

# SABER REVISTA CIENCIA Y LIBERTAD

En Germinación

## DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

CONTESTACIÓN DE DEMANDA ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Memorial para la participación en el concurso auspiciado por la USAID*

ANÁLISIS A LA POSTURA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA, DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. *Manuel David Rivera Arrautt*

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Carlos A. Benavides Blanco*

JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO ADMINISTRATIVO LÍCITO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y COMPARADO  
*Roberto Carlos Arrázola Morales*

DÉFICIT DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON VIH.  
*Diana María Jiménez Hernández*

DDHH Y VIH, UN IMPASE MODERNO. *Daniel Silva Orrego*

ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA: POSIBILIDAD DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL  
*Juan José Navia Garzón*

## FORMACIÓN EN INVESTIGACIÓN

IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN Y SU DESARROLLO EN COLOMBIA.  
*Carmen Cristina Riobó Mouthón*

## DERECHO PROCESAL

CARGA DE LA PRUEBA Y DERECHO A PROBAR EN EL NUEVO CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. *Giovanny Harrison Arrieta Díaz*

## MULTICULTURALISMO, JUSTICIA ANCESTRAL Y COMUNITARIA

LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO GARANTÍA DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA. *Ponencia presentada para el XIII Concurso Internacional de Semilleros de Investigación en Derecho Procesal*

DOBLE PESO, SER MUJER Y NEGRA. *Jessica Ibáñez Gutiérrez*







UNIVERSIDAD LIBRE  
SEDE CARTAGENA



Revista

# Saber, Ciencia y Libertad

En Germinación

Volumen 6 - Julio de 2013  
Cartagena de Indias - Colombia

Universidad Libre, Sede Cartagena

**SABER, CIENCIA Y LIBERTAD** En Germinación

**Autores Varios**

**ISSN:** 2011-8562

**Diagramación e Impresión:**

Alpha Editores

Centro, Cl. Estanco del Aguardiente, No. 5-36

Tels.: 57-5 664 3352 - 660 9438

E-mail: [editorial@alpha.co](mailto:editorial@alpha.co)

[www.alpha.co](http://www.alpha.co)

Cartagena de Indias, Bolívar, Colombia

La obra está amparada por las normas que protegen los derechos de propiedad intelectual.

Se autoriza su reproducción total o parcial de su contenido citando la fuente.

Los artículos son de responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores y no comprometen a la Revista ni a la Universidad Libre.

Impreso en Colombia

2013

**Consejo Editorial**

Rafael Ballestas Morales

Carlos Gustavo Méndez

Armando Noriega Ruiz

María Cristina Bustillo

Zilath Romero González

**Coordinador Editorial**

Oswaldo Ortíz Colón

## **UNIVERSIDAD LIBRE**

### **DIRECTIVOS NACIONALES 2013**

**Presidente**

Víctor Hernando Alvarado Ardila

**Rector**

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

**Censor**

Benjamín Ochoa Moreno

**Decano Facultad de Derecho**

Jesús Hernando Álvarez Mora

**Decano Facultad de Contaduría**

Clara Inés Camacho

### **DIRECTIVOS SECCIONALES 2013**

**Presidente Delegado Rector**

Rafael Ballestas Morales

**Vicerrector**

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

**Secretario General**

Luis María Rangel Sepúlveda

**Director Administrativo y Financiero**

Lucy Castilla Bravo

**Decano de la Facultad de Derecho**

Armando Noriega Ruiz

**Decana de la Facultad de Ciencias**

**Económicas, Administrativas y Contables**

María Cristina Bustillo Castillejo

**Directora Consultorio Jurídico y**

**Centro de Conciliación**

Tulia del Carmen Barrozo Osorio

**Coordinadora de Postgrados**

Beatriz Tovar Carrasquilla

**Directora Centro de Investigaciones**

Zilath Romero González



# CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b>	9
<b>EDITORIAL</b>	11
<b>DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA</b>	
CONTESTACIÓN DE DEMANDA ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: <i>Memorial para la participación en el concurso auspiciado por la USAID</i>	15
ANÁLISIS A LA POSTURA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA, DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO <i>Manuel David Rivera Arrautt</i>	20
ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS <i>Carlos A. Benavides Blanco</i>	33
JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO ADMINISTRATIVO LÍCITO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y COMPARADO <i>Roberto Carlos Arrázola Morales</i>	41
DÉFICIT DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON VIH <i>Diana María Jiménez Hernández</i>	53
DDHH Y VIH, UN IMPASE MODERNO <i>Daniel Silva Orrego</i>	57
ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA: POSIBILIDAD DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL <i>Juan José Navia Garzón</i>	61



## **FORMACIÓN EN INVESTIGACIÓN**

IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION Y SU DESARROLLO EN COLOMBIA <i>Carmen Cristina Riobó Mouthón</i>	67
---	----

## **DERECHO PROCESAL**

CARGA DE LA PRUEBA Y DERECHO A PROBAR EN EL NUEVO CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO <i>Giovanny Harrison Arrieta Díaz</i>	73
--	----

## **MULTICULTURALISMO, JUSTICIA ANCESTRAL Y COMUNITARIA**

LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO GARANTÍA DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDIGENA <i>Ponencia presentada para el XIII Concurso Internacional de Semilleros de Investigación en Derecho Procesal</i>	81
---	----

DOBLE PESO, SER MUJER Y NEGRA <i>Jessica Ibáñez Gutiérrez</i>	103
--	-----

<b>INSTRUCCIONES A LOS AUTORES</b>	107
------------------------------------	-----

## PRESENTACIÓN

Para la sede de Cartagena de la Universidad Libre es motivo de especial complacencia presentar un número más de la revista ***SABER, CIENCIA Y LIBERTAD EN GERMINACIÓN***, en la cual los estudiantes participan con variados temas de análisis, que mantienen viva la llama de sus inquietudes intelectuales.

Ha querido la Universidad Libre, Sede Cartagena, que su comunidad estudiantil sea copartícipe en las publicaciones que den a conocer el pensamiento y las tareas propios de su misión y visión, como la presente revista.

Aquí diferentes autores profundizan en temas de contenido jurídico o social, que califican la madurez conceptual con la cual los estudiantes los abordan.

Recomendamos los diferentes trabajos por su importancia y actualidad, seguros que serán provechosos para sus lectores.

**RAFAEL BALLESTAS MORALES**  
Presidente Delegado - Rector



## EDITORIAL

Es una honra a todos los seres humanos acceder a cargos que estimulan el espíritu académico e intelectual y que a través de estos se puede irradiar y obtener conocimientos en esa interrelación que parafraseando al brasilero Paulo Freire, solo se logra en el ser humano cuando se mediatiza en sus relaciones con la sociedad de la galaxia. Tiene su fundamento la anterior apreciación porque a través de esa invaluable tarea de la Doctorante Zilath Romero González, en la Dirección de Investigación de la Universidad Libre, Sede Cartagena, se me concedió el honor, con aval de la actual Decanatura en cabeza del Mg. Armando Noriega Ruiz, designarme Coordinador de Semilleros, producto de la conceptualización de la sed que tienen nuestros jóvenes adscritos a los diferentes semilleros en la Dirección de Investigaciones, por irrumpir en ese campo hoy desconocido y temido de la investigación para algunos.

Ingrid Muller, conceptuaba que, Humboldt, fundante de la academia científica teutona, afirmaba que la Universidad Alemana, se caracterizaba porque: “buscaba fines eminentemente científicos por encima de la docencia; la ciencia constituía el fundamento de los procesos de formación profesional; los propios creadores o investigadores eran los primeros encargados de la construcción, reconstrucción y enseñanza de los conocimientos; la investigación se concebía en sí misma como un proceso pedagógico capaz de fomentar honestidad, objetividad y tolerancia a la hora de enseñar; y enseñar a aprender equivalía a un modelo de aprendizaje investigativo”. Hoy podemos afirmar sin temor a equívocos que nada de lo anterior es ajeno a la práctica que realizan los estudiantes de la Universidad Libre en ese incipiente o germinante trasegar por el Saber, la Ciencia y la Libertad.

La ciencia está por encima de la simple práctica docente. El docente de hoy no se concibe excelente y de calidad si no en la medida en que es investigador, en la medida en que produce y hace producir conocimiento, ciencia, y que ese conocimiento se pueda replicar a través de sus discípulos en escritos, en publicaciones como la presente, que por primera vez, sin desconocer el pasado, pone en la fiebre de sus aspiraciones investigativas a jóvenes o adolescentes mujeres y hombres que ven realizados sus sueños de publicar a través de una oportunidad que jamás se les olvidará y que les servirá como base para seguir publicando. Podríamos decir entonces que SABER CIENCIA Y LIBERTAD EN GERMINACIÓN, realiza sueños de estudiantes investigadores de nuestra Universidad y está abierta a los semilleristas del orbe.

Así, la revista contiene una vez más, publicaciones propias y exógenas que nos incitan a la academia investigativa y la escritura de artículos producto de nuestro aprendizaje cotidiano al interior y exterior de nuestra Alma Mater; elogiándose esta vez la producción de estudiantes de la Universidad Libre, Seccional Pereira, y a los estudiantes pertenecientes a los Semilleros “Cultura Sin Fronteras”, “SEMISOJU”, y demás colaboradores; quienes sus condiscípulos y demás estudiantes de la Universidad están obligados, por construcción propia de su ser, a emular en el futuro, para lo cual invitamos en forma abierta su participación activa en SABER , CIENCIA y LIBERTAD EN GERMINACIÓN.

**OSWALDO ENRIQUE ORTIZ COLÓN**  
Coordinador Editorial



**DERECHO  
CONSTITUCIONAL,  
DERECHOS HUMANOS Y  
DEMOCRACIA**



# CONTESTACIÓN DE DEMANDA ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: MEMORIAL PARA LA PARTICIPACIÓN EN EL CONCURSO AUSPICIADO POR LA USAID

*Ponencia dirigida por Carlos García Granados, Elizabeth Ramírez Llerena; con la coautoría de los estudiantes Viviana Villalobos, Carlos Benavides*

## PRIMERA PARTICIPANTE

Muy buenos días/buenas tardes, honorables Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Delegados de la Comisión Interamericana, como Agentes Principal y Alterno, respectivamente, concurrimos ante la Corte en representación de la República de Atlanta, mediante poder especial otorgado por el Sr. Presidente para que, con plenas facultades, defendamos los intereses Atlánticos en el caso de la referencia. Demostraremos en el curso del proceso la falta de agotamiento de los recursos internos, al igual que la inexistencia de las supuestas violaciones imputadas

Si bien la CADH no define el concepto de “excepción preliminar”, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH puede definirse como aquel acto procesal que objeta la admisibilidad de una demanda o la competencia del Tribunal para conocer un determinado caso o alguno de sus aspectos en razón de la persona, la materia, el tiempo o lugar<sup>1</sup>. Una excepción preliminar tiene por finalidad obtener una decisión que prevenga o impida el análisis sobre el fondo del aspecto cuestionado o de todo el caso. No obstante, dentro de las atribuciones de la Corte IDH se encuentra la de efectuar el control de legalidad de las actuaciones de la CIDH en lo referente al trámite de asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte<sup>2</sup>.

La Corte IDH es incompetente *ratione materiae* para conocer asuntos que se le hayan presentado la CIDH, en los eventos en que esta última no hubiere agotado el procedimiento consagrado en los arts. 46 y 47, CADH<sup>3</sup>. También, la Corte ha manifestado que la CADH restringe la competencia *ratione materiae* a los derechos consagrados por ella y **no lo hace extensivo a los consagrado en ninguna otra Convención**. La Corte además ha afirmado sobre su propia competencia que *“la función de la Corte es la de interpretar no el derecho interno sino el derecho internacional, que en el caso de la jurisdicción contenciosa está representado por las propias disposiciones de la Convención y en el de la competencia consultiva por la misma Convención y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”*<sup>4</sup>.

Atlanta se acoge a lo dispuesto por la Corte IDH en múltiples pronunciamientos, donde manifiesta: *“el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse así como acreditar que esos recursos son efectivos”*<sup>5</sup>; y solo puede prescindirse su cumplimiento cuando el Estado desconozca o no tramite las pretensiones legítimas de los reclamantes, circunstancias en las que Atlanta no ha incurrido. Atlanta, desde el inicio del proceso, realizó

1 Corte IDH Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34.

2 Corte IDH Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Punto Resolutivo tercero y Caso Castañeda Gutman, párr. 40.

3 Corte IDH, Asunto Viviana Gallardo y otros, párr.27.

4 Corte IDH Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

5 Corte IDH Caso Tibi, párr. 49 y Caso de la Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tigni. Excepciones Preliminares, párr. 53. Es de anotar que existen excepciones al no agotamiento de los recursos internos (opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990), pero que en el presente caso no serían aplicables.



la respectiva declaración de excepción por falta de agotamiento de recursos internos, no habiendo renunciado ni tácita o expresamente en ninguna instancia de la actuación ante la Corte IDH.

La CIDH debió verificar si los procedimientos que existen en Atlanta, fueron debidamente aplicados y se encuentran agotados, pues “...según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la practica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos por sus propios medios”<sup>6</sup>, lo cual la propia CIDH ha violado palmariamente en este caso, porque a pesar que el Estado - inmediatamente notificado de la petición – manifestó lo pertinente, inició la investigación, sin considerar que la competencia internacional es subsidiaria y no simultánea. Esta actuación de la CIDH configura una injerencia indebida en los procedimientos judiciales Atlánticos, menoscabando el derecho de defensa del Estado, quien además de tener que movilizar su aparato jurisdiccional interno, debe asumir una investigación internacional en su contra. La violación del derecho de defensa es un vicio procesal esencial que tiene la virtualidad de anular todo el procedimiento ante la CIDH y frente al mismo cede toda consideración<sup>7</sup>.

Resulta también evidente que en el caso, las presuntas víctimas han intentado mediante la vía internacional de protección de DDHH agregar una instancia de revisión de unas decisiones ajustadas a derecho contrarias a sus intereses- como la sentencia de constitucionalidad de la ley 007 de 2004-, posibilidad que ha sido limitada por la doctrina de la “Cuarta Instancia”. Las decisiones adoptadas por el ordenamiento interno atlántico han sido motivadas de acuerdo con las garantías exigidas por la CADH. Nunca se ha señalado la falta de acceso al tribunal, que este careciera de imparcialidad o independencia, ni que se hubieren violado las normas procesales aplicables. Sólo cuando es

evidente que ha habido una violación de uno de los derechos protegidos por la CADH, existirá competencia para conocer el caso.<sup>8</sup>

En gracia de discusión, toda vez que se ha hecho uso de instrumentos internacionales especializados en materias de DIH, entre ellos el Art. 3 Común a los Convenios de Ginebra, sea del caso decir que los hechos del 31 de enero, el 3 y 11 de febrero de 2004 corresponden más a infracciones graves del DIH y no a violaciones del derecho internacional de los DDHH, pues los muertos de estos hechos son combatientes, por lo que no se constituyen en violaciones de derechos humanos, y que como la Corte no es competente para declarar infracciones graves o crímenes de guerra contrarios al DIH, no debe conocer del caso.

Teniendo en cuenta que el art. 3 Común a los Convenios de Ginebra es un instrumento diferente e independiente de la CADH, y que en él no se le confiere competencia a la CIDH ni a la CorteIDH para conocer y pronunciarse sobre las eventuales violaciones a los derechos y compromisos en él contenidos, este Tribunal no puede aplicarlo ni declarar responsabilidad internacional por eventuales incumplimientos a los compromisos y obligaciones en él contenidos<sup>9</sup>.

El Estado de Atlanta se opone a que se le declare responsable por la violación de los artículo 17 y 21 como lo piden los representantes de las víctimas en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, puesto que son violaciones sobre hechos que no habían sido invocados ante la CIDH y por tanto no debatidos ni resueltos ante esa instancia., Si bien es cierto que la demanda no ha de ser, necesariamente, una simple reiteración del informe rendido por la CIDH, también lo es que no debería contener conceptos de violación que el Estado no conoció durante la etapa del procedimiento que se sigue ante la propia CIDH, y que por eso mismo no pudo desvirtuar oportunamente. No sobra recordar que en esa etapa el Estado dispone

6 Corte IDH, Asunto de Viviana Gallardo y otras, decisión de 13 de noviembre de 1981, Nº G 10181, Serie A, párrafo 26

7 CIDH, caso Abella y otros vs. Argentina 11.137 Informe 55/97 de 18 de noviembre de 1997, Párrafo 141

8 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004

9 Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentencia de 4 de febrero de 2000. (Excepciones Preliminares). Parr. 32 al 34

de la posibilidad de admitir los hechos aducidos por los denunciantes, rechazarlos motivadamente o procurar una solución amistosa que evite la remisión del asunto a la Corte. Si el Estado desconoce ciertos hechos o afirmaciones que luego se presentarán en la demanda, no puede ejercer sus derechos en aquella etapa procesal<sup>10</sup>. Los hechos supervinientes y referencias contextuales no constituyen nuevas oportunidades para que las partes introduzcan hechos diferentes de los que conforman el marco fáctico del proceso<sup>11</sup>.

Si a pesar de lo anterior, la Corte IDH considera admisible la demanda presentada por la CIDH, Atlanta subsidiariamente desarrollará los siguientes argumentos de defensa sobre el fondo, todos ellos en relación con los arts. 1.1, 2 y 63.1 CADH. Con la venia de esta Corte, la suscrita Agente principal da paso a la Agente alterna.

## SEGUNDA PARTICIPANTE

Como Agente Alterna procedo a hacer la sustentación de fondo de los cargos imputados al Estado, de la siguiente manera:

Es claro para la Corte IDH que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de lesión o riesgo a derechos como el de la vida e integridad. Teniendo en cuenta las dificultades que implican la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas estatales deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada<sup>12</sup>. Para que surjan tales obligaciones, debe establecerse si al momento de los hechos, las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o individuos **determinados**, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.

10 Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 54; Caso de la Masacre de Mapiripán, párrs. 58 y 59, y Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

11 Corte IDH, Caso Escher vs Brasil. Serie C. No. 200, Párrafo 45

12 Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 124.

En el presente caso, las imputaciones de la CIDH contra Atlanta respecto de estos derechos, necesitarían la demostración de tres elementos esenciales que en el caso concreto son inexistentes: a) que tal trasgresión fue cometida por agentes del Estado, b) que fue cometida en franco abuso de autoridad y c) demostrar **plenamente** el nexo de causalidad entre el agente estatal y el perjuicio causado al derecho fundamental vulnerado<sup>13</sup>.

Debemos indicarle a la ilustre Corte IDH que Atlanta no es responsable de los sucesos ocurridos el 31 de enero y el 3 de febrero, ya que sus autores fueron grupos armados no estatales; que tampoco lo es sobre las presuntas desapariciones forzadas del 7 y 9 de febrero, ya que no hay pruebas que comprometan la responsabilidad del Estado de Atlanta. Sobre los hechos del 11 de febrero, debe decirse que no hay pruebas técnicas que demuestren que la muerte de las 11 personas fue debido al bombardeo de la FAA, que es una afirmación no demostrada por los peticionarios y por el contrario esas víctimas fueron muertas con ocasión de los combates que se presentaron **entre los grupos armados no estatales**.

En cuanto a la aducida posible vinculación de agentes estatales, cabe advertir que en el caso existió una determinación judicial de personas consideradas responsables de los hechos. Al arribar a tal conclusión, los órganos judiciales internos intervinientes tuvieron por acreditados ciertos hechos, sin señalar en todos ellos la responsabilidad de agentes estatales en los mismos, y en aquellos donde si la hubo, la respectiva sanción ya fue debatida en la jurisdicción interna, y por ende, aplicable a ello la precitada *fórmula de la cuarta instancia*. El Estado efectivamente indagó la posible responsabilidad penal de otras personas, además de aquellas a las que finalmente consideró autoras materiales de los hechos.

También debe decirse que los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los DDHH (Art. 25), recursos que deben ser sustanciados

13 Cfr. CortelDH, Velásquez Rodríguez, párr. 185; Paniagua Morales, Párr. 120; Godínez Cruz, Párr. 195; Caballero Delgado y Santana, Párr. 63; Neira Alegría, Párr. 76.

de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1), todo ello atendiendo la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción<sup>14</sup>.

El sistema judicial Atlántico, a pesar de las grandes demandas ciudadanas, sigue manteniendo estándares mínimos exigibles por la comunidad internacional con respecto a la efectividad, imparcialidad e independencia del poder judicial, y de los demás mecanismos administrativos destinados a la protección de los derechos humanos.

Si bien los demandantes interpusieron dos acciones (contra la Ley 007 de 2004 y contra sus decretos reglamentarios), sea del caso decir que, en el último caso, los actores no esperaron la respuesta definitiva por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que decidieron acceder directamente a los tribunales internacionales.

El hecho que los peticionarios no hayan agotado los recursos internos existentes, no quiere decir que el Estado haya sido omisivo o que no esté dispuesto a suscitar la activación de todo el sistema judicial y administrativo interno que fuere necesario en orden a restablecer los derechos conculcados. Es el legislador quien establece los procedimientos que han de surtir, las acciones, los términos, los recursos y en general todos los aspectos propios de cada proceso atendiendo su naturaleza, a fin de establecer las reglas que han de observarse<sup>15</sup>.

En el caso que nos compete, el Estado es consciente que ha habido tardanzas en la solución de alguno de los recursos interpuestos por las víctimas o en el curso de algunas de las investigaciones penales; sin embargo, ello se encuentra plenamente justificado, debido a la complejidad de los derechos implicados en este caso, que involucran efectuar estudios balísticos, realizar inspecciones judiciales, escuchar testimonios, etc, lo que hace que los funcionarios que cono-

<sup>14</sup> Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91.

<sup>15</sup> Ver sentencia C- 1233/05 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

cen de las investigaciones penales necesiten un *plazo razonable* para cumplir su objetivo<sup>16</sup>

Por ello, solicitamos muy respetuosamente a este Honorable Tribunal, que tenga en cuenta la necesidad de darle al Estado la oportunidad para resolver internamente estos procesos y se declare que aún no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna, y por lo tanto inadmita la demanda presentada por la CIDH.

Una negociación de paz como la que desarrolla Atlanta beneficia los intereses de la justicia, las amnistías y los indultos otorgados con base en los delitos de rebelión y sedición no solo tienen una base legal sino un respaldo en la jurisprudencia constitucional atlántica, máxime cuando sus beneficiarios han colaborado con los derechos a la verdad y a la reparación. Atlanta está cumpliendo con creces como lo que establece el derecho internacional de los derechos humanos; la Comisión de Verdad y el programa de reparaciones administrativas cumplen con los estándares de los sistemas universal e interamericano. La justicia atlántica ha demostrado su diligencia investigando todos los hechos perpetrados por los grupos armados no estatales, incluso la orden de extradición del líder del MAR garantiza que los hechos del 4 de febrero de 2004 no queden en la impunidad. Ningún tratado internacional prohíbe amnistiar, indultar o extraditar; la CIDH se equivoca al pretender evaluar un programa de reparaciones administrativas con criterios judiciales y no con criterios propios de justicia transicional.

Resulta insuficiente concebir la honra y la intimidad (Art. 11) como derechos garantistas frente a invasiones indebidas, sin interpretarlos también como facultades para controlar el flujo de informaciones personales. La jurisprudencia interamericana también ha señalado que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo<sup>17</sup>; afir-

<sup>16</sup> Corte I.D.H., Caso Genie Lacayo. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

<sup>17</sup> Cfr. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C

mando que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 Convencional<sup>18</sup>.

Por otra parte, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 *ibidem* se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos<sup>19</sup>. Por último, los derechos políticos son de importancia fundamental dentro del sistema interamericano y se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la CADH como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático<sup>20</sup>.

Del acervo probatorio del presente caso no surge prueba alguna que indique que haya sido agentes estatales los responsables de la desaparición de Tancredo Yubal, o que hayan sido particulares que hayan contado con su aquiescencia. Cabe señalar que, en cualquier caso, la posible falta de certeza sobre la vinculación de agentes estatales en los hechos referidos no puede llevar a este Tribunal a presumir que sí lo fueron y condenar automáticamente al Estado por el incumplimiento del deber de respeto. Por tanto, no se puede atribuir al Estado responsabilidad internacional por violaciones a los derechos sustantivos consagrados en los artículos 11, 13.1, 16 y 23 de la Convención Americana<sup>21</sup>.

---

No. 73, párr. 74, y Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 108.

18 Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 149, y Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 111.

19 Corte IDH Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs Perú. Serie C, No. 167, párrafo 169

20 Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 191.

21 Cítese Caso Palma Mendoza y Otros vs. Ecuador. Sentencia De 3 Septiembre De 2012, Parr. 100 y 101; Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, párr. 242.

El Estado tiene presente la protección especial que se debe dar a los niños, pues sabe de la condición de vulnerabilidad de ellos y de su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos.<sup>22</sup> El Estado no ha escatimado esfuerzos creando una normatividad protectora de los menores, como lo expresa la propia Constitución Atlántica en su artículo 44, además del amplio desarrollo jurisprudencial que la Tribunal Constitucional le ha dado a este tema, como en la sentencia C-273/03. Frente a los derechos del niño tenemos que a éstos se les ha dado un trato digno, igual que a sus familias. Corresponde su protección en primera instancia a su familia, en segunda instancia a la sociedad y por último al Estado. Ningún niño ha quedado por fuera de las ayudas humanitarias brindadas hasta el momento, y que también se están investigando y hasta sancionando las lesiones y muertes donde han estado vinculados menores de edad como víctimas.

Atlanta quisiera concluir su defensa señalando que cuenta con suficientes recursos de derecho interno para hacer efectivos los derechos, así como para el cumplimiento de los deberes generales de la CADH. Algunos de estos ya se han ejercido, los restantes continúan a disposición de las presuntas víctimas. Mal puede ser responsable por hechos de los cuales no es autor y que incluso ha ido más allá al beneficiar a las víctimas de los mismos, con un paquete de medidas de justicia transicional que está acorde con los estándares internacionales.

Por lo anterior, Atlanta, basándose en los hechos demostrados y los argumentos jurídicos esgrimidos aquí, solicita muy respetuosamente a la CorteIDH: Declararse incompetente para conocer el presente caso, sometido a su consideración por la CIDH, por las cuestiones de admisibilidad arriba expuestas. En subsidio, desestimar la solicitud de la CIDH y de los peticionarios para que se declare responsable al Estado de haber violado los artículos 1.1, 2, 4, 5, 8, 11, 13.1, 16, 19, 23, 25 y 63.1 CADH.

