reconocidas, que obligan a cuidarse mutuamente, a trabajar para la auto subsistencia, a participar como pareja en eventos sociales como bautizos, primeras comuniones, matrimonios, entierros, etc. Un amaño puede iniciarse en este pueblo teniendo en cuenta que la mujer ha menstruado y el hombre ya es tan buen trabajador que puede trabajar lo propio para formar una familia. Tanto el hombre, como la mujer, al entrar en una relación de amaño ya presentan independencia suficiente para entre los dos sacar adelante una familia. El matrimonio se realiza

cuando la pareja decide formalizar socialmente la relación ante las autoridades del cabildo y miembros de la comunidad, de manera que se oficializa el compromiso de seguir adelante con la relación. Los deberes y derechos en la relación de amañe son menos estrictos frente a los matrimoniales ya que este implica un compromiso frente a aspectos como la fidelidad.

9. De acuerdo a sus usos y costumbres cómo se determina en esa cultura que una mujer puede tener relaciones sexuales.

Para este pueblo es importante reconocer en el caso de un hombre que la mujer a quien desea tenga un cuerpo configurado que le indique que no es una niña sino una persona mayor. Algunos estudios manifiestan que en estos pueblos la categoría joven no existe. Se pasa de niño a adulto y parte de estos referentes definen que la mujer se desarrolle físicamente. La madurez del cuerpo, el desarrollo, se expresa en una persona por la altura, la presencia de busto y caderas y en señales, que pueden leerse en el marco de esa sociedad, como coquetería o actuaciones que manifiestan deseo “química”. El entendimiento de esta realidad en el caso de un hombre, lo lleva a acercarse a una mujer con la cual puede tener relaciones sexuales consentidas.

10. Si el indígena está en la capacidad de conocer y entender que tener relaciones sexuales con menores de 14 años es un delito.

El señor Javier Orlando Pastas Cuastumal no está en la capacidad de conocer y entender que tener relaciones sexuales con una mujer alta, formada físicamente con busto y caderas, la cual ya ha menstruado y se ha complacido para tener relaciones sexuales, porque lo desea, es un delito, un acto antijurídico para la sociedad en la cual está viviendo actualmente. Jamás podría pensar, por no ser portador de este referente prohibido de la sociedad mestiza y mayoritaria, que sea un acto punitivo. En este pueblo la cronología de los años no cuenta de idéntica manera como para la sociedad mestiza. Muchos indígenas no saben cuántos años tienen. Existen dos casos que muestran esta realidad: el de Martín Tengana indígena Pasto, quien aspiró al Senado y por faltarle 3 meses para cumplir el requisito el Consejo de Estado no le permitió posesionarse. Y el de Ati Quigua, mujer Arhuaca. En este último caso la Corte Constitucional protegió el derecho a la distintividad y lo propio del pueblo arhuaco que define que la cronología en años no es la que determina madurez y desarrollo adulto, sino cómo la persona se ha desenvuelto, siendo esta una variable en las personas ya que no todas llegan a la madurez por haber cumplido determinada edad.

Es importante definir si tener relaciones sexuales antes de los 14 años puede ser criminalizado globalmente. Para responder es importante diferenciar: Relaciones sexuales con menor de 14 años que obedecen a expresiones de cultura; relaciones sexuales consentidas, aunque no son culturales y relaciones sexuales abusivas y violentas.

En el caso es posible afirmar que se trata de relaciones sexuales con menor de 14 años, que obedecen a expresiones de cultura

11. Si la persona (víctima del caso) con la que ha tenido relaciones sexuales, es indígena y que pueblo pertenecen.

Ivone Alejandra Caro Espitia, con la que el indígena tuvo las relaciones sexuales, no se puede determinar a partir del expediente si tiene orígenes indígenas, sin embargo, se sabe que es de Tauramena, Casanare. Actualmente vive con su padre Alexander Caro Rodríguez, en Tauramena. Se conoce, también que en su residencia actual se encuentran, la madrastra de Ivone Alejandra Caro Espitia, Susana Guevara Castro y la hija Karen Dayana Caro Espitia.

Adicionalmente, se conoce que la víctima es prima de la actual señora de Javier Orlando Pastas, Margarita Quemba que es indígena.

12. Esta Fiscalía agradece, que la perito agregue todas las observaciones que considere son pertinentes para aportar al caso.

Deseo aportar los Modelos de aplicación del derecho penal definidos por la Corte Constitucional.

- El modelo absoluto de la jurisdicción indígena, implica que los indígenas serán siempre investigados y juzgados por sus propias autoridades.
- El modelo clásico de la inimputabilidad, considera a los «indígenas no civilizados» como incapaces señalando que su delito se explica «porque mecanismos de desadaptación social frente a la civilización del blanco lo hacen chocar entre normas de culturas que desconoce o no comprende; falta en él aquella madurez intelectual que se requiere para convivir en nuestro medio social». Este sistema es criticado pues parte de la consideración errada del indígena como un incapaz y por implicar un sesgo peyorativo hacia esta cultura.
- El modelo de las defensas, plantea que la evidencia cultural puede ser utilizada como una defensa para excluir o reducir la punibilidad en el sistema anglosajón.
- El modelo del error de prohibición (o comprensión) culturalmente condicionado, implica que el indígena podría incurrir en un error sobre el conocimiento de la ilicitud motivada en aspectos culturales que puede eximir la culpabilidad de la conducta.
- El modelo de los delitos culturalmente motivados, implica unos criterios de análisis especial en aquellos delitos que son «la expresión de la cultura de todo un grupo étnico, cuyos miembros se habrían comportado como se ha comportado el sujeto activo», lo cual puede verificarse en 3 fases:
  - i)* una dimensión subjetiva que implica existencia concreta de un motivo cultural para la comisión del delito;
  - ii)* una dimensión objetiva que implica que el mismo es la expresión de la cultura del grupo étnico minoritario y;
  - iii)* la diferencia de valoración entre ambos sistemas.

El ordenamiento jurídico colombiano ha establecido tres posibilidades para el tratamiento penal en los que el sindicado sea un indígena:

El fuero especial indígena que se deriva de la Constitución, del cual, el elemento étnico es sólo una condición parcial;

Está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural.

Puede aplicarse, como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable.

Este concepto se ha realizado de buena fe, puede ser ampliado o sustentado.

**Esther Sánchez Botero**  
Antropóloga