



De Berlín a Nabusimake: la ley de origen en una justicia transicional intercultural

(From Berlin to Nabusimake: the role of indigenous law in an intercultural transitional justice)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES VOLUME 14, ISSUE 2 (2024), 389–415: DERECHOS EMERGENTES Y BIENES COMUNES EN EL SUR GLOBAL

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.1759](https://doi.org/10.35295/OSLS.IISL.1759)

RECEIVED 24 APRIL 2023, ACCEPTED 29 AUGUST 2023, VERSION OF RECORD PUBLISHED 1 APRIL 2024

ANDRÉE VIANA GARCÉS* 

LIBARDO JOSÉ ARIZA* 

Resumen

Este artículo se aproxima a una discusión pendiente, sobre el lugar del saber propio indígena y su ley de origen —el más valioso de los bienes comunes— en una teoría intercultural de los delitos internacionales. En el marco de la transición colombiana, que implica la obligación de estabilizar una paz incluyente, es inaplazable abrir el camino a preguntas que permitan dotar de un sentido culturalmente adecuado a los bienes jurídicos afectados por los crímenes atroces que han aumentado el riesgo de exterminio de los pueblos indígenas colombianos. Este artículo hace un primer planteamiento de esa discusión, aferrado a la fuerza de las teorías jurídicas del sur global, para explorar en la gramática del derecho penal, el lugar debido al conocimiento indígena y conjurar su sometimiento y consecuente extinción.

Palabras clave

Conocimiento propio; ley de origen; bienes comunes; sur global; justicia transicional; teoría intercultural del delito

Abstract

This article approaches a pending discussion regarding the place of indigenous knowledge and legal systems—the most valuable of common goods—in an intercultural theory of international crimes. Within the framework of the Colombian transition, which implies the obligation to stabilize an inclusive peace, this article paves the way to questions about an intercultural approach to legal rights affected by the atrocious crimes that have increased the risk of extermination of Colombian indigenous peoples. This

* Andrée Viana Garcés, Universidad de Girona. Correo electrónico: andree.viana@jep.gov.vo

* Libardo José Ariza, Universidad de los Andes. Correo electrónico: lj.ariza20@uniandes.edu.co

article makes a first move to this discussion, hanging on the strength of the legal theories of the global south for an indigenous based grammar of criminal law.

Key words

Indigenous knowledge; common goods; Global South; transitional justice; criminal law

Table of contents

1. Introducción	392
2. El músculo heurístico del Sur Global	394
2.1. El sur del derecho penal.....	397
2.2. De Berlín a Nabusimake	399
3. Un conjuro creativo desde lo invisible: la ley de origen en la dogmática penal de la JEP	401
3.1. Un crimen sin nombre.....	403
3.2. La desaparición del pueblo Wounaan: muertos (culturalmente) vivientes	407
3. Conclusión.....	410
Referencias	411
Jurisprudencia	415

Los Ayawa le dijeron a ~Yabi Soda: ¡Abuelo, venimos a pedir la noche!... pensaban que el Abuelo les entregaría la noche de una vez... El dueño de la Noche dijo: Ahora les voy a dar la Olla de la Noche... empacó la olla de la noche en una cajita, la amarró bien... Entonces les dijo... antes de abrir la cajita, es necesario... realizar una prevención... Hagan bien las cosas... este es un elemento sagrado... Los Ayawa sospecharon del Abuelo... dijeron --Vamos a mirar. Desataron la cuerda de la caja y al levantar la tapa de la Olla de la Noche, en un instante... la oscuridad cubrió todos los rincones de la tierra. Así los Ayawa perdieron los poderes que iban a recibir, se quedaron sin pensamiento; se desordenó la sabiduría para el manejo y control del Universo.

(...) Esa noche se estaba originando la palabra de conocimiento, -Keti Oka-; en ese momento los Ayawa no supieron manejarla y la dejaron escapar.

(Ignacio Valencia, Pueblo Macuna)¹

1. Introducción

No hay bien común más valioso para un pueblo indígena que su pensamiento ancestral. Esa especialísima acepción de pensamiento remite a un cuerpo de conocimiento multidimensional que agrupa distintas formas de sabiduría. Regula los órdenes y funciones de la vida y de la muerte, explica el tiempo y los espacios físicos y espirituales en que ambas –vida y muerte– suceden y se relacionan entre sí. El pensamiento común es parte del orden establecido desde los orígenes según la cosmovisión de cada cultura (Ministerio de Cultura de Colombia *et al.* 2018). La relación entre ese orden, llamado ley de origen, derecho propio o derecho mayor, y el pensamiento propio es circular, porque la vigencia de la ley de origen necesita de la permanente reproducción del pensamiento propio que, a su vez, implica la absorción de la realidad según códigos epistémicos de la ley de origen.

El proceso de la lucha indígena en Colombia, desde el final de la década de los 70 y hasta mediados de los 90 del siglo pasado, demuestra la importancia del pensamiento propio y de la ley de origen como bienes comunes por antonomasia. El centro de las estrategias de resistencia, en esos veinte años, fue la reflexión sobre el significado de lo “propio” que transitó desde la lucha por sus territorios, hacia la urgencia por detener los procesos de despojo de sus ceremonias, sus sistemas de transmisión de saberes, sus formas de perpetuación de cosmovisiones, o de conservación de las lenguas (Centro Nacional de Memoria Histórica y Organización Indígena de Colombia 2019). La resistencia alrededor de la protección de su derecho y conocimientos propios articuló la lucha contra todo tipo prácticas que amenazaran con su exterminio físico, o cultural.

El movimiento indígena, en definitiva, comunicó con claridad un mensaje recogido progresivamente en la jurisprudencia,² según el cual, ningún bien común indígena tiene

¹ “Esta historia que voy a contar me la narró el propio *wari-bi*, el hijo de la Luna. Como yo tenía muchas dudas acerca de esta historia, para saber si era cierta, nuestros abuelos, los que tenían el poder para hacerlo, hicieron bajar a *wari-bi* durante una toma de yagé y le pregunté a él mismo. Esta historia es narrada por él, personalmente. Todo esto que yo estoy contando salió de la boca del mismo *wari-bi*”. Ver Fundación Gaia Amazonas 2015, 57 y 63 y Asociación de Capitanes y Autoridades Tradicionales Indígenas del Río Pirá Paraná (ACAIP) 1996.

² El Consejo de Estado colombiano (tribunal de cierre de lo contencioso administrativo) también ha reconocido que el pensamiento propio es la base esencial para la reproducción y pervivencia de la vida indígena. Ver Consejo de Estado, Sentencia de 2 de marzo de 2022. Ver también Corte Constitucional, Auto A-004 de 2009, entre otras providencias que vinculan.

un sentido, alcance o función distintos de los que les correspondan según el pensamiento propio y la ley de origen.³ La preservación armónica de ese orden recae en los sistemas de autogobierno y justicia propia, que han sido reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas (2007, artículo 4), en la Declaración Americana sobre Pueblos Indígenas (2016, artículo XXI), y en las constituciones de América Latina de los años 90 y 2000.⁴ Como se detalla en la primera sección de este artículo, la irrupción del movimiento crítico denominado *sur global* para reinterpretar y definir los cuerpos normativos de la región anclados en la tradición europea y anglosajona, y la apertura –más o menos estructural o cosmética– de esos sistemas a la influencia del derecho indígena, es el triunfo de un sostenido pulso de diversos cuerpos teóricos, capaces de disputar el lugar de enunciación a las teorías jurídicas provenientes de Europa.

La excepción a ese triunfo, como quedará explicado en la sección inicial de este texto, es la especial forma en que el derecho penal se relaciona con la realidad, que no ha sido permeada por las lógicas de otros órdenes jurídicos –como los indígenas– igualmente válidos en las constituciones del sur global. Las recientes críticas que se han planteado a la manera en que se ha construido la teoría del delito en la región se enriquece con la propuesta que aquí planteamos en torno a la incorporación del derecho propio en la definición de las categorías jurídico-penales. La europeidad de las construcciones dogmáticas penales aplicadas disciplinadamente por la mayoría de nuestros jueces y magistrados, incluso los de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP),⁵ excluye toda

³ En ese sentido, puede verse, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 2021, 63. Sin que medie una pretensión de homogeneizar la percepción de todos los pueblos indígenas, los ejemplos son útiles para representar algunas líneas comunes que han permitido que la jurisprudencia doméstica -colombiana- y la del sistema interamericano se aproximen a nociones de derecho y pensamiento propios indígenas. Para los Wiwa, por ejemplo, su ley de origen es la ley de Sé. Según ella, “el mundo material está sostenido por lo espiritual, sin este no podría existir nada. La Ley de Sé es la ley del conocimiento y del cumplimiento en pensamiento de las leyes que mantienen en orden el universo” (Organización Gonawindúa Tayrona 2009, 27). Según esa cosmovisión, en la ley de origen “están los hilos de la vida y la muerte”, con los que se teje “la red vital y las relaciones entre seres naturales, humanos y espirituales”. Esos cuerpos de pensamiento conforman un ordenamiento común que enmarca “los principios culturales de la permanencia y protección de la unidad territorial, el gobierno propio y los sitios sagrados”, y concentra la visión del mundo de los pueblos porque comprende las “dinámicas de relación de todas las unidades que conforman el territorio ancestral... como redes en un solo cuerpo, manteniendo la funcionalidad de manera equilibrada, de manera espiritual y, de manera material” José Gregorio Rodríguez, secretario de la organización Wiwa Gokuche del reguardo Kowi, Malayo y Arhuaco citado en, Centro Nacional de Memoria Histórica y Organización Nacional Indígena de Colombia 2019, 110. Para los Cofán y otros pueblos de las selvas del Putumayo, el conocimiento tradicional y la ley propia viene de la relación con la naturaleza, de su sabiduría y humildad. (Tobar *et al.* 2004). Para las gentes macuna, barasano, tatuyo, eduria y bará, pueblos amazónicos del río Pirá Paraná, su ley o conocimiento de origen es la explicación de toda existencia en la tierra, es el conjunto de reglas sobre el respeto de los lugares sagrados y el uso del territorio (Asociación de Capitanes y Autoridades Tradicionales Indígenas del Río Pirá Paraná (ACAIFI), 2015, 55).

