

Peritaje 8

Caso yuri - puinave

Protección y determinación de custodia

2011

Bogotá, D. C., 9 de diciembre de 2011

Doctor

Juan Carlos Henao Pérez

Magistrado Corte Constitucional

Calle 12 N.º 7-65

Bogotá, D. C.

REF.: Respuesta a concepto solicitado. Oficio OPT-A 712/2011

Expediente T 2 801 782. Acción de tutela

Respetado doctor Henao:

Con un cordial y atento saludo, me permito responder al cuestionario recibido el 25 de noviembre del año en curso.

Pregunta 2.1. En el evento de que se presente un conflicto de custodia de un menor que nace dentro de la unión de miembros de la comunidad indígena de Yuri, cuáles son los mecanismos o procedimientos para la solución de este de acuerdo con sus usos y costumbres.

Respuesta a 2.1. Los puinave son un pueblo indígena de Colombia, sujeto colectivo de derecho y portador de derechos humanos y fundamentales especiales. Es un sujeto colectivo vivo, con una cultura distinta y con un **sistema de derecho propio oficial y legal**, reconocido en la Constitución de 1991 (art. 246).

Este sistema de **derecho propio** está pensado y se vive bajo una perspectiva de integralidad porque está tejido con otras realidades como el medio ambiente, la religiosidad. El derecho puinave tiene tres partes: una ordena toda la vida social. Define cómo la familia es patrilineal y patrilocal; quiénes son parientes (biológicos, por adopción, rituales o simbólicos); los deberes y obligaciones entre parientes y no parientes; los principios y procedimientos para suceder los bienes materiales y espirituales; qué hacer y quién debe actuar frente a los huérfanos o los ancianos; entre quiénes se deben casar las personas; qué es ser niño; **quién cuida los niños en caso de no poder hacerlo los padres, por cualquier razón** entre otras muchísimas situaciones. Es decir, el derecho puinave representa el ordenamiento de cientos de realidades que se socializan desde temprana edad y que está incorporado dentro de una cotidianidad, un modo de pensar y de hacer. La propia lengua puinave da cuenta de estas realidades, de modo que lengua y modo de vida van unidos. Una segunda parte constitutiva del derecho propio ordena lo que es de todos: la distribución de la tierra; el manejo del agua, el cuidado de los ríos, los peces, los animales de caza, los lugares donde defecar o donde enterrar los muertos. Y, una tercera parte del derecho propio es el ámbito propiamente de la justicia. Allí se encuentran las

autoridades indígenas con competencia jurisdiccional plena, en todas las materias. Estas autoridades son reconocidas socialmente y toda vez que sea necesario, conocen los hechos, los juzgan y sancionan acorde con sus **normas y procedimientos**.

En el cuaderno 2, página 8, la señora Yelitza Paola Quimbaya manifiesta que «nació en la comunidad yuri y que mientras vivió allí no conoció reglamento alguno, acerca de la justicia indígena (...)».

Esta es una pregunta bien contestada, pero mal formulada puesto que si a mí me preguntan si conozco el reglamento de ética de los cirujanos plásticos, es posible que responda que no lo conozco; pero no por ello se puede concluir que no existe.

A la pregunta:

¿Diga si ha acudido a la autoridad indígena de la comunidad yuri para exponer que, si es del caso, su ¿El derecho de visitas no ha podido ser cumplido?

No, no he acudido porque ellos me van a decir que no.

Expediente de la Corte Constitucional Radicado T- 2801782, página 133.

Su respuesta demuestra que conoce quien ejerce autoridad y que son ellos. No es solamente la autoridad del capitán, es además del núcleo familiar clánico, los ancianos los cuales deben haber sido consultados frente al caso. Pero aún más, ella con su respuesta demuestra que conoce qué hacer en un caso como el suyo, en su propia comunidad, por ello sabe que le van a decir que no.