---

22 Caso Villagrán Morales Y Otros (Caso De Los "Niños De La Calle"). Sentencia del 19 de Noviembre 1999. Párrafo 185.

# ANÁLISIS A LA POSTURA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA, DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

*Manuel David Rivera Arrautt<sup>1</sup>*

## RESUMEN

El Auto 092 de 2008, proferido por la Corte Constitucional colombiana declarada en la Sentencia T-025 de 2004, es, uno de los avances más importantes que ha tenido el país en materia judicial, de protección de los derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado. La Corte Constitucional fundamenta su pronunciamiento, en que la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, no sólo debe ser abordada mediante políticas de atención, sino desde la obligación que tiene el Estado colombiano, en comprender la complejidad de estos delitos, y a partir de allí, crear políticas de prevención, con perspectiva de género. De esta manera, la Corte ordenó implementar en el marco de la política pública de atención integral a la población desplazada, trece programas que respondan de manera efectiva y diferencial a los riesgos que enfrentan las mujeres en el marco del conflicto armado.

## PALABRAS CLAVES

Género, Conflicto Armado, Violencia, Desplazamiento, Víctima.

## ABSTRACT

The Order 092 of 2008, issued by the Colombian Constitutional Court declared in Judgment T -025 of 2004, is one of the most important developments has been the country on judicial protection of the rights of women victims of conflict armed. The Constitutional Court based its decision, in which the condition of vulnerability that women are victims of forced displacement, not only be addressed through health policies, but from the obligation of the Colombian State, to understand the complexity of these crimes, and from there, create prevention policies with a gender perspective. Thus, the Court ordered implementation in the context of public policy comprehensive care to the displaced population, thirteen programs that respond effectively and differential risks faced by women in the context of armed conflict.

## KEYWORDS

Gender, Armed Conflict, Violence, Displacement, Victim.

## INTRODUCCIÓN

El panorama del pensamiento feminista, tanto en su desarrollo histórico como en las configuraciones actuales, es vasto y heterogéneo, (Facchi Alesandra: 2005) en el confluyen numerosas corrientes, cuyo único denominador común es el de mejorar la situación de las mujeres. Pluralidad, heterogeneidad y conflictividad caracterizan el pensamiento feminista sobre el Derecho. En el siglo XX, el movimiento feminista es caracterizado como es sabido por la igualdad entre los sexos y por el

<sup>1</sup> Egresado del programa de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena e integrante del Grupo de Investigación SEMISOJU, Semillero de Investigación en Sociología Jurídica.

reclamo de una reforma que elimine toda forma de discriminación formalmente establecida entre los hombres y las mujeres. Las mujeres exigían tener acceso a los mismos Derechos y a ser tratadas igual que a los varones. Al mismo tiempo rechazaban como valores los roles que siempre se les había impuesto en la cultura occidental, que para las feministas eran entendidos como formas de inferioridad, subordinación y exclusión.

Hablar de una perspectiva de género puede tomarse en doble sentido, como derecho progresivo y como función pública, destinada a velar y garantizar la efectividad de los derechos, libertades y garantías de toda la población femenina sin dejar de lado los derechos de los hombres, sin que se encuentre limitado su acceso por condiciones de raza, región, sexo, etnia, entre otros. Este doble carácter motiva el requerir su acceso en condiciones diferenciales, que garantice la efectividad en el procesamiento de los conflictos que comprometan los derechos de hombres y mujeres, sin importar a qué grupo social pertenecen. Para efectos del análisis del tema, nos centraremos en la situación de las mujeres y las implicaciones relativas a sus posibilidades, limitaciones y derechos en el campo judicial y en el ámbito del Derecho.

Se ha considerado que las mujeres cuentan con mayores obstáculos para la realización del derecho al acceso a la administración de justicia, consideramos que hay algunas barreras para su ejercicio, tales como: las técnicas judiciales, por la complejidad del sistema judicial; tramitología, por falta de celeridad del aparato judicial; sociales y culturales, que determinan la prevalencia de una cultura androcéntrica y patriarcal del aparato judicial; económicas, reflejadas en los altos costos de los procesos y la dificultad de las mujeres para producir ingresos para sostener un pleito; cognitivas, producto de la complejidad y desconocimiento de los derechos; geográficas, en razón al escaso tiempo y los recursos de los cuales pueden disponer; e individuales, fundadas en el temor a represalias por poner en peligro su esfera privada y la desconfianza en el sistema de administración de

justicia. A las anteriores situaciones, podemos sumar la falta de sensibilización de los operadores de justicia, la prevalencia del discurso jurídico androcéntrico, y los escasa jurisprudencia con enfoque de género en Colombia. (Ferrer Araujo Nina: 2010).

El Auto 092 de 2008, proferido por la Corte Constitucional adentro del marco del estado de cosas inconstitucionales, que este Tribunal revisa, declara en la Sentencia T-025 de 2004, (1) uno de los avances más importantes que ha tenido el país en materia judicial de protección de los derechos de las mujeres, víctimas del conflicto armado.

La Corte Constitucional fundamenta su pronunciamiento en estándares internacionales y nacionales de protección de las mujeres y en estudios presentados, por organismos internacionales respecto a este tema, ya que señala que dicha condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, no solo debe ser abordada mediante políticas de atención, sino desde la obligación que tiene el Estado colombiano en comprender la complejidad de estos delitos, y a partir de allí, crear políticas de prevención, con perspectiva de género. De esta manera, la Corte ordenó implementar en el marco de la política pública de atención integral a la población desplazada, trece programas que respondan de manera efectiva y diferencial a los riesgos que enfrentan las mujeres en el marco del conflicto armado, y a las facetas de género del desplazamiento forzado, subrayando la gravedad de las situaciones de violencia sexual derivadas del conflicto armado, haciendo un llamado de atención sobre la invisibilidad de esta práctica delictiva generalizada. (Bermeo Mantilla Diana: 2011) La pregunta que abordó esta investigación: ¿Cuál fue la postura de la Corte Constitucional en la administración de justicia en Colombia, desde una perspectiva de género en la Sentencia T-025 de 2004? El objetivo general de esta investigación, fue: Realizar un análisis al Auto 092 de 2008, proferido por la Corte Constitucional y declarado en la Sentencia T-025 de 2004.

## 1.- El auto 092 de 2008 y la Sentencia T-025 de 2004.

Se ha pronunciado la Corte Constitucional en el Auto 092 de 2008, sobre Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado, en el marco del seguimiento a la superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en el campo del desplazamiento forzado, declarado por la Sentencia T-025 de 2004. (2) Este Auto constituye un hito en la jurisprudencia colombiana, pues por primera vez se dedica una sentencia a la obligación constitucional de las autoridades colombianas, de incorporar un enfoque diferencial de género dentro de la política pública de atención a las personas desplazadas por el conflicto armado, de tal forma que el sistema de protección sea sensible a las necesidades y vulnerabilidades específicas de las mujeres victimizadas por este fenómeno.

El Auto 092 de 2008, proferido por la Corte Constitucional en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado por la Sentencia T-025 de 2004, es, sin duda alguna, uno de los avances más importantes que ha tenido el país en materia de protección de los derechos de las mujeres. La trascendencia de esta sentencia se debe a varios factores. En primer lugar, la Corte Constitucional hace una caracterización y visibilizarían sin precedentes del impacto desproporcionado del conflicto armado y del delito de desplazamiento forzado en las mujeres. Con base en la revisión de los estándares internacionales y nacionales de protección reforzada de las mujeres, y los estudios presentados por los organismos internacionales y los realizados en la materia en el país, el Auto señala que dicha condición de vulnerabilidad no sólo debe ser abordada a través de políticas de atención, pues reitera la obligación que tiene el Estado colombiano de adoptar, a partir de la comprensión de la complejidad del fenómeno, políticas de prevención con perspectiva de género.

En consecuencia, el Alto Tribunal ordena crear e implementar, en el marco de la política pública de atención integral a la población desplazada,

trece programas que respondan de manera efectiva y diferencial a los riesgos que enfrentan las mujeres en el marco del conflicto armado, y a las facetas de género del desplazamiento forzado.

En segundo lugar, el Auto 092 subraya la gravedad de las situaciones de violencia sexual derivadas del conflicto armado, haciendo un llamado de atención sobre la invisibilidad de esta práctica delictiva generalizada cuando hay estos tipos de conflicto. Así, no obstante que la Corte Constitucional traslada a la Fiscalía General de la Nación 183 casos individuales, la caracterización que expone en el Auto, pone el aparato estatal frente a la imperativa necesidad de evaluar los mecanismos y políticas de las que éste dispone para prevenir, atender e investigar estos delitos.

De la misma forma, y con base en una valoración fáctica y jurídica que recoge el análisis de las condiciones que generan la vulnerabilidad de las mujeres en situación de desplazamiento, el Alto Tribunal establece dos presunciones constitucionales que impactan de manera transversal la política pública de atención integral a la población desplazada.

De acuerdo con el contenido de la primera presunción, las entidades que conforman el Sistema de Atención Integral a la Población Desplazada deben garantizar que la actuación de sus funcionarios se derive de la comprensión de la condición de vulnerabilidad de las mujeres desplazadas y conduzca, por lo tanto, a una atención acorde con la protección reforzada de la cual ellas son sujeto.

De manera paralela, el alcance de la segunda presunción obliga al Estado colombiano a releer la asistencia humanitaria que se otorga a las víctimas del desplazamiento con base en las facetas de género y la especial condición de vulnerabilidad que experimentan las mujeres desplazadas, lo que significa, en últimas, un importante ajuste presupuestal y operativo de toda la política de atención a la población desplazada, que pasa, necesariamente, por una estrategia de capacitación amplia y sostenida que comprometa a los

servidores públicos, desde la convicción y conocimiento en la atención urgente de esta problemática.

Finalmente, el Auto imparte órdenes individuales de protección para 600 mujeres desplazadas con miras a garantizar sus derechos. No obstante, las víctimas son muchas más, por lo cual, el Auto 092 se constituye en el punto de partida para la acción estatal en materia de prevención y atención de la población desplazada con una perspectiva de mujeres. Es un punto de inflexión, puesto que le presenta al Estado colombiano la oportunidad de diseñar, desde una minuciosa y responsable valoración, políticas con criterios diferenciales que garanticen no sólo la atención efectiva, sino que integren necesariamente la perspectiva de la prevención en todos sus niveles de actuación.

## **2.- Los Trece programas establecidos en el Auto 092 de 2008 por la Corte Constitucional.**

En el Auto 092 de 2008, en desarrollo de la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional impartió órdenes específicamente dirigidas al Director de Acción Social, en tanto coordinador del SNAIPD, encaminadas a proteger los derechos fundamentales de las mujeres colombianas en situación de desplazamiento forzado. De conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, “el juez (...) mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”<sup>1</sup> La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en el marco del proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia T-025 de 2004, mantiene su competencia para verificar que las autoridades adopten las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas desplazadas en el país.

En virtud de decisión de la Sala Segunda de Revisión del día trece (13) de agosto de 2007, la Corte Constitucional ha reasumido la competencia para garantizar el cumplimiento de las órdenes impartidas en el marco del proceso de

seguimiento de la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento interno.

En la presente providencia, la Corte Constitucional controlará el cumplimiento de las diversas órdenes impartidas en el Auto 092 de 2008. El soporte fundamental de la presente providencia es triple: (a) el carácter de sujetos de especial protección constitucional que tienen las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores que son víctimas del desplazamiento forzado y los diversos crímenes que lo rodean; (b) el carácter masivo, sistemático y profundo de la violación de sus derechos fundamentales a lo largo del territorio nacional; y (c) el carácter apremiante de sus necesidades, a las cuales el Estado colombiano está obligado a responder en forma diferencial y prioritaria por mandato de la Constitución. Cada uno de estos tres pilares jurídicos fue expuesto con debido detalle en el Auto 092 cuyo cumplimiento se verifica. Más aún, el axioma del presente auto lo conforman las constataciones efectuadas en el numeral Primero de la parte resolutive del Auto 092/08:

“Primero.- CONSTATAR que la situación de las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores desplazadas por el conflicto armado en Colombia constituye una de las manifestaciones más críticas del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, por ser sujetos de protección constitucional múltiple y reforzada cuyos derechos están siendo vulnerados en forma sistemática, extendida y masiva a lo largo de todo el territorio nacional; CONSTATAR que la respuesta estatal frente a la misma ha sido manifiestamente insuficiente para hacer frente a sus deberes constitucionales en el área, y que los elementos existentes de la política pública de atención al desplazamiento forzado dejan vacíos críticos que resultan en una situación de total desamparo de las mujeres desplazadas ante las autoridades obligadas a protegerlas; y DECLARAR que las autoridades colombianas a todo nivel están bajo la obligación constitucional e internacional imperiosa de actuar en forma resuelta para prevenir el impacto desproporcionado del desplazamiento sobre las mujeres, y



garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las mujeres que han sido afectadas por el desplazamiento.”

#### **a.- Órdenes impartidas en el auto 092 de 2008 al director de acción social.**

El Director de Acción Social fue destinatario de tres grupos de órdenes en el Auto 092 de 2008.

1. Creación de 13 programas específicos. En primer lugar, se ordenó al Director de Acción Social que coordinara el diseño e implementación de trece (13) programas nuevos y específicos para atacar tanto las causas de fondo del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres, como las facetas de género del desplazamiento en tanto manifestaciones del impacto diferencial de este crimen sobre las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores. Esta orden, de naturaleza compleja, se formuló así en el literal segundo de la parte resolutiva:

“Segundo.- Para prevenir el impacto desproporcionado y diferencial del desplazamiento forzado sobre las mujeres colombianas, y proteger de manera efectiva los derechos fundamentales de las Mujeres víctimas del desplazamiento, se ORDENA al Director de Acción Social que lleve a su Debido término el diseño e implementación de los trece Programas enunciados en la presente Providencia para colmar los vacíos críticos en la política pública de atención al Desplazamiento forzado, a saber:

- a. El programa de prevención del impacto de género desproporcionado del desplazamiento, mediante la prevención de los riesgos extraordinarios de género en el marco del conflicto armado.
- b. El programa de prevención de la violencia sexual contra la mujer desplazada y de atención integral a sus víctimas.
- c. El programa de prevención de la violencia intrafamiliar y comunitaria contra la mujer desplazada y de atención integral a sus víctimas.

- d. El programa de promoción de la salud de las mujeres desplazadas.
- e. El programa de apoyo a las mujeres desplazadas que son jefes de hogar, de facilitación del acceso a oportunidades laborales y productivas y de prevención de la explotación doméstica y laboral de la mujer desplazada.
- f. El programa de apoyo educativo para las mujeres desplazadas mayores de 15 años.
- g. El programa de facilitación del acceso a la propiedad de la tierra por las mujeres desplazadas.
- h. El programa de protección de los derechos de las mujeres indígenas desplazadas
- i. El programa de protección de los derechos de las mujeres afro descendientes desplazadas.
- j. El programa de promoción de la participación de la mujer desplazada y de prevención de la violencia contra las mujeres desplazadas líderes o que adquieren visibilidad pública por sus labores de promoción social, cívica o de los derechos humanos.
- k. El programa de garantía de los derechos de las mujeres desplazadas como víctimas del conflicto armado a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición.
- l. El programa de acompañamiento psicosocial para mujeres desplazadas.
- m. El programa de eliminación de las barreras de acceso al sistema de protección por las mujeres desplazadas.

Se ORDENA al Director de Acción Social que garantice que cada uno de estos programas cumpla en su diseño e implementación con las condiciones y los elementos mínimos de racionalidad descritos en detalle en la sección V.B. de la presente providencia. En particular, se ORDENA al Director de Acción Social que garantice la participación activa y efectiva, en el diseño

e implementación de estos trece programas, de las organizaciones que velan por los derechos de las mujeres desplazadas en el país, tal y como se explicó en detalle en la sección V.B. del presente Auto, y en particular de aquellas a las que se comunicará la presente providencia en el numeral sexto subsiguiente.”

Los elementos mínimos con los que debía cumplir cada Programa fueron detallados en la sección V.B. del Auto 092 para cada uno de los 13 programas individualmente considerados. Estos elementos mínimos obligatorios eran los siguientes:

1.1. **Ámbito de cobertura necesario y obligatorio.**- Se precisó que cada programa debía responder a la realidad fáctica descrita en el Auto 092 en lo pertinente para su campo temático.

1.2. **Derechos a garantizar mediante cada programa y parámetros jurídicos de obligatorio cumplimiento.** Se detallaron cuáles eran los derechos y parámetros jurídicos que habían de constituir el marco de referencia necesario, y se precisó que a ellos se habría de referir la Corte durante el proceso de verificación del cumplimiento de las órdenes impartidas. Además, se indicó que el diseño e implementación de cada Programa debería incorporar necesariamente un enfoque sub-diferencial complementario de edad, discapacidad y etnia dentro del enfoque diferencial de género.

1.3. **Elementos mínimos de racionalidad de cada Programa en tanto componente de una política pública.**

1.3.1. **Especificidad individual del Programa.** Era indispensable que cada programa fuera creado en forma específica, individual y autónoma en el marco de la política pública de atención a la población desplazada. La Corte especificó que no se admitiría que, en cumplimiento de la orden de creación de cada Programa, se subsumieran los objetivos que mediante él se buscaban cumplir en el marco de otros programas desarrollados por el Gobierno Nacional para atender las necesidades de la población vulne-

rable, ni de otros componentes o programas ya existentes en el marco del SNAIPD. Se enfatizó que debería crearse un nuevo Programa específicamente diseñado para atender a la orden impartida en el auto 092, con los elementos mínimos de racionalidad allí enunciados.

1.3.2. **Definición de metas puntuales a corto, mediano y largo plazo, basadas en el goce efectivo de los derechos fundamentales a garantizar.**

1.3.3. **Cronograma acelerado de implementación.**

1.3.4. **Presupuesto suficiente y oportunamente disponible.** La Sala advirtió expresamente que la inexistencia de apropiaciones presupuestales o la no disponibilidad inmediata de presupuestos no sería admitida bajo ninguna circunstancia por la Corte Constitucional como justificación válida para el incumplimiento de las órdenes impartidas en el Auto 092 de 2008.

1.3.5. **Cobertura material suficiente, de conformidad con el espectro fáctico de violación de los derechos fundamentales por de las mujeres desplazadas por el conflicto armado, descrito en la presente providencia.**

1.3.6. **Garantías de continuidad hacia el futuro, en el marco de la política pública de atención e indiferentemente a los cambios coyunturales o políticos.**

1.3.7. **Adopción e implementación de indicadores de resultado, basados en el criterio del goce efectivo de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado.** Estos indicadores de resultado, que habrán de ser específicos para cada Programa, podrán armonizarse con las baterías de indicadores que ya han sido adoptadas por la Corte Constitucional y por el Gobierno Nacional.

1.3.8. **Diseño e implementación de mecanismos e instrumentos específicos de coordinación interinstitucional, tanto entre las entidades del SNAIPD, como en las entidades públicas externas con las cuales se establezcan vínculos de co-**

laboración al interior de cada programa, y entre el nivel nacional y las entidades territoriales.

1.3.9. Desarrollo e implementación de mecanismos de evaluación y seguimiento que permitan medir de manera permanente el avance, el estancamiento, el rezago o el retroceso de cada programa, así como el goce efectivo de los derechos fundamentales que se busca proteger, y que faciliten la participación de las organizaciones de población desplazada y que protegen los derechos de las mujeres desplazadas en el proceso de seguimiento y evaluación del logro de las metas del programa y de su funcionamiento en general.

1.3.10. Diseño e implementación de instrumentos de corrección oportuna frente a estancamientos o retrocesos en el cumplimiento de las metas del Programa.

1.3.11. Diseño e implementación de mecanismos internos de respuesta ágil y oportuna a las quejas o solicitudes puntuales de atención presentadas por la población desplazada.

1.3.12. Diseño e implementación de mecanismos de divulgación periódica de información para la población desplazada, y específicamente para las mujeres desplazadas, sobre los procedimientos, las responsabilidades institucionales, y las metas institucionales en el marco de este programa.

1.3.13. Armonización con los demás elementos de la política pública e integración formal a la misma, a cargo de Acción Social, mediante los procedimientos administrativos a los que haya lugar.

1.3.14. Apropiación nacional y autonomía. Es indispensable que el diseño e implementación de cada Programa no dependan en su integridad de la cooperación internacional, sino que sea un programa de base nacional, establecido por las autoridades colombianas que conforman el SNAIPD. Si bien la cooperación internacional es un elemento deseable, importante y bienvenido para efectos de crear e implementar este programa, es necesario, para garantizar su estabilidad a mediano y largo plazo en el marco de

la política pública de atención al desplazamiento forzoso, que sea un proyecto basado en los esfuerzos del gobierno nacional, que debe proveer el impulso primordial para su materialización.

1.3.15. Armonización con otros procesos y programas que se adelantan por el Gobierno Nacional o por otras autoridades, tales como el proceso de la Ley de Justicia y Paz, u otros que sean relevantes, pero siempre manteniendo su autonomía propia.

1.4. Coordinación unitaria y centralizada por el Director de Acción Social. La Corte especificó que la coordinación del diseño, adopción e implementación de cada uno de los Programas era un deber del Director de Acción Social; y que para efectos de materializar cada una de estas etapas, podría acudir a las distintas herramientas con las que cuenta en su rol de coordinador de las distintas entidades que conforman el SNAIPD, e igualmente solicitar el concurso de las demás entidades públicas que considerase pertinente involucrar.

1.5. Adopción inmediata por la gravedad del problema y la profundidad de la afectación de los derechos fundamentales involucrados.

La Corte otorgó al Gobierno Nacional un término breve para llevar cada uno de los programas al punto de implementación. El diseño de cada programa debía iniciarse dentro de las dos (2) semanas siguientes a la notificación del Auto 092 –que se realizó el día 6 de junio de 2008–, y debía haberse finalizado dos (2) meses después de tal fecha de notificación. Una vez finalizado dicho diseño, el proceso de adopción del mismo no podía tardar más de un (1) mes.

De esta forma, cada uno de los programas debía iniciar su etapa de implementación, involucrando activamente a las primeras beneficiarias – individualmente señaladas en el Auto–, a más tardar tres (3) meses después la fecha de notificación, esto es, el día seis (6) de septiembre de 2008.

1.6. Participación obligatoria de las organizaciones de población desplazada y promotoras de

derechos humanos que protegen a la mujer desplazada por la violencia. El Director de Acción Social debía garantizar la participación activa de las organizaciones que promueven los derechos de las mujeres desplazadas por la violencia dentro del proceso de diseño, adopción e implementación de cada uno de los trece Programas. La Corte ordenó que, como mínimo, de siguientes organizaciones: (1) CODHES; (2) Corporación Casa de la Mujer; (3) Corporación Sisma Mujer; (4) Liga de Mujeres Desplazadas; (5) AFRODES; (6) PROFAMILIA; (7) Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado; (8) Plan Internacional; (9) Comité Internacional de la Cruz Roja; (10) Amnistía Internacional; (11) Human Rights Watch; (12) Comisión Colombiana de Juristas; (13) Comisión Intereclesial de Justicia y Paz; (14) Asociación Nacional de Mujeres Campesinas, Negras e Indígenas de Colombia (ANMUCIC); (15) Red Nacional de Mujeres Desplazadas; (16) Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado; (17) Consejo Noruego para Refugiados; (18) Corporación Opción Legal; (19) Pastoral Social de la Iglesia Católica; (20) la Mesa Nacional de Fortalecimiento a Organizaciones de Población Desplazada; (21) UNICEF; (22) ONIC; (23) Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas; (24) Comisión Interamericana de Derechos Humanos; (25) Organización Femenina Popular; (26) Ruta Pacífica de Mujeres; (27) Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer (CLADEM).”

2. En segundo lugar, la Corte ordenó al Director de Acción Social que “las medidas necesarias para garantizar que las dos presunciones constitucionales que amparan a las mujeres desplazadas en tanto sujetos de protección constitucional reforzada, descritas en las secciones V.A.8. Y V.C. [del Auto 092/08], sean incorporadas al SNAIPD y conocidas, comprendidas y aplicadas adecuadamente por todos los funcionarios encargados de velar por los derechos de las mujeres desplazadas.”

3. Tercero, la Corte ordenó al Director de Acción Social que adoptara medidas específicas de protección para seiscientas mujeres concretas

identificadas en el Auto 092/08. Dichas medidas de protección compartían en todos los casos dos elementos comunes: la provisión de una entrega completa de la Ayuda Humanitaria de Emergencia a cada una de las peticionarias, y su inscripción en los nuevos programas que fueran relevantes para su caso particular.

Además, se ordenaron algunas remisiones al sistema de salud y al sistema educativo, así como varias inscripciones en el RUPD/SIPOD, y la provisión de ciertas orientaciones específicas a algunas de las beneficiarias sobre el alcance de sus derechos.

### **3.- Incidencia del Auto 092 de 2008 materializado en la Sentencia T-025 de 2004 en otras instituciones del Estado Colombiano como la Procuraduría General de la Nación.**

Como órgano del Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación, órgano de control autónomo e independiente en Colombia, el Auto 092 de 2008 tiene una especial importancia, puesto que las medidas establecidas en la sentencia T-025 de 2004 se constituyen como imperativas para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres en situación de desplazamiento.

Los resultados que se han obtenido en la aplicación del Modelo de seguimiento a la creación e implementación de los trece programas ordenados por el Auto 092 se han reflejado en el Bole­tín No 3 de Noviembre de 2008, Procurando la Equidad que emite la Procuraduría General de la Nación. Dicho Modelo, diseñado con el apoyo técnico y financiero del Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), se formuló con el objetivo de verificar el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional, articulando, para tal efecto, los procedimientos de prevención propios de este órgano de control, con los elementos mínimos de racionalidad que establece en el Auto 092 de 2008, para la formulación de los trece programas.

Así mismo, la edición del boletín mencionado, recoge dos importantes lecturas que enrique-

cen la comprensión de la trascendencia de la decisión de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos de las mujeres desplazadas. Por un lado, la aproximación de Alicia Barbero Domeño, investigadora de género de la Consultoría para el Desplazamiento y los Derechos Humanos (CODHES), - organización a la que el Alto Tribunal encargó la labor de acompañamiento y orientación de las víctimas -, que nos brinda una lectura, desde la óptica de las organizaciones de defensa de los derechos humanos, de los retos que impone el Auto 092 al Estado colombiano en términos de diseño e implementación de una política pública con perspectiva de género. El artículo presenta, además, una serie de recomendaciones para la implementación en el nivel municipal de los trece programas destinados a colmar los vacíos de la política pública de atención integral a la población desplazada con perspectiva de género.