⁴ Como la colombiana o las boliviana y ecuatoriana (Aparicio 2002 y Clavero 2004).

⁵ Esta jurisdicción fue fruto del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una paz estable y duradera con la extinta guerrilla de las Farc. Según el Acuerdo y tal como quedó integrado en la Constitución, conoce de forma preferente y exclusiva sobre las demás jurisdicciones “de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario [DIH] o graves violaciones de los Derechos Humanos”. La Constitución permite a la Sala de Reconocimiento de la JEP priorizar sus

posibilidad de incorporar una lectura culturalmente enriquecida de la realidad indígena cuando se refiera a ella, y de entender los bienes jurídicos desde la Ley de Origen de los pueblos victimizados.

Sin embargo, este artículo sugiere una revisión. Recorre un camino ya conocido para el derecho penal nacido en Alemania. La teoría de la imputación mediata de Roxin, se explica en ese apartado, ha sido apropiada por los sistemas Latinoamericanos y ajustada según sus particularidades contextuales y culturales, por ejemplo en el caso colombiano. Ese apartado tiende una invitación a transitar por un sendero en paralelo, tal vez más libertario epistemológicamente. A ir dibujando un mapa intercultural que complete el que quedó suspendido en el viaje de la dogmática penal y se valga de la robustez de su gramática.

En ese viaje, como se expone en la segunda parte del artículo, el punto de partida y el de llegada entrarán en tensión. Las preocupaciones heredadas de la dogmática más conocida y las corrientes renovadoras tejerán una relación tensa. Esa tensión será decodificada como un síntoma positivo para la tarea de encontrar un lugar adecuado de la ley de origen en la teoría del delito. Se proponen dos perspectivas para esa decodificación. La primera, recupera la historia de la decisión de excluir del delito de genocidio la *destrucción cultural*, como la historia de un crimen innominado en la oportunidad de incluir el derecho propio de los pueblos indígenas en una teoría del delito que termine por recuperar por vía interpretativa el genocidio cultural. La segunda perspectiva, es la del Derecho Vivo que recupera preguntas vigentes que parecen conducir el derecho penal internacional hacia la posibilidad de administrar justicia adecuada culturalmente.

La propuesta de este texto es, hasta ahora, una aproximación que pretende aportar para una nueva orientación de las discusiones sobre las teorías del delito en los casos de crímenes atroces que victimizan a pueblos indígenas. La aproximación propone reformular los problemas desde el caso colombiano para, por ejemplo, repensar una construcción del bien jurídico o de la antijuridicidad, a partir del pensamiento propio sobre aquello que resulta protegido por el derecho, o sobre el contenido del daño, desarmonía o pérdida derivados de la atrocidad.

Nuestra pretensión es contribuir a que la justicia transicional colombiana no repita la historia de los *Aywas* citada en la apertura de este texto: por desconfiar a ciegas de otros saberes, podría la JEP perder los poderes que ha recibido de los pueblos, hoy dueños de la noche, pero expoliados de su calma. Podría la justicia dejar escapar la palabra de conocimiento ofrecida por ellos, por no saberla manejar, podría perderla, aunque ella prometa el control de un Universo hasta ahora inalcanzable para el derecho penal.

2. El músculo heurístico del Sur Global

No existe ninguna razón científica para ubicar el norte por encima del sur, más allá de la mirada de los exploradores europeos. La historia explica mejor que la geografía las coordenadas de nuestros prejuicios...

investigaciones, a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad de los comparecientes.

No hay esquinas en una esfera, ni existen en este planeta lugares ‘suralternos’: aún queda soñar y navegar rumbo al resurgir del sur. (Vallejo 2023)

En los últimos años la alusión al *Sur*, como lugar de enunciación de un régimen de saber particular, ha adquirido una relevancia indiscutible para impulsar una agenda que pretende revisar las bases culturales de las ciencias sociales que históricamente han sido construidas para dar cuenta de la realidad de comunidades que se entienden opuestas al canon angloeuropéico dominante. Esto no quiere decir, por supuesto, que antes de la formación de esta corriente no hayan existido esfuerzos significativos dirigidos a la presentación de una crítica de las raíces eurocéntricas que nutren a las ciencias sociales. Desde el orientalismo (Said 2007), pasando por el eurocentrismo (Dussel 2003) y la colonialidad del saber (Quijano 1988, 2000), hasta llegar al etnocentrismo epistemológico (Mudimbe 1988), se han formulado poderosos cuerpos teóricos para develar las relaciones de poder y subordinación que reposan apaciblemente en el corazón de las ciencias sociales hegemónicas (ver Walsh 2008). El lugar de enunciación autorizado es el Norte; el objeto de estudio es el Sur. Como lo menciona Walsh, parafraseando a Zapata Olivella, son las cadenas históricas que atan al pasado colonial, “las que dirigen y organizan las maneras tanto de pensar como de ver en el mundo” (Walsh 2008).

La inversión de esta relación que propone la agenda del Sur en ciencias sociales se basa, además, en una propuesta geopolítica más amplia para realizar una cartografía del mundo que permita expresarlo en términos que evidencien este antagonismo. Los antiguos, pero aún poderosos esquemas de clasificación derivados de la era de las conquistas –el viejo mundo y el nuevo mundo– (O’Gorman 2006); de los procesos de modernización –primer y tercer mundos– (Fitzpatrick 1993); de la industrialización –países desarrollados y subdesarrollos– (Escobar 1999, 2003); el esquema-mundo wallersteniano con sus centros y periferias (Wallerstein 1991a, 1991b) y su correlato en la teoría de la dependencia de Cardoso y Faletto (1969), parecen reunirse en una expresión simple, pero contundente por su capacidad explicativa, en los esquemas Norte-Sur en la era de la globalización. Así, el esquema Norte-Sur Global expresa no sólo una manera de entender el mundo y las relaciones geopolíticas que lo constituyen, sino una propuesta sobre los lugares de enunciación que reclaman sujetos de conocimiento específicos. Estos sujetos propenden por un espacio propio en la construcción de saberes autorizados sobre los mundos culturales en los que están comprendidos. La agencia que impulsa esta nueva corriente se enmarca en la práctica de profesionalización académica, el aumento del capital cultural de los sureños y su inclusión en el mercado transnacional de la academia contemporánea.

Los complejos procesos de formación de esta academia del sur global que se levanta contra el norte que, en muchos casos, ha sido su lugar paradójico de adquisición de un capital cultural que les permite visitar la gramática con la que pueden hablarles a sus pares académicos, merecen un análisis aparte, así como el dominio epistemológico que en tan poco tiempo esta suerte de inteligencia del sur global ha adquirido en su hogar natal. Este movimiento es, como cualquier régimen de saber, un impulso de poder de los saberes sometidos que buscan participar del régimen epistémico. Con todo, los rastros que esta agenda de construcción de un saber crítico desde el denominado Sur Global, muestran la fortaleza de este movimiento que ha producido cuerpos de literatura significativos en campos como la criminología del sur global (Carrington *et al.* 2018), la antropología del sur (Comaroff y Comaroff 2012) y las epistemologías

contrahegemónicas del sur (Santos 2014). El sur global es tanto un concepto heurístico como una agenda política (Kloß 2017).

En el mundo jurídico esta agenda ha dado pasos importantes en ciertas áreas. Además de la emergencia del denominado constitucionalismo del sur global (Maldonado 2015), los anteriores análisis desde el derecho comparado, los trasplantes jurídicos, así como la teoría jurídica (Maldonado 2017) más amplia, han empezado a abrirse camino en un campo jurídico dominado por la tensión entre el formalismo y el instrumentalismo jurídico. La oposición reciente, pero contundente, desde la joven academia jurídica al dominio histórico del formalismo jurídico latinoamericano puede entenderse como el trasplante de los estudios jurídicos críticos estadounidenses y, en particular de la visión concreta de Kennedy (1997), al campo local como un golpe sobre los escritorios legales donde se apilan las codificaciones, sus glosas y su dogmática. La “crítica” a los dogmas de coherencia, imparcialidad y sistematicidad del derecho ha encontrado su campo de batalla en el derecho de familia (Jaramillo 2013) y el derecho laboral (Ramírez-Bustamante 2019), principalmente. En el desarrollo de su agenda, ha recogido los esfuerzos anteriores y cosechado las victorias que en la década de los noventa del siglo pasado había logrado la sociología jurídica (Merry 1988) y la escuela brasilera del uso alternativo del derecho (Andrade 1998).

El giro intercultural en América Latina, que inicia en la década de 1980 y cuyo eco aún resuena en los estrados judiciales y en la academia legal, ha coincidido con el proceso de crítica al formalismo jurídico derivado de la autoidentificación de la cultura jurídica regional con la tradición del derecho continental romano germánico. Los ancestros de nuestra familia jurídica latinoamericana, de acuerdo con esta tradición, se remontan no sólo a los patricios romanos, sino que pasan por los esfuerzos codificadores de Savigny y Von Ihering, hasta llegar al hito incontestable de la redacción del código civil de Andrés Bello.

En esta historia así narrada, la construcción de la gramática jurídica local no es sino una derivación de la imposición de la gramática latina más amplia sobre la que se erigió el proyecto histórico de las naciones latinoamericanas con base en la recuperación del legado español (Jaramillo 2001). En palabras de Rivera Cusicanqui (2010), las formas jurídicas movilizadas en los discursos públicos “se convirtieron en un registro ficcional, plagado de eufemismos que velan la realidad en lugar de designarla”.⁶ Hablar el lenguaje de los ancestros —pero únicamente de aquellos que provienen del Norte— se convirtió en estrategia de construcción identitaria y símbolo de pertenencia a la nueva clase criolla. El derecho no fue ajeno a este proceso.