El derecho propio puinave que rige a esta sociedad no está configurado a la manera del Derecho Positivo con códigos escritos y reglamentaciones. No contiene por supuesto una clasificación de «conductas prohibidas» que se puedan enumerar positivamente. Pero, no se puede negar su existencia en tanto está configurado en las personas cognitivamente mediante procesos de socialización muy eficaces, como lo expresa pasmosamente en el Expediente de la Corte Constitucional Radicado T- 2801782, páginas 108 y 109, el declarante Eduardo Medina Parada.

Las normas que nosotros tenemos es lo hablado; pero no tenemos reglamento escrito.

Los reglamentos internos que ellos fijan (refiriéndose al capitán) los hacen de manera anual, que es el capitán que eligen cada año el que vigila que eso se cumpla, pero eso no es por escrito, es una reunión abierta con la comunidad. Él dice que entre todos acuerdan la forma de castigar cuando ellos cometen una falta, que es cuando alguien roba, cuando alguien se lleva algo sin permiso, cuando hay peleas entre familias, entre personas; buscan la solución, y la persona que convoca es el Capitán, allí se reúnen los más ancianos de la comunidad para discutir. Ellos se reúnen los ancianos, los más antiguos en la comunidad se reúnen delante de la comunidad, en esa reunión llevan el problema y lo discuten y lo aconsejan y buscan la solución. No se ha llegado al punto de castigar a alguien, solo dan consejos, la gente cumple los consejos.

Las personas saben que tienen restricciones que deben cumplir obligatoriamente y que de transgredirlas son sancionados. Pero, también la antropología establece que la cultura no está homogéneamente repartida y por ello, no hace parte del saber de todos los que pertenecen a un mundo cultural; una mirada a nosotros mismos como miembros de una sociedad y cultura particular permite deducir la veracidad de este planteamiento.

Pregunta 2.2. ¿Dentro de la etnia puinave es importante que la menor permanezca con su familia?

Respuesta a 2.2.

Lo es tanto como para nosotros es, que un niño permanezca con su familia. El valor y estima de la familia, el amor a los niños es significativamente importante para los puinave; lo es tanto, que los niños son sujetos de cuidado y protección de los miembros de los diferentes clanes. Por esto es importante comprender a fondo que el sistema social de los puinave trasciende la familia nuclear, ya que están organizados en clanes patrilineales y patrilocales.

Lo que constituye el interés superior de un niño está determinado por la cultura de una sociedad particular, que comparte diferentes asuntos como una clasificación sobre las distintas etapas tales como para ser alimentados por la madre, para conocer desde lo alto (cargados) caminos, peligros, diferencias de alimentos, familiares, animales, distintas realidades, la etapa para conocer gateando, la etapa desde que se camina y con estas todo el orden deseable para los diferentes asuntos, los que se socializan con palabras y participación en la vida cotidiana. Una buena parte de este proceso está relacionado con las prohibiciones y el ámbito para resolver conflictos.

El ‘interés superior del niño’, pensado desde Occidente, es una posibilidad solamente deseable desde esta visión cultural. El análisis del caso permite afianzar la lógica de los mundos culturales y sociales, que es una particularidad que se vive en una realidad históricamente situada. Permite encontrar y justificar salidas diferenciadas. Esta realidad, que orienta el cómo deben ser ciertas directrices, se fundamenta en los referentes de cada cultura, es decir, en los *juegos de lenguaje*, que se juegan y se pueden jugar porque se conocen las reglas de *ese juego* en la sociedad *determinada*, como resultado de un sistema con principios y modos de hacer las cosas, que buscan afianzar la estructura o espina dorsal de la sociedad particular. Esta variante no se encuentra al primer vistazo, porque no son las manifestaciones exóticas o las curiosidades superficiales las que permiten interpretar la realidad cultural. La interpretación de un hecho cultural parte, en cambio, de encontrar cómo se da la reproducción de un mundo sociocultural determinado.