La interpretación del Auto 092 de 2008 a la luz de los estándares internacionales la aporta el artículo del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), que presenta, de manera sintética, las obligaciones que, en virtud de los tratados y convenios en derechos humanos y derecho internacional humanitario, ha adquirido el Estado colombiano en relación con la prevención y protección de los derechos de las mujeres.

#### **4.- Seguimiento de los trece programas establecidos en el Auto 092 de 2008 por parte de la Corte Constitucional.**

Solicitud de información al Gobierno Nacional sobre la implementación del Programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus víctimas, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación sobre los avances en los procesos penales relativos a actos de violencia sexual contra mujeres desplazadas y la protección de sus derechos fundamentales, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 2004 y al auto 092 de 2008.

1. Mediante la Sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno, al constatar la vulneración masiva, sistemática y grave de los derechos fundamentales de la población desplazada en el país, principalmente, por encontrar una precaria capacidad institucional del Estado colombiano para atender a dicha población y por verificar un déficit presupuestal significativo en los rubros presupuestales asignados para los efectos.

2. Según lo ha reiterado esta Sala en sus autos de seguimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que dispone que “*el juez (...) mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza*”, la Corte mantendrá la competencia para verificar que las entidades y organismos competentes adopten las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas en situación de desplazamiento.

3. En el marco del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, esta Sala ha proferido numerosos autos de seguimiento respecto de las órdenes adoptadas para la superación del estado de cosas inconstitucional declarado, así como para garantizar el goce efectivo de los derechos de la población desplazada.

4. La Corte profirió el Auto 218 de 2006, a través del cual señaló la necesidad de diseñar e implementar una perspectiva diferencial concreta que reconozca que el desplazamiento forzado afecta de forma distinta a los niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, mujeres, grupos étnicos y personas con discapacidad, al no verificar avances en la implementación de un enfoque diferencial para la protección y garantía de los derechos de estos grupos, ordenado por la Sentencia T-025 de 2004, y teniendo en cuenta el impacto desproporcionado y diferencial del desplazamiento sobre las mujeres en el contexto del conflicto armado.

5. La Corte expidió el auto 092 de 2008, mediante el cual ordenó la adopción de medidas de protección a los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado por esta Corporación al constatar lo siguiente:

*“(…) que la situación de las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores desplazadas por el conflicto armado constituye una de las manifestaciones más críticas del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 por ser sujetos de protección constitucional múltiple y reforzada cuyos derechos están siendo vulnerados en forma sistemática, extendida y masiva a lo largo del territorio nacional”, y que “la respuesta estatal frente a la misma ha sido manifiestamente insuficiente para hacer frente a sus deberes constitucionales en el área, y que los elementos existentes de la política pública de atención al desplazamiento forzado dejan vacíos críticos que resultan en una situación de total desamparo de las mujeres desplazadas ante las autoridades obligadas a protegerlas.”*

6. Al verificar que entre los diversos riesgos de género en el marco del conflicto armado colombiano y causas del desplazamiento forzado, la violencia, explotación y abuso sexual constituye una situación fáctica alarmante por ser lesiva de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario que ampara a las mujeres como víctimas del conflicto, en el numeral tercero de la parte resolutive del auto 092 de 2008, la Corte ordenó al entonces Director de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – hoy Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas- el diseño e implementación de trece programas para colmar los vacíos críticos en la política pública de atención al desplazamiento forzado, entre los cuales se ordenó la adopción del Programa de Prevención de Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus víctimas.

7. Igualmente, en el numeral tercero de la parte resolutive del auto 092 de 2008, la Corte corrió

traslado a la Fiscalía General de la Nación de un documento reservado en el cual se relatan 183 casos de violencia sexual para que el ente investigador, en ejercicio de su autonomía y competencia, adoptara a la mayor brevedad posible las medidas pertinentes en relación con los hechos descritos, *“con miras a asegurar que las investigaciones que estén en curso avancen aceleradamente y que se inicien los procedimientos investigativos de imperativo desarrollo respecto de los hechos que aún no han sido objeto de atención por la justicia penal ordinaria.”*

8. Así mismo, en el auto 092 de 2008, la Corte corrió traslado del documento reservado contenitivo de relatos de violencia sexual contra mujeres desplazadas a la Procuraduría General de la Nación, con el propósito de invitar al organismo de control para que, en ejercicio de sus facultades constitucionales, garantice la realización de una súper vigilancia estricta sobre el desarrollo de los procesos investigativos y restitución de derechos fundamentales que surgieran de las actuaciones de la Fiscalía.

9. Mediante auto del dos (2) de mayo de 2012, el Presidente de la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 solicitó a la Fiscalía General de la Nación información actualizada y detallada sobre los avances de los 183 casos de violencia sexual contenidos en el anexo reservado del auto 092 de 2008, así como de las nuevas investigaciones relacionadas con hechos de similar naturaleza, entre otros interrogantes vinculados con la gestión que ha venido desarrollando el ente investigador para impulsar estos casos. En la misma providencia, la Corte solicitó a la Procuraduría General de la Nación información sobre los resultados de la súper vigilancia respecto de los procesos penales y la restitución de derechos fundamentales adelantados por la Fiscalía General de la Nación con motivo de los relatos de los presuntos delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales contra las mujeres en el marco del conflicto armado.

10. En informe radicado el 28 de mayo de 2012 (3), la Fiscalía General de Nación informó a la Corte sobre los procesos de violencia sexual del

anexo reservado del auto 092 de 2008 y otros, que se tramitan en las Direcciones Seccionales de Fiscalías, en la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y en la Unidad Nacional de Delitos contra la Desaparición Forzada y el Desplazamiento Forzado; los obstáculos encontrados en las investigaciones y las propuestas para su superación; las barreras de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; los inconvenientes relacionados con el registro y la base de datos de las conductas penales relacionadas con violencia sexual contra mujeres en el marco del conflicto armado interno y las estrategias metodológicas que ha implementado la Fiscalía General de la Nación tendientes a que este tipo de conductas penales incorporen un enfoque diferencial y sean especializadas en el marco del conflicto armado interno.

**11.** A su vez, el 28 de mayo de 2012, mediante oficio No. PDPMDHAE 06486, la Procuradora Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos informó a esta Corte sobre los resultados de la súper vigilancia adelantada por el ente de control a los procesos penales relacionados con los relatos contenidos en el anexo reservado del auto 092 de 2008 y otras acciones iniciadas en el marco del ejercicio de la labor preventiva en cabeza de la Procuraduría General de la Nación.

**12.** Por otra parte, el 20 de abril del 2012, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de Víctimas remitió a esta Sala Especial de Seguimiento un informe sobre los avances en el cumplimiento en el diseño e implementación de los programas ordenados por esta Corte en el auto 092 de 2008, en particular, en relación con el programa de prevención de la violencia sexual y de atención integral a sus víctimas.

**13.** Para efectos de valorar las acciones recientes emprendidas por el Gobierno Nacional en virtud del cumplimiento de la orden tercera del auto 092 de 2008, en lo que respecta al diseño e implementación del Programa de Prevención de la

Violencia Sexual contra la Mujer desplazada y atención integral a sus víctimas y las gestiones que viene adelantando la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de su autonomía constitucional y legal, en relación con el impulso de investigaciones penales relacionadas con los hechos descritos en el anexo reservado del auto 092 de 2008 y las labores de vigilancia a estas investigaciones, respectivamente, esta Sala Especial de Seguimiento considera necesario que estas entidades, en el ámbito de sus competencias, alleguen información detallada y actualizada sobre las actuaciones recientes tendientes al cumplimiento de las órdenes proferidas por esta Corporación en el auto 092 de 2008, con el propósito de adoptar las decisiones a que haya lugar.

Por consiguiente, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y autos de cumplimiento, en uso de sus facultades constitucionales y legales,

**Primero.- SOLICITAR**, por medio de la Secretaría de esta Corporación, a la Directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de Víctimas que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, allegue en medio físico y digital, un informe detallado y actualizado sobre los avances recientes en el diseño e implementación del programa de prevención de la violencia sexual contra la mujer desplazada y de atención integral a sus víctimas. El informe deberá incluir, como mínimo, los acciones y gestiones que den cuenta de la aplicación de los criterios de racionalidad establecidos por esta Corte en el auto 092 de 2008.

**Segundo.- SOLICITAR**, por medio de la Secretaría de esta Corporación, a la Fiscalía General de la Nación que dentro del término de los diez (10) días hábiles siguientes a la comunicación del presente auto, allegue en medio físico y digital, un informe actualizado y detallado sobre el estado de avance de las investigaciones iniciadas por hechos de violencia sexual contra las mujeres en el marco del desplazamiento forzado, incluidos los 183 casos remitidos en el ane-

no reservado del auto 092 de 2008. El documento deberá contener, como mínimo, información sobre la etapa procesal en que se encuentran las investigaciones, una caracterización pormenorizada sobre las víctimas que destaque si se trata de mujeres adultas o menores de edad, identidad étnica, el delito investigado, presuntos autores, medidas de reparación adoptadas y la unidad de fiscalías y seccional en donde se tiene conocimiento de estos casos.

Así mismo, se deberá informar sobre las acciones que viene adelantando la Fiscalía General tendientes a superar las barreras identificadas que impiden o retrasan el acceso a la justicia de las mujeres que han sido víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; las acciones dirigidas a superar los inconvenientes relacionados con el registro y la base de datos de las conductas penales relacionadas en el anexo reservado del auto 092 de 2008 y las demás víctimas de conductas penales relativas a violencia sexual y otras, en el marco del delito de desplazamiento forzado; los avances recientes en la implementación de las estrategias metodológicas tendientes a que la investigación de este tipo de conductas penales incorporen de manera efectiva un enfoque diferencial y sean especializadas en el marco del delito de desplazamiento forzado y las estrategias para una reparación efectiva e integral de las víctimas.

**Tercero.- SOLICITAR**, por medio de la Secretaría de esta Corporación, a la Procuraduría General de la Nación, que en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la comunicación del presente auto, allegue en medio físico y digital, un informe sobre los resultados de la súper vigilancia sobre los procesos investigativos y restitución de derechos fundamentales que han surgido de las actuaciones de la Fiscalía en relación con hechos de violencia sexual contra las mujeres en el contexto del desplazamiento forzado, que fueron trasladados a ese organismo de control por medio del auto 092 de 2008 y de otras investigaciones iniciadas por el ente investigador sobre hechos de similar naturaleza, con el propósito de conocer la actuaciones que viene adelante este órgano de control relativas

al control sobre dichos procesos, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales.

## CONCLUSIÓN

El acceso a la Justicia, como todos los Derechos, y sobre todo aquellos que como este ostentan el carácter de fundamental, debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna según lo dicho por el derecho fundamental a la Igualdad artículo 13 en la Constitución Política de Colombia, y debe ser reconocido por lo tanto a hombres y mujeres. Ello ha sido establecido a nivel tanto nacional como Internacional, convirtiéndose en un imperativo del Estado Social de Derecho, consecuentemente son necesarias las reformas legales, jurisprudenciales y políticas, para garantizar el Acceso a la Justicia de las mujeres en condiciones de equidad, por eso en esta investigación se pretendió hacer un análisis al Auto 092 de 2008, proferido por la Corte Constitucional y declarado en la Sentencia T-025 de 2004.

La perspectiva de género permite distinguir las construcciones sociales que se han asignado históricamente a las características biológicas que conforman la diferencia sexual y que han jerarquizado de forma desigual y discriminatoria de lo masculino sobre lo femenino. En los últimos años una buena cantidad de debates académicos y políticos han girado en torno al problema del género y las reivindicaciones feministas. El concepto de género y la perspectiva de género han transformado los discursos científicos de diversas disciplinas y saberes, tales como la sociología, la historia, la antropología, la educación, los estudios literarios y el derecho. Esta última disciplina ha venido experimentando una serie de cambios en sus estructuras y en la concepción misma de lo qué es y debería ser el derecho teniendo en cuenta a la mujer como sujeto de derechos fundamentales, sobre todo en cuanto al acceso a la justicia se refiere, de allí que consideremos importante hacer una análisis a las formas de administración de justicia en Colombia desde una perspectiva de género teniendo como referente al Auto 092 de 2008, proferido por la Corte Constitucional y declarado en la Sentencia T-025 de 2004.



Aunque se han hecho progresos, la situación en Colombia es aún crítica con relación a la violencia de género y la violencia contra la mujer. Hay aún una necesidad evidente de mayores esfuerzos y de más coordinación en la formulación de políticas públicas, con el fin de erradicar estas violencias, específicamente en situaciones de conflicto, de manera que estos lleguen a conocimiento de la autoridad judicial. El Auto 092 de 2008, proferido por la Corte Constitucional en el marco del estado de cosas inconstitucionales declarado por la Sentencia T-025 de 2004, es, sin duda alguna, uno de los avances más importantes que ha tenido el país en materia judicial de protección de los derechos de las mujeres.

#### NOTAS:

1. Auto 092 de 2008, de la Corte Constitucional ratificado en la Sentencia T-602 de 2003, que establece que “la atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual”.
2. Acción Social (2007). Documento de avance a lo ordenado por la Corte Constitucional en Auto 092/08. Estrategia Nacional para la Promoción y Protección de los Derechos

Fundamentales de las mujeres en riesgo o en situación de desplazamiento. Bogotá.

3. Fiscalía General de la Nación. Informe DFGN-0001 No. 01347. Seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas a la sentencia T-025 de 2004, sobre los avances de los 183 casos de violencia sexual de mujeres desplazadas. Radicado el 28 de mayo de 2012. Veintidós (22) folios y un CD anexo.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Facchi Alesandra. El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. Academia Revista sobre enseñanza del Derecho en Buenos Aires. Año 3 Numero 6. 2005. P 27 – 47.

Ferrer Araujo Nina, Montoya Ruíz Ana Milena, Cruz Torrado Bexi. DIAGNOSTICO “ACCESO DE LAS MUJERES A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. PERÍODO 2007 A 2009” p. 13 Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco - Limpal Colombia 2010.

Bermeo Mantilla Diana. Análisis del Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional desde la perspectiva de género. FORUM Nro. 2 julio - diciembre de 2011 / Revista del Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional, Sede Medellín.

# ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Carlos A. Benavides Blanco<sup>1</sup>*

*“El fin del derecho es la paz, y la  
lucha el medio para alcanzarla”  
Rudolf von Ihering*

## RESUMEN

Para proteger los derechos humanos en nuestro país, buscaremos analizar la violencia que se presenta constantemente y con extrema intensidad en Colombia, generando numerosas masacres, desplazamientos internos, ejecuciones, lesiones a personas, privaciones de la libertad y ataques a bienes cada año. Este ensayo considerará tanto la violencia que está relacionada, directa o indirectamente, con el conflicto armado, como la violencia que se presenta por fuera de dicho contexto. La Corte Interamericana considerará, a su turno, toda aquella violencia para la cual el derecho internacional relacionado con la protección de los Derechos Humanos establece guías normativas. En consecuencia, este artículo tratará sobre los actos de violencia perpetrados por agentes y órganos del Estado colombiano y/o quienes asuman dicha condición o sus colaboradores, así como por grupos armados disidentes que actúan en Colombia. Aplicaremos normas de Derechos Humanos, particularmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y también de Derecho Internacional Humanitario, donde sea relevante, para los propósitos del presente análisis.

## PALABRAS CLAVES

Derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Colombia, Violencia, Estado, Responsabilidad.

## ABSTRACT

To protect human rights in our country, we will seek to analyze the violence that occurs constantly and with extreme intensity in Colombia, generating numerous massacres, internal displacements, executions, personal injury, deprivation of liberty and property attacks each year. This essay will consider both the violence that is related, directly or indirectly, to the armed conflict, as violence that occurs outside of that context. The Court considered, in turn, all this violence to which the international law related to the protection of Human Rights provides normative guidelines. Consequently, this article will focus on the acts of violence perpetrated by agents of the Colombian state and bodies and / or their proxies or contributors, as well as dissident armed groups operating in Colombia. We apply human rights standards, particularly the American Convention on Human Rights and International Humanitarian Law, where relevant, for the purposes of this analysis.

---

<sup>1</sup> Estudiante de último año del programa de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena. Miembro del semillero de Investigación SEMISOJU coordinado por la Dr. Elizabeth Ramírez Llerena. Adscrito al grupo de investigación Sociología Jurídica e Instituciones Políticas coordinado por el Docente Haroldo de Jesús Ramírez Guerrero; Ponente en eventos regionales y locales. Correo: Dr.carben@gmail.com

## KEYWORDS

Human Rights, Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court), Colombia, Violence, State, Responsibility.

## INTRODUCCIÓN

En general, se acepta que la situación de los derechos humanos en Colombia es actualmente una de las más difíciles y graves de las Américas. Su gravedad deriva de la violación masiva y constante de los derechos humanos más fundamentales, en particular el derecho a la vida y a la integridad personal. La naturaleza y las causas de esta situación de derechos humanos son múltiples. Aparte de la violencia vinculada al conflicto armado, en especial, la violencia atribuible a grupos extremistas de derecha o de izquierda, existen otras fuentes de violencia que provocan diversas violaciones de derechos fundamentales. El narcotráfico, los abusos de autoridad, la violencia socioeconómica arraigada en la injusticia social y las disputas por la tierra son algunas de las fuentes de violencia que han llevado al deterioro de la situación de los Derechos Humanos en Colombia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado, en diversos casos contenciosos fallados contra Colombia<sup>2</sup>, que comprende cabalmente que existen numerosos protagonistas que contribuyen a la situación de violencia en Colombia y que el Estado no es internacionalmente responsable de todos los daños causados a sus ciudadanos por agentes no estatales. La Corte a su vez también reconoce plenamente que el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y la de sus ciudadanos. El Estado actúa justificadamente cuando adopta medidas contra los grupos disidentes armados, los narcotraficantes y otros que cometen delitos o amenazan con desestabilizar o derrocar el orden constitucional.

<sup>2</sup> <http://www.corteidh.or.cr/index.php/casos-contenciosos>. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Masacre Ituango Vs. Colombia. Masacre Mapiripán Vs Colombia. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Entre otros.

Sin embargo, el poder del Estado no es ilimitado ni autoriza o justifica cualquier medio para alcanzar sus objetivos. En Colombia, los agentes estatales, algunas veces, han cruzado la línea que delimita los poderes legítimos del Estado y han cometido violaciones de los derechos humanos. En otros casos, el Estado ha sido responsable de violaciones por excesos de la fuerza o por no reaccionar debidamente ante los daños cometidos. El daño causado en esos casos en que el Estado incurre en responsabilidad por violaciones de los derechos humanos es particularmente grave puesto que quienes son explícitamente encargados de la protección de la ciudadanía han, por el contrario, abusado de su poder en perjuicio de la población.

Dadas sus atribuciones, derechos y obligaciones singulares, de acuerdo con el derecho interno y el derecho internacional, el Estado no es necesariamente objeto del análisis de la Corte IDH, y no los demás protagonistas que provocan la violencia en Colombia. Es únicamente el Estado el encargado de aplicar la ley, mantener el orden, impartir justicia y cumplir las obligaciones jurídicas internacionales. Por tales razones, la Corte IDH no puede tratar ni trata al Estado colombiano en el mismo nivel que a los restantes protagonistas de la violencia en ese país. Al mismo tiempo que reconoce el derecho y la obligación del Estado de combatir la violencia y el delito, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se insiste en que las acciones del Estado deben cumplir con las obligaciones internacionales de Derechos Humanos y con esa perspectiva las ha de evaluar.

A fin de dar cabal cumplimiento a su labor, sin embargo, la Corte IDH debe considerar y describir los múltiples factores que contribuyen a la violencia y a la difícil situación de derechos humanos que impera en Colombia. Con este fin, la ofrecemos un breve análisis histórico de la violencia en Colombia.

Este informe cubre una amplia gama de situaciones y problemas relativos al respeto de los derechos humanos que abarca, entre otros, la situación de violencia, la administración de jus-

ticia, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, los defensores de los derechos humanos, y la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

## CONTEXTO HISTÓRICO

La Corte IDH explica que su mandato básico consiste en abocarse al análisis de situaciones y casos donde el Estado sea responsable por haber cometido violaciones a los derechos fundamentales de los individuos. Dados sus atributos, derechos y obligaciones conforme al derecho interno y al derecho internacional, el Estado —y no los demás actores de la violencia en Colombia. Como parte fundamental de este informe presentamos un breve análisis histórico de la violencia política en Colombia haciendo referencia a sus principales fuentes, incluyendo a los grupos armados disidentes que se encuentran aún activos: las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia); el ELN (Ejército de Liberación Nacional); y los disidentes del EPL (Ejército Popular de Liberación). La Corte IDH ha considerado a los paramilitares<sup>3</sup> como la siguiente fuente sustancial de violencia política y nota que algunos de estos grupos mantienen fuertes lazos con elementos de las fuerzas de seguridad del Estado aunque frecuentemente operan con significativa autonomía. La Comisión reconoce que el narcotráfico<sup>4</sup> es una fuente de violencia particularmente insidiosa, ya sea dentro o fuera del contexto del conflicto armado. También se considera la incidencia del crimen común y las consecuencias de la situación socioeconómica. También debemos referirnos a algunos aspectos positivos, tales como la existencia de numerosas instituciones y agentes del Estado dedicados a la protección y promoción de los derechos humanos, la mayoría de los cuales realizan esfuerzos serios y continuos para mejorar la situación en Colombia. Por ejemplo, se resalta el trabajo de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación; la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos; la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones

Exteriores; la Comisión 1290;<sup>5</sup> y la Defensoría del Pueblo.

La Corte IDH también asigna importancia al programa para la protección de los trabajadores de los derechos humanos y otras personas bajo amenaza. La Corte IDH enfatiza que instituciones de esta naturaleza deben recibir apoyo por parte del gobierno y la sociedad civil, de modo de poder llevar adelante su trabajo en forma más efectiva y eficiente. La Corte IDH nota además, la activa participación de la sociedad civil en las cuestiones de derechos humanos. Existen diversas organizaciones no gubernamentales dedicadas a trabajar en casi todas las áreas de posible interés para el pueblo colombiano.

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA LEGAL Y POLÍTICO

La Corte IDH analiza el sistema legal y político colombiano y los mecanismos para la protección de los derechos humanos con que cuenta el Estado. En primer lugar la Corte IDH nota que las disposiciones de la Constitución de 1991 reflejan un renovado y profundo énfasis en el reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos; también nota que el mecanismo primario para la protección contra las violaciones a los derechos humanos establecido en la Constitución colombiana, esto es, la acción de tutela, se ha convertido en una importante herramienta para la prevención de violaciones y la protección del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Este recurso ha sido generalmente aplicado de manera amplia y expedita. Las decisiones de la Corte Constitucional en las acciones de tutela han beneficiado a sectores importantes de la sociedad que tradicionalmente carecían de acceso a la protección judicial efectiva, tales como mujeres, niños, desplazados, tercera edad, comunidades indígenas, grupos LGBTI y trabajadores.

En lo que respecta a las obligaciones adquiridas en virtud de la Convención Americana, el Esta-

3 Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares.

4 [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_259\\_esp](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_259_esp).

5 <http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/Introduccionanexo1.htm> Numeral 14.

do ha adoptado un mecanismo especial con el fin de facilitar el cumplimiento con las recomendaciones referidas al pago de indemnizaciones compensatorias, emitidas por la Corte IDH en casos individuales. La Corte IDH reconoce la importancia del establecimiento de mecanismos de cumplimiento y llama al Estado a contemplar normas para el cumplimiento de aquellas otras recomendaciones que requieren la toma de medidas no compensatorias por parte del Estado. En todo caso, cabe recordar que la ausencia de mecanismos de este tipo no puede ser invocada por el Estado como justificativo para desatender el cumplimiento con las recomendaciones de la Corte<sup>6</sup>.

## **DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, Y CULTURALES**

En la actualidad persiste un estado de desigual distribución de riqueza que repercute seriamente en el respeto de todos los derechos humanos por igual. Esta situación debe ser atendida por el Estado a través de, entre otros, programas económicos de desarrollo diseñados para combatir en forma efectiva la pobreza que afecta a muchos sectores de la población. En este contexto, se recomienda se preste particular atención, por ejemplo, al alivio de la difícil situación económica, social y cultural de los desplazados internos.

## **LA VIOLENCIA Y LAS VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO HUMANITARIO**

En este punto la Corte IDH se refiere, en el grado de lo posible, a los actos de violencia llevados a cabo por los agentes del Estado colombiano y sus mandatarios o colaboradores, así como por los grupos armados disidentes. Estos actos de violencia incluyen masacres, desplazamientos internos, ejecuciones extrajudiciales, daño a las personas, amenazas, privaciones de la libertad y ataques a la propiedad pública o privada.

Antes de describir el contexto de violencia y

<sup>6</sup> Véase Carta de la OEA, artículos 52 y 111, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 44 y siguientes, Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafo 80.

hostilidad permanente que se vive en Colombia y señalar sus preocupaciones específicas, la Corte IDH efectúa una serie de apreciaciones en cuanto a su mandato para investigar y condenar los actos a los cuales se hace referencia en el Informe. Los Estados miembros de la OEA optaron deliberadamente por no otorgar jurisdicción a la Corte IDH para investigar o examinar denuncias individuales relativas a actos ilícitos de personas o grupos de particulares por los cuales el Estado no sea responsable internacionalmente.

Esta limitación de su competencia para procesar casos individuales no significa que la Corte IDH haya sido indiferente o haya permanecido en silencio ante las atrocidades y los actos de violencia cometidos por los grupos armados disidentes, traficantes de drogas y otros actores privados en Colombia y en otros Estados miembros de la OEA. Fuera del contexto del estudio de casos individuales, la Corte IDH ha hecho referencia en forma frecuente a las atrocidades cometidas por los grupos armados disidentes en sus comunicados de prensa, comunicaciones con gobiernos y en sus informes sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA.

En este orden de ideas, la Corte IDH se encuentra profundamente preocupada por el hecho de que durante los últimos años el conflicto se ha caracterizado en forma creciente por violaciones masivas y sistemáticas a las reglas del derecho humanitario más fundamentales por todas las partes, particularmente contra la población civil.