El giro intercultural sacudió con fuerza los anteriores postulados y su campo específico de batalla ha sido el derecho constitucional y su efecto por goteo sobre la legislación ordinaria a través de los enunciados hoy conocidos de la adopción de enfoque diferencial y la constitucionalización del derecho ordinario. Con todo, la crítica al

⁶ Según Rivera Cusicanqui (2010), “[l]a idea territorializada de la identidad y de la nación bloquean nuestra capacidad de conocimiento social al alejarnos de esas múltiples realidades, que son a la vez difusas y planetarias, compactas pero a la vez porosas y moleculares”. Lo mismo podría decirse de una idea territorializada de lo jurídico, en la medida en que se circunscribe la capacidad de construcción de conocimiento jurídico al lugar de enunciación arraigado en el momento histórico colonial (Rivera Cusicanqui 2018, 31).

constitucionalismo tradicional latinoamericano desde el pluralismo étnico y la interculturalidad, sólidamente fundada en la filosofía política y sus debates en el norte global entre liberales y comunitaristas (Bonilla 2003), ha allanado el camino para la revisión de la dogmática constitucional en clave intercultural, más allá de los esquemas convencionales definidos por los esquemas conceptuales alrededor del derecho al autogobierno, las protecciones externas y la participación política, así como la justificación y legitimidad de las acciones afirmativas.

El denominado neoconstitucionalismo latinoamericano (Ávila 2011) condensa en una corriente estos esfuerzos de reinterpretación del canon constitucional ortodoxo, tanto como la emergencia del llamado *ius constitutionale commune* (Bogdandy *et al.* 2017). En efecto, como se verá más adelante en este artículo, la reinterpretación de los bienes jurídicos propios de una constitución liberal con base en un enfoque intercultural ha sido sin lugar a duda —y a pesar de sus retos y equívocos— un esfuerzo de decolonización de la dogmática jurídica significativo y poderoso. Este esfuerzo, no obstante, no se ha observado con ese rigor e intensidad en otros lugares del mundo jurídico local y regional.

El derecho penal apenas ha sido permeado por estas tendencias. Es una isla fortificada, aislada de la crítica y la revisión decolonial. Su independencia epistémica es asombrosa, como lo muestra la prolífica producción de conocimiento basado en el desarrollo de *su* dogmática. Más allá de la presión externa y de las demandas que se desprenden de las necesidades concretas de la política criminal contextual —de manera notoria la guerra contra las drogas y el conflicto armado con su sequito de derechos penales de enemigo, emergencia y excepción— la dogmática penal ha permanecido impávida frente a los retos que supone la adopción de una interpretación desde el sur de sus postulados, discursos y categorías. Acostumbrada como está la dogmática penal a las críticas que se le formulan desde la criminología y la sociología del delito al ejercicio material del *ius puniendi*, sigue con el desarrollo sofisticado de la teoría del delito como institución jurídica. El derecho penal apenas ha intentado reacomodar algunas de las instituciones básicas de la teoría del delito para responder al giro intercultural latinoamericano.

2.1. El sur del derecho penal

En un artículo agudo, por su reflexión y la invitación no suficientemente atendida por la comunidad epistémica del derecho penal, Matus (2008) se pregunta “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos” (135) y por la “entusiasta recepción” de las distintas escuelas de la teoría del delito alemana. En el corazón de su reflexión afloraba un descontento frente a la asimetría que percibe en la formación del discurso jurídico-penal entre alemanes y latinoamericanos, quienes profusamente viajan a Alemania a hacer doctorados y aprender el oficio de producir conocimiento dogmático lo más cerca posible de la tradición continental. En palabras de Matus,

¿Por qué, entonces, se ha producido esta ‘entusiasta recepción’ entre nosotros de la dogmática alemana, al punto que es prácticamente impensable considerar como serio o fundado un texto sobre derecho penal sin que, como en este artículo, su autor haya citado profusamente a la doctrina germana? (Matus 2008, 2).

La desazón que causó la propuesta de Matus en la comunidad dogmático-penal latinoamericana se vio reflejado rápidamente en un intercambio de réplicas y contrarréplicas con Van Weezel (2008) sobre, por una parte, el sentido histórico de la

denominada ciencia jurídico-penal y, por otra, sobre las posibilidades de acomodar la tradición clásica de la teoría del delito con los reclamos contemporáneos que buscan un discurso jurídico-penal arraigado en y que responda a las necesidades específicas del contexto latinoamericano. Para Van Weezel (2008, 3), dicha propuesta “pone de cabeza el proceso de formación del conocimiento” (Van Weezel 2008, 3), mientras que para Matus (2009) es indiscutible que hay un fenómeno “reconocido en la propia Alemania: que mientras nosotros citamos ‘disciplinadamente’ a los alemanes; ellos, con la misma ‘disciplina’, nos ignoran” (Matus 2009, 230–234). Citar a los alemanes, para Matus, se ha convertido en un ejercicio de autoridad, irreflexivo frente al contexto, cuyo efecto político visible es el incremento del capital simbólico de aquellos que pueden citar en alemán a los alemanes sin que ello se traduzca, paradójicamente, en la formación de una teoría jurídico-penal transnacional sólida y rigurosa.

No hay que olvidar la descripción que hace Geertz del derecho, en tanto lenguaje cultural, como una forma específica de imaginar lo real y, en esa medida, su conceptualización como conocimiento local que se arraiga en contextos culturales específicos (Geertz 1994). Si esto es así, el derecho como lenguaje cultural expresa y reproduce el mundo de las cosas que intenta regular, narrar y, en ocasiones, transformar. Como lo indica Geertz.

... lo esencial es que el aspecto jurídico de las cosas no es un conjunto limitado de normas, reglas, principios, valores o cualquier otra cosa a partir del que puedan plantearse respuestas legales a una serie de acontecimientos destilados, sino parte de una manera determinada de imaginar lo real. (Geertz 1994, 202)

Por ello es clave imaginar una manera distinta de pensar la relación entre las formas jurídicas y la realidad, entendida en clave cultural, que permita al derecho representar de manera novedosa los mundos culturales a los que se enfrenta y que debe expresar adecuadamente más allá de la subordinación epistémica.

Desde este punto de vista, la revisión de la teoría del delito supone una inversión de la correspondencia que se ha construido entre la formación conceptual y los contextos específicos que intenta regular. La tradición dogmática tiene una relación especial con el mundo de las cosas. En la medida en que el formalismo abstracto del derecho penal clásico se concentra en el análisis del proceso de imputación en tanto institución jurídica, los hechos derivados de la experiencia cotidiana de la violencia, desplegada en mundos culturales concretos, se incluyen en la formación de conocimiento de dos maneras distintas, aunque estrechamente relacionadas entre sí. Por una parte, se subordina la realidad empírica de la violencia al desarrollo conceptual a través de su inclusión como ejemplificación. La autonomía relativa del formalismo abstracto frente a la realidad social hace que el desarrollo conceptual de las instituciones jurídicas, desde el punto de vista académico, se desenvuelva sin que necesariamente responda a una necesidad exterior o la urgencia de solucionar un problema práctico. Sucesos aislados, que difícilmente ocupan la labor cotidiana del aparato punitivo, resultan atractivos para la dogmática penal en la medida en que su extrañeza muestra los límites de las soluciones conceptuales que hasta ese momento se han elaborado y la necesidad de avanzar en la construcción de una teoría que los explique y resuelva.

La segunda manera en que el formalismo abstracto del derecho penal incluye la realidad social, o se relaciona con ella, es a través del proceso de aplicación de la norma penal a

las conductas que caen bajo su dominio. Las intensas discusiones históricas en la teoría del delito sobre la *acción* humana relevante para el derecho penal, esto es, aquellos comportamientos humanos que deben ingresar en la órbita del derecho penal han incluido con mayor o menor sofisticación las discusiones más amplias sobre la acción social y su explicación, que se han dado en las ciencias sociales. Desde el causalismo (von Beling 1944), pasando por el finalismo (Welzel 1956), hasta llegar al concepto de acción en la denominada imputación objetiva (Jakobs 2002, Larrauri 2002), las distintas escuelas históricas de la teoría del delito han ofrecido robustos marcos conceptuales para aproximarse al mundo fáctico relevante para la movilización del aparato punitivo del estado.

Le corresponderá al operador judicial sortear la brecha entre el mundo de los sucesos que conoce y las normas abstractas en donde tiene que acomodar aquello que sucedió en la vida cotidiana para luego decidir qué se castiga y con cuánta intensidad. El denominado proceso de adecuación típica se refiere a esta curiosa, reglada y barroca tarea de ubicar el suceso culturalmente entendido en la estructura del tipo penal, en la secuencia analítica que recorre el tipo, su antijuricidad y la culpabilidad que puede recaer en el infractor. En este recorrido el mundo fáctico se transmuta en una categoría jurídica que modula la manera en que puede ser incorporado por el discurso jurídico-penal. En la base de este ejercicio se encuentra un ejercicio de administración judicial de lo fáctico y el mundo cultural que contiene, de distinción realizada entre hechos conocidos con base en su relevancia, para expulsar a aquellos que no encuentran lugar en la categoría por excelencia que usa el formalismo abstracto para domesticar la realidad social: la calificación de lo empírico bajo el rótulo de los hechos jurídicamente relevantes.