El matrimonio puinave constituye una forma de realizar alianzas entre clanes. El intercambio entre clanes para tomar esposa es circular y se origina desde la familia del novio hacia la familia de la futura novia. Este intercambio tiene dos funciones principales: la primera, validar el matrimonio; la segunda, transferir la capacidad procreadora del novio desde la familia hacia la de la mujer. Mediante esta transferencia se concede al hombre y a su familia el derecho a reclamar a todos los hijos que tenga con la mujer sea o no puinave. Debido a que la sociedad considera que todos los niños nacidos durante el matrimonio pertenecen en primer lugar a los puinave como pueblo, al clan paterno, la protección de los niños, en caso de ruptura matrimonial o muerte, es considerada un derecho del clan paterno. El matrimonio ha sido el medio para asegurar alianzas entre distintos clanes, y por ello se considera a los niños como vínculo esencial de unión. Aunque la mujer se *fugue* es deber de los miembros de la familia conservar los niños a fin de seguir sosteniendo relaciones con las familias de otros clanes, es su medio de continuar un proceso íntimamente relacionado con su existencia a futuro.

Dado que la sociedad está organizada en clanes. Estos colectivos definidos por sentirse descendientes de un antepasado común son los que realizan importantes prácticas económicas, espirituales y rituales. En este contexto, es importante el reconocimiento de sus derechos y deberes sobre los niños y jóvenes, para cumplir con realizaciones y funciones necesarias a la reproducción del clan, inserto en una unidad mayor que es su pueblo.

Los clanes a los que pertenecen los jóvenes en calidad de futuros cónyuges están directamente implicados en la concertación del matrimonio. El joven novio debe someterse a las posibilidades de

su clan para casarse; la joven a su vez, a la decisión de su propio clan. Estas formas de regular el matrimonio definen con quién es posible casarse y con quién no. Estas decisiones hacen parte de la cultura y tiene una importancia social considerable. Este paso, no fija edad mínima para el matrimonio como lo establece el derecho estatal y es señal de la capacidad de un clan acoger a una nueva familia para que pueda participar en la vida social bajo su apoyo y su respaldo.

Pregunta 2.3. ¿Qué tan importante es la presencia del Capitán en la mediación de los conflictos de custodia dentro de la comunidad de Yuri?

Respuesta a 2.3. El Capitán es la autoridad con competencia jurisdiccional que los puinave reconocen y valoran. Es elegido por la comunidad por un periodo de un año y está registrado en la Alcaldía de Inírida el 14 de enero de 2011. Ver en Expediente en Corte Constitucional Radicado T- 2801782, página 24.

Como autoridad él y los mayores o ancianos del pueblo, muchos de los cuales fueron capitanes, o son llamados a petición, se enteran y toman la iniciativa, en primer lugar, para dar consejo o, en segundo lugar, para intervenir frente a los casos que lo requieran.

Los viejos de la comunidad hablaron con ella para que no se fuera, pero ella no les dio importancia a los consejos de ellos. (Cuaderno 1, página 18).

Su presencia como capitán en la comunidad es substantiva. Ellos son elegidos en reconocimiento de su capacidad para que permanezca la armonía ya sea previniendo problemas y conflictos, mejorando la calidad de vida de los comunitarios y representándolos en el mundo de fuera, (como lo hiciera al ser llamado por el ICBF) y para ejercer funciones jurisdiccionales sólo o con otros miembros de la comunidad como cabildantes y ancianos consejeros.

El capitán es el líder de toda la comunidad junto con los ancianos y, el capitán es el que legalmente está reconocido ante cualquier entidad sea la Alcaldía, o Gobernación y que ellos tienen carnet que los acredita como capitanes que da la Alcaldía. La función es gestionar las necesidades de las comunidades, esas funciones no se escriben, se conocen en la comunidad. No hay manual de funciones que ellos solo nombran y ese el trabajo de ellos es trabajar por la comunidad y liderarlos. (Ver Expediente en Corte Constitucional Radicado T- 2801782, página 108).