## **GRUPOS ARMADOS DISIDENTES**

El Informe<sup>7</sup> identifica y describe aquellos actos, ya sea reconocidos o presuntamente atribuibles a los grupos armados disidentes, que constituyen las violaciones más emblemáticas, serias y claras a las normas del derecho internacional humanitario, tales como masacres de civiles; el uso indiscriminado de minas anti-personales y otros explosivos, tales como coches bomba y

<sup>7</sup> <http://www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/informe3.htm>

granadas; y la ejecución de combatientes que se encuentran fuera de combate.

Los grupos armados disidentes también llevan a cabo matanzas selectivas de civiles que mantienen alguna conexión real o aparente con grupos militares o paramilitares o que presuntamente los proveen de alimentos, albergue, suministros o información. Estos grupos también cometen por lo menos el 40% de los secuestros en Colombia, frecuentemente exigiendo el pago de un rescate y convirtiendo a sus cautivos en rehenes. La Corte IDH nota que muchas de estas personas son finalmente asesinadas ya sea como resultado de la falta de pago del rescate, como advertencia para intimidar a otros o por razones puramente políticas. También han sido responsables por aproximadamente el 15% de los actos de tortura<sup>8</sup>.

## FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

En años recientes, los agentes del Estado han sido presuntamente responsables por aproximadamente 10-15% de todas las muertes y desapariciones, en las que se ha logrado determinar la autoría, fuera de las actividades relacionadas con el combate. La mayoría de estas muertes son imputables al Ejército colombiano y la Policía Nacional. El Informe también concluye que los agentes del Estado han tomado parte en violaciones tanto de los derechos humanos como del derecho internacional humanitario en conexión con el conflicto armado. Tales violaciones incluyen ataques indiscriminados, masacres, ejecuciones extrajudiciales y tortura.

Las fuerzas de seguridad del Estado, particularmente el Ejército, han llevado a cabo ataques desproporcionados e indiscriminados que han resultado en muertes de civiles y daño a la propiedad civil. Presuntamente, agentes del Estado también han estado involucrados en la ejecución de heridos, prisioneros o individuos que se encuentran fuera de combate.

8 <http://www.movimientodevictimas.org/documentos/fallos-judiciales/internacionales/item/2360-informe-de-la-cidh-sobre-la-desmovilizaci%C3%B3n-paramilitar-en-colombia.html>

## GRUPOS PARAMILITARES

El Informe presenta un análisis de los orígenes y los modos de accionar de los grupos paramilitares, inicialmente patrocinados por agentes del Estado durante las décadas de los setenta y ochenta como un medio para combatir a los grupos armados disidentes. Posteriormente, los grupos paramilitares se convirtieron en aliados poderosos y violentos de quienes se dedican al tráfico de drogas y el Estado se vio obligado a proscribirlos. Sin embargo, aun cuando estos grupos perdieron su legalidad, el Estado hizo poco por dismantelar la estructura que había creado y apoyado.

En el contexto del conflicto armado interno, la población civil es el blanco frecuente de ataques por grupos paramilitares y, por lo tanto, casi todos sus actos de violencia —tales como desapariciones forzadas, masacres, ejecuciones extrajudiciales, torturas y otros— constituyen violaciones al derecho internacional humanitario y, en los casos que involucran la responsabilidad del Estado, también a los derechos humanos.

La mayoría de las fuentes según la Corte IDH coinciden en que, en los últimos años, los grupos paramilitares han sido responsables por el mayor número de desapariciones forzadas y violaciones al derecho a la vida cometidos en Colombia. Casi todas las matanzas cometidas por grupos paramilitares consisten en ejecuciones extrajudiciales selectivas, dirigidas contra individuos sospechados de colaborar con los grupos armados disidentes. Conforme a las estadísticas provistas por varias organizaciones, el porcentaje de responsabilidad por muertes atribuibles a grupos paramilitares ha subido sostenidamente en los últimos años a aproximadamente el 60% del total de asesinatos y desapariciones fuera de actividades de combate, donde se ha logrado establecer autoría.

## RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

Al concluir su análisis sobre la violencia en Colombia, la Corte IDH<sup>9</sup> nota que muchos de los actos lícitos de violencia documentados en

9 <http://www.corteidh.or.cr/>

el Informe constituyen una seria violación a las normas que recogen principios sobre consideraciones elementales de humanidad. El Informe enfatiza el hecho de que la Comunidad Internacional ha declarado que estos actos —que incluyen serias violaciones al derecho de la guerra, así como crímenes contra la humanidad— se encuentran sujetos a la jurisdicción universal y sus autores deben ser considerados como criminales internacionales. Por lo tanto el Estado colombiano, y eventualmente los Estados de la Comunidad Internacional, tiene el deber de reprimir estos crímenes y el derecho de juzgar o extraditar a los responsables.

## ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y ESTADO DE DERECHO

El problema de la impunidad se agrava por el hecho de que la mayoría de los casos que involucran violaciones a los derechos humanos por parte de miembros de las fuerzas de seguridad del Estado son juzgados por el sistema de justicia penal militar. Los tribunales militares se han abstenido en forma consistente de sancionar a miembros de las fuerzas de seguridad acusados de cometer violaciones a los derechos humanos. La Corte IDH ha cuestionado en repetidas oportunidades a la jurisdicción militar en Colombia, y en otros países, por no proveer un remedio judicial efectivo, independiente e imparcial frente a las violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana, asegurar la impunidad y la denegación de justicia. Conforme a la información de que dispone la Corte IDH, los miembros de las fuerzas de seguridad detienen sospechosos sin orden judicial y sin informarlos de los motivos de su detención. Los analistas del sistema de justicia regional también señalan la existencia de una serie de problemas de debido proceso derivados del hecho que miembros de las fuerzas de seguridad del Estado llevan adelante gran parte de la investigación instructora.

Uno de los aspectos más criticados del hoy ya extinto sistema de justicia regional fue el uso de fiscales, jueces, y testigos “secretos” o “sin rostro”. La Corte IDH ha señalado repetidamente que la justicia “sin rostro” no provee las ga-

rantías del debido proceso para los acusados en causas criminales.

## DESPLAZAMIENTO INTERNO

La sola magnitud del fenómeno del desplazamiento interno en Colombia constituye hoy día una catástrofe humanitaria. Diferentes estudios sobre el número de desplazados en Colombia ofrecen estimaciones que varían de 700.000 a 1.200.000 personas. Los desplazados incluyen un número desproporcionado de mujeres, niños e indígenas. Dado el hecho que las cifras de desplazados se han incrementado exponencialmente, los programas nacionales e internacionales de asistencia no han podido satisfacer todas sus necesidades. La asistencia humanitaria proporcionada por el Estado no ha satisfecho las normas internacionales de rapidez, eficacia y neutralidad, debido a diversas razones de índole política, burocrática y estadística.

La Corte IDH observa que en general las organizaciones no gubernamentales asignan la responsabilidad por los desplazamientos en la siguiente forma: 33% a las organizaciones paramilitares; 20% a los grupos disidentes; 16% a agentes del Estado; 15% a desconocidos u otros, y 6% a las milicias urbanas. Algunas fuentes han puesto de relieve la existencia de desplazamientos por razones económicas, principalmente como consecuencia de intentos de ejercer control sobre grandes extensiones de tierra, a veces con el objeto de establecer importantes proyectos económicos.

En los grupos gubernamentales y no gubernamentales existe acuerdo acerca de la gravedad del fenómeno de los desplazamientos internos y la urgente necesidad de prevenirlo y proteger a sus víctimas. También existe consenso entre los observadores nacionales y representantes de organizaciones internacionales, en el sentido de que el Estado ha realizado algunos esfuerzos por proporcionar soluciones a los desplazados. Sin embargo, muchos concuerdan en que las políticas hasta ahora adoptadas por el Estado para enfrentar esta situación no han sido adecuadas ni eficaces. Específicamente, a pesar del hecho

de que la prevención fue anunciada como un elemento central de la política gubernamental, el Estado no ha adoptado medidas para prevenir ciertos incidentes provocados por el desplazamiento forzado.<sup>10</sup>

## DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los trabajadores de los derechos humanos son víctimas de constantes amenazas, ataques contra su integridad física, secuestros e incluso ejecuciones extrajudiciales, en represalia por su labor. La Comisión ve con profunda preocupación el hecho de que ciertas personas que han proporcionado información, ya sea sobre la situación general de los derechos humanos en Colombia o sobre casos individuales, han sido objeto posteriormente de ataques en violación de su derecho a la vida, la integridad personal y la libertad de expresión.

Las organizaciones de derechos humanos y sus miembros son también objeto de operaciones de inteligencia conducidas por las fuerzas de seguridad. Es importante ver la preocupación de cómo las fuerzas de seguridad del Estado conduzcan actividades de inteligencia sobre estas organizaciones y sus miembros sólo motivadas en su condición de trabajadores por los derechos humanos. La Corte IDH también se encuentra alarmada por las indicaciones de que, en algunos casos, se utiliza información obtenida por las agencias de inteligencia militar para facilitar la ejecución extrajudicial de trabajadores de derechos humanos ya sea por miembros de las fuerzas de seguridad o de grupos paramilitares que actúan con su aprobación o aquiescencia.

La Comisión también se encuentra preocupada por el hecho de que los funcionarios del Estado mismo que trabajan en la investigación de violaciones a los derechos humanos también son objeto de ataques. Al nivel nacional, miembros de la Unidad de Derechos Humanos de la Oficina del Fiscal General de la Nación se ven constantemente amenazados. Los agentes del Estado involucrados en tareas de derechos humanos al nivel local son aún más vulnerables. Los repre-

<sup>10</sup> <http://www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/informe3.htmestado>

sentantes locales de la Oficina del Procurador de Derechos Humanos y los enlaces con el gobierno local (personeros), han sido frecuentemente objeto de serios ataques a su vida y su integridad física.<sup>11</sup>

## LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN

Debemos resaltar los diferentes aspectos del ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y a la importancia que reviste para el pleno ejercicio de otros derechos humanos y el funcionamiento de la democracia. El Informe expresa la preocupación de la Corte IDH por la seguridad personal de los periodistas. Señala que ciertos actos de hostigamiento y violencia cometidos contra periodistas siguen sin esclarecerse.

La Corte IDH recomienda, entre otras cosas, que el Estado continúe adoptando e implementando medidas destinadas a eliminar las barreras al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como el control del contenido de los programas de televisión. El Estado debe también asegurar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión adoptando medidas destinadas a prevenir la violencia contra periodistas e investigando los casos que involucran amenazas y ataques mediante investigaciones serias, imparciales y efectivas.

## CONCLUSIÓN

Se podría decir que nuestro país está realizando esfuerzos para contrarrestar la compleja y desafiante realidad de violencia que nos ha afectado por más de medio siglo. Confiamos en que el Estado, junto a sus ciudadanos, llevará adelante la tarea de responder en forma efectiva y con justicia a la situación de violencia e impunidad. La construcción de la paz se encuentra indisolublemente vinculada a la investigación, juzgamiento, sanción y reparación de esas violaciones de los derechos humanos. Tenemos la convicción de que el proceso de paz y convivencia de los colombianos debe descansar sobre la verdad, la

<sup>11</sup> <http://www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/informe3.htm>



justicia y la reparación. Concluimos este informe expresando nuestro deseo de que el pueblo colombiano concrete su anhelo de vivir en paz en el marco de la plena vigencia de los derechos fundamentales de la persona humana.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AMNISTIA Internacional. Colombia: cuerpos marcados, crímenes silenciados. Madrid: EDAI, 2004.
2. COLOMBIA, Defensoría del Pueblo. Décimo Tercer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2006.
3. CASTRO, María Clemencia. Del Ideal y el Goce. Lógicas de la Subjetividad en la Vía Guerrillera y Avatares en el Paso a la Vida Civil. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Psicología, 2001.
4. COLOMBIA, Defensoría del Pueblo. La niñez y sus Derechos: Niñas, niños y jóvenes desvinculados del conflicto armado. Boletín No.5. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1998.
5. COLOMBIA. Presidencia de la República. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Informe Ejecutivo: Proceso de Paz con la Autodefensas. Oficina del Alto Comisionado para la Paz, abril 2006.
6. ESTATUTO de la Corte Penal Internacional adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, en Roma, el 17 de julio de 1998. Entrada en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002, en virtud de la Ley 472 de 2002.

# JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO ADMINISTRATIVO LÍCITO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y COMPARADO

*Roberto Carlos Arrázola Morales <sup>1</sup>*

## RESUMEN

El contenido de este artículo de investigación se reduce a identificar y a desarrollar brevemente los principios que soportan la responsabilidad extracontractual del Estado por la expedición de actos administrativos lícitos en Colombia y otros países iberoamericanos con el propósito de confirmar la tesis de que sí es factible que la Administración responda por sus actuaciones que van conforme a derecho.

## PALABRAS CLAVES

Estado, Indemnización, Derecho Comparado, Actos Administrativos.

## ABSTRACT

The contents of this paper is reduced to identify the principles that support Extracontractual liability of State for issuing lawful administrative acts in Colombia and others Iberoamericans countries with the purpose to confirm the thesis that it is feasible administration responds by their actions lawful.

## KEY WORDS

State, Compensation, Comparative Law, Administrative Acts.

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Monitor de la Universidad Libre, Sede Cartagena.

## INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se pretende determinar cuál es la razón que justifica la responsabilidad del Estado al expedir un Acto Administrativo lícito en el derecho colombiano y en el comparado de otros países iberoamericanos.

En el desarrollo de la temática se demuestra la evolución que ha tenido la jurisprudencia nacional y comparada respecto del reconocimiento al derecho que tienen los particulares de ser reparados integralmente por parte del Estado, debido a los daños que sufren como consecuencia de un acto administrativo lícito o legal, tema que en la actualidad resulta ser muy simpático, a pesar de no ser novedoso, porque refleja y reafirma la notoria diferencia que existe entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad civil, por cuanto se le aplican distintos principios para la resolución de conflictos que se ponen en conocimiento de jueces especializados y ordinarios, respectivamente.

Estimo que el fundamento elite de la responsabilidad estatal por la emisión de actos administrativos lícitos o legales es el rompimiento a la igualdad frente al deber de las cargas públicas porque no es admisible que el colectivo se beneficie de una decisión, la cual ocasiona un detrimento patrimonial y/o extrapatrimonial en la vida de una persona que no se encuentra en la obligación de soportar ese peso adicional.

### CAPITULO I. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA POR ACTOS ADMINISTRATIVOS LÍCITOS O LEGALES.<sup>2</sup>

#### 1º) FUNDAMENTO.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina ha ido construyendo los fundamentos de este tipo de responsabilidad tal como actualmente se la conoce, en un camino o iter jurídico que puede transitarse a través de las siguientes sentencias.

En el caso Laplacette del año 1943, la CORTE

<sup>2</sup> Araldi, Liliana, "La llamada responsabilidad civil o patrimonial del Estado", en Página oficial de Taringa, [www.taringa.net](http://www.taringa.net). Fecha consulta: Abril 14 de 2012. Hora: 02: 17 pm.

SUPREMA dijo que *"la responsabilidad del Estado por su actuación lícita nace de la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa"*.

Posteriormente, en 1979, en el caso "CANTON" la Corte extendió el ámbito de cobertura o indemnizable y especificó mas los fundamentos: *"La facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extensión de los derechos no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la Legislación anterior"*.

En 1983, la Corte en el caso "WINKLER" la Corte sostuvo que: *"si bien la ejecución de las obras necesarias para el cumplimiento de las funciones estatales es lícito ello no impide el reconocimiento de las responsabilidad estatal en tanto prive del derecho de propiedad o lesione sus atributos esenciales"*. El Tribunal agregó que: *"Si bien el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes propios no puede, en principio, ser fuente de indemnización el fundamento de la responsabilidad estatal aquí es LA SEGURIDAD JURÍDICA, por lo tanto la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional"*.

Años mas tarde, en 1989, en el caso "Tejedurias Magallanes" la Corte modificó su criterio porque sostuvo el fundamento de este tipo de responsabilidad en el Principio Constitucional de IGUALDAD DE LAS CARGAS PÚBLICAS, contenido en el Artículo 16 de la Constitución Nacional como fundamento complementario al derecho de propiedad del Artículo 17 CN y al PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD y RAZONABILIDAD contenido en el Artículo 28 de la CN.

Sin embargo, el caso judicial más PARADIGMÁTICO es el precedente COLUMBIA, en 1992. Allí la CORTE SUPREMA dijo: *"el pre-*

*supuesto de la responsabilidad estatal consiste en que dicho actuar haya producido UNA LESIÓN A UNA SITUACIÓN JURÍDICAMENTE PROTEGIDA*". Y agregó: "*Si el acto estatal no lesiona un interés protegido por el derecho no puede sostenerse que se haya vulnerado un derecho jurídicamente protegido*", consagrando la fórmula clásica: "*Nadie tiene un derecho irrevocablemente adquirido al mantenimiento de un ordenamiento jurídico determinado*".

Más tarde, en el caso "MOCHI" de 2003, la Corte Suprema agregó el requisito del SACRIFICIO ESPECIAL y la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño. Así, **primero**, se exige que el daño deba revestir carácter especial respecto de los otros y no debe ser un daño simplemente general. **Segundo**, se exige la inexistencia de una obligación legal del damnificado de soportar el daño.

Por lo tanto, para la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina, los fundamentos jurídicos de la responsabilidad estatal por actividad lícita son: **1º)** El derecho de propiedad; **2º)** El principio de igualdad frente a las cargas públicas; **3º)** El carácter especial del daño; **4º)** La inexistencia de obligación legal de soportar el daño.

**2º) Factor de IMPUTACIÓN AL ESTADO DEL DAÑO o LESIÓN RESARCIBLE y tipo de daño indemnizable.**

En materia de responsabilidad por actuación lícita en Argentina, la discusión por este presupuesto no es extensa. El factor de imputación cobra especial importancia en la responsabilidad estatal por ilegitimidad o por actuación ilícita, en general, porque busca explicar cómo trasladar las conductas de las personas físicas hacia la persona jurídica estatal (TEORÍA DEL ÓRGANO), lo que no ocurre cuando el daño es causado por una persona física y reside directamente en ellas. Entonces se habla del "centro de imputación".

Se exige que el daño deba ser CIERTO –actual o futuro- y no se admite la reparación de daños hipotéticos o conjeturales.

### 3º) RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

En los casos "REVESTTEK" y "LEDESMA", 1989, la CORTE estableció la exigencia de que la relación de causalidad deba ser DIRECTA, INMEDIATA Y EXCLUSIVA, de "CAUSA a EFECTO" entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue.

### 4º) FACTOR DE ATRIBUCIÓN.

Comencemos por aclarar que existen dos factores de atribución: uno subjetivo y otro objetivo. En el primero, se expresa bajo CULPA o DOLO. La culpa o negligencia de las personas es el factor jurídicamente relevante, es decir el análisis de cómo actuó el autor del daño en términos de previsión e intención. En el segundo, partimos del daño en sí mismo, es decir el extremo objetivo, prescindiendo de cuál es o ha sido la voluntad de las personas responsables.

Se entiende que la responsabilidad estatal por su actividad lícita es claramente objetiva, sin culpa, por lo tanto basta demostrar el NEXO CAUSAL entre la actividad del Estado y el perjuicio para suscitar la obligación de indemnizar.

#### ¿Qué daños se indemnizan?

En el caso "ROMAN", 1989, la CORTE dijo que "la lesión a los derechos particulares susceptibles de indemnización no comprende a los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita estatal, porque las normas que legitiman la actividad estatal productoras de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. En consecuencia, solo comprende a los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales, -es decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales. Significa para el titular del derecho un VERDADERO SACRIFICIO ESPECIAL que no tiene la obligación de tolerar".

Este criterio se sostuvo recientemente en el caso “PISTONE” y luego en “FRIAR” ambos en 2006, cuando la Corte Suprema sostuvo categóricamente que: *“Las consecuencias NECESARIAS y NORMALES del ejercicio del PODER DE POLICIA DE SALUBRIDAD no dan lugar a indemnización”*. Y luego remató contundentemente con esta afirmación: *“En nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que (tal como sucede en España) obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni a indemnizar los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía” y termina de manera brutal en un lenguaje impropio de la Corte Suprema diciendo: “Si el estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar”*.

### **El alcance de la indemnización.**

En primer lugar se aclara que en los casos de responsabilidad por actividades ilícitas el alcance de la indemnización es PLENO, es decir que comprende el daño emergente y el lucro cesante respecto de las consecuencias alcanzadas. Así, el punto más controversial es el alcance de la responsabilidad estatal por las actividades lícitas. El marco jurídico en Argentina se integra por:

1°) Los tratados internacionales incorporados al ordenamiento con Jerarquía Constitucional. Así, la CONVENCIÓN AMERICANA sobre DERECHOS HUMANOS establece la cláusula de garantías frente a procesos expropiatorios, en su artículo 21, inciso 2°.

2°) Los artículos 17 y 16 de la Constitución Nacional y las garantías de propiedad y de igualdad ante las cargas públicas.

3°) La Ley de Procedimientos Administrativos en su artículo 18 parte final autoriza la revocación del ACTO ADMINISTRATIVO por razo-

nes de interés público ordenando “indemnizar los perjuicios que se causen a los particulares”, pero sin especificar el alcance de la indemnización lo que genera la controversia entre la aplicación del principio de derecho general de “integridad de la reparación” versus la regla expropriatoria de la indemnización acotada.

4°) El artículo 10° de La Ley de Expropiación que dice: “la indemnización por expropiación solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación, no reconociéndose lucro cesante”.

5°) El artículo 30 y el 54 inciso “f” de la Ley de Obras Públicas que reconocen la facultad de rescindir el contrato con compensación de los daños directos pero sin reconocer suma alguna por “beneficios que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas”.

6°) El artículo 26 de La última ley de emergencia económica N° 25344 que dispone: “cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito y conveniencia contratos del sector público nacional, ya sean de obra, de servicios (...) la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni gastos improductivos”.

7°) El Decreto 1023/2001 sobre el régimen de contrataciones del Estado que excluye expresamente el pago de lucro cesante en los casos de revocación de los contratos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

¿Cuáles fueron los criterios interpretativos de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina en relación con el reconocimiento a la reparación integral de las víctimas de los daños sufridos con ocasión de actos administrativos legales o lícitos?

Los establecidos en el caso SÁNCHEZ GRANEL:

1.- Debe excluirse la aplicación analógica de la ley de expropiaciones que solo reconoce el daño emergente y excluye el lucro cesante, a lo que se

agrega que la Ley 13064 de obras públicas NO RECHAZA el lucro cesante en casos de revocación contractual sino solo en casos de alteraciones de proyecto.

2.- La LPA no dice cuáles son los alcances de la reparación de perjuicios en caso de revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

3.- El damnificado –frente al silencio de la ley (LPA)- tiene derecho a una reparación plena por aplicación del principio de “integridad” de la reparación y porque toda restricción de derechos (como lo es el de la indemnización restringida) tiene que ser dispuesta por ley, por mandato constitucional.

La construcción del postulado de la reparación plena se apoya en los siguientes tres pilares:

1.- El derecho de propiedad del cual nace el principio instrumental de que “todo daño debe ser reparado íntegramente”;

2.- El silencio de la ley y su consecuente interpretación según los principios constitucionales, de criterio amplio, ya mencionados;

3.- La imposibilidad de aplicar por vía analógica y de modo extensivo el criterio restrictivo sobre derechos –expropiación, de manera que deviene forzosa la aplicación del principio de integridad, analógicamente contenido en el artículo 519 y 1638 del Código Civil Argentino.

La responsabilidad del Estado por su actividad lícita es también un supuesto de responsabilidad directa y objetiva, pero sin relación con el art. 1112 CCiv., pues la responsabilidad deviene del daño originado a causa de un obrar legítimo del Estado (art. 18 LPA.). Por eso, para su procedencia se suman a los presupuestos tanto la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado como así también la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño.

Ahora bien, respecto de la extensión de la reparación podrá sostenerse sin hesitación que del

art. 17 CN, no surge el principio de la reparación integral, pero no es menos cierto que éste tampoco la limita.

En tal sentido, la doctrina del fallo “Sánchez Granel”, antes citado, sostuvo que la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicio a particulares “*se traduce en una ‘indemnización plena’ por parte del damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable. Dicha indemnización podrá encontrar obstáculo quizá en razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular*”.

## CAPITULO II. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA POR ACTOS ADMINISTRATIVOS LÍCITOS O LEGALES.<sup>3</sup>

En Venezuela el sistema autónomo de responsabilidad del Estado es producto del desarrollo jurisprudencial con base en las regulaciones constitucionales que en forma general proclaman la responsabilidad del Estado como principio fundamental del Estado de derecho. Sin embargo, al igual que en la Argentina, se observa la tendencia jurisprudencial de aplicar las soluciones previstas en el derecho civil, lo cual además de innecesario ha contribuido a hacer más confuso el tema de la responsabilidad del Estado. De esta situación ha tomado conciencia en fecha muy reciente el Máximo Tribunal de Venezuela, cuando ha señalado que si bien en otras oportunidades se han acordado indemnizaciones a los ciudadanos por responsabilidad de la Administración con fundamento en las normas del Código Civil, relativas a la responsabilidad por hecho ilícito y por guarda de cosas, debe tenerse en cuenta lo que la doctrina, desde hace ya varias décadas ha venido insistiendo en que “...no es propio acudir a las fuentes de las obligaciones que rigen en materia civil para declarar la respon-

<sup>3</sup> Ruiz T. Samuel S, “Responsabilidad Patrimonial Administración Pública”, Página oficial de Ilustrados. [www.ilustrados.com](http://www.ilustrados.com). Fecha consulta: Abril 15 de 2012. Hora 04:27 pm.

*sabilidad de la Administración por su actividad, especialmente por lo que respecta a su actividad extracontractual.”*

Venezuela en fecha reciente ha tenido un proceso constituyente que culminó con el texto del año 1999, el cual concluyó con una nueva Constitución que sin duda pretendió mejorar la consagración constitucional del principio de la responsabilidad del Estado. En este sentido, la Constitución de 1999, además de mantener las normas que sobre esta materia ya contenía la Constitución de 1961, relativas al derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad ante las cargas públicas y la garantía indemnizatoria en la expropiación, contiene dos aspectos a destacar. En primer término incluye una disposición expresa que consagra la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración y en segundo término contempla además la responsabilidad por acto judicial.