2.2. De Berlín a Nabusimake

En la conferencia que el profesor Claus Roxin impartió en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello de Chile, los días 22 y 23 de setiembre de 2009, con ocasión del título de doctor *honoris causa* que se le concedió, describe el recorrido cultural —si se permite la expresión— de una de sus creaciones teóricas más sofisticadas: la teoría de la autoría mediata a través del empleo de aparatos organizados de poder (Roxin 2009). Explica en su conferencia que esta teoría,

se basa en la tesis de que, en una organización delictiva, los que están detrás de ella y que ordenan la comisión de delitos, teniendo un poder autónomo de dar órdenes, también podrían ser hechos responsables como autores mediatos aun cuando los ejecutores directos puedan ser penados igualmente como autores plenamente responsables. (Roxin 2009, 51–52)

A continuación, cuenta que desarrolló dicha teoría en el año 1963, motivado “por el proceso que acababa de culminarse en Jerusalén contra Adolf Eichmann; uno de los principales responsables de la matanza de judíos en la época nazi” (Roxin 2009, 52) y que unas décadas después su famoso esquema de autoría sería usado por el Tribunal Federal Alemán en el caso de los “tiradores del muro”, tal vez uno de los hitos jurisprudenciales más comentados e influyentes de la historia reciente de la teoría del delito. Pero a pesar de que esta aplicación de una construcción dogmática en el seno de la academia jurídico-penal ya sería, en sí misma, el destino soñado de cualquier propuesta teórica, era apenas una de las etapas de un viaje cultural que desde Berlín se

detuvo en la década de los ochenta “en el marco de las condenas a los miembros de la Junta Militar argentina” (Roxin 2009,52), pasó también por “la sentencia Katanga del Tribunal Penal Internacional de 30 de septiembre de 2008” (Roxin 2009, 53) y llegó hasta Perú para cimentar la condena “al expresidente Fujimori, como autor mediato, por homicidios, lesiones y secuestros que habían cometido las fuerzas de seguridad peruanas durante su período presidencial” (Roxin 2009, 53).

El tremendo viaje cultural de la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder, como forma de imputación, es indiscutible, como lo evidencia su aterrizaje en el marco del conflicto armado colombiano. En efecto, dicha teoría ha sido profusamente discutida, en términos académicos, para evaluar su pertinencia y utilidad para establecer la responsabilidad de, por ejemplo, los líderes de las Autodefensas Unidas de Colombia en el marco del sistema penal especial conocido como Justicia y Paz,⁷ y también en la más reciente Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Junto a los novedosos esquemas teóricos que han sido desarrollados para el establecimiento de patrones de macrocriminalidad, así como para la priorización y selección de casos, la reflexión sobre las formas de imputación de responsabilidad penal en el marco del conflicto armado colombiano, encuentran un reto significativo cuando se ubican en un contexto cultural más amplio al que supone el trasplante de esquemas jurídico-penales a contextos culturales tan disímiles como Berlín y Lima, por ejemplo, y ahora Nabusimake.

El viaje de la dogmática penal para dar cuenta de la macrocriminalidad que ha sometido al mundo indígena exige una lectura en clave intercultural que represente o imagine adecuadamente las formas de daño específicas que padecen los pueblos indígenas, que comunique a través de la gramática común del derecho penal la forma en ellos comprenden las atrocidades de las que han sido víctimas y que permita la imputación de responsabilidad teniendo en cuenta los bienes jurídicos definidos desde el derecho propio de las comunidades. No se trata, ya, solamente, del viaje de la teoría de la imputación por autoría mediata, sino de navegar los rumbos pendientes de toda la teoría del delito para encontrar en ella lugares que acojan los ejercicios jurídicos de imaginar la realidad indígena en clave penal.

Este ejercicio de interculturalidad no implica abandonar la sólida y rica tradición del derecho penal. Más bien supone el reto de fortalecerla a través de una interpretación intercultural de la idea de bien jurídico que sortee la enorme brecha que existe entre el derecho que nace en Berlín y que pretende ser aplicado a Nabusimake territorio ancestral del pueblo Arhuaco en la Sierra Nevada de Santa Marta.⁸

⁷ Este sistema se diseñó en la Ley 975 de 2005 y fue reglamentado mediante una profusa producción de decretos: Decreto 4760 de 2005, Decreto 2898 de 2006, Decreto 3391 de 2006, Decreto 4417 de 2006, Decreto 315 de 2007, Decreto 423 de 2007, Decreto 3570 de 2007, Decreto 122 de 2008, Decreto 176 de 2008, Decreto 880 de 2008, Decreto 1290 de 2008, Decreto 1364 de 2008, Decreto 4719 de 2008, Decreto 614 de 2009, Decreto 1733 de 2009.

⁸ La Sierra Nevada de Santa Marta es, a su vez, territorio ancestral de cuatro pueblos: Wiwa, Kogui, Arhuaco y Kankuamo. La sierra es un territorio priorizado por la JEP para el macro caso 09 de victimización a pueblos étnicos, y está incluido dentro de los territorios en que ocurrió la barbarie estudiada en el caso 03 sobre muertes presentadas ilegítimamente como bajas en combate, comúnmente conocidas como falsos positivos.

3. Un conjuro creativo desde lo invisible: la ley de origen en la dogmática penal de la JEP

No hay alambradas electrizadas. No hay aparatos demasiado complicados. El gas letal surge de las epidemias, de los focos infecciosos a que son sometidos los prisioneros selváticos. La más mortífera e invisible de las formas de aniquilación es, sobre todo, el mismo cercenamiento del indígena de su medio natural, la selva; la violenta ruptura de sus costumbres, su desintegración cultural (la 'integridad física no resiste ante la disolución de la personalidad social' observa L. Strauss); el antagonismo fomentado, exacerbado deliberadamente por los captadores entre los prisioneros ya 'amansados' y los salvajes aún libres. He aquí el caldo de cultivo del virus más terrible, el arma más barata, la fórmula infalible de esa extinción en masa, precedida de una patética agonía.

Augusto Roa Bastos sobre los Aché, "Un pueblo que canta su muerte"

(Crisis 1983, citado en Parellada y Beldi 2008)

Las dos capitales que dan nombre a este escrito, y al acápite anterior, Berlín capital de Alemania y Nabusimake capital del pueblo indígena Arhuaco, simbolizan dos centros de producción del pensamiento jurídico del norte y del sur global, al menos para los asuntos que centran nuestra atención. El viaje del derecho penal de una capital a la otra naturalmente genera una tensión entre los puntos de origen y de llegada. Tensión que, sin embargo, no se reduce necesariamente al uso de una teoría de la imputación penal creada por Roxin, pero sí lo sigue como ejemplo incontestable de una teoría del delito que ha vivido un largo e inesperado itinerario migratorio hacia el sur, marcado por la apropiación contextual de sus claves conceptuales en cada lugar de llegada.

Lo que interesa aquí, sobre el viaje latinoamericano de la autoría mediata de Roxin, no es la teoría en sí misma. Es, más bien, el rastro que el propio itinerario pudo dejar sobre su configuración inicial y la transformación que se anuncia desde su punto de llegada, con base en la gramática del derecho propio de los pueblos indígenas. La historia de ese recorrido sorprendente es, también, la historia del camino necesario hacia la adecuación: los códigos jurídicos diseñados en el norte para imaginar realidades y adjudicarles un sentido asumible desde las teorías del delito, pueden ser ajustados, readecuados, moldeados a partir de los rasgos culturales e históricos de cada entorno sociopolítico. Pueden servir, después de los ajustes culturales necesarios, para imaginar –y en consecuencia tramitar– violencias imposibles en la mente académica de un berlinés.

La *tensión Berlín-Nabusimake* designa con suficiente poder figurativo el estado en que se encuentra el cuerpo jurídico, aún embrionario, con el que se resolverá el *Caso 09* que acaba de abrir la Jurisdicción Especial para la Paz, sobre crímenes no amniables cometidos contra Pueblos y Territorios Étnicos por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano. Ese estado de tensión se debe a la acción de fuerzas teóricas o posiciones de política jurídica opuestas, a que estará sometido provisionalmente ese cuerpo jurídico mientras se encuentra el punto de inflexión que permitirá el mestizaje de conocimientos necesario para consolidar la teoría del delito adecuada, apta para imaginar la realidad de ese caso de victimización étnica⁹

⁹ Llamamos la atención sobre este caso porque su investigación abarcará todas las formas de victimización de pueblos y territorios étnicos –según las reglas de coexistencia con los demás casos territoriales y nacionales de la JEP–. Sin embargo, en casi todos los demás casos que conoce la JEP hay capítulos importantes de victimización indígena, por lo que, aunque este texto no ofrece aún respuestas, la

que, por sus características, supone un reto para el desarrollo del derecho penal internacional.

Consciente de esa última característica del caso, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad decidió que la comprensión sobre sus víctimas, es decir “las personas, los Pueblos étnicos y sus Territorios como sujetos titulares de derechos”, la obligará a “transitar sobre la interculturalidad para conciliar y transigir con expresiones diferentes a los derechos humanos universales, como ejercicio de reivindicación, reconocimiento y valoración de las diferencias, bajo el principio de la diversidad étnica y cultural” (Expediente CJU-221, Auto 105, 2022, párr 20). Esta afirmación anuncia un proceso creativo enriquecido con fuentes del derecho indígena reconocidas en la Constitución de 1991 como cuerpos jurídicos legítimos.

Sin embargo, el auto 01 de 2023, de determinación de hechos y conductas para el caso 05,¹⁰ que según sus propias advertencias recurrió a una metodología étnico-territorial con enfoques diferenciales, resultó en una auténtica avalancha de votos disidentes y aclaraciones de voto que proyectan un rico retrato de lo que podrá ser la tensión entre Berlín y Nabusimake en el caso étnico. Esa tensión anuncia un recorrido exigente, con retenes de control de identidad y tramos difíciles, pero que al final llevarán a buen destino la construcción de una teoría del delito adecuada. Para entender en qué consiste la tensión, enseguida se hará una breve descripción de las posiciones que quedaron expuestas en las piezas judiciales que se produjeron en el caso 05 anteriormente mencionado.