Pregunta 2.4. ¿Cuándo interviene el Cabildo indígena en los conflictos de menores?

Respuesta a 2.4. Cuando hay niños huérfanos y los familiares cercanos están en imposibilidad de tenerlos bien. Cuando existe, como en este caso, un conflicto que irrumpe negativamente la tradición y es necesario reorganizar lo que está saliéndose de los principios que él debe proteger, porque ha sido elegido y nombrado por representar los intereses de su pueblo y el más importante es poder seguir siendo un pueblo indígena portador de una identidad diferenciada. Cada uno de sus miembros se siente indígena, se siente puinave y miembro de la comunidad yuri.

En el expediente, estas funciones quedan claras en la declaración de la señora Yelitza Paola Quimbayo Días.

Por favor, indique al despacho ¿quién tiene asignada la custodia de su hija Sirley Estefanía Parada Quimbayo?

Los abuelos porque ellos la han criado hace un año y por decisión del capitán de la comunidad yuri. (Cuaderno 1, página 10).

También, al ser llamado el capitán por la Juez de Familia en Inírida, como le corresponde hacer a una juez formada en el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural, y en conocimiento de la resolución ICBF 2785 de 2009 (ver considerandos), por lo tanto, de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, en el marco de la coordinación interjurisdiccional, la señora Juez afirma:

«(...) respetando la diferencia cultural, de los indígenas, garantizándoles sus derechos y evitando la vulneración de los derechos de la menor».

Bajo estos parámetros, procede el capitán de la comunidad yuri EDUARDO MEDINA PARADA, en calidad de autoridad indígena de esa comunidad, a adelantar una conciliación por Custodia, con la señora YELITZA PAOLA QUIMBAYO, en calidad de madre biológica de la menor SIRLEY ESTEFANI PARADA, plasmándose esta conciliación en un acta que, en su interior, contiene textualmente: «A lo que dice que la señora CECILIA RODRÍGUEZ y JAIME PARADA, en calidad de abuelos paternos de la menor tendrán la custodia de esta».

Continúa la Juez: «Ante esta afirmación queda demostrado, y sin duda alguna, que la Defensoría de familia no tomó decisión al respecto, solo actuó en cumplimiento de su deber en aras de garantizar el bienestar de la menor y respetar la competencia de la Jurisdicción especial indígena». (Cuaderno 1, página 12).

Esta competencia se expresa de modo cultural en la presencia de principios y procedimientos del derecho propio puinave.

La infidelidad en esta sociedad no es reprochable como lo es en otras sociedades, dado que no existe un concepto de «propiedad»: mi mujer, o mi hombre. Pero, sí es reprochable por transgredir con quién se hace pareja cuando esta se configura por fuera de las permisibilidades. Es claro que la señora demandante rompió una norma importante:

(...) ella siguió molestando con el muchacho que es su propio tío (...). La decisión la tomamos entre todos los que estuvimos en la reunión. Expediente Cuaderno

Pregunta 2.5. ¿Si el conflicto se soluciona en el marco de una conciliación realizada ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las normas indígenas son relevantes para la resolución del caso?

Respuesta a 2.5. El artículo 246 cierra con la frase: «La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional». El ICBF, dentro del marco de una Política Pública de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, definió e implementó principios y procedimientos desde el año 2000, como también mediante la Resolución 2785 de julio de 2009, para interactuar intercultural e interlegalmente en los casos de niños, niñas y jóvenes indígenas cuando estos casos salen de la jurisdicción especial indígena. Es claro que los servidores públicos deben hacer control constitucional de sus actuaciones para compatibilizarse con los derroteros de la carta. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782, página 69).

En primer lugar, los defensores y jueces deben definir si esta institución es o no la competente o, si en casos especiales como este, deben actuar con la autoridad indígena.