El primer aspecto, aunque deficientemente regulado, pretende declarar la responsabilidad del Estado por funcionamiento normal o anormal del servicio. Esta precisión se hace en la exposición de motivos, en la cual, adicionalmente, se indica que la norma aplica no sólo a la actividad de la Administración Pública, sino que incluye la responsabilidad derivada de la actividad judicial, legislativa o de cualquiera de los otros órganos del Estado. Debe tenerse en cuenta que el nuevo texto constitucional venezolano abandona la clásica tripartición del poder público para definir un Estado en el que el Poder se divide en 5 ramas. Además de las tradicionales ejecutiva, legislativa y judicial, se agregan una rama electoral y otra denominada ciudadana, que agrupa los órganos constitucionales de control (Contraloría General de la República, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo).

En este sentido, en la referida exposición de motivos se lee: «Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna, la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión

*sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones».* Como puede observarse, esta nueva regulación no deja dudas del amplísimo abanico de posibilidades que el nuevo marco constitucional ofrece a los administrados para exigir la responsabilidad de la Administración. Así, los particulares podrán exigir la responsabilidad del Estado bien por falta o por sacrificio particular derivado de un daño causado por los servicios públicos o por cualquier actividad pública sea administrativa, judicial, legislativa, de control o electoral de los entes públicos o privados en ejercicio de tales funciones.

Ahora bien, profundizando en el tema que nos interesa, la jurisprudencia en Venezuela también ha reconocido la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por sus actos o hechos lícitos que causen daños en la esfera jurídica subjetiva del particular. Esta responsabilidad está referida a actos que si bien carecen de vicios, desde que han sido emitidos de conformidad con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, la propia ley que los regula consagra la responsabilidad del Estado por el perjuicio producido. En ese sentido, se reconoce la responsabilidad del Estado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a-) Limitaciones generales al derecho de propiedad derivadas de la expropiación por causa de utilidad pública o social, ocupaciones temporales, requisición de bienes en tiempo de guerra la constitución de servidumbres administrativas y las afectaciones urbanísticas. En este rubro, la jurisprudencia venezolana ha dejado claramente establecido, haciendo una interpretación extensiva de la norma constitucional que regula el derecho de propiedad y la expropiación, que su aplicación no se limita sólo al supuesto de la expropiación, sino en general, a cualquier supuesto de limitación al derecho de propiedad. Así, se ha determinado que si bien el Estado está facultado para establecer limitaciones o restricciones a la propiedad por razones urbanísticas, cuando ta-

las limitaciones desnaturalizan ese derecho se le crea un daño al particular que debe ser indemnizado. Ello aplica en dos casos de la jurisprudencia venezolana en los que la Administración dictó ordenanzas que declaraban como “áreas verdes” los inmuebles propiedad de los demandantes que eran utilizados con otro fin. En ambos casos el Supremo Tribunal, estableció que el poder de restringir la propiedad *“tiene también un límite, mas allá del cual las obligaciones de hacer, de no hacer, o de dejar hacer en que consisten las restricciones constitucionales antes citadas, pueden afectar en sus elementos esenciales el derecho de propiedad y constituir para el propietario de una limitación razonable sino un intolerable sacrificio del interés individual al colectivo, cuya reparación exige, por mandato del constituyente, una justa indemnización (...)”*.

En atención a este criterio, el Máximo Tribunal venezolano concluyó que las ordenanzas en cuestión constituían actos que comportaban un sacrificio o disminución de los derechos del propietario que exceden *“los límites de una restricción no indemnizable”*, dado que ello equivaldría a una expropiación no consumada.

En un caso similar, en el que se demandó al Estado con el objeto de que fuera obligado a expropiar los terrenos propiedad de la empresa demandante, declarados mediante decreto como “Parque Nacional”, la Corte Suprema de Justicia precisó que el derecho de indemnización por la pérdida de la propiedad, consagrado constitucionalmente en materia expropiatoria, es exigible, con fundamento en el régimen de responsabilidad del Estado, aun respecto de aquellas limitaciones al derecho de propiedad que impliquen una lesión al patrimonio del particular. La sentencia observó que las disposiciones constitucionales que contemplan el deber de indemnizar por parte de la Administración, derivados de su responsabilidad general, o por la actuación de sus funcionarios competentes, permiten inferir la obligación de ésta de indemnizar los daños causados a los particulares, aun por sus actos lícitos. Bajo este argumento, el Máximo Tribunal, analizando la disposición contenida en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística que contempla la responsabilidad del

Estado por el establecimiento de limitaciones urbanísticas que desnaturalicen el derecho de propiedad, dispuso que las limitaciones impuestas a las actividades privadas realizadas por el propietario en ejercicio de sus derechos de uso y disfrute de la propiedad resultan indemnizables, *“aunque no exista expropiación o pérdida de la misma”*.

b-) La revocatoria de actos administrativos efectuada por la Administración en ejercicio de su poder de autotutela, cuando la ley así lo permita.

c-) El rescate o revocación del contrato de contratos administrativos por razones de mérito o conveniencia, bien para asumir la Administración la prestación del servicio en forma directa o para poner fin al mismo por estimar que no resulta beneficioso para la colectividad. El rescate del contrato, al no estar vinculado al incumplimiento del contratista, comporta el establecimiento una indemnización integral a favor de éste, pues el interés general que habilita a la Administración para adoptar esta decisión no la faculta, sin embargo, para disponer de la propiedad de los particulares. En este sentido, la Ley de Concesiones en Venezuela prevé que *“las concesiones podrán rescatarse anticipadamente por causa de utilidad o interés público, mediante acto administrativo debidamente motivado del ente concedente. En estos casos procederá la indemnización integral del concesionario, incluyendo la retribución que dejare de percibir por el tiempo que reste para la terminación de la concesión. En el pliego de condiciones se establecerán los elementos o criterios que servirán para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario. Si el concesionario estuviere conforme con el monto de la indemnización, la cantidad que se señale por este concepto tendrá carácter definitivo. Si no estuviere conforme, el importe de la indemnización se determinará mediante alguno de los mecanismos de solución de conflictos contemplados en este Decreto-Ley”* (artículo 53).

Así, se ha sostenido que la potestades de revocación unilateral del contrato deben guardar el debido respeto al derecho del contratista a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato *“en virtud de la cual una lesión a su patrimonio de-*



*rivada del incumplimiento por la Administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes) es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieren habersele ocasionado”.*

Como puede observarse, en Venezuela el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado ha variado en la medida que la jurisprudencia ha ido evolucionando en la materia. En una primera fase, la responsabilidad del Estado tuvo su base en la responsabilidad administrativa por hecho ilícito prevista en el artículo 1.185 del Código Civil, que fue asimilada a la noción de “*falta de servicio o funcionamiento anormal de éste*” derivada de los actos, hechos u omisiones de la Administración. En una segunda fase, la jurisprudencia venezolana adoptó el criterio de la responsabilidad objetiva por guarda de cosas prevista en el artículo 1.193 del Código Civil venezolano, con el objeto de justificar la determinación de la responsabilidad del Estado sin falta por situaciones de riesgo creado. En una tercera fase, la jurisprudencia venezolana aplicó el principio de igualdad ante las cargas públicas con el fin de justificar la responsabilidad del Estado por sacrificio particular por daños derivados por lo general, de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad en materia urbanística.

En la actualidad, el fundamento de la responsabilidad, según la más reciente jurisprudencia, “*descansa en el derecho del particular a la integridad patrimonial, es decir, el derecho del particular a no soportar sin indemnización el daño sufrido*”. En este orden de ideas, “*no resulta relevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita, sino que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación*”.

### CAPITULO III. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA POR ACTOS ADMINISTRATIVOS LÍCITOS O LEGALES.

En nuestro país, el Consejo de Estado desde 1976<sup>4</sup> reconoce esta clase de eventos donde,

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 28 de 1976, exp. 1483, CP: JORGE VALENCIA ARANGO.

muy a pesar de que la actividad estatal es legítima, puede ocurrir que se le cause un daño a los particulares, el cual es susceptible de ser indemnizado excepcionalmente y con base en la equidad: responsabilidad sin falta.

Los criterios empleados para hallar responsable al Estado por este tipo de sucesos son i) el daño especial, anormal y considerable que supera al que comúnmente estamos obligados a soportar los ciudadanos en razón de la naturaleza de los poderes que ostenta el Estado con el propósito de mantener o conservar el orden dentro de la colectividad, lo que ocasiona un rompimiento de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas; ii) el afectado no se encuentre en el deber legal de soportar ese daño (Art. 90 Superior); y iii) el acto administrativo que ocasionó el desnivel frente a las cargas públicas debe ser lícito.<sup>5</sup>

El daño especial ha sido definido por el Máximo Tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa como aquel que se inflige a una persona, natural o jurídica, en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los particulares en razón de la naturaleza especial del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas.<sup>6</sup>

En relación con la equidad, como principio general del derecho, en nuestro país constituye el instrumento que equilibra las relaciones jurídicas en la sociedad, en su incesante búsqueda de la justicia en la aplicación de la ley. Desde su origen, el concepto de equidad se ha perfilado como el impulsor de la idea de justicia que va a la vanguardia en las soluciones jurídicas frente a los problemas, llenando el vacío de la ley o amoldándola a las nuevas circunstancias, dado

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo 8 de 2007, exp. 66001-23-31-000-1997-03613 (16421), CP: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

6 Ibidem.

su rigor formal, más o menos exagerado o atemperado según la época. La Constitución colombiana de 1991, consagró la equidad como criterio auxiliar de interpretación de la ley, o mejor, del derecho, acto constituyente con el que elevó a la categoría de canon constitucional la facultad del juez de aplicar la ley para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.<sup>7</sup>

Con base en este principio, sostengo que los falladores judiciales no tienen la facultad sino el deber constitucional de apreciar el contexto social, económico, político y cultural en que se profirió el acto administrativo lícito por el cual se considera se causó un daño anormal al particular que reclama la indemnización, con el objetivo que alcancen a obtener una visión más amplia y generalizada de las circunstancias que rodean las consecuencias negativas que sufrió el suplicante como producto de aquella manifestación de la voluntad de la Administración Pública a efectos de dimensionar el daño que se denuncia.

En lo referente con la Justicia Distributiva, sobre la cual, supuestamente, se fundan las instituciones de una comunidad y a través de las cuales se asignan los bienes y recursos públicos a sus miembros de la forma que se considera más adecuada y ecuánime.

La idea de justicia distributiva nace con Aristóteles, que en su *Ética*, la caracteriza como la subclase de justicia que se manifiesta en la distribución de cargas, bienes materiales o cualquier otra cosa que pueda dividirse entre los que toman parte en el sistema político (concepción propia del Derecho Público). La distingue de otra subclase, la justicia conmutativa o reparadora, la cual se relaciona de una manera más específica con situaciones en que una persona ha sufrido una ofensa de otra persona y exige, por lo tanto, una reparación (concepción propia del Derecho Privado).

La concepción aristotélica de Justicia Distributiva entiende que cada integrante de un sistema

<sup>7</sup> Blasco Ibáñez, Jimeno. "La equidad: Criterio auxiliar de interpretación judicial". Página oficial de la Universidad del Norte. [www.uninorte.edu.co](http://www.uninorte.edu.co). Fecha consulta: Abril 22 de 2012. Hora: 03:47 pm.

social determinado debe recibir cargas y bienes en la proporción adecuada a sus méritos y, a mi juicio, de acuerdo con sus necesidades. Por lo tanto, si las personas no son iguales, tampoco deberán serlo sus retribuciones.<sup>8</sup>

En ese sentido, si dentro de una comunidad residen personas que se caracterizan por ser iguales y, no obstante, una de ellas recibe de parte del Estado unas cargas mayores que el resto de sus pares, se evidencia en esos eventos la desproporción que ha ocurrido y que por lo tanto, merece ser valorada a efectos de compensar el desequilibrio o la ruptura.

Por ello, se considera que el daño especial, como régimen de imputación, en estos casos también se torna en antijurídico con la demostración del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas que se sustenta en la Equidad y la Justicia Distributiva.

Sobre este punto, estimo prudente detenerme para reflexionar sobre lo explicado precedentemente y en exclusivo, sobre los presupuestos que se exigen para la declaratoria de responsabilidad del Estado en estos escenarios.

En renglones anteriores se mencionó que son tres los elementos para la constitución de la responsabilidad estatal en estos casos, a saber: i) existencia de un acto administrativo lícito o legal; ii) quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas por esa actuación de la administración; y iii) la inexistencia del deber legal de soportar esa carga.

Si detallamos minuciosamente los requisitos expuestos, nos daremos cuenta que salta a la vista una contradicción entre los mismos debido a que si la administración expide un acto administrativo, que goza de la presunción de legalidad, el cual causa una inconformidad entre algunos particulares por el perjuicio que se les causó al imponerseles mayores cargas que a otras personas que se encontraban en semejantes condiciones, sin vacilación afirmaríamos que dicho acto des-

<sup>8</sup> Baladrón, Gerardo. "Justicia Distributiva". Página oficial de cecies. Fecha consulta: Abril 22 de 2012. Hora: 5: 36 pm.

conoce el principio constitucional de la igualdad y por ende, adolece de vicio y en consecuencia, tendría que solicitarse la declaratoria de nulidad de esa decisión y su posterior restablecimiento de derecho.

Sin embargo, al resultar cierto ese planteamiento, considero que más daño se le causa al Estado si se llegase a expulsar del ordenamiento jurídico ese acto administrativo, debido a que se le impediría a esa estructura de poder mantener un orden dentro de la sociedad y procurar por su progreso (que es el motivo por el cual surgió). Por ello, sostengo que le resulta más barato al Estado reconocer el daño que ocasionó con su obrar legítimo a su asociado e indemnizarlo, pues en últimas lo que se busca es que el colectivo en general prospere conjuntamente con el fin de *“garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”* (Art. 2 CPol).

Por esta razón, soy partidario de la corriente que pregona la responsabilidad de Estado por actos administrativos lícitos, pues en la práctica resulta imposible lograr que una decisión beneficie todos sin que nadie sufra una carga desproporcional debido a que éste riesgo hace parte de vivir en comunidad.

Caso típico de mi ciudad (Cartagena de Indias), ocurrió en el año 2001, cuando la Administración Distrital decidió prohibir el tráfico de vehicular en varias calles del Centro Histórico, acto administrativo que, a pesar de ser lícito por regular las normas de movilidad urbana, ocasionó la presunta quiebra de una joyería ubicada dentro de una de las calles que se había impedido la circulación de automotores. En ese caso, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Especial de Descongestión, denegó la indemnización considerando en la providencia, aditada abril 19 de 2012, con radicación No. 13-001-23-31-002-2004-01380-00, que puso fin al conflicto, que el régimen de imputación era la falla en el servicio y que la parte accionante no probó el nexo de causalidad entre la operación administrativa que ejecutó la decisión tomada por la Administración Distrital y el daño reclamado.

Frente a ese fallo, manifiesto que no comparto la imputación jurídica que efectuó el Tribunal Administrativo de Bolívar-Sala Especial de Descongestión, porque lo que se causa en esta clase de eventos es un desequilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas, debido a que no puede endilgarse la falla del servicio a la Administración cuando reguló lo que tenía que regular de acuerdo con las normas vigentes de movilidad urbana, pues los daños que se encontraba reclamando el accionante no se produjeron por funcionamiento deficiente, ni por funcionamiento tardío y mucho menos por el no funcionamiento de la Administración en la prestación de sus servicios como ente público sino por un obra legítimo.

Empero, comparto la decisión de negar las pretensiones del demandante<sup>9</sup> porque no se demostró el daño especial que sufrió, es decir, no probó que con anterioridad a la entrada en vigencia del acto administrativo que restringió el tránsito de automotores por las distintas calles del Centro Histórico de Cartagena de Indias, sus ventas eran estables y mantenía un promedio de ingresos sino que se evidenció el decrecimiento progresivo en sus ventas en los años anteriores de la emisión de esa decisión, aunando que se demostró que las joyerías que se ubicaban por ese mismo sector y que también resultaron afectadas por esa Resolución, sus ventas habían bajado considerablemente antes de la expedición del referido acto administrativo.

Ahora bien, lo precedente es válido cuando a una u varias personas se les imponen mayores cargas que al resto del colectivo pero ¿Qué ocurre cuando la administración expide un acto administrativo y le concede más beneficios a una o varias personas respecto a una u otras que se encuentran en similares condiciones? Es decir, ¿Qué ocurre en los casos donde la administra-

<sup>9</sup> El Tribunal Administrativo de Bolívar –Sala Especial de Descongestión, consideró que no se probó el nexo de causalidad entre el daño denunciado por el demandante y la operación administrativa que ejecutó la prohibición del tráfico vehicular en las distintas calles del Centro Histórico de la ciudad de Cartagena de Indias porque desde antes de la emisión de ese acto administrativo, ya las utilidades de la joyería venía descendiendo considerablemente.

ción, en aplicación del principio de justicia distributiva, le otorga derechos a ciertas personas desconociendo a otras que también deben recibir ese mismo tratamiento?

Considero que en estos eventos también debe indemnizarse a las víctimas, sin necesidad de expulsarse el acto administrativo del ordenamiento jurídico, ya no por el desequilibrio de la igualdad ante las cargas públicas sino por el quebranto al principio de la igualdad que sufre un grupo determinado de la comunidad al no reconocérseles los mismos derechos que otro sector de la sociedad sí recibió y que merecían recibir por ubicarse en una situación similar.

En relación con el principio de la igualdad, la Corte Constitucional ha expresado los mandatos que lo componen, los cuales son: “(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables”.<sup>10</sup> (Énfasis fuera de texto).

Un caso hipotético para ilustrar lo expresado sería el evento en que la Administración profiera un acto administrativo donde le conceda a unos productores de café la reducción de impuestos al

10 Corte Constitucional, sentencia C- 250 de 2012. M.P.: HUMBERTO SIERRA PORTO. Bogotá D. C., veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012).

50% por patrocinar o apadrinar niños y niñas de escaso recursos para que aprendan un arte, y al resto de productores de víveres que hacen parte de la canasta familiar sólo le reconozca por esas mismas obras una reducción del 35%.

En casos como el expuesto, estimo que es indiscutible la lesión que sufre el principio constitucional y convencional de la igualdad, con base en la fuente formal citada, cuando la Administración reparte los beneficios (exenciones tributarias) a un grupo selectivo de personas y le desconoce el mismo beneficio a otras personas que se encontraban en idénticas circunstancias; y ese perjuicio, a mi parecer y entender, resulta ser indemnizable a través del medio de control de la vía reparación directa.

## CONCLUSIONES

- 1.- Tanto la jurisprudencia Colombiana como la Argentina y Venezolana reconocen que la Administración, en su obrar legítimo, puede causar un daño susceptible de indemnización y/o reparación.
- 2.- La jurisprudencia de Colombiana, Argentina y Venezolana estiman que la imputación jurídica que se le efectúa al Estado por la producción de daños, en virtud de la expedición de actos administrativos cuya legalidad no se cuestiona, es el daño o sacrificio especial.
- 3.- Los principios aplicables en materia de responsabilidad estatal es el de justicia distributiva y la equidad, en cambio el principio que se aplica en materia de responsabilidad civil es el de la justicia conmutativa.
- 4.- Resulta mas barato para la Administración reconocer y reparar los daños que produjo con ocasión de la emisión de un acto administrativo ‘licito’ que la expulsión de éste del ordenamiento jurídico porque los objetivos de aquella son el de mantener el orden dentro de la sociedad y procurar por su desarrollo y prosperidad general.
- 5.- El Estado no sólo debe responder cuando impone más cargas a unas personas respecto

de otras que se ubican en similares condiciones sino que también debe hacerlo cuando le otorga más derechos o dadivas a unos particulares desconociéndole a otros esos mismos derechos, teniendo en cuenta que se ubicaban en idénticas condiciones, sin necesidad que se destierre del ordenamiento jurídico el acto administrativo que causó inconformidades.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Araldi, Liliana, “La llamada responsabilidad civil o patrimonial del Estado”, en Página oficial de Taringa, [www.taringa.net](http://www.taringa.net).
2. Blasco Ibáñez, Jimeno. “*La equidad: Criterio auxiliar de interpretación judicial*”. Página oficial de la Universidad del Norte. [www.uninorte.edu.co](http://www.uninorte.edu.co)
3. Baladrón, Gerardo. “*Justicia Distributiva*”. Página oficial de cecies. [www.cecies.org](http://www.cecies.org).
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 28 de 1976, exp. 1483, CP: JORGE VALENCIA ARANGO.
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo 8 de 2007, exp. 66001-23-31-000-1997-03613 (16421), CP: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
6. Corte Constitucional, sentencia C- 250 de 2012. M.P.: HUMBERTO SIERRA PORTO. Bogotá D. C., veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012).
7. Ruiz T. Samuel S, “*Responsabilidad Patrimonial Administración Pública*”, Página oficial de Ilustrados. [www.ilustrados.com](http://www.ilustrados.com).
8. RUIZ OREJUELA, WILSON. “*Responsabilidad del Estado y sus regímenes*” ECOE Ediciones. Primera edición. Bogotá D.C. Junio 2010
9. Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Especial de Descongestión, sentencia de abril 19 de 2012, exp. No. 13-001-23-31-002-2004-01380-00, MP: OSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA.

# DÉFICIT DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON VIH

*Diana María Jiménez Hernández<sup>1</sup>*

## RESUMEN

Con el presente escrito se pretende analizar la situación que se vive cada vez más en nuestro entorno acerca de las personas contagiadas por el V.I.H., problemática que cada día interesa menos a los estados, gobiernos y población, ya que se muestran indiferentes en la medida de dar soluciones y de actuar frente a esta realidad. Tratar de incrementar los programas para enterar a la población de los medios de contagio, de quienes y como se transmite el virus, y acabar con la discriminación que la ignorancia acarrea. También se pretende observar si la participación del Estado Colombiano en la entrega de tratamientos, se está llevando a cabo, y si se está cumpliendo con los fines esenciales del Estado Social de Derecho, ya que desde 1.991 es el de darle el reconocimiento a los derechos fundamentales de sus habitantes.

## PALABRAS CLAVE

Sida, Discriminación, Déficit de Protección, Estado Social de Derecho, Derechos Humanos.

## RESUMEN

With this letter is to analyze the situation that exists in our increasingly around near people infected with HIV every day problems which less interested states, governments and population, as are indifferent in measurement solutions and act to confront this reality. Trying to find out programs to increase the population of the means of transmission, from whom and how the virus is transmitted, and end discrimination that ignorance brings. It also aims to observe whether the Colombian government involvement in the delivery of treatments are being carried out, and if it is meeting the essential purposes of the rule of law, and that since 1991 is to give recognition to the rights core of its inhabitants

## KEYWORDS

Aids, Discrimination, Lack of Protection, Rule of Law, Human Rights.

## INTRODUCCIÓN

En nuestro entorno, cada día son más los casos que se presentan con relación al VIH, por diferentes motivos, algunos de ellos son las relaciones sexuales sin protección, la falta de educación que se brinda en los colegios la irresponsabilidad de mujeres que quedan embarazadas siendo portadoras del virus, la prostitución, entre otros. En algún momento tuve la oportunidad de estar al lado de la Doctora Soraya Villegas, quien es la encargada del manejo, revisión, y entrega de medicamentos a estas personas, vinculadas y subsidiadas a los diferentes estratos del sisben, y donde se ubica la mayor parte de la población contagiada.

---

<sup>1</sup> Estudiante de Tercer año del programa de derecho diurno de la Universidad Libre, Sección Pereira, Integrante del Semillero DDHH. [Diamar\\_jimenez@hotmail.com](mailto:Diamar_jimenez@hotmail.com)

Es desconcertante ver como menores de 13 y 14 años, niños recién nacidos, mujeres embarazadas, personas las cuales han sido contagiadas por sus respectivas parejas, recurren a los tratamientos en los diferentes centros de salud. Y es más desconcertante aún, el estado de deterioro de estas, y la vulnerabilidad que presentan ante cualquier enfermedad ya que su sistema inmunológico es muy débil. El Estado ha venido cumpliendo con la entrega de los medicamentos, pero no en su totalidad, quedando así una serie de personas sin este durante varios días, lo que genera grandes consecuencias. Al dejarse el tratamiento, la carga viral se eleva y el sistema inmunológico se debilita adquiriendo nuevas enfermedades, lo que conlleva a la muerte de muchos.

## MATERIALES Y MÉTODOS

La presente investigación es de carácter jurídico-exploratoria, orientada por el método analítico y el método sintético para el procesamiento de la información compilada de diferentes fuentes bibliográficas primarias y secundarias, que corresponden básicamente a sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y doctrina.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Las personas que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (S.I.D.A.) se les ha sometido a la discriminación, burla, rechazo, se les ha vulnerado y violado sus derechos fundamentales.

Tanto la sociedad, el Estado y los medios de comunicación, han hecho un aporte negativo, para contribuir en este tema.

Al tenerse la oportunidad de socializar con algunas personas de zonas rurales, acerca del tema para ellos toda persona contagiada es Homosexual. Conceptos erróneos que les han vendido los medios de comunicación y estas personas ven una potencial amenaza en los contagiados pues piensan que por un abrazo, beso o caricia, o por el uso de vajillas o utensilios serán contagiados. Además esas conceptualizaciones hacen crecer el rechazo hacia los integrantes de la comunidad LGTBI.

Las personas portadoras de esta enfermedad, aparte de que llevan la carga de estar sometidos a la baja calidad de vida, ya que los antirretrovirales producen efectos secundarios, como es la somnolencia, falta de apetito, desmejoramiento físico; y que conviven con la discriminación, y rechazo de la sociedad, también deben soportar que el Estado no les brinde las garantías suficientes en la salud.

Hay argumentos que sostienen que el Derecho a la salud, es un derecho de segunda generación y que no se le puede dar un tratamiento de aplicación inmediata como lo son los que están en el título II capítulo I (arts. 11 al 41), si no que es un Derecho Prestacional ya que requieren de la parte económica para su realización.

La Corte Constitucional en Sentencia T- 312 de 1996 al resolver una tutela interpuesta con el objetivo de proteger el derecho a la salud, sostuvo: el derecho a la **Derecho a la Salud-Conexidad** con la vida/**Derecho a la Salud-Fundamental** por conexidad:

Cuando la situación apareja una conexidad directa e inmediata con el derecho a la vida, el derecho a la salud viene a compartir el carácter fundamental y a integrar el poder indispensable para exigir su cumplimiento al Estado que debe acudir en ayuda del afectado, titular de un derecho subjetivo, por cuya virtud, la infraestructura servicial de que se disponga atenderá prioritariamente tan urgente requerimiento<sup>2</sup>.