De una parte, está la posición de la magistrada Belkis Izquierdo, magistrada arhuaca.¹¹ En su aclaración de voto, explica que la JEP está autorizada constitucionalmente para hacer una calificación jurídica *propia del Sistema*. Según la sección de apelaciones del Tribunal Especial para la Paz –que es el órgano de cierre de la JEP–, la calificación propia significa que esa Jurisdicción tiene

la función de recalificar las conductas, con fundamento en un elenco de fuentes más amplio que aquellas que conforman stricto sensu el derecho penal interno. Y el ejercicio de esta competencia no es enteramente facultativo. Por el contrario, resulta obligatorio cuando los principios de la transición así lo imponen en las circunstancias reales de un caso (...) la JEP no está atada por la interpretación que de la conducta ha hecho la JPO [jurisdicción penal ordinaria], sino que puede, y tiene el deber de adoptar sus propias categorías, todo ello con el fin de aportar a la verdad del conflicto y conocer de una

aproximación que aquí se propone podría ser referirse a casi cualquiera de ellos. El caso 03, por ejemplo, contra integrantes de las fuerzas armadas colombianas por muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate, conocido también como el caso por falsos positivos, en su subcaso caribe juzgará la responsabilidad penal de, entre otros, los miembros del Batallón La Popa, que cometieron estos atroces crímenes también contra indígenas de los pueblos Wiwa y Kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta. La construcción conceptual del daño padecido por esos pueblos, desde sus conocimientos ancestrales y derecho propio, así como el lugar que ocupa en los patrones criminales estudiados, y la selección de las teorías del delito que permitan recogerlo y repararlo, son retos actuales que renuevan los caminos de Berlín a Nabusimake hoy en la JEP.

¹⁰ Este es uno de los llamados casos territoriales. Prioriza la situación de la región del Norte del Cauca y sur del Valle del Cauca.

¹¹ La magistrada Belkis Izquierdo es una de las cinco personas indígenas que hacen parte de las Salas y Secciones de la JEP.

mejor manera la verdadera estructura y funcionamiento de los actores del CANI.¹² (Sentencia TP-SA-565 de 2020, Sección de Apelación, Tribunal para la Paz, JEP, párrs. 29.1.3.3. y 29.1.3.6)

La posición expuesta en la aclaración de voto se apoya en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual ese sistema de calificación jurídica propia no viola el principio de legalidad, que,

conocido bajo el aforismo no hay pena sin ley previa (*nullum crimen sine lege*), en el ámbito del derecho penal internacional acoge una formulación distinta, según la cual no debe existir pena sin derecho previo (*nullum crimen sine iure*), aspecto que obedece a la complejidad del sistema de fuentes que lo compone, y que incluye no sólo las convencionales (asimilables a la ley, en tanto se vierte en contenidos escritos), sino también la costumbre o los principios generales del derecho, que son de naturaleza más amplia, y que exigen una labor de interpretación más intensa por parte de los órganos encargados de la aplicación del derecho. El principio *nulla poena sine iure* tiene por consecuencia que esta tarea debe concentrarse no en evaluar el *nomen iuris* de una conducta determinada, sino en verificar la existencia material de una prohibición dentro del conjunto de fuentes. (Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018)

La misma Corte Constitucional, ha insistido en que la calificación jurídica de la conducta por la JEP debe basarse en una norma previa a su comisión que implique la prohibición de la conducta. En que la valoración de la existencia de dicha prohibición es competencia de la JEP, y que ella deberá asegurar que la conducta estaba claramente prohibida antes de la comisión del hecho en la Constitución, en el Código Penal vigente, en normas internacionales de Derechos Humanos, o en normas internacionales de Derecho Internacional Humanitario, o en normas imperativas de *ius cogens* (Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018).

De otra parte, está la posición de tres magistradas de la Sala que, además de señalar distintos asuntos relativos a la estructura conceptual o a la argumentación jurídica del auto, comparten la preocupación sobre los errores de rigor (en la calificación jurídica y en la imputación) a los que puede conducir la apertura del canon de prohibición en los términos planteados por el relator del caso.¹³

El objeto de este artículo no es la crítica detallada de cada argumento expuesto en esas piezas judiciales. Más bien es aprovechar su existencia para resaltar que, con ellas se advierte una tensión sobre la manera en que debe incorporarse el derecho propio de las comunidades indígenas en el proceso de creación de categorías jurídico-penales basados en la tradición de la dogmática penal clásica. Dicha tensión crea un espacio de posibilidad para encontrar un lugar en la estructura del delito que acoja virtuosamente el mundo indígena, para que el pensamiento propio y la ley de origen se desplieguen como códigos para descifrar el sentido de los bienes jurídicos y los daños que soportaron.

3.1. *Un crimen sin nombre*

La característica que distingue el genocidio de otros crímenes contra la humanidad es la intención del autor de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico o

¹² CANI es la sigla de conflicto armado no internacional.

¹³ El relator del caso fue el magistrado Raúl Eduardo Sánchez Sánchez.

religioso como tal. En las discusiones sobre el alcance conceptual de esa intención¹⁴ se agruparon las formas de destrucción en tres categorías: la física, la biológica y la cultural (Schabas 2001). El genocidio cultural fue el más problemático porque incluía prácticas de supresión de lenguas propias, y otras similares que, en ese momento, hacían parte de estrategias estatales asimilacionistas, populares entre los gobiernos de la época y avaladas por las agencias de la ONU como políticas públicas legítimas y dignificantes para los pueblos indígenas.¹⁵ El problema señalado por los Estados miembros consistía en que, la inclusión de la noción de destrucción cultural, como una de las formas de genocidio, podía prestarse para que las minorías étnicas se opusieran a políticas públicas de consolidación de los Estados nación forjados sobre poderes coloniales. Para 1948, en efecto, el indígena era considerado un sujeto perteneciente a una minoría cuya asimilación en la sociedad mayoritaria era el único destino posible, y su desaparición identitaria la consecuencia necesaria de beneficiarse del *progreso*.¹⁶ El liderazgo de Brasil en la defensa de este argumento, y el apoyo de otros países como Nueva Zelanda, Sudáfrica y Canadá, llevaron a los relatores a decidir que el asunto cultural debía excluirse de la convención y dejarse a los tratados de derechos humanos. En la Convención, concluyeron, sólo debía mantenerse la destrucción física como contenido de la intención prescrita en el tipo de genocidio (Schabas 2000, 184–185; ver también E/C.19/2011/4).

Según el Relator especial para el informe sobre el derecho penal internacional y la defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, una vez debilitada la estructura del genocidio y vista su inoperatividad práctica, se intentó recurrir a figuras como el genocidio cultural, el etnocidio o el *indigenocidio*, que resultan ser categorías conceptuales “perfectamente inoperantes en el derecho penal internacional” (Evans 2008).

Schabas (2001), de otra parte, representa una posición doctrinaria especializada que no coincide del todo con la que mantuvo Clavero en su Relatoría Especial. Schabas entiende que, si bien en 1948 los redactores excluyeron el genocidio cultural de los elementos del tipo, ningún interprete hoy estaría obligado a respetar la intención de los redactores de hace aproximadamente ochenta años. Sobre todo, porque en estricto sentido, la expresión “destruir” puede referirse al concepto de genocidio físico, biológico y cultural. Incluso, advierte que los jueces más agudos o audaces, podrán continuar la construcción de una interpretación progresiva, como la que ha quedado en algunos casos que se han decidido con esa orientación,¹⁷ entre los que resulta especialmente relevante el caso Krstić. En la sentencia de juicio, en efecto, se afirmó en un tono crítico, que

¹⁴ Los debates sobre la confusión entre el componente intencional o subjetivo y el objetivo del tipo penal surgen desde este momento de la historia del delito, pero no son relevantes para este artículo.

¹⁵ Esta era la posición asimilacionista adoptada de manera oficial por las agencias de Naciones Unidas. De hecho, fue la línea que determinó el contenido del Convenio 107 de 1957 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes.

¹⁶ Ver, en un sentido similar, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Informe sobre el derecho penal internacional y la defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas*, encargado por el Foro Permanente a Bartolomé Clavero como relator especial para la confección del informe. Versión avanzada inédita E/C.19/2011/4 (2011).

¹⁷ Schabas 2001. Los casos que cita son: Krstić (IT-98-33-T), Judgment, 2 August 2001, para. 580; Krstić (IT-98-33-A), Judgment, 19 April 2004. Particularmente, resalta la opinión parcialmente disidente del juez Shahabbuddeen, que fue seguido en el caso Blagojević *et al.* (IT-02-60-T), Judgment, 17 January 2005. 125

a pesar de los desarrollos recientes, el derecho internacional consuetudinario limita la definición de genocidio a aquellos actos que buscan la destrucción física o biológica de todo o parte del grupo. Por lo tanto, una empresa que ataque solo las características culturales o sociológicas de un grupo humano para aniquilar estos elementos, que le dan a ese grupo su propia identidad, distinta del resto de la comunidad, no entraría en la definición de genocidio. (Sentencia caso Krstić 1994, párr 580)

La doctrina (Schabas 2001 y Abtahi 2021) remarca que ese párrafo abre el camino a la progresión en la lectura del delito y a la consecuente recuperación de la idea del genocidio cultural. De hecho, la misma sentencia remite a la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional Alemán, según la cual la definición de genocidio defiende la existencia social del grupo, contra el intento de destrucción del grupo y se extiende más allá del exterminio físico y biológico. Ese Tribunal sostiene que el texto de la norma convencional no obliga a adoptar la interpretación según la cual la intención del culpable debe ser exclusivamente exterminar físicamente al menos a un número sustancial de los miembros del grupo.¹⁸

Sin ahondar en los demás avances interpretativos de este tipo penal,¹⁹ lo cierto es que la historia de resistencia de los pueblos indígenas, que fue utilizada por algunos gobiernos para alertar sobre la inconveniencia política de incluir su destrucción cultural como elemento del tipo de genocidio, hoy adquiere un lugar distinto. El movimiento indígena a escala internacional,²⁰ en efecto, ha logrado que los lenguajes jurídicos mesticen sus lógicas, para que sus realidades sean discutidas con algún nivel de realismo en las esferas de producción del derecho y en los tribunales que lo interpretan y aplican. Puede que, por fin, haya llegado el momento de una nueva conquista: nombrar un crimen que hasta ahora ha permanecido en la sombra de lo innombrable.