Por tratarse de miembros de una comunidad indígena esta defensoría citó a las partes para brindarles espacio para que estos decidieran sobre la custodia de la menor SIRLEY PARADA a la luz de

los artículos 246 de la CP y 13 de la Ley 1098 de 2006. (En Expediente. Corte Constitucional, radicado T- 2801782, página 78).

En la comunidad compartimos todos como familia, comemos juntos (En Expediente. Corte Constitucional, radicado T- 2801782, página 107).

Bajo estas circunstancias las normas y procedimientos de ambas autoridades se presentan, para dar salida a las medidas de protección o restablecimiento de derechos.

El hecho que la madre viva en la capital y el padre en la comunidad y que ella acuda a la jurisdicción ordinaria es una situación que amerita actuar interrelacionadamente. La Defensora en uso del conocimiento de que dispone, que trasciende su formación como abogada porque sabe que de aplicar el derecho que ella conoce únicamente estaría negando el reconocimiento constitucional no solamente a la autoridad que tiene competencia jurisdiccional sino al pueblo puinave que tiene derecho a la distintividad cultural y a lo propio, en este caso a su derecho propio. Este reconocimiento y valoración se deduce del Convenio 169 de la OIT que es vinculante y de la Declaración sobre pueblos indígenas de Naciones Unidas, derroteros libremente aceptados por el Estado colombiano que se comprometió a aplicarlos.

Deseo agregar:

La señora expresa de manera enérgica en el Cuaderno 1, página 2:

(...) hoy pago luz en Inírida, estudio en Inírida y trabajo en Inírida; **además, no recibo ningún privilegio de la comunidad yuri desde hace muchos años** y, como dije, mi embarazo fue controlado por la medicina del blanco y el parto fue atendido por médico blanco.

Puesto que la madre es la que debe tener a los niños (Cuaderno 1, página 10).

Pero la niña no pertenece al resguardo porque ella nació en Inírida (Cuaderno 1, página 11).

Una característica de los puinave es su visión cultural sentada en el sujeto colectivo, la comunidad, como digna de protección, pero en función de apoyar a cada uno de sus miembros. En esta sociedad se necesita **dar para recibir**. El dar y el recibir es una institución que atraviesa la vida cotidiana. Cada individuo sabe, porque lo ha vivido toda la vida, que no se basta por sí mismo; que requiere intercambio de mano de obra, trabajo colectivo, ayuda mutua y participación en todos los asuntos de la comunidad. El que ella plantee que se basta así misma, y con vehemencia exprese que no recibe ningún privilegio de la comunidad yuri, desde hace mucho tiempo significa que se la **/desconoce/** o porque ella repudia su sociedad o porque la sociedad la repudia a ella.

Juega como indígena de su comunidad (no siempre) pero cuando lo hace no acatan sus normas y actúa como blanca (libre y racional) desvinculándose de la misma, comunidad que es sujeto de derechos y ella de deberes. Se la denomina «cabuca» allí en su comunidad, porque es medio indígena y mitad blanca. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T- 2801782, página 111).

Mi hija vive y se desarrolla con la cultura de mi familia y la de Inírida (Guainía) (Cuaderno 1, página 2). «de igual forma no pueden obligarme a hacer algo que yo no quiera, ni mucho menos aplicar una ley o norma de un **lugar al cual yo no pertenezco**, dado que estarían violándome el derecho al libre desarrollo de la personalidad» (artículo 16 de la Constitución Política actual) y el acceso a la justicia (artículo 29 de la Constitución Política actual).

Es que el desarrollo de la libre personalidad como miembro de un pueblo indígena, tiene los límites que le impone ser miembro de un sujeto colectivo de derecho.