Tulio Eli Chinchilla en su obra ¿Que son y cuáles son los derechos fundamentales? cita la sentencia proferida por la Corte Constitucional T - 418 de 1992, en donde se considera que:

Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas caracte-

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 312 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

rísticas y no aparecer reconocido en la Constitución como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del hombre no es posible<sup>3</sup>.

De igual manera la Corte Constitucional en Sentencia T – 494 de 1993 expuso que: “La salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa”, por ello “cuando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida, y lo mismo ocurre cuando se refiere al derecho a la integridad física”<sup>4</sup>.

Por tales condiciones, y por los diferentes pronunciamientos que ha tenido en varias oportunidades La Corte Constitucional, el Estado debe de tener especial cuidado y protección para con ellos, prestar los servicios oportunos y continuos en salud, psicología, y demás servicios que se requieran para velar por la integridad personal y mejoramiento de vida. Colombia está fundada en la dignidad humana y esto es un importante eslabón de los derechos humanos, y por ende el Estado tiene la obligación de respetar los Tratados y Convenios Internacionales en los que hace parte. Estos Instrumentos Internacionales se crearán a partir de la necesidad de protección de los Derechos Humanos y este debe llevarse a cabo ya que son relaciones básicas de convivencia social y su función es la de limitar el poder de acción u omisión.

En el texto de Rodolfo Arango encontramos que “Los Derechos Humanos se aplican a todas las personas sin discriminación alguna; su validez es irrestricta, o sea, no depende de las circunstancias políticas y sociales; ellos no son exclusivamente un asunto interno de los Estados sino que incumben a los demás Estados particularmente en lo que se refiere a su protección y realización”<sup>5</sup>.

3 CHINCHILLA, Tulio Eli (1999). ¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales? Editorial Temis: Bogotá D.C., Colombia.

4 Corte Constitucional Sentencia T-494 del 28 de octubre 1993. M.P: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 ARANGO, Rodolfo (2004). Derechos, Constitucionalismo y Democracia. Universidad Externado. Bogotá D.C., Colombia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “Ha reiterado que el derecho a la igualdad y no discriminación es el pilar fundamental del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La CIDH, la CIM, ONUSIDA y la OPS han sostenido que para garantizar efectivamente el derecho a la igualdad y no discriminación, los Estados deben abstenerse de adoptar leyes y regulaciones que sean discriminatorias o que tengan un impacto discriminatorio en ciertos sectores o grupos de la población, y deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad y no discriminación”<sup>6</sup>

## CONCLUSIONES

La Corte Constitucional en la Sentencia T – 409 de 1995 nos deja muy claro cuales son los fines esenciales del Estado Social de Derecho al exponer lo siguiente “Una de las manifestaciones concretas de las finalidades propias del Estado Social de Derecho se encuentra precisamente en dar mayor protección a aquellas personas que por diversas razones se encuentran en situación de debilidad, de desigualdad o indefensión. La precaria situación económica de muchas personas en Colombia obliga al Estado a adoptar medidas encaminadas a destinar parte de sus esfuerzos y recursos hacia el mejoramiento de las condiciones de vida de todos, pero particularmente de los más desamparados. De manera que no encuentra la Corporación excusa alguna para que las entidades de salud públicas, no le preste la atención médica que necesite la accionante, por cuanto dicha actividad corresponde a las finalidades propias del Estado Social y a aquellas que precisamente deben adelantar esas instituciones de salud en beneficio de los sectores menos favorecidos de la sociedad”<sup>7</sup>.

Es evidente que las personas que conviven con SIDA presentan la condición de debilidad manifiesta, y el Estado debe de ofrecerles y brindarles todos los mecanismos que aseguren su protección.

6 La CIDH, la CIM, ONUSIDA y la OPS llaman a los Estados Miembros de la OEA a erradicar el estigma y la discriminación en relación con el VIH en las Américas. Tomado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/147.asp>

7 Sentencia Corte Constitucional T-409/95, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



Se han conseguido tras duros, crueles y largos años la materialización de los Derechos, y al Estado no cumplir con la finalidad impuesta, se está sufriendo un retroceso y una vulneración de un gran catálogo de Derechos, los cuales son exigibles en cualquier lugar, hora y momento.

## BIBLIOGRAFÍA

Arango, Rodolfo. Derechos, Constitucionalismo y Democracia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2004. 266 páginas.

Chinchilla, T. ¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales? Bogotá. Editorial Temis, 1999. 151 páginas.

La CIDH, CIM, ONUSIDA, y las OPS (2012) llama a los Estados Miembros de la OEA a erradicar el estigma y la discriminación en relación con el VIH en las Américas. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/147.asp>

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Sentencia T- 494 del 28 de Octubre de 1993.

M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T – 409 del 12 de Septiembre de 1995. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T- 312 del 17 de Julio de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

## RESUMEN

El texto está dirigido a una dar visión desde un marco jurídico sobre la problemática que padecen a diario los portadores de VIH, en una sociedad desinformada y con un fuerte arraigo de exclusión a las minorías. Después de una exploración preliminar y de recopilación de discusiones suscitadas en clases de derechos humanos en la Universidad Libre seccional Pereira, este escrito aborda diversos planteamientos: ¿Qué hace susceptible a un individuo para adquirir aquella deficiencia de salud? ¿Cuáles son las situaciones a las que son sometidos los seropositivos? ¿Cuál es el compromiso de los Estados y los organismos nacionales e internacionales? Finalmente se afirma que la solución a la estigmatización de aquellas personas está en manos de la colectividad.

## PALABRAS CLAVE

Problemática Social, Simetría de Oportunidades, Exclusión Social, Sujetos Activos de Derecho, Derechos Humanos.

## ABSTRACT

The text is intended to give an insight to the problems they suffer daily HIV carriers from a legal, an uninformed society with strong roots and exclusion of minorities. After a preliminary exploration drives collection and raised in class discussions of human rights at the Free University Sectional Pereira, this paper discusses several approaches: What makes an individual susceptible to acquire this health impairment? What are the situations that are subjected to HIV-positive? What is the commitment of national and international organizations and States? Finally it is stated that the solution to the stigmatization of those people is in the hands of the community.

## KEYWORDS

Social Problems, Symmetry Opportunities, Social Exclusion, Active Subjects of Law, Human Rights

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad se está rodeado de grandes desarrollos tecnológicos que han facilitado los procesos en los medio, es así como el hombre se encuentra enterado de lo que ocurre en otros continentes en cuestión de segundos, profundiza en temas de interés individual o colectivo, tiene contacto constante con las personas más apreciadas, pero a pesar de lo anteriormente descrito ¿existe una tranquilidad y felicidad completa? Lastimosamente la respuesta es NO, cada día el ser humano debe someterse a flagelos sociales gravísimos, aunque se ufane de estar en un mundo globalizado y de ser “desarrollados”, se ha perdido la esencia de la sociedad: tener unas relaciones comunitarias equilibradas por medio de valores, derechos y deberes. La pérdida de esta tríada ha hecho desplomar las actitudes correctas que deben ser perennes en el hombre, dando pie para que surja una violencia hacia los derechos, pero tal vez lo más repudiable de este asunto es la estigmatización que se realiza hacia

<sup>1</sup> Estudiante del Programa de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Pereira – Colombia, [dsilva.derecho@unilibrepereira.edu.co](mailto:dsilva.derecho@unilibrepereira.edu.co)

ciertas minorías, como es el caso de las personas que padecen VIH, son vistas por una mayoría considerable como seres foráneos a los que se les debe desconocer ciertos privilegios y principios inalienables. Es triste observar esta clase de situaciones. Aquí se desarrollará lo concerniente a este tema que ha estado cubierto por un manto de hermetismo.

## ANÁLISIS

El VIH es una enfermedad que se desarrolla como consecuencia de la destrucción del sistema inmunitario. Su cónyuge es el término SIDA que significa: Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, que hace incapaz al sistema susodicho de afrontar las infecciones. Se estima que en el mundo hay alrededor de 150 millones de personas con esta dificultad y cerca de 1 millón mueren cada año.

El Virus de Inmunodeficiencia Humana es muy complejo por sus tratamientos, además por los obstáculos de convivir con él. Pero no solo se encuentra con la anterior problemática quien es portador del VIH, también con un sin fin de barreras que le trasgreden su correcto desenvolvimiento en la comunidad de la cual hace parte. El SIDA no es solo un problema de salud sino también social, este aforismo nos ilustra brevemente todos los óbices que deben trasegar los infectados. En muchas ocasiones los seropositivos no son vistos como sujetos de derecho, aún se cuenta con un pensamiento retrogrado en cuanto a la igualdad que preexiste entorno a los derechos naturales del ser humano, es por esto que se encuentra una mala atención médica en algunos centros asistenciales no solo a nivel nacional, también los encontramos en los diferentes países subdesarrollados sin excluir a las grandes potencias, vulnerándose de esta manera el derecho a la salud, a un nivel adecuado de vida y a la seguridad social (Art.13, Art.44, Art.48, Art.49, Art.50, Art.89 Constitución Política de Colombia. Art.1, Art.2, Art.3, Art.7, Art.8, Art.10, Art.22, Art.25, Art.28, Art.30 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 9, Art. 10 Protocolo de San Salvador. N° 15 y 22 Declaración de compromiso en la lucha contra el sida ).

¿Qué hace susceptible a un individuo para adquirir aquella deficiencia de salud? Es ésta pregunta la que se realizan médicos e investigadores. Hay diversas causas, pero a continuación se esbozarán las más relevantes. La población de escasos recursos presenta un alto nivel de ser propensos al contagio del VIH, debido a que no cuentan con el suficiente apoyo informativo acerca de la problemática, anotándose aquí también por el poco acceso que poseen a los métodos de protección y la deplorable o nula educación que recibieron para cultivar una conciencia crítica acerca de las situaciones ambiguas y confusas. Este tipo de comunidades están siendo protagonistas de la violación a sus derechos consagrados en la Constitución Política, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y demás disposiciones internacionales de los diferentes organismos salvaguardadores de los Derechos del Hombre, la Mujer y los Niños, por la razón de que desconocen la obligación que tienen ciertas instituciones estatales frente a ellos. Por lo tanto debe el Estado brindar el acceso a la educación civil, de esta manera asegurará un devenir más próspero y mucho menos susceptible de calamidades, apuntándole de esta manera la máquina estatal a los objetivos del milenio (Art.13, Art.20, Art.44, Art.45, Art.67, Art.70, Art.86, Art.87, Art.88 Constitución Política de Colombia. Art. 1, Art.2, Art.7, Art.8, Art.10, Art.22, Art.25, Art.26, Art.28, Art.30 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 13, Art. 14 Protocolo de San Salvador. N° 16 Declaración de compromiso en la lucha contra el sida).

Otra de las causas del SIDA son los conflictos armados y las catástrofes naturales que conllevan a unas situaciones precarias y por consiguiente a una disminución en los artículos necesarios para el sostenimiento vital de las personas, llevando de esta manera al compartir ciertos elementos que puede llegar a facilitar la transmisión del virus. Además en un estado con carácter bélico es muy efímero el control entorno a las propagaciones de enfermedades por la insuficiencia en medicamentos y atención. Por esto se hace perentorio que las confrontaciones armamentísticas sean más humanizadas, claro que lo ideal sería el no poseer combates, pero es

una quimera pensar en esto, así que es necesario delimitar y establecer condiciones que dirijan y exhorten a la estabilidad. (Nº 12 Declaración de compromiso en la lucha contra el sida).

Se deja en los dos párrafos anteriores las principales causas de la enfermedad (sin desconocer otras posibles), ahora se hablará de las situaciones de las cuales son objeto los diagnosticados de SIDA. Comúnmente se observa en los diferentes medios de comunicación, noticias acerca de la estigmatización y el aislamiento que se realiza a los individuos portadores del VIH, ¿por qué sucede esto? La razón pilar del asunto es la masiva desinformación que predomina en el ámbito social, los habitantes tienen el imaginario de que aquella enfermedad puede ser transmitida por el contacto cotidiano (besos, abrazos, apretón de manos, una conversación, contacto en el trabajo), pero a pesar de que ONG's se han tomado la tarea de difundir información, el esclarecimiento de las modalidades de contagio sigue aún dilatado. Es por lo antes señalado que en los distintos campos de acción del individuo se están vulnerando cada vez más sus derechos, es así como se han presentado situaciones en las que una persona pierde su empleo porque al ser sometido a un examen de sangre el empleador se entera que es seropositivo y lo despide, es importante aclarar que el portar VIH no es causal de despido e igualmente no es obligatorio el diagnóstico de SIDA para obtener una colocación. En el caso descrito se estaría realizando una exclusión laboral y violentando el derecho a poseer un oficio, al buen nombre y a la intimidad, además el no ser protagonista de tratos crueles e inhumanos (Art.15, Art.20, Art.25, Art.43, Art.53, Art.67, Art.70 Constitución Política de Colombia. Art.2, Art.5, Art.7, Art.12, Art.23, Art.25, Art.26, Art.28, Art.30 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 3, Art. 6 Protocolo de San Salvador. Nº 13 y 50 Declaración de compromiso en la lucha contra el sida).

Los afectados por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida poseen igualdad de derechos, por esto se les debe asegurar la libertad de reunión y asociación para que realicen una

lucha con el objetivo de buscar y asegurar sus intereses colectivos. Igualmente no se les puede ser desconocido el derecho a casarse y conformar una familia (Art. 16 Declaración Universal de los Derechos Humanos). Se puede resumir la problemática de esta comunidad vulnerable con la siguiente sentencia: la estigmatización y la discriminación pueden ser tan devastadoras como la enfermedad.

Todas las instituciones estatales y no estatales (empresas privadas y organismos internacionales) tienen el compromiso de tejer la solución de los derechos que son desconocidos a las minorías, de esta manera se logrará la obtención de medidas eficaces. Desgraciadamente algunas naciones cuentan con grandes vacíos en sus legislaciones en cuanto al tema del VIH. Es ineluctable que los entes institucionales acojan políticas referentes al trato de las personas afectadas, el campo normativo que más direccionamiento debe alcanzar es el de la salud, logrando un alto nivel adquisitivo de los medicamentos y la atención médica, sin restarle importancia a un acompañamiento psicológico a aquellos individuos que han sido objeto de exclusión social, es primordial asegurarles una reintegración en el núcleo de la sociedad. Se hace vital la colaboración armónica de todas las ramas del poder para alcanzar un compromiso global con la causa. La rama legislativa tiene el deber de llevar a cabo una reestructuración de las normas enmarcándolas a las necesidades de los reclusos con VIH, los cuales viven actualmente una situación deplorable encarnada en el hacinamiento que tiene Colombia, ocupando el 8º lugar en Suramérica con una superpoblación del 50.3% (Nº 18, 19 32, 59 Declaración de compromiso en la lucha contra el sida).

El Ministerio de Educación juega un papel relevante en este rompecabezas, en él recae la responsabilidad de instruir a la nación sobre sus derechos y los mecanismos para garantizarlos. Debería evaluarse la posible inclusión en los pensum escolares y universitarios la temática de los derechos de los enfermos, siendo su principal intención la erradicación de todas las dudas y mitos acerca del contagio de las enfermedades. Para mantener estabilizado este sistema

antes descrito es indispensable la existencia de una institución descentralizada con presencia nacional encargada de velar por las posibles violaciones que puedan generarse hacia los seropositivos.

Es de gran trascendencia las actividades que ejecuten los centros de enseñanza (colegios y universidades), porque en estos se está formando el desarrollo de los países, por consiguiente es de alcance generar en los educandos el respeto por los derechos de los demás ciudadanos. Cuando se genera sentido de igualdad en los infantes, éste se convertirá en un principio rector para el resto de su trasegar.

Es de esta manera ética que se tomaría una respuesta firme al desconocimiento de la igualdad que tantos inconvenientes le ha producido a la sociedad moderna. El ser humano ha llegado al pleno dominio de su entorno, pero ¿para qué? ¿Para destruirse con sus coterráneos? Son estos dos interrogantes que se deben acoger para un análisis amplio de las injusticias que están predominando.

## CONCLUSIONES

Es menester generar personas con competencias ciudadanas para que se pueda convivir en sano e inturbable equilibrio, sin que se desconozcan unos a otros. Hay que crear un mensaje muy sustancial alrededor del tema llevado a cabo en este escrito y es el siguiente: el VIH no es sinónimo de discapacidad. Las empresas y pequeños empleadores a diario cierran las puertas a los desempleados que presentan afectaciones terminales, el ser un individuo con SIDA no está relacionado directamente con la eficiencia que pueda presentar en su labor, además la principal causa de segregación laboral está emparentada con el desconocimiento de las formas de transmisión, imaginándose el jefe que los demás empleados estarán en riesgo si tienen relaciones cotidianas con el afectado. Es el momento de detener las barreras que están excluyendo a ciertos sujetos de las sociedades, la discriminación debe erradicarse en su totalidad y extender la simetría

de oportunidades, debido a que somos un todo, somos humanos.

Finalmente está en manos del Estado y la ciudadanía alcanzar la cúspide del gozo de los derechos humanos, es la hora de realizar un trabajo mancomunado y alejar las problemáticas de marginación, que traen consigo graves implicaciones económicas, sociales y culturales.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución Política de 1991
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)
3. Declaración de compromiso en la lucha contra el sida (2001)
4. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
5. Protocolo de San Salvador (1988)
6. FUNDACIÓN HUÉSPED. Hablemos de SIDA en la escuela. Recuperado de <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD8/contenidos/marcoteorico/apuntes/derechos-humanos.html>
7. ONUSIDA. (2001). el VIH/sida y los derechos humanos. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001264/126403s.pdf>
8. ONUSIDA. (2007). Manual sobre el VIH y los Derechos Humanos. Recuperado de [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookHIV\\_NHRIs\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookHIV_NHRIs_sp.pdf)
9. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. (2013). 12 pasos para hacerle frente a la crisis del sistema penitenciario y carcelario. Recuperado de <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/doce%20pasos%2025173.pdf>
10. NACIONES UNIDAS, centro de Información. (2007). Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos de la ONU; su relación con el VIH/SIDA. Recuperado de [http://www.cinu.org.mx/temas/vih\\_sida/dh.htm](http://www.cinu.org.mx/temas/vih_sida/dh.htm)
11. Sola Valdés, B. Derechos de los enfermos y portadores de VIH-SIDA. Recuperado de <http://www.esmas.com/salud/enfermedades/infeciosas/334322.html>

# ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA: POSIBILIDAD DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

*Juan José Navia Garzón<sup>1</sup>*

## RESUMEN

La presente investigación pretende abordar el tema de la viabilidad jurídica de la adopción por parte de parejas del mismo sexo a partir de lo expresado en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y de un análisis del ordenamiento jurídico de nuestro país. La intencionalidad de ello, es establecer el horizonte normativo, jurisprudencial y analítico que pueda anticiparse a la necesidad de una variación en las decisiones que sobre el particular ha adoptado el Tribunal Constitucional Colombiano<sup>2</sup>, las cuales han evadido o negado esta posibilidad. Este tema se constituye en un espacio de reflexión respecto de los diversos pronunciamientos de los tribunales internacionales de protección de los DDHH a favor de la protección de los grupos LGBTI.

## ABSTRACT

This research aims to address the issue of the legal feasibility of the adoption by same-sex couples from that expressed in the judgments of the Constitutional Court of Colombia and an analysis of the legal system of our country. The intent of this is to establish the policy, case law and analytical horizon that could preempt the need for a change in decisions on the subject has adopted the Colombian Constitutional Court, which have evaded or denied this possibility. This issue becomes a space for reflection about the various pronouncements of international tribunals for the protection of human rights for the protection of LGBTI groups.

## PALABRAS CLAVE

Adopción, Interés Superior del Menor, Homosexualidad, Igualdad, Criterios Sospechosos de Distinción.

## KEYWORDS

Adoption Interests of The Child, Homosexuality, Equality, Suspects Distinguishing Criteria.

## INTRODUCCIÓN

La presión y pugna de las minorías ha tenido sus resultados, hoy en día los opositores de la adopción por parte de parejas homosexuales han tenido que variar su discurso. Sus alegatos pasaron de ser férreas diatribas, crudas catilinarias, a ser argumentos más serenos y reflexivos que evitan a toda costa y bajo subterfugios agredir directamente a la población homosexual<sup>3</sup>. Sin embargo, bajo estas oposiciones subyacen elementos religiosos y prejuicios sociales cuya erradicación impera en una co-

1 Estudiante de tercer año del Programa de Derecho diurno. Universidad Libre, Seccional Pereira. E-mail: Juanjo.252@hotmail.com

2 Corte Constitucional. Sentencia C-814/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Consultar sobre el particular: "Familias homosexuales y homofobias" de Luz María Sánchez Duque. Versión online: <http://dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=antidiscriminacion&publicacion=914>. Recuperado el 26 de abril de 2013.

munidad que, como la colombiana, trazó a través de sus valores y principios constitucionales el derrotero de la tolerancia, la multiculturalidad y la pluriétnicidad.

Así, estas personas esgrimen fundamentos que no buscan zaherir a quien asuma su condición de homosexual ni, aparentemente, quieren hacer de la condición sexual de la persona el argumento máximo para refutar la posibilidad de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, por el contrario, como dice el profesor Rodrigo Uprimny, adoptan una “razón fuera de toda sospecha: El interés superior del menor”<sup>4</sup>. Empero, ¿con toda esta argumentación se busca amparar aquel imperativo que obliga a toda la sociedad, la familia y el Estado a observar y velar por la efectiva protección de los derechos de los párvulos (interés superior del menor)? O, ¿constituyen, más bien, la expresión enmascarada de una moral social recalitrante que se niega a aceptar los cambios evidentes de la actual civilización? Este trabajo investigativo buscará dar solución a estos y otros interrogantes que integran el problema de investigación

## MATERIALES Y MÉTODOS

La presente investigación es de carácter jurídico-exploratoria, orientada por el método analítico y el método sintético para el procesamiento de la información compilada de diferentes fuentes bibliográficas primarias y secundarias, que obedecieron fundamentalmente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y doctrina relacionada con el tema objeto de estudio.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La orientación sexual homosexual, otrora penalizada en Colombia, goza de protección constitucional en virtud del artículo 16 de la Constitución Política de 1991 que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, como lo ha reconocido la Corte<sup>5</sup>,

el reconocimiento de los derechos inherentes a personas con orientación sexual diversa es una consecuencia necesaria del pluralismo que es, además, un principio de raigambre constitucional (art. 7 C.N.) y que permea (o debe permear) todo el ordenamiento jurídico vigente, toda vez que la Carta Política “aspira ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana”<sup>6</sup> y ello sólo es posible mediante la “asunción del pluralismo” como una “propuesta de soluciones y coexistencias posibles”<sup>7</sup>. Por lo tanto, el temor fóbico de exponer a los niños al cuidado de parejas del mismo sexo (puesto que presuntamente condicionaría su orientación sexual e identidad de género, como exponen algunos) es inadmisibles e infundado (Uprimny, 2012). Lo primero porque ello equivale a expresar que la homosexualidad es algo indeseable, muy contrario a lo que pretende la Carta. Lo segundo, porque la definición de la orientación sexual depende de muchos factores y no sólo de la orientación sexual de los padres<sup>8</sup>. De tal manera que las razones esgrimidas por los opositores al tema de la adopción por homosexuales parapetadas, como ya se dijo, en el interés superior del menor, al margen aparente de cualquier “categoría sospechosa de distinción”, sucumben al desentrañarse todas aquellas, al decir del inclito juez Böckenförde, “razones morales” que “se escudan en un aparente sentido común para imponer la voluntad de las mayorías al margen de los límites que imponen los principios jurídicos y derechos fundamentales”<sup>9</sup>. Por lo que un análisis minucioso y concienzudo de todos los argumentos es una tarea imprescindible del Juez Constitucional quien no es, al decir de Lord Radcliffe, un “erudito objetivo, imparcial y experimentado que se limita a declarar el derecho”<sup>10</sup>, ni un instrumento mecánico del de-

6 *Ibidem*

7 ZAGREBELSKY, G. (2008). *El derecho dúctil. Ley derechos y justicia*. Editorial Trotta. Madrid, España.

8 SORIANO RUBIO, S. (1999). *Origen y causa de la homosexualidad*. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr26.pdf>

9 ESTRADA VÉLEZ, S. (2010). *Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla*. Recuperado de: <http://www.lexbase.co/>

10 BERNAL PULIDO, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

4 UPRIMNY, R. (2012). *Interés superior del menor y adopción igualitaria*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-344512-interes-superior-del-menor-y-adopcion-igualitaria>

5 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-268/00, M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

recho positivo tal como lo planteó Montesquieu en su reconocida frase “juez boca de la ley”, sino que es un legítimo intérprete de las normas y, como tal, le corresponde el papel trascendental de adecuar el ordenamiento jurídico, de aclimatarlo, de tal manera que sea congruente con el surgimiento de nuevos hechos sociales y el reconocimiento de los mismos.

## CONCLUSIÓN

La Corte en Sentencia C-577/2011 asevera que “el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política”<sup>11</sup>, habida cuenta de que “el primer espacio al cual el infante tiene derecho a pertenecer es su núcleo familiar, en el cual ha de encontrar las condiciones personales y afectivas más adecuadas para que su proceso de educación moral y formación ciudadana sea llevado a cabo cabalmente”<sup>12</sup>. Y si en los términos de la susodicha sentencia los homosexuales constituyen familia constitucionalmente protegida, se colige, necesariamente, que en el seno de estas familias se podrá conservar y desarrollar el joven que, tras padecer una cruda situación de orfandad, se halla frente a la garantía de formar parte de una familia.

## REFERENCIAS

1. BERNAL PULIDO, C. El Derecho de los derechos. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005. 419 páginas.
2. ESTRADA VÉLEZ, S. (2010). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Recuperado de: <http://www.lexbase.co/>
3. SORIANO RUBIO, S. (1999). Origen y causa de la homosexualidad. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr26.pdf>
4. UPRIMNY, R. (2012). Interés superior del menor y adopción igualitaria. Recuperado de <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-344512-interes-superior-del-menor-y-adopcion-igualitaria>
5. ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil. Ley derechos y justicia. Madrid, España: Editorial Trotta, 2008. 160 páginas.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional. Sentencia C-814/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C -577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C -577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>12</sup> *Ibidem*.