La JEP, entonces, no debería repetir la posición ortodoxa que en su momento limitó el acceso de una perspectiva cultural para la interpretación del tipo de genocidio. Ya no hay excusa para que el derecho mantenga invisible daño específico del exterminio indígena que, viviendo en el reino de lo innombrable, se ha comportado como un *gato salvaje*:²¹ indomable para los pueblos indígenas –larga e incesantemente sometidos al exterminio cultural–, y escurridizo para quienes deberían haberlo detenido.

Nikolai Jorgic, Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court), Fourth Chamber, Second Senate, 12 December 2000, 2 BvR 1290/99. (III)(4)(a)(aa). 126 Branin (IT-99-36-T), Judgment, 1 September 2004. 127 Karadžić and Mladić (IT-95-5-R61, IT-95-18-R61), Consideration of the Indictment within the Framework of Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 94.

¹⁸ Traducción libre. El apartado está citado en Abtahi 2021.

¹⁹ También se ha ampliado la posibilidad de interpretar que la destrucción de una parte significativa del grupo no necesariamente se refiere a un asunto numérico relativo respecto de la cantidad total de personas. Se ha entendido que la especial significancia de las personas se puede referir a los liderazgos del grupo y aunque en la interpretación de las acciones destructivas no ha habido avances tan significativos, ese sigue siendo un lugar interesante para incorporar interpretaciones culturalmente adecuadas. Ver International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) 2001, para. 80, y Schabas 2001.

²⁰ Para una historia detallada de la entrada del movimiento indígena en las discusiones del sistema de Naciones Unidas desde la segunda mitad de los años 70, ver Willemsen-Díaz 2009. Ver, también, la Declaración de San José sobre etnodesarrollo y etnocidio de 1981, en la que los firmantes apelan a la conciencia de la comunidad científica para que sus investigaciones y prácticas no sirvieran a la falsificación y a interpretaciones que perjudicarán a los pueblos indígenas.

²¹ Ruth Kluger, una superviviente de los campos de concentración nazis, vivió en la década de 1940 en Estados Unidos. Para su sorpresa, en la conciencia colectiva de ese país, “el Holocausto aún no tenía

La tensión Berlín – Nabusimake pone a disposición de la JEP, suficientes bases para revisar la teoría del delito y permitir que el derecho propio de cada pueblo dé sentido y alcance cultural al bien jurídico y al daño que genera su afectación. En el conocimiento ancestral incluso, esa Jurisdicción encontrará el contenido de importantes normas de prohibición que revitalicen las gramáticas penales europeas con la sangre que ha brotado de los territorios indígenas.²² La creación de soluciones jurídicas novedosas surgirá, en efecto, del conflicto entre la dogmática más arraigada y las propuestas de flexibilización, reforma o reedición de sus componentes. Así, la tensión entre la aclaración sobre el alcance de la calificación jurídica propia que puede hacer la JEP, y la crítica a la calificación jurídica del auto de determinación de hechos y conductas del caso 05, terminará encontrando un punto de equilibrio en fórmulas aplicables al caso indígena, que integren sólidamente su Ley de Origen en el contenido del daño, o de los bienes jurídicos o de las prohibiciones normativas que terminarán definiendo las calificaciones jurídicas propias autorizadas por el legislador a la JEP.²³

La preocupación de las magistradas disidentes,²⁴ aunque expuesta de formas distintas, se centra en la necesidad de elegir un tipo penal existente no amniable, y de adecuar todos los hechos y conductas a sus elementos. En ese punto parecen encontrarse las posiciones irreconciliables. Si en la aclaración de voto se sostiene que lo importante es la existencia de la prohibición, clara y conocida, establecida en cualquier fuente de las admitidas por la Corte Constitucional, en los salvamentos se asegura que la adecuación típica sólo es posible dentro de la estructura de los crímenes definidos en el Estatuto de Roma.

La discusión se trenzó, sobre todo, respecto de la calificación jurídica de las conductas que causaron daño al medio ambiente en el marco de un caso en que, aunque había víctimas indígenas, no fue construido como *un caso étnico* que permitiera discusiones para integrar el derecho indígena en la calificación propia de la JEP.

nombre, y por lo tanto ni siquiera fue una idea, solo un evento: entre los otros desastres de la segunda guerra mundial, muchos judíos habían muerto". Hasta el juicio de Eichmann en 1961, el holocausto permaneció atrapado en un silencio invencible que arrojaba el desinterés general por las historias de los supervivientes. El problema era, según ella, que no había palabras acordadas para nombrar la barbarie. Que "un concepto sin nombre es como un perro callejero o un gato salvaje. Para domesticarlo, hay que llamarlo de alguna manera". Ver Stauffer 2015 (traducción libre).

²² En todo caso, la doctrina ha advertido sobre la dificultad de la configuración del *mens rea* del tipo de genocidio, y ha recomendado que, en su ausencia, los actos de destrucción previstos como verbos rectores del genocidio sean perseguidos como otros crímenes contra la humanidad. Una salida técnicamente correcta, pero que continuaría evadiendo el daño específico de la extinción que sufren los pueblos indígenas, a pesar de la pervivencia biológica de algunos de sus miembros. Ver Schabas 2001 y E/C.19/2011/4.

²³ Artículo 23 de la ley 1953 de 2019 LEJEP: (...) Las secciones del Tribunal para a Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en las normas de la parte general y especial del Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad// La calificación resultante podrá ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas para la calificación de esas conductas, por entenderse aplicable como marco jurídico de referencia el Derecho Internacional.

²⁴ Ver Salvamento parcial de voto de la magistrada Lily Andrea Rueda Guzmán, de la Magistrada Catalina Díaz y de la Magistrada Julieta Lemaitre Ripoll al Auto No. 01 de 2023 Marzo 09 de 2023.

Las dinámicas que han definido las variaciones de la interpretación sobre el al tipo de genocidio permite anticipar un viaje similar al descrito Berlín-Nabusimake. La discusión sobre la inclusión de la destrucción cultural de los pueblos étnicos como parte del tipo de genocidio, tuvo como primer escenario Ginebra en 1948, se ha alimentado con afirmaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia,²⁵ y con posiciones críticas del Tribunal Constitucional Alemán (Abtahi 2021), se ha mantenido viva por las voces cercanas al movimiento indígena latinoamericano (ver, en ese sentido, E/C.19/2011/4) y está aterrizando en Colombia en el caso de victimización de pueblos y territorios étnicos abierto por la JEP.²⁶

3.2. La desaparición del pueblo Wounaan: muertos (culturalmente) vivientes

Un caso emblemático para captar el daño específico que sufren los pueblos indígenas y los retos para un proceso de adecuación típica que lo comunique y reproche adecuadamente en el contexto de la justicia transicional, es el ciclo repetido de confinamientos y desplazamientos masivos sufridos por un mismo pueblo indígena, como el vivido por el pueblo Wounaan del río San Juan en Colombia. El caso que se describirá a continuación ejemplifica la necesidad de reinterpretar el tipo de genocidio para intentar una aproximación que –sin perjuicio de la advertencia doctrinaria sobre la imputación alternativa más fácil–,²⁷ rescate el daño cultural como núcleo del proceso de justicia transicional enfocado en el caso étnico, y apunte a imputarlo como genocidio a partir de la adecuación típica de los hechos como una *lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo*;²⁸ causada con la intención de destruir *culturalmente* esas comunidades. Digamos culturalmente, para continuar con la senda abierta en el caso Krstić y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán.

²⁵ Krstić Trial Judgment (n 994), párrafo 580.

²⁶ Ver Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 105 de 2022. Mediante ese auto, la SRVT avocó conocimiento del caso 09, que se abrió con base en el análisis preliminar de intensidad de la victimización documentada a partir de los informes presentados a la JEP. Con base en la información procesada por el Grupo de Análisis de Información (GRAI), al abrir el caso, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad decidió concentrar su investigación en cuatro territorios en lo que se han identificado 375.967 víctimas. 190.607 de ellas están en el Distrito de Buenaventura, en el municipio de Dagua y en el Pacífico Medio. Otras 89.994 en la Sierra Nevada de Santa Marta (cuyos pobladores milenarios son los pueblos Wiwa, Kogui; Arhuaco y Kankuamo), y sus zonas adyacentes habitadas por numerosas poblaciones negras, por el pueblo Yukpa que está en la serranía del Perijá y el pueblo Chimilá-ette enaka en el pie de la sierra del departamento de Magdalena. En la Amazonía y Orinoquía se identificaron 33.540, y en la región del Medio Atrato en el departamento del Chocó, se identificaron otras 61.826 víctimas. En el auto en que avocó conocimiento del caso, la Sala anticipó cuatro hipótesis de patrones macrocriminales que afectaron intensamente los territorios étnicos y, con ellos, las relaciones transgeneracionales que permiten a los pueblos preservar y transmitir su lengua, sus saberes tradicionales y sistemas de conocimiento propio. De la conservación de ese bloque de pensamiento y de las formas de vida que lo materializan depende la pervivencia cultural y física de los pueblos.

²⁷ Como se dijo antes, la doctrina ha advertido que, por la dificultad derivada de la prueba del mens rea demandada para la imputación del genocidio, es más sencillo probar e imputar la persecución, si las conductas coinciden con lo previsto en la norma.

²⁸ Este es uno de los actos mediante los cuales se puede cometer genocidio con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Está previsto en el literal b del artículo 6 del Estatuto de Roma.