«(...) mi hija SIRLEY ESTEFANÍA PARADA QUIMBAYA se encuentra en una situación de amenaza a su derecho fundamental a tener una FAMILIA y a no ser separada de ella (...)» para evitar a la niña SIRLEY ESTEFANÍA PARADA QUIMBAYA un perjuicio irremediable en sus derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), de la vida, a tener una familia (art. 44 CP) y a no ser separada de ella, el cuidado y el amor y la libre expresión de su opinión en cabeza de su madre, al igual que gozar de una formación integral al lado de su mamá; (...).

La niña en el futuro puede definir cómo ella ha decidido ser libre y desarrollar su personalidad a su manera. Pero, mientras estén bajo las reglas de la comunidad han de vivir con ciertas restricciones. Esas restricciones hacen parte del derecho puinave a lo propio, que de ninguna manera es un mundo clonado que se repite sin cambios y modificaciones. Es un pueblo que se abrió cautelosamente a los mundos culturales foráneos.

Como madre no responde a los deberes pensados por este pueblo y que se constituyen en graves violaciones al derecho de los niños:

Desde su nacimiento, la señora PAOLA QUIMBAYO nunca demostró su responsabilidad como madre porque nunca le proporcionó la leche materna que tanto amerita en un recién nacido; porque le importaba más su presentación de servicios domésticos en la casa del doctor Manotas.

(...) Y nunca ha puesto en consideración de aportar no solo económicamente, sino también en otras especies que contribuyan positivamente al cuidado de la niña.

Los conflictos de pareja es usual que se arreglen entre la pareja, a veces con apoyo de los familiares; ese es el principio del derecho propio y ese es el procedimiento. Ella, la demandante, que lo sabe y lo reconoce, decide en contravía de ese derecho sacar el caso a la jurisdicción ordinaria, descalificando el derecho interno, ya que fue aconsejada por los ancianos a solicitud de su marido, pero no se acogió a estas solicitudes, sino que individualmente determinó actuar.

La demandante es sobrina de la esposa del capitán (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T-2801782, página 107) y sin embargo este ha actuado según el debido proceso puinave; es decir, si un niño está en peligro —como lo ha estado la niña—, dado que su mamá no la amamantó, ni la ha cuidado en sus primeros meses de vida como corresponde a una mamá; y, si la ha protegido el padre apoyado por los abuelos paternos que si demuestran capacidad afectiva y condiciones materiales; y, si como en el caso, este no se resolvió entre los miembros de la familia porque el caso ella lo sacó a la jurisdicción ordinaria, el define en colaboración con la Defensoría de menores y con la juez, la restitución de su derecho a actuar con competencia jurisdiccional para resolver y hacer eficaces sus resoluciones y el de la niña a tener una familia.

No queda claro que problema tuvo ella con un motor. Pero todo parece indicar que se alejó para no seguir con un problema en el que se encontraba involucrada. (En Expediente. Corte Constitucional Radicado T-2801782, página 109). Los puinave tienen un censo y allí están todos sus miembros aún si viven en Inírida u otro lugar. Pertenecer es de todas maneras ser identificados como propios de la comunidad viviendo fuera, pero con deberes frente a su comunidad como medio de seguir siendo sujetos de los derechos de grupo. Resulta pues claro que ella reconozca que no recibe pues todo parece indicar que no se siente miembro de esta.

La interlegalidad se manifiesta claramente en la frase de la Juez:

En este caso se respetó la diferencia cultural de los indígenas, se les garantizan sus derechos y se evitó la vulneración de los derechos de la niña.

Es claro que la juez aplicó el derecho de manera edificante. No solamente protegió el derecho de la niña a tener una familia, al goce de seguir viviendo con sus parientes patrilineales con los cuales ha compartido, sino a proteger el derecho de los pueblos indígenas a ser reconocidos y valorados como iguales en la diferencia. Esta medida implicó fundamentarse en cuatro de los derechos humanos de los pueblos indígenas: el derecho a la distintividad, a lo propio, a la igualdad (otro derecho con igual valor) y a la desigualdad (pluralismo jurídico de tipo igualitario).

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

Esther Sánchez Botero