# FORMACIÓN EN INVESTIGACIÓN



# IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN Y SU DESARROLLO EN COLOMBIA

*Carmen Cristina Riobó Mouthón<sup>1</sup>*

## RESUMEN

Actualmente los colombianos no hemos caído en cuenta de la importancia de la investigación en el desarrollo de nuestras vidas y en la sociedad, por lo consiguiente este ensayo pretende exponer la importancia de la investigación, llamando a los ciudadanos a despertar y provocar un impacto positivo en la sociedad, asumiendo responsabilidades y siendo aportante para ella, trabajando por cambios significativos que nos hagan tener la delantera y no ir siempre detrás, adquiriendo una visión de trascendencia hacia el futuro y logrando innovación y una mejor calidad de vida.

## PALABRAS CLAVES

Desarrollo en Colombia, Investigación, Innovación.

## ABSTRACT

Currently the Colombians have not fallen into account the importance of research in the development of our lives and society, so therefore this essay aims to clarify the importance of research, calling the citizens to wake up and make a positive impact on society, taking responsibility and being a contributor to it, working on significant changes that we do not have the front and always go back, acquiring a transcendent vision of the future and achieving innovation and improved quality of life.

## KEYWORDS

Development in Colombia - Research and Innovation

## INTRODUCCION

Se puede definir la investigación como la acción de, **inspeccionar, indagar, explorar, examinar y rastrear**. En su sentido más preciso implica una búsqueda de algo preciso a través de un exhaustivo análisis basado en un determinado método, permite hacer mención al conjunto de actividades de índole intelectual y experimental de carácter sistemático, con la intención de incrementar los conocimientos sobre un determinado asunto.

## EL DESPERTAR DE COLOMBIA

Al investigar se dice que vamos en pos de la huella de la verdad de los problemas que vive la sociedad, investigamos cual es la verdad de nuestra realidad, **la determinamos como aquella búsqueda de soluciones para ciertos inconvenientes, la investigación nos lleva a** alcanzar nuevos conoci-

<sup>1</sup> Estudiante de segundo año de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Libre Seccional Cartagena, Integrante del semillero de Investigación Cultura Sin Fronteras, Dirigido por Magister Oswaldo Ortiz Colon.

mientos fehacientes sobre un hecho o fenómeno que, una vez encontrados nos puedan ayudar a **establecer conclusiones y soluciones** a circunstancias causadas por ellos y en nuestro país, lastimosamente ese hábito de investigar no se ha desarrollado de manera eficiente, es mas no se ha logrado desarrollar completamente, nos hemos acostumbrado a que aquellos conocimientos que nos ayudan a descubrir verdades los adquieran otros, que sean otros quienes nos enseñen como es la realidad y nosotros simplemente aceptamos lo que nos dicen por el hecho de no investigar, de no ir más allá, de quedarnos con lo poco que nos enseñan y no crear nosotros mismos nuestros conceptos, nuestras soluciones y hacer innovaciones.

Poco a poco vamos despertando, vamos cayendo en cuenta que la investigación es algo necesario para un país en vía de desarrollo. Los últimos decenios muestran el incremento en la investigación científica y tecnológica de Colombia, cada día aumenta el número de personas interesadas por investigar, por formar grupos de investigación y armar proyectos que sean de interés nacional e internacional, al ver cómo va avanzando la sociedad, no se quieren quedar atrás, pero lastimosamente los avances colombianos no llevan el ritmo mundial y ni siquiera el de los principales países latinoamericanos que además también se van quedando en el tiempo.

## COLOMBIA EN REFERENCIA CON LOS AVANCES DE OTROS PAISES

Colombia, después de Ecuador, tiene la mejor dotación relativa de tierras fértiles y climas apropiados, que definen sus ventajas comparativas. Estas se desatendieron por la preferencia a la industrialización, nunca se tomó en serio la gran riqueza minera y petrolera, de este modo no hay desarrollos científicos ni tecnológicos en flores, en carbón, en petróleo o níquel, es claro la cantidad de oportunidades<sup>2</sup> que hemos perdido, siempre prefiriendo las cosas de otros y restándole importancia a nuestras potencialidades, así, ¿cómo vamos a prosperar? Nuestro problema más que todo es cultural, cuando aprenda-

<sup>2</sup> Marco Palacios en su artículo rezago grave publicado en el 10 de octubre del año 2007

mos a querer nuestras raíces, nuestra tierra ahí, en ese momento es que nos vamos a preocupar por sacarla adelante, cuando nos mentalicemos que nadie más que nosotros mismos podemos sacar adelante a nuestro país vamos a dejar la dependencia a un lado.

En Colombia no logramos consensuar metas específicas y apropiadas en relación con la formación de recursos humanos, ni una estrategia de inversiones permanentes en infraestructura de edificaciones, laboratorios y equipos<sup>3</sup>. De este modo, nuestras comunidades científicas son relativamente débiles y aisladas entre si aunque mejor conectadas con algunas redes internacionales. Lo grave es su aislamiento de la población en general, considerados los bajos niveles de desarrollo educativo.

## EL ENEMIGO A ENFRENTAR EN COLOMBIA

La falta de interés en investigar, el no preocuparnos por traer nosotros el desarrollo a nuestro mundo, se remonta a los inicios de nuestra vida escolar, en las escuelas no se promueve el adquirir un conocimiento para trabajar por la sociedad, no nos orientan a pensar de una manera crítica ni a adquirir conocimiento propio, no se apropian de la misión de crear y divulgar que es algo esencial en la sociedad. La investigación es una de las tres funciones que realiza la educación superior para formar a los estudiantes en los fundamentos, principios y prácticas académicas necesarios para desempeñarse bien sea como profesional o como investigador. En la primera situación se trata de un profesional con capacidad de innovar, transformar procesos, sugerir transformaciones, identificar barreras, buscar soluciones y trabajar en equipo, entre otros, pero, ¿porque esperar hasta la educación superior? si crecemos con la mentalidad de que debemos crear mecanismos para ayudar a que nuestro Estado sea cada vez mejor, a buscar la manera de nuestra población sufra menos y a facilitarle las cosas a personas que lo necesiten, no seríamos lo que somos, un país regalado, dependiente y marginado.

<sup>3</sup> Roberto Hernández Sampieri, Metodología de la investigación Escuela Superior de Comercio y Administración Instituto Politécnico Nacional.

La economía, la educación, la ciencia y la tecnología<sup>4</sup> son las columnas para que una nación este verdaderamente sostenida y a nuestro mandatarios les falta poner más entrega para perfeccionar estas columnas que están provocando estragos en el territorio y ya es hora de dejar atrás lo que plantea el ex rector de la universidad nacional Marco Palacios *“los gobiernos de turno prefieren adaptarse pasivamente a las agencias multilaterales que presionan para que los países moldeen su institucionalidad básica de ciencia y tecnología a las exigencias de sus políticas y de sus préstamos”*

## CONCLUSIÓN

Deduzco que al seguir así seremos siempre cola y no cabeza, otros se harán más ricos a costa nuestra, porque quién tiene el conocimiento, tiene el poder, nosotros podemos tener el poder si nos planteamos metas claras y con apoyo. En vez de importar tecnología y comprar patentes hay que tomar el riesgo de invertir verdaderamente en proyectos de ciencia y tecnología, tra-

bajar por la unión de cuatro esferas que siempre deben ir de la mano para poner a volar nuestras mentes y poner a triunfar a Colombia, que son el Estado, las escuelas, las universidades e institutos de investigación y empresas públicas y privadas, nacionales y extranjeras que brinden un apoyo a esas mentes que quieren aportar a la sociedad. Apropiémonos del pensamiento que la biblioteca es un universo maravilloso, que el conocimiento es felicidad y que 40.000 pesos invertidos en un libro te dan más que una noche de fiesta. Es momento de reflexionar y pensar en tu deber de aportar.

## REFERENCIAS

1. Cesar Augusto Bernal, Metodología de la Investigación
2. Lucy Nieto de Samper, “Somos vagón y no locomotora”
3. Marco Palacios “rezago grave”
4. Publicaciones Estudiantiles CONOCIMIENTO Y CIENCIA [www.aiu.edu/publications/student](http://www.aiu.edu/publications/student)

---

<sup>4</sup> Roberto Hernández Sampieri, Metodología de la investigación Escuela Superior de Comercio y Administración Instituto Politécnico Nacional



# **DERECHO PROCESAL**





# CARGA DE LA PRUEBA Y DERECHO A PROBAR EN EL NUEVO CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

*Giovanny Harrison Arrieta Díaz<sup>1</sup>*

## RESUMEN

Actualmente Colombia atraviesa por una época reformista de sus leyes, el Derecho Colombiano se ha dinamizado mucho en estos últimos años generando el nacimiento de nuevos cuerpos codificados, tal como sucedió con la ley 1437 de 2011, Decreto 1510 de 2013, entre otros; sin embargo para el caso que interesa, este artículo desarrollará la carga de la prueba y el derecho a probar en el nuevo Código General del Proceso.

El problema al cual se propone dar respuesta este ensayo, es determinar cómo se manejan los principios de la carga de la prueba con sus reglas tradicionales, la prueba oficiosa y la carga dinámica de la prueba en cada uno de los medios de probatorios, la importancia de este planteamiento radica en delimitar el alcance del juez para decretar pruebas y de las partes para solicitarlas, así, como los presupuestos que se requieren para dar aplicación a la carga dinámica de la prueba. El objetivo es, de una parte, registrar en que medios de prueba que, a juicio del autor, son compatibles con los principios de la carga de la prueba y, de la otra, poner de presente algunas incompatibilidades totales o parciales para decretar o solicitar pruebas con los distintos medios probatorios.

## PALABRAS CLAVES

Prueba Dispositiva, Prueba Oficiosa, Prueba Dinámica, Medios de Prueba.

## ABSTRACT

Currently Colombia is experiencing a reformist era laws, Colombian law has been boosted significantly in recent years the emergence of new generating encoded bodies, as happened with the law 1437 of 2011, Decree 1510 of 2013, among others, however for the case in question, this paper developed the burden of proof and the right to prove in the New General Code of Procedure.

The problem to which this paper attempts to answer is to determine how to handle the principles of burden of proof with traditional rules, informal testing and test dynamic load on each of the evidence, the importance of this approach lies in defining the scope of the judge to order evidence and the parties to apply, as well as the assumptions that are required in order to implement dynamic loading of the test. The aim is, on one hand, that record evidence which, in the opinion of the author, are compatible with the principles of burden of proof and, on the other, put in mind some incompatibilities or partial to decree or order tests with different evidence.

## KEYWORDS

Operative Test, Informal Test, Dynamic Test, Evidence.

---

<sup>1</sup> Estudiante de V año del programa de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Monitor del Centro de Investigación. Miembro del grupo de investigación "Sociología Jurídica e Instituciones políticas" (D-Colciencias), coordinado por la Dra. Elizabeth Ramírez Llerena. harrisonarrieta@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

El derecho probatorio, y por ende el derecho a probar, son de vital importancia en la administración de Justicia y desde luego, en el ámbito del derecho procesal, conforman su columna vertebral, porque la prueba sirve de instrumento indispensable, para concretar y hacer efectivos los derechos sustantivos; su relevancia, y trascendencia, fue fijada por los pretores romanos en la máxima: **IDEM EST NON ESSE AUT NON PROBARI**,<sup>2</sup> igual a no probar es carecer del derecho.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 29 consagra el DEBIDO PROCESO, para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, fijando dentro de tal precepto, como parte fundamental del mismo, el derecho de defensa, que se traduce en la facultad de presentar pruebas, y de controvertir las que se alleguen en su contra.<sup>3</sup> Así las cosas, el debido proceso, tal como lo define la Corte Constitucional Colombiana, es el **“conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le garantizan a lo largo del mismo, una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”**<sup>4</sup>; criterio garantista, que no podría concebirse, sin el derecho de defensa, que implique desde luego, la facultad para las partes trabadas en una Litis, para aportar, pedir pruebas y controvertir las presentadas por la contraparte.

Pero el DERECHO A PROBAR que opera como se dijo, en ambos sentidos; de un lado: para pedir y aportar pruebas a favor, y de otro lado, para controvertir las presentadas en su contra; no es solo un derecho constitucional subjetivo, instituido a favor de las partes en conflicto judicial, administrativo o disciplinario; o de cualquier otro orden, es también, una INSTITUCION PROPIA DE LA ADMINISTRACION DE

JUSTICIA; inherente a ella, porque la prueba en cualquier ámbito en que se use, tiene varias funciones: una de instrucción para reconstruir los hechos materia del litigio, o función cognoscitiva, como dirían los pedagogos; otra finalidad sería del orden argumentativo o persuasivo; pues todo el acervo probatorio, debe llevar al Juez la certeza o la convicción de que tales hechos del pasado, físicamente irrepetibles, son verdaderas representaciones, de aquellos que han ocurrido en el mundo real; y que le sirven de sustento para tomar su decisión final.

Para avanzar se hace pertinente precisar o recordar algunos aspectos que le permitirán al lector entender de una mejor forma las respuestas al planteamiento del problema.

Prueba romana: han dicho innumerables tratadistas que la prueba romana es la forma tradicional de probar. Al actor le incumbe la prueba de los supuestos de hechos constitutivos del derecho que reclama, y al demandado la prueba de los hechos modificativos y extintivos que aduzca (2013)<sup>5</sup>.

Prueba oficiosa: se entiende como aquella que es decretada por el juez cuando la considera necesaria para el esclarecimiento de los hechos entorno a los cuales existe controversia.

Prueba dinámica: La carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo (13092)<sup>6</sup>.

Se debe resaltar respecto a la prueba dinámica que fue muy pertinente la decisión de insertarla en el nuevo Código General del Proceso ya que esta modalidad de carga procesal fue empleada por el Consejo de Estado por vía jurisprudencial para resolver casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, en el período comprendido entre los años 1990 y 2006, dada la dificultad que representaba para el pacien-

2 López blanco Hernán Fabio, “La Prueba”. Editorial: DUPRE Bogotá. 2001

3 Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

4 Rocha Alvirra Antonio. De la Prueba en Derecho. Editorial: Biblioteca Jurídica. Bogotá. 2009.

5 [http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/libros-carga\\_de\\_la\\_prueba.htm](http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/libros-carga_de_la_prueba.htm)

6 <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewArticle/11386>

te probar los hechos constitutivos de la falla del servicio médico estatal (13093)<sup>7</sup>. En países como Argentina y España la carga dinámica de la prueba aun sigue siendo aplicada por vía jurisprudencial. El artículo 1214 del Código Civil español consagra la carga de la prueba con sus reglas tradicionales, sin embargo ha dicho la jurisprudencia de la sala civil del Honorable tribunal supremo de España que la carga de la prueba a la que se refiere el antes mencionado artículo no debe entenderse desde un punto de vista inflexible y que por lo tanto la carga de la prueba se reasignará de acuerdo a cada caso en particular, a la dificultad o facilidad de aportar la prueba.

Enhorabuena el C.G.P. trajo consigo la prueba dinámica, la cual está consagrada más exactamente en el inciso 2 del artículo 167.

Al lector de este ensayo puede surgirle la siguiente inquietud ¿Cuál es la importancia de que ahora la prueba sea dinámica? otra pregunta la cual puede suscitar es ¿sobre quien recae la exigibilidad de aportar esta prueba? para dar respuesta al primer cuestionamiento basta decir que la prueba dinámica es importante porque busca una mayor objetividad a la hora de tomar una decisión, así como la equidad entre las partes, lo anterior se debe a los fines que busca el nuevo código del proceso como institución de interés social, el cual procura lograr una igualdad real de las partes en el proceso para alcanzar una decisión material o real, en cuanto a la segunda pregunta hay que decir que se le hace exigible aportar la prueba a aquella parte que se encuentre en una situación más favorable o que tenga una mejor actitud para probar o esclarecer los hechos, incluso si esa prueba le resulta desfavorable a su pretensión o defensa. A pesar de todas las bondades de la prueba dinámica es necesario aclarar que esta no opera de manera absoluta, es decir no es autónoma, solo se aplicará la prueba dinámica cuando con las reglas tradicionales de la prueba se puedan lesionar derechos sustantivos o cuando el juez advierta que debe brindar una especial protección a alguna de las partes.

7 <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewArticle/11386>

Dicho todo lo anterior se procederá a dar respuesta al planteamiento del problema de este artículo, para ello se comenzará por analizar el primer medio de prueba.

## DECLARACIÓN DE PARTE Y/O CONFESIÓN

Lo primero que se debe decir es que la Ley 1564 de 2012 separa a la declaración de parte y/o confesión para conferirle calidad a cada uno de estos medios de prueba.

Luego de efectuado un análisis en torno a estos medios de prueba se llega a la conclusión, de que la facultad dispositiva que tenían las partes para solicitar la declaración de parte y/o confesión quedo suprimida para volverse obligatoria. Lo anterior se debe a que el código general del proceso le ordena al juez que interrogue exhaustivamente a las partes de manera oficiosa y obligatoria, es justo aquí donde se da la primera respuesta al planteamiento del problema, es decir en estos dos medios de prueba no concurren los principios de la prueba dispositiva ni la prueba dinámica, simplemente porque el legislador desarrolló la estructura la cual debe ser observada rigurosamente por el juez, por lo tanto solo será compatible con la prueba inquisitiva.

## PERITAZGO

Este medio de prueba es perfectamente compatible con los principios de la prueba dispositiva o romana, inquisitiva u oficiosa y la prueba dinámica, no fue mucha la modificación que trajo el nuevo Código General del Proceso en torno a este medio de prueba, ahora se denomina peritazgo de parte y se agiliza la oportunidad para aportarla, puede ser en la presentación de la demanda o en la contestación de la misma, además se suprimió el trámite de incidente por error grave.

## JURAMENTO ESTIMATORIO

En palabras del Dr. Curro Cabrales de la Pava<sup>8</sup> este medio de prueba estaba guardado en el cuarto de san alejo y prácticamente era nulo el

8 Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena.

uso que se le daba, solo hasta la aparición de la ley 1395/10 se logró restablecer su práctica y alcance.

El juramento estimatorio puede ser entendido bajo las dos connotaciones que le otorga el Código General del Proceso, una de estas es como requisito de algunas demandas y este no es el tema del artículo, y otro como la manifestación voluntaria de las partes para el reconocimiento, indemnizaciones, pagos de frutos etc. Este medio probatorio solo es compatible con la prueba dispositiva y esto es por la naturaleza de tasar los perjuicios desde la esfera subjetivas de las partes la cual solo bastará con el solo dicho siempre y cuando este sea razonado, argumentado y serio so pena de incurrir en las sanciones que establece el Código General del Proceso, en últimas para este medio de prueba no concurre ni la prueba inquisitiva ni mucho menos la dinámica ya que solo la parte afectada apelando a su lado subjetivo manifiesta la tasación del perjuicio que se le ocasionó.

## INSPECCIÓN JUDICIAL

No existe un medio de prueba en la cual el principio de inmediación se cumpla con mayor precisión que la inspección judicial sin embargo, a pesar de ser el único medio de probatorio que le permite al juez estar en contacto directo con la prueba, quedó reducida a su mas mínima expresión, el nuevo estatuto procesal en su artículo 236 C.G.P. puntualizó que: sólo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de video grabación, fotografía, u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba, todo lo cual significa, que a este medio de prueba en el nuevo sistema oral, se le ha dado un carácter RESIDUAL.

Este medio de prueba sigue los lineamientos del C.P.C por tanto podrá ser aportada la inspección judicial haciendo uso de los principios de la prueba dispositiva, inquisitiva y dinámica.

## TESTIMONIOS O DECLARACIÓN DE TERCEROS

En principio este medio de prueba sigue las reglas tradicionales de la prueba bajo el esquema probatorio dispositivo, debido a que las partes son quienes conocen los hechos materia del litigio y les permite igualmente, proponer como testigos a quienes son conocedores de tales hechos, sin embargo nada impide que el juez pueda decretar y ordene de oficio el testimonio cuando un declarante mencione a otra persona que tiene conocimiento de los hechos y el juez estime necesario escucharlo.

Inicialmente este medio de prueba solo es compatible con la prueba dispositiva pero también permite la concurrencia del principio de la prueba inquisitiva u oficiosa, sin embargo por las características mismas de este medio de prueba, se considera improbable, que se pueda aplicar la alternativa de la carga dinámica de la prueba; pues el órgano en este medio de prueba, proviene de terceros no de las partes.

## DOCUMENTOS

No existe novedad alguna en este medio de prueba en lo que a la carga de la prueba respecta, pueden ser aportados cualquier clase de documentos haciendo uso de los principios de la prueba dispositiva, inquisitiva e incluso la prueba dinámica. Existe en el C.G.P. nuevos parámetros sobre la autenticidad de los documentos que constituyen criterios ágiles para dinamizar este medio de prueba en las audiencias orales.

## PRUEBA POR INFORMES

Este medio de prueba se encuentra consagrado en el artículo 275 del C.G.P. nace como medio probatorio independiente y es perfectamente compatible con los principios de la prueba dispositiva, inquisitiva y dinámica. Esta modalidad probatoria consiste en el informe que debe rendir las entidades públicas o privadas o sus representantes, o cualquier otra persona, bajo la gravedad de juramento sobre cualquier hecho o información que no esté sometida a reserva.

## INDICIOS

Los indicios pueden ser aportados por cualquiera de las partes dándole aplicación a los principios de la carga de la prueba con sus reglas tradicionales, la prueba oficiosa e incluso la prueba dinámica, sin embargo la Ley 1564 de 2012 trae un cambio innovador bastante interesante y es que se le ordena al juez que valore la conducta procesal de las partes como indicio, es decir los indicios en lo que a la carga de la prueba se refiere es compatible con los principios de la prueba dispositiva, inquisitiva y dinámica pero se hace obligatorio este medio de prueba por parte del operador judicial cuando se trata del comportamiento procesal de las partes.

## CONCLUSIÓN

Este artículo pretende dar a conocer la forma en cómo se maneja la carga de la prueba y el derecho a probar en el nuevo Código General del Proceso, centrándose más que todo en el análisis de los medios de probatorios que permiten la concurrencia de los principios de la prueba la cual será importante en la medida en que permita saber en qué casos el juez está obligado a decretar y ordenar la práctica de una prueba y en que otros supuestos es facultativo. Se concluyen los siguientes puntos:

1. Los principios de la prueba dispositiva, inquisitiva y dinámica concurren en todos los medios de prueba excepto en la declaración de parte, confesión y juramento estimatorio.
2. La carga dinámica de la prueba cuando se manejaba por vía jurisprudencial lesionaba derechos sustantivos de las partes porque se les tomaba por sorpresa, siendo consciente de esto el C.G.P. ha determinado que la decisión que se tome será susceptible de recurso y por ende se aplicaran las reglas del derecho de contradicción.
3. La carga dinámica de la prueba solo se aplicará de manera excepcional cuando con las reglas tradicionales de la prueba se lesionen

derechos sustantivos o cuando el juez advierta que debe brindar especial protección a alguna de las partes en el proceso.

4. El proceso oral materializa la igualdad real de las partes porque las facultades oficiosas y la carga dinámica manejadas por el juez en últimas buscan hallar la verdad procesal de la que habla el C.G.P. como institución de interés social.
5. El carácter dispositivo de la declaración de parte y confesión queda suprimido porque el legislador la volvió obligatoria para el operador judicial.
6. La práctica de pruebas en audiencias orales, además de hacer viable el cumplimiento de los principios de inmediación y publicidad, permitirán la concentración de tales medios de prueba; todo lo cual facilitara la valoración de los mismos y en el contacto directo del juez con las partes, pues en este nuevo código general del proceso el operador judicial deja de ser un espectador para ser parte en el proceso lo cual le dará una apreciación directa de los hechos, en una administración de justicia más humana, incluyente etc. El juez tiene tanta importancia en el proceso que incluso se le permite valorar la conducta de las partes como indicio.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Azula Camacho Jaime: "Manual de Derecho Probatorio". Editorial: Temis. Bogotá. 2001
2. Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.
3. López blanco Hernán Fabio, "La Prueba". Editorial: DUPRE Bogotá. 2001
4. Parra Quijano Jairo: "Manual de Derecho Probatorio." Editorial: ABC. Bogotá. 2001
5. Rocha Alvira Antonio. De la Prueba en Derecho. Editorial: Biblioteca Jurídica. Bogotá. 2009.
6. Tirado Hernández Jorge: "Curso de Pruebas Judiciales". Editorial: Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2013.



**MULTICULTURALISMO,  
JUSTICIA ANCESTRAL Y  
COMUNITARIA**





# LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO GARANTIA DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDIGENA<sup>1</sup>

*Ponencia dirigida por los docentes Oswaldo Ortiz C. y Álvaro Garzón S., con la coautoría de los integrantes del Semillero de Derecho Procesal: Víctor Elías Guevara Flórez, Paola Andrea Luna Álvarez, Dilcia Rosa Guzmán Mendoza, Martha Lucia García González, María Camila Machado Álvarez, José Luis Díaz Meneses.*

## RESUMEN

Actualmente, alrededor del mundo se vienen gestando debates académicos en torno al concepto de pluralismo y multiculturalismo y su incidencia en la estructuración de los Estados modernos. Ahora bien, bajo los conceptos enunciados desarrollaremos su consagración constitucional en conexión con el reflejo de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, en la reivindicación y defensa de los derechos de la jurisdicción especial indígena.

## PALABRAS CLAVES

Pluralismo, Multiculturalismo, Corte Constitucional, Jurisdicción Especial Indígena, Principios, Derechos, Sistema Judicial Nacional.

## ABSTRACT

Nowdays, around the world have been increasing academic debates around the concept of pluralism and multiculturalism and their impact on the structuring of modern States. Based precisely in this context, we will develop its constitutional entrenchment in connection with the reflection of the judgments of the Colombian Constitutional Court, In terms of their claim and defense of the rights of the special indigenous jurisdiction.

## KEY WORDS

Pluralism, Multiculturalism, Constitutional Court, Special Indigenous Jurisdiction, Principles, Rights, National Judicial System.