La definición de desplazamiento,²⁹ como lo ha indicado el Consejo de Estado colombiano, tiene un equivalente para el estatuto constitucional de los pueblos indígenas,³⁰ que les reconoce derechos fundamentales diferenciados.³¹ En consecuencia, un pueblo indígena desplazado es aquél que debió abandonar su territorio porque sus derechos a la integridad y a la pervivencia física y cultural fueron violados o están amenazados con ocasión del conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias derivadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente su orden vital y territorial.³²

La vida en conflicto en el Río San Juan ha sido cruenta desde el año 2000. Ese territorio, que a ojos de cualquiera es un paraíso, se convierte para los armados, según lo han explicado las FARC, en

un teatro de operaciones militares y la geografía (en) el escenario donde se ejecuta la guerra, se extraen recursos, se dominan espacios y caminos... Así, dominar la tierra/dominar los pueblos es controlar el teatro donde se practica la guerra. (Centro Nacional de Memoria Histórica y Organización Nacional Indígena de Colombia 2019, 384).³³

En ese teatro de operaciones, los pueblos se convirtieron en un estorbo, en el “enemigo” (Centro Nacional de Memoria Histórica y Organización Nacional Indígena de Colombia 2019, 384) del grupo de turno que necesite expandir su control estratégico militar y comercial sobre los ríos y los esteros.

Así, para los Wounaan, desde ese año 2000, empezó el sometimiento de la máquina de la guerra sobre su pueblo y su territorio: los asesinatos selectivos, el control armado de los ríos y los caseríos, el reclutamiento forzado y la imposición de otro orden de autoridad en sus territorios (Consejo de Estado, Sentencia de 2 de marzo de 2022, Exp. 64094 2022). En esas circunstancias, el confinamiento funcionó como una válvula de

²⁹ Según la ley 387 de 1997 una persona desplazada es aquella que “se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público”.

³⁰ Así lo reconoció esta corporación recientemente. Ver Consejo de Estado, Sentencia de 2 de junio de 2021. Para un ejercicio similar, ver Corte Constitucional, Auto 004 de 2009.

³¹ Esos derechos no son iguales “a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de estos”, ni “son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos” (Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993). Los pueblos indígenas son titulares, entre otros, del derecho a la integridad y pervivencia étnica y cultural, al territorio y a la propiedad colectiva, a gobernarse y administrar justicia según sus normas y procedimientos propios (Corte Constitucional, Sentencias T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 de 2001; T-782 de 2002; T-811 de 2004) y a acudir a la justicia como comunidad (Corte Constitucional, Sentencias T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998; T-652 de 1998.)

³² Esta definición fue construida por el Consejo de Estado y, según ese tribunal, está alimentada por las construcciones conceptuales del Auto 004 de 2009 y el informe del CNMH. Ver Centro Nacional de Memoria Histórica y Organización Nacional Indígena de Colombia 2019, Consejo de Estado, Sentencia de 2 de junio de 2021, y Sentencia de 2 de marzo de 2022.

³³ Tomado de la declaración de Pablo Catatumbo en el acto de perdón de las FARC al Pueblo Indígena Awá en la ciudad de Pasto, 2018.

resistencia, un sistema de protección ante el horror instalado por el asedio violento sobre sus tierras, sus jóvenes en riesgo de reclutamiento, sus mujeres como objeto sexual, y ante el hambre y el miedo. Sin embargo, la violación constante de derechos y el sometimiento de sus almas y sus mentes cruzó un umbral determinado que los obligó a rendirse a la expulsión (Consejo de Estado, Sentencia de 2 de marzo de 2022).

Después de un año de desplazamiento, volvieron a su territorio y empezó el ciclo de sometimiento violento de nuevo. Robos de los motores y las lanchas de las que dependía su movilidad para sacar enfermos, para ejercer la pesca y visitar sus lugares sagrados, volvieron las amenazas y abaleos a mujeres, la siembra de minas antipersona en sus chagras, el reclutamiento forzoso, y el rigor del confinamiento una vez más, en ciclo preparatorio para un nuevo desplazamiento que efectivamente sucedió tiempo después.

El pueblo Wounaan durante años estuvo y continúa en riesgo de desplazamiento,³⁴ y ha sido declarado por la Corte Constitucional en riesgo de extinción (Corte Constitucional Auto 004 de 2009). Al desplazar al pueblo Wounaan se le generó el daño conocido como desterritorialización, que ha sido profusamente definido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado colombianos y por la Corte IDH³⁵ según la información que los propios pueblos han brindado durante los procesos ante esas cortes. La desterritorialización es la pérdida de “la relación de los indígenas con el territorio” que “es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material”. Pone a los pueblos en una condición de extrema vulnerabilidad, “por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural”, y agrava su “riesgo de extinción”.³⁶

La elevación de ese riesgo prohibido ocurre porque, como es sabido por quienes diseñan las estrategias de desplazamiento y ha sido reiterado por los tribunales colombianos, la eficacia destructiva del desplazamiento como *lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo* indígena “radica en que entremezcla facetas individuales con facetas colectivas de afectación, es decir, surte impactos destructivos tanto sobre los derechos individuales de las personas pertenecientes a las etnias afectadas, como sobre los derechos colectivos de cada etnia **a la autonomía, la identidad y el territorio**. Lo individual y lo colectivo del desplazamiento se retroalimentan e interactúan” (Corte

³⁴ Sobre el riesgo de desplazamiento de los Wounaan, ver Alerta Temprana 032 de 2008 emitida por la CIAT, y las notas de seguimiento con base en las que se mantuvo la alerta: Primera Nota de seguimiento 034 de 2009, Segunda Nota de Seguimiento 027 de 2010, Tercera Nota de Seguimiento 016 de 2011, Cuarta Nota de Seguimiento 012 de 2012. Quinta Nota de Seguimiento 005 de 2013. Sexta Nota de Seguimiento 001 de 2014, Séptima Nota de Seguimiento 003 de 2015 y en Octava Nota de Seguimiento 011 de 2016 los testimonios rendidos en el proceso coinciden en ese punto. Las Notas de Seguimiento continúan hasta la actualidad. Sobre el concepto de riesgo de desplazamiento y obligación de prevención, ver UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) Zapater 2010.

³⁵ Entre otros, puede verse, Corte Constitucional, Auto 004 de 2009. Corte IDH. Caso *Chitay Nech y otros v Guatemala*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212. Caso *Masacres de Río Negro v Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 177. Caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal v Guatemala*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, Consejo de Estado, Sentencia de 2 de marzo de 2022.

³⁶ Corte IDH. Caso *Chitay Nech y otros v Guatemala*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212. Caso *Masacres de Río Negro v Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 177. Caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal v Guatemala*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.

Constitucional, Auto 004 de 2009) en un ciclo de exterminio infalible, conocido, previsible y deseado por quien lo produce.

La maquinaria para la lenta y afirmativa imposición de los rigores del horror que confina y luego desplaza, instala sus dispositivos en todos los componentes de la vida indígena. Los bienes jurídicos abstractos protegidos por el derecho internacional y doméstico (el derecho a la autonomía, a la identidad, al territorio y a la pervivencia física y cultural) son afectados de manera progresiva, directa e irremediable con la única posible consecuencia de aumentar el riesgo de exterminio del pueblo. El confinamiento prolongado, y el posterior desplazamiento forzado funcionan igual a como describía Augusto Roa Bastos el sometimiento sobre los Aché. Es una "fórmula infalible de esa extinción en masa, precedida de una patética agonía".

El desplazamiento forzado de los Wounaan podría imputarse como un tipo penal distinto al de genocidio, como un crimen de persecución.³⁷ Aunque esta sería una respuesta jurídicamente correcta que atendería al estándar de imputación alternativa más fácil, también podría construirse este caso teniendo como horizonte la imputación del tipo de genocidio y así recuperar la idea del proyecto inicial de los relatores de Naciones Unidas de que es posible exterminar a un pueblo con su destrucción cultural. Este giro en la imputación cumple, además, la función de recordar la vigencia del derecho de los pueblos indígenas a no ser exterminados, o de la obligación específica de no contribuir con su exterminio (Schabas 2001, Abtahi 2021). Es una tarea que depende de la correcta incorporación de los contenidos culturalmente adecuados al bien jurídico protegido, al riesgo desaprobado, a la antijuridicidad, consultando el diagnóstico que los propios pueblos han hecho desde su ley de origen o derecho mayor sobre el daño.

3. Conclusión

Nuestra ley, por ejercicio mismo de la responsabilidad, es la vida.

(Barney *et al.* 2017)

La tensión Berlín-Nabusimake es un reflejo local de lo que está sucediendo en el resto del mundo, ahora que el derecho nacido en Europa se encuentra con el reto de asimilar jurídicamente realidades que le son extrañas y que están fuera del alcance de sus códigos epistémicos. En efecto, en la Haya, centro geopolítico de producción de la narrativa del derecho penal internacional, resuenan recientemente preguntas que tienen el mismo trasfondo que justifica las tensiones internas movilizadoras de la dinámica creativa de la JEP.

Esas preguntas tienen como fundamento la convicción de que la justicia penal internacional debería servir a la conciencia de toda la humanidad, lo que parece llevar a una urgente revisión de la capacidad de los mecanismos internacionales para garantizar la atención adecuada a los intereses y la protección necesaria a los derechos de los pueblos indígenas. A partir de ese punto, los centros de producción de pensamiento europeo han empezado a cuestionarse "por ejemplo, sobre cuáles situaciones y casos (sobre pueblos indígenas) debería (la CCI) estar investigando y enjuiciando y cómo los

³⁷ Artículo 7.2.g del Estatuto de Roma: Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

debería identificar”; o sobre “si la concepción de la justicia, en la Haya, o donde sea que la justicia internacional pueda estar asentada, se ajusta a las necesidades y preocupaciones de los pueblos indígenas” (Cross 2022). O, aún más precisamente, acerca de “si la justicia penal que surge de las cortes y tribunales penales internacionales es suficiente para brindar justicia significativa a las víctimas indígenas de crímenes internacionales”.³⁸ Todas ellas, son preguntas que están en el trasfondo de la tensión Berlín-Nabusimake que hoy mueve el proceso creativo en la JEP.

Referencias

- Abtahi, H., 2021. *Adjudicating attacks targeting culture: revisiting the approach under state responsibility and individual criminal responsibility* [en línea]. Disertación de doctorado. 27 de mayo. Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University. Disponible en: <http://hdl.handle.net/1887/3166492>
- Andrade, L.R., 1998. *O que é direito alternativo?* Florianópolis: Obra Jurídica.
- Aparicio, M., 2002. *Los pueblos indígenas y el Estado: el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina* Barcelona: Cedecs.
- Asociación de Capitanes y Autoridades Tradicionales Indígenas del Río Pirá Paraná (ACAIP), 2015, *Hee Yaia Godo – Bakari. El territorio de los jaguares de Yurupari*. Bogotá: Gaia Amazonas.
- Ávila, R., 2011. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Barney, J., Kasokaku Busintana, M., y Salinas, M., 2017. *El Corazón del Mundo* [en línea]. Bogotá: FOS/Fondo Sueco Noruego de Cooperación con la Sociedad Civil Colombiana/INDEPAZ. Disponible en: <https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2019/06/Corazon-de-Mundo-libro-web.pdf>
- Bonilla, D., 2003. Los Derechos Fundamentales y la Diversidad Cultural: Análisis del Caso Colombiano. En: D. Bonilla, *Los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Cardoso, F., y Faletto, E., 1969. *Dependencia y desarrollo en América Latina*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Carrington, K., Hogg, R., y Sozzo, M., 2018. Criminología del Sur. *Delito y sociedad* [en línea], 27(45), 9–33. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S2468-99632018000100001&script=sci_abstract&tlng=en
- Centro Nacional de Memoria Histórica y Organización Nacional Indígena de Colombia, 2019. *Tiempos de vida y muerte: memorias y luchas de los Pueblos Indígenas en Colombia*. Bogotá: CNMH/ONIC.

³⁸ Intervención de Milena Sterio, Profesora de Derecho y Directora del Programa LLM en Cleveland-Marshall College of Law. en el Grotius Centre for International Legal Studies de la Universidad de Leiden; series of online panel discussions on International Criminal Law, Justice and Indigenous Cultures. Sesión del 26 de mayo de 2022: *Delivering Meaningful Justice to Indigenous Victims of International Crimes* (Traducción libre).

- Clavero, B., 2004. El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awás Tingni. *Revista IIDH*, 39, 257–292.
- Comaroff, J., y Comaroff, J., 2012. *Theory from the South or, How Euro-America is Evolving Toward Africa*. Baltimore: Paradigm Press.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2021. *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales* (OEA/Ser.L/V/II). OEA.
- Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (OEA/Ser.D/XXVI.19a). 2016.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución aprobada por la Asamblea General. Sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1). 13 de septiembre de 2007.
- Dussel, E., 2003. Europa, modernidad y eurocentrismo. En: E., Lander, ed., *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 41–53.
- Escobar, A., 1999. *El final del salvaje: Naturaleza, Cultura y Política en la Antropología contemporánea*. Bogotá: ICAN/CEREC.
- Escobar, A., 2003. El lugar de la naturaleza y la naturaleza del lugar: ¿globalización o posdesarrollo? En: E. Lander, ed., *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 113–143.
- Evans, R., 2008. Crime without a Name: Colonialism and the Case for “Indigenocide”. En: A. Dirk Moses, ed., *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*. Nueva York/Oxford: Berghahn Books, 133–147
- Fitzpatrick, P., 1993. Law’s Infamy. En: S. Adelman y A. Paliwala, eds., *Law and Crisis in the Third World*. Melbourne: Hans Zell, 27–50.
- Fundación Gaia Amazonas, 2015. *HEE YAIA GODO~BAKARI. El territorio de los jaguares de Yuruparí*. Bogotá: Gaia Amazonas.
- Geertz, C., 1994. *Conocimiento local*. Barcelona: Paidós.
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 2001. *Duško Sikirica and Damir Došen - Trial Chamber III Issues its Written Judgement on Defence Motions to Acquit* [en línea]. Nota de prensa. La Haya, 6 de septiembre. Disponible en: <https://www.icty.org/en/sid/7958>
- Jakobs, G., 2002. *Los pormenores del tipo objetivo mediante la acción*. En: *Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Jaramillo, I., 2013. *Derecho y familia en Colombia: Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*. Bogotá: Uniandes.
- Kennedy, D.W., 1997. *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*. Cambridge, MA/Londres : Harvard University Press.

- Kloß, S.T., 2017. The Global South as Subversive Practice: Challenges and Potentials of a Heuristic Concept. *The Global South* [en línea], 11(2), 1–17. Disponible en: <https://doi.org/10.2979/globalsouth.11.2.01>
- Larrauri, E., 2002. *Introducción a la imputación objetiva. En: Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Ley 387 de 1997 para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.
- Maldonado, D.B., 2017. *Los mandarines del derecho: Trasplantes jurídicos, análisis cultural del derecho y trabajo pro bono*. 1ª ed. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Maldonado, D.B., ed., 2015. *Constitucionalismo del sur global*. 1ª ed. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Matus, J.P., 2008. Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos. *Política criminal* [en línea], 3(5), 1–35. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2712460>
- Matus, J.P., 2009. ¿Por qué deberíamos conocer más y no menos? Respuesta a A.v. Weezel. *Política criminal* [en línea], 4(7), 230–234. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992009000100008>
- Merry, S.E., 1988. Legal Pluralism. *Law & Society Review*, 22(5), 869–96. <https://doi.org/10.2307/3053638>
- Ministerio de Cultura de Colombia, Organización Indígena Gonawindua Tayrona y Confederación Indígena Tayrona, 2018. *Sistema de conocimiento ancestral de los pueblos de la Sierra Nevada, Patrimonio de la Nación*. [Documental video online]. Ministerio de Cultura de Colombia. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=jvZPUKCqn-Y>
- Mudimbe, V., 1988. *The invention of Africa. Gnosis, philosophy and the order of knowledge*. Bloomington: Indiana University Press.
- Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, 2011. Informe sobre el derecho penal internacional y la defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas. (Versión avanzada inédita E/C.19/2011/4).
- O’Gorman, E., 2006. *La Invención de América*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Organización Gonawindúa Tayrona, 2009. *Ley de Sé seyn zare shenbuta. Salud indígena en la Sierra Nevada de Santa Marta*. Bogotá: Sirga.
- Parellada, A., y Beldi, M.L., eds., 2008. *Los Aché del Paraguay. Discusión de un Genocidio*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWIGIA).
- Quijano, A., 1988 *Modernidad, Identidad y Utopía en América Latina*. Lima: Sociedad y Política Ediciones.
- Quijano, A., 2000. Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America. *International Sociology* [en línea], 15(2), 215–232. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0268580900015002005>

- Ramírez-Bustamante, N., 2019. "A mí me gustaría, pero en mis condiciones no puedo". Maternidad, discriminación y exclusión: el paso del trabajo formal al trabajo informal en confección en Colombia. *Revista CS* [en línea], especial (julio), 241–269. Disponible en: <https://doi.org/10.18046/recs.iespecial.3239>
- Rivera Cusicanqui, S., 2010. *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Rivera Cusicanqui, S., 2018. *Un mundo ch'ixi es posible. Ensayos desde un presente en crisis*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Roxin, C., 2009. Dirección de la organización como autoría mediata. *Anuario de derecho y ciencias penales* [en línea], 62(1), 51–65. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3281917>
- Said, E., 2007. *Orientalismo*. Barcelona: Debolsillo.
- Santos, B.S., 2014. *Epistemologies of the South: Justice Against Epistemicide*. Boulder: Paradigm.
- Schabas, W.A., 2000. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. Cambridge University Press, 184–185.
- Schabas, W.A., 2001. *An introduction to the international criminal court* [en línea]. Nueva York: Cambridge University Press, 93–97. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781316459997>
- Stauffer, J., 2015. *Ethical Loneliness: The Injustice of Not Being Heard*. Nueva York: Columbia University Press.
- Tobar, M.H., et al., 2004. *Pueblo Cofán, Los navegantes del río putumayo*. Bogotá: Instituto Alexander Von Humbolt y Fundación Zio-A'i.
- UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Zapater, J., 2010. *Prevention of forced displacement: the inconsistencies of a concept* [en línea]. Ginebra. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4c23257e0.html>
- Vallejo, I., 2023. Ser Sur. *El País Semanal* [en línea], 10 de junio. Disponible en: <https://elpais.com/eps/2023-06-10/ser-sur.html>
- Van Weezel, A., 2008. ¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J.P. Matus. *Política Criminal* [en línea], 6(2), 1–5. Disponible en: <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol3N6D2.pdf>
- Von Beling, E., 1944. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Depalma.
- Von Bogdandy, A., Morales, M., y Ferrer, E., eds., 2017. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Heidelberg/Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute.
- Wallerstein, I., 1991a. The construction of peoplehood: Racism, Nationalism, Ethnicity. En: E. Balibar e I. Wallerstein, eds., *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*. Londres: Verso, 71–85.

- Wallerstein, I., 1991b. The ideological tensions of capitalism: Universalism versus Racism and Sexism. *En: E. Balibar e I. Wallerstein, eds., Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*. Londres: Verso, 29–36.
- Walsh, C., 2008. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa* [en línea], 9, 131–152.
- Welzel, H., 1956. *Derecho Penal Alemán, parte general*. Buenos Aires: Depalma.
- Willemsen-Díaz, A., 2009. Indigenous Peoples' Rights Reached the UN. *En: C. Charters y R. Stavenhagen, eds., Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWIGIA).

Jurisprudencia

- Consejo de Estado, 2021. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 2 de junio de 2021, exp. 27001-23-33-003-2014-00046-01 (AG). Magistrado Ponente: Alberto Montaña Plata.
- Consejo de Estado, 2022. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 2 de marzo de 2022. Exp (64094) (AG). Magistrado Ponente: Alberto Montaña Plata.
- Corte Constitucional, Auto A-004 de 2009. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018. Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera.
- Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte IDH, 2010. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Expediente CJU-221. (2022). Auto 105 de 2022. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.