## INTRODUCCIÓN

Desde hace varias décadas, los Estados latinoamericanos han liderado un gran impulso constitucional marcado por un contexto de sociedades diversas, multiétnicas y pluriculturales que han propiciado, no solo el reconocimiento de sectores discriminados o marginados en los que claramente caben los pueblos indígenas, sino también, su fortalecimiento y aceptación en la conciencia de las personas. Ahora bien, Colombia<sup>2</sup> al igual que otros países latinoamericanos, vienen experimentado transformaciones fácticas profundas en esta materia, mientras que nuestro ordenamiento jurídico está desgastado y en mora con los principios, derechos y garantías de los pueblos indígenas, por omisión gubernamental y falta de exhortación judicial.

1 Ponencia presentada para el XIII Concurso Internacional de Semilleros de Investigación en Derecho Procesal que tuvo lugar en el marco del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, del 12 al 14 de septiembre de 2012.

2 Londono, Beatriz, La Constitución de 1991 y los indígenas: Nuevos espacios de participación política. Revista Credencial Historia.

Ese proceso de integración social, evidenció la necesidad de crear en nuestro país un proyecto nacional, que no solo, unificara las distintas ciudades y poblaciones existentes, sino que también, les devolviera a los pueblos nativos, originarios o indígenas el protagonismo que habían perdido a causa del dominio occidental. Ese reconocimiento a su diversidad y las cualidades que los hacen tan diferentes a otros, demanda la creación e implementación de políticas que integren, nuestro sistema político y jurídico, con sus costumbres, cultura, principios, derechos y diversidad.

En el sentido mencionado, se busca vincularlos a nuestra sociedad, ofreciéndoles nuevas y reales garantías, pero respetando completamente su entorno y su historia. Ese proceso de reivindicación, que ya había iniciado, se consolidó con la constitución de 1991<sup>3</sup>.

Así las cosas, una jurisdicción especial creada para los pueblos indígenas, como institución de control social y territorial de sus derechos, adquiere forma con la expedición de nuestra carta magna, ya que, como resultado del proceso pluralista y participativo que sirvió de base para su promulgación, logró consagrar algunos derechos fundamentales para esas comunidades<sup>4</sup>. A continuación mencionaremos algunas normas constitucionales que los contemplan: el artículo

3 "La carta magna colombiana, actualmente, es (junto con la constitución del Ecuador) el documento más adelantado en materia de derechos indígenas en América latina. Aunque su plena aplicación no se ha realizado aún, el texto constitucional como tal sólo excepcionalmente ha sido criticado por los movimientos indígenas. Los primeros estudios sobre el impacto de esta nueva legislación señalan, además, una mejoría significativa en la situación de la población afectada. Colombia cuenta actualmente con una amplia jurisprudencia en materia indígena". (Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América latina: panorama Cletus Gregor Barié).

4 Se acepta en términos generales la propuesta teórica expuesta por Ferrajoli (1999, Pág. 37) "Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" aquellas manifestaciones de derecho positivo (prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "status" la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas".

1, señala algunos de los caracteres del Estado social de derecho la participación y el pluralismo, el artículo 7 que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, el artículo 8 que hace relación a la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación<sup>5</sup>, el artículo 10 que consagra la oficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, en sus propios territorios. Sistemáticamente, el artículo 13 de la carta política, contempla la no discriminación en razón del sexo, raza, origen nacional o familiar o lengua; el artículo 70 que reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que viven en el país; los artículos 171 y 176 que otorgan a los miembros de las comunidades indígenas, el derecho político, de participar en el Senado y en la Cámara de representantes; y finalmente, entre otros el artículo 246, de especial relevancia, en donde se crea la jurisdicción especial, y le da potestad a las comunidades indígenas para que administren justicia dentro de su territorio, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que estas no sean contrarias a la Constitución y a la ley, pero sujeta a la expedición de una ley que establezca la forma de coordinación entre esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Este articulado nos muestra, que formalmente la garantía de los principios y derechos de los pueblos indígenas<sup>6</sup>, está consagrado en la Constitución de 1991. Sin embargo, cuando estos derechos han entrado en conflicto con normas del sistema judicial nacional<sup>7</sup> ha sido compleja la tarea de protección de la Corte Constitucional de las prerrogativas que se les reconocen a los pueblos indígenas para que no sean solo formales sino también reales, es decir que se puedan materializar<sup>8</sup>.

5 Arbeláez de Tobon, Lucia, La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional, Modulo Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Guatemala, 2004.

6 Los derechos indígenas apuntan a una costumbre legal, practicada en una determinada comunidad (derecho consuetudinario). También abarcan el espacio de la acción y legislación estatal hacia estos grupos (política indigenista). Por último, este concepto se refiere a un cuerpo legal de convenios, acuerdos y resoluciones a escala interestatal o mundial (derecho internacional).

7 Ver Sentencia C-063 de 2010.

8 En tal sentido, señala la de Corte Constitucional en la Sentencia T-254 de 1994 que: "Existe una tensión entre

Es por lo anterior, que en el contexto de multiculturalidad<sup>9</sup>, pluriétnia y diversidad en el que fue constituido el Estado Social de Derecho Colombiano, se reconoce a la jurisdicción especial indígena, pero no se otorgan las herramientas procesales que garanticen esos derechos y principios, no alcanzando las sentencias de la Corte Constitucional a suplir la "omisión legislativa"<sup>10</sup> de expedir una norma que logre regular los mecanismos y procedimientos de integración de la jurisdicción especial con el sistema judicial nacional, y que permita de esa forma, darle a esos pueblos, los valores de su identidad<sup>11</sup>. Este reclamo se vuelve necesario, especialmente, en este contexto, donde el estudio de los derechos de los grupos indígenas, y en general, de las minorías étnicas, es un tema con poca elaboración teórica en nuestro medio<sup>12</sup>.

En consecuencia, el eje central de este trabajo, será el análisis del papel de la Corte Constitucio-

---

el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal".

9 Kymlicka Will, *Ciudadanía multicultural*. Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 1996, Pág. 36.

10 "(...) la Constitución colombiana de 1991 "trajo grandes avances en la protección de los derechos de miembros de pueblos y comunidades indígenas, pero sólo se vio desarrollada mediante la garantía y efectividad de esos derechos por parte del órgano encargado de protegerlos, la Corte Constitucional". El estudio de la jurisprudencia constitucional en materia indígena en Colombia se vuelve, por lo tanto, indispensable para dilucidar el sentido que el conjunto de la sociedad colombiana le está dando a la protección de los derechos de las comunidades originarias y tradicionales". (Barrios, Juan, *Derecho Constitucional, Derecho Interamericano y Derechos Indígenas. Avances y Frustraciones*, Visión renacer editores, 2007).

11 Habermas Entiende el concepto de identidad como: aquellos rasgos y valores culturales compartidos por las comunidades que no vienen establecidos de antemano, sino, contruidos en los diversos procesos de interacción social. En su texto de *La constelación posnacional*, continúa manteniendo la misma idea. En él establece que la identidad de los miembros de un grupo concreto o de una sociedad se hacen y no se encuentran hechos. (Identidades nacionales y posnacionales. España: Tecnos. 2000, Pág. 34).

12 Borrero, Camilo *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Cinep, Bogotá, 2003.

nal Colombiana como garante de los derechos y principios de la Jurisdicción Especial Indígena, ante la ausencia de una ley que logre armonizar o ajustar su sistema jurídico, con el sistema judicial nacional.

En el sentido expresado, la pregunta que se hace necesaria para generar reflexiones a tan importante temática es ¿Cuál ha sido la eficacia material<sup>13</sup> de los derechos y principios de ancestralidad, territorialidad y autonomía de la jurisdicción especial indígena en las sentencias de la Corte Constitucional?; en otras palabras se entrara a verificar, si en las sentencias proferidas por el alto tribunal, se han garantizado o no, los principios de la jurisdicción indígena, tales como, el de ancestralidad, territorialidad y autonomía, en los casos que ha entrado en conflicto su aplicación con el sistema judicial nacional desde la perspectiva del derecho procesal y probatorio.

Para resolver el problema jurídico que origina esta investigación, resulta conveniente, primero precisar el marco conceptual del multiculturalismo, pluralismo jurídico y su reconocimiento en la Constitución de 1991 en las jurisdicciones especiales indígenas. Segundo, los derechos y principios en general de estas sociedades minoritarias dentro del marco jurídico y jurisprudencial para la Jurisdicción Especial Indígena. Por último, concluiremos el análisis de la eficacia<sup>14</sup>

---

13 La teoría del derecho, como lo ha replanteado Alexy, ha sabido incorporar estas reflexiones reestructurando su concepto de validez triadicamente: la validez tiene que ser concebida como validez jurídica, validez moral y validez social. Las tres dimensiones constituyen un concepto integral de derecho, sintetizando de tal forma una dimensión de justificación moral, de legitimidad y de eficacia que, aunque presentes en las reflexiones tempranas de la teoría jurídica, lentamente fueron desplazadas por el énfasis que se le diera al problema de la validez concebido en términos meramente epistemológicos y no ontológico-sociales. (Oscar Mejía Quintana, "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho" en *Humanitas* (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006. Pág. 1.)

14 La consideración monodisciplinaria sobre cada una de las problemáticas específicas de la filosofía práctica, legitimidad, validez y eficacia, ha disgregado su estrecha relación ontológico-social y epistemológica. El problema de la legitimidad visto desde la filosofía política, la validez vista desde la teoría jurídica y la eficacia vista desde la sociología jurídica, han conducido a la trifur-

material de estos principios de la jurisdicción especial indígena cuando han entrado en conflicto con el sistema judicial nacional a partir de las sentencias de la Corte Constitucional. Lo anterior ante la ausencia de la ley que coordine los dos sistemas jurídicos.

## PLURALISMO, MULTICULTURALISMO Y SU RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA.

El principio fundamental constitucional del pluralismo, introducido en la nueva carta política de los colombianos, fue consecuencia entre otras intervenciones, la de nuestro hermano aborígen, Lorenzo Muelas, al afirmar:

“Moype namuy wantrawa, ñimuy na maya nukucha waminda moirun, truy wam mana mer-

---

cación de la filosofía práctica contemporánea y, simultáneamente, al desdibujamiento del perfil epistemológico de la filosofía del derecho. Empero, los desarrollos no solo actuales sino incluso clásicos de esta relación, pese a las problemáticas, muestran lo errado de tales consideraciones aisladas. Ya en Kelsen la validez del sistema jurídico dependía de un mínimo de eficacia sin la cual aquella quedaba totalmente en entredicho. Pero la eficacia suponía, a su vez, un mínimo grado de aceptación que el sistema tenía que lograr entre la ciudadanía, es decir, un mínimo nivel de justificación, en otras palabras, de legitimidad. Aunque el énfasis era en la validez, visto desde una óptica epistemológica, ésta estaba supeditada, en últimas, a la legitimidad general del mismo. Pero lo mismo podría decirse del problema de la legitimidad abordado de manera monoperspectivística. Tal problemática solo tiene sentido frente a la de la legalidad, es decir, en cuanto al ordenamiento jurídico-político. La problemática de la legitimidad separada de tal contexto lo reduce a un problema metafísico, en términos de Kant, sin referentes empíricos de ningún tipo. Sólo frente a la legalidad del sistema jurídico-político en su conjunto cobra sentido y proyección el problema de la legitimidad en sí mismo. Igual consideración puede aplicársele a la dimensión moral. La justificación moral, preconventional o postconventional, que la legitimidad o la obediencia al derecho suponen muestra, de entrada, la orientación política y jurídica que la reflexión connota. Así como es imposible aislar el problema de la validez del de la legitimidad y la eficacia y, a su vez, el de la legitimidad de la justificación moral que supone, así como el de la eficacia de los presupuestos de legitimación política y justificación moral que la sustentan, de manera análoga no puede desconocerse la proyección de la problemática moral en el marco social y jurídico-político donde cobra sentido. (Oscar Mejía Quintana, "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho" Ob. Cit. Pág. 2.)

srage, truguri napa y ñimpa pegueleguinatan.”

Y simultáneamente manifestó en castellano puro:

*“Aquí y ahora hablé a ustedes en mi lengua. Podría seguir hablando muy largo, pero ustedes no me entenderían. Si ustedes no me han entendido, si no han comprendido lo que dije, eso prueba que somos diferentes. (Palabras en Guámbiano, en la apertura de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 en Colombia)<sup>15</sup>”.* Igual-

mente, en la inclusión del concepto pluralista en nuestra carta política, también la Constituyente Helena Herrán de Montoya<sup>16</sup>, resaltó en la exposición de motivos, en el debate, respecto del mencionado principio fundamental, que la presencia de los constituyentes en ese recinto era un compromiso con la historia.

No hacer acepción de personas o distinción de individuos, es el resultado de permitir cognitivamente la actividad del otro al ejercer sus derechos. Es aceptar al semejante tal y como es. Es permitirnos ser conscientes que somos iguales como seres humanos y que cualquier asomo de discriminación es rechazado, fundado en el rol de igualdad que nos antecede espiritual y legalmente y en el principio de justicia como último fin del derecho.

Nuestra historia está plagada de injusticias respecto al trato debido a las minorías étnicas, pero eso no significa que hoy no podamos hacer un paro en el camino de la ignominia y reconocerles a nuestros primigenios habitantes aborígenes, la permanencia de su medio cultural o ancestralidad, y no porque sea un capricho nuestro, sino porque la doctrina nacional y foránea hoy tratan el tema en forma tan amplia que hoy el pluralismo hace parte de nuestra cotidianidad académica.

---

15 Luis Carlos Castillo Gómez. EL ESTADO-NACIÓN PLURIÉTNICO Y MULTICULTURAL COLOMBIANO: LA LUCHA POR EL TERRITORIO EN LA REIMAGINACIÓN DE LA NACIÓN Y LA REINVENCIÓN DE LA IDENTIDAD ÉTNICA DE NEGROS E INDÍGENAS.

16 Gaceta Constitucional No. 19. Asamblea Nacional Constituyente. "Esa historia a la que se refiere la Constituyente Herrán de Montoya, son 5 siglos de desconocimiento de una realidad palpable de nuestros hermanos aborígenes".

Al repasar la lectura del texto “El fracaso de la nación”<sup>17</sup>, del ciudadano latinoamericano Alfonso Múnera Cavadía, igualmente queda en nuestra sensación como investigadores la incompreensión de relatar, en el contexto de la investigación, toda la bibliografía documental recopilada para efectos de realizar un trabajo que narré una historia exitosa, sin idealizarla o embellecerla, sino diciendo a raja tabla como en Colombia, existe una omisión y dejadez, con intereses, desde la gobernabilidad en todos los niveles, para efectos de no garantizar a nuestras etnias minoritarias sus valores, principios, derechos y garantías constitucionales y legales.

Desde la profunda y vehemente investigación de Múnera Cavadía, respecto del tema que nos compete, damos cuenta en su texto, que la historia de nuestros antepasados aborígenes, negros y excluidos de otras razas comportaron lo que hoy reivindicamos como identidad nacional, aunque el tiempo nos haya hecho olvidar cuanto fracaso sufrimos como “no sujetos de derecho” y como parte de la nación<sup>18</sup>.

La docente colombiana, Jacqueline Blanco Blanco, da cuenta en su investigación<sup>19</sup>, que la principal aspiración que los indígenas llevaron a la Constituyente fue la consagración del carácter multiétnico y pluricultural del pueblo colombiano, como una realidad ineludible.

---

17 (...) Cuando comence a investigar en el verano de 1987 los temas que me llevarían a escribir *El fracaso de la nación*, ni mi formación ni mis lecturas me permitían todavía comprender cuán imposible era narrar una historia exitosa, que se ajustase a la descripción de los hechos borrascosos y turbios que le dieron forma a la república, y que, precisamente por eso, la historia tradicional, aun la mejor de los historiadores del siglo XIX y de la primera mitad del XX, procedió a idealizarlos, a embellecerlos, reemplazando su exposición por interpretaciones prestadas de la historia universal..” Editorial Planeta Colombiana S.A, 2008, p. 15., Bogotá.

18 “la existencia de los arrojados, cimarrones palenqueros e indios rebeldes no era una simple nota marginal de la vida social del siglo XVIII caribeño. Por lo contrario, esta marginalidad era una característica central y definitoria del modo como estaban constituidas estas sociedades. De acuerdo con el censo de 1778-1780- el único general que conservamos para toda la colonia-, la población de la costa Caribe colombiana era de 162.272 habitantes, y su distribución étnica era la siguiente: 11,57% blancos, 17,60% indios, 62,12% libre de todos los colores y 8,67% esclavos.” *ibíd.* p. 77.

19 *La Jurisdicción Especial Indígena, mas alla del mandato constitucional.* Universidad Libre, Facultad de Derecho, 2008, p. 23, Bogotá.

Por ende ese reconocimiento traería consigo una serie de derechos de los grupos étnicos nacionales, los cuales se desarrollarían en un régimen legal especial, así mismo la imperiosa necesidad de abrir canales de participación política a estas comunidades, mediante la circunscripción electoral especial para grupos étnicos y minorías políticas lo que se haría posible bajo el reconocimiento de los territorios de los grupos étnicos como entidades territoriales con autonomía política, administrativa y presupuestal.

En la introducción de su investigación, se toma como referente cronológico la década de los 80 del siglo pasado<sup>20</sup>, aduciéndose que fue la presión ejercida por la Comunidad Internacional, a partir de la masacre judía durante la segunda guerra mundial, y la coadyuvancia de otros organismos internacionales, quienes reivindicando el valor de la tolerancia a la diferencia y otros derechos y principios, del ser humano, acrecentaron el concepto del multiculturalismo.

El multiculturalismo encarna, en definitiva, un nuevo planteamiento de la relación entre cultura/sociedad y política, que se separa abiertamente de la tradición liberal clásica, la cual hacía abstracción de la diversidad cultural, étnica o religiosa de los individuos en su construcción teórica, y práctica, del orden político. En las últimas décadas han surgido algunos intentos liberales para dar respuesta a las exigencias teóricas y prácticas derivadas del hecho de la diversidad cultural de distintos grupos humanos conviviendo en la misma sociedad<sup>21</sup>.

No debe confundirse patriotismo constitucional<sup>22</sup>, con multiculturalismo, pues mientras el

---

20 *Ibíd.* p XIX.

21 Badillo O’ Farrell, Pablo. *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo, “Reflexiones para un mundo plural”.* Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2003, p. 13.

22 Habermas desarrolló y difundió ampliamente el concepto de patriotismo constitucional en los años 80, del siglo pasado, y lo convirtió en un centro de identidad postnacional, afirmando que las ideas de los valores y derechos humanos universales son la “materia dura en la que se refractan los rayos de las tradiciones nacionales- del lenguaje, la literatura y la historia- de la propia nación” (J. Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, 1989, p. 102).

primero es entendido como expresión de esa larga tradición del pensamiento y de la práctica política, que ve, en la afirmación y garantía de los derechos del individuo, un ámbito accesible a todos los seres humanos, el multiculturalismo sin embargo, mantiene que ese ámbito es insuficiente, pues las diferencias culturales, en cuanto tales, tienen que tener asimismo acogida y reconocimiento en el ámbito público.

Quienes desde la científicidad y la academia no han discernido los temas de multiculturalismo y pluralismo, en una lectura ligera o rápida, los ubican semánticamente como sinónimos, pero más allá de esa supina interpretación errática, esos conceptos aunque pueden eventualmente llegar a tener puntos de convergencia, son totalmente diferentes no solo desde el criterio teleológico de su abstracción sino del lugar geográfico de su difusión. Una consignación de esa afirmación la encontramos en Badillo O' Farrell<sup>23</sup>, al citar a Berlín,

23 Si nos situamos en el momento presente, Isaiah Berlin, ha sido quizás el gran rehabilitador del pluralismo, hecho que además en buena manera se ha solapado con sus planteamientos teóricos sobre la libertad. Al margen de sus estudios históricos que sirvieron para volver a la palestra con rostros nuevos a autores como Maquiavelo, Vico y Montesquieu, no cabe la menor duda de que cuando traza su concepto de libertad negativa está haciendo un encendido elogio del pluralismo valorativo.(...) Así mismo al ser la libertad negativa también caracterizada como la libertad de los modernos, en terminología de Benjamín Constant, se pone de manifiesto que al defenderse este concepto básico para el individuo en la Modernidad, se está haciendo con ello hincapié en la necesidad de una pluralidad sustentadora del mismo. (...) Otro elemento que no debe dejarse de lado es el de la posible conexión del planteamiento pluralista berliniano, así como de su idea de la libertad, con su construcción teórica de liberalismo, en cuanto que para él lo más importante no es como puede suponerse, la primacía de la libertad, aun siendo básica, sino el de la opción entre bienes incommensurables, que hace que produzca una elección que en muchas ocasiones puede convertirse en agónica. De ahí la designación de Gray al liberalismo berliniano como agonista. En este sentido se sitúa la última lectura hecha por Gray del liberalismo, y de liberalismo berliniano en particular, en el sentido de hablar de dos posibles liberalismos. John Gray se ha referido, y con mucha razón, a dos caras del liberalismo, ya que se pueden apreciar notables diferencias entre aquellos que consideran el fundamento la meta de liberalismo en la existencia de una idea universal, o proyectable universalmente, y los que buscan en él los instrumentos que hagan factible la convivencia en colectividad de la mejor manera posible. (...) Si pensamos en la visión del liberalismo de Locke o Kant, tendremos

Maquiavelo, Vico, Montesquieu, Constant, Gray y otros.

a unos claros representantes de la primera visión y si lo hacemos con Hobbes y Hume, lo tendremos en la segunda, así como entre los teóricos actuales Hayek o Rawls lo serán de la óptica universalista, mientras Berlin u Oakeshott serán claros exponentes de la segunda perspectiva. (...) El pluralismo de bienes incommensurable como fundamento de ese liberalismo agonista al que nos hemos referido, tiene quizás para el pensamiento de Berlín su antecedente más claro en la obra de Weber, si bien parece que llegaron ambos a una misma solución sin conocerse, aunque hay perspectiva contrapuesta sobre este contacto. No puede olvidarse que el agonismo defendido por Weber tiene sobre todo una notable incidencia en su consideración del político y de la época actual. Sin embargo ese agonismo tiene en el planteamiento berliniano una perspectiva que intenta en contra un medio de equilibrio que supere la posible opción trágica entre opciones diversas e incluso contrapuestas. (...) Cuando hablamos de multiculturalismo, hay que afirmar que es bien cierto que últimamente se ha producido un autentico aluvión de teorías que desean encuadrarse bajo dicho rótulo. No existe la menor duda de que bajo el "prestigio" del mismo han buscado refugio las más diversas y heterogéneas líneas de acción y de pensamiento. Se comenzó a utilizar dicho rótulo en EE.UU. a partir de la década de los ochenta, porque resultaba "políticamente correcto", y se puede comprobar cómo en él se sitúan desde la multiétnicidad hasta las reivindicaciones nacionalistas pasando por determinados opciones sexuales o con las actuaciones ligadas al género, y todo ello en base a la utilización del término cultura e sentido extremadamente laxo, o bien de forma muy distinta a como se había entendido en término Kultur. (...) si seguimos lo indicado por Giovanni Sartori y parece que en ello tiene buena parte de razón, el multiculturalismo surge en el área cultural anglosajona, patrocinado fundamentalmente por teóricos marxistas, que buscan, ante la existencia de grupos diversos y heterogéneos que "pugnan" entre sí, el reconocimiento de los grupos minoritarios por parte de los grupos mayoritarios. (...) En línea similar, aunque con variaciones, se puede citar la visión de Joppke y Lukes cuando sostienen que buena parte del soporte teórico y de la reivindicación multiculturalista se ha llevado a cabo por intelectuales y educadores, un grupo a que Pierre Bordieu considera, y con mucha razón, la minoría dominante de la clase dominante, y por ello propensa a actitudes de crítica y de cambio radical. (...) Por otra parte, Anna Elisabetta Galeotti, ha subrayado también el hecho de que bajo el rótulo que os ocupa sea ido introduciendo, con tal vez excesivas amplitud de miras, prácticamente todas las posibles variantes de formas de vida que no coincidan con la mayoritariamente reconocida y así aceptada. De esta forma se han asumido como forma de multiculturalidad no solo posibles variantes lingüísticas o comunitarias sino también otras derivadas de raza, religión, sexo y cualquier variante que permita simplemente convertir al que la proclama en diferente y poder ser considerado como el otro o los otros. Pluralismo, Tolerancia, Multiculturalismo. Ediciones Akal, S.A., págs. 34, 35, 51,52. 2003. Madrid, España.

Hasta dónde entonces la pertenencia cultural es un valor, un principio o un derecho que deba ser garantizado y protegido por el Estado colombiano fundado en el concepto constitucional de pluralismo y demás normas concordantes y el concepto universal de multiculturalidad, no solo desde la rama ejecutiva sino desde la Corte Constitucional como guarda de la carta política?.

*La respuesta sería entonces, que en el deber ser, es un absoluto funcional y estatal la pertenencia cultural como valor, principio y derecho, pues al analizar el preámbulo de nuestra carta política cuando dice que tiene como fin fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana. En consecuencia tendríamos que afirmar que dentro de los valores y principios constitucionales descritos existe un reconocimiento<sup>24</sup> de la pluralidad étnica y cultural, y exigen reconocimiento. Taylor entiende esta ausencia de reconocimiento y de falso reconocimiento como un tipo de opresión que deforma y moldea la concepción que dichos seres humanos tienen de sí mismos. El auto desprecio que uno interioriza frente a los demás grupos, vía este falso o carente reconocimiento, es una de las armas de opresión y discriminación más fuertes que existen. Las feministas en esta línea piensan que las mujeres a lo largo de la*

<sup>24</sup> La tesis con la que parte Taylor en este artículo es la que afirma que existe una íntima y esencial relación entre nuestra identidad (la interpretación que hacemos de quiénes somos y cuáles son nuestras características fundamentales) y el reconocimiento (o ausencia de éste, o un falso reconocimiento) que Y es que en nuestro estado social y democrático, el proceso de reconocimiento de los valores, principios, derechos y garantías de nuestras etnias aborígenes, con la dignidad como fundamento del mismo tiene su eje en el respeto recíproco que nos debemos como sujetos de derecho. La tesis con la que parte Taylor en este artículo es la que afirma que existe una íntima y esencial relación entre nuestra identidad (la interpretación que hacemos de quiénes somos y cuáles son nuestras características fundamentales) y el reconocimiento (o ausencia de éste, o un falso reconocimiento) que tenemos por parte de los demás, así como también por nosotros mismos. Nuestra mundo contemporáneo constataría una variedad de grupos, pueblos, etnias, naciones, minorías, excluidos, "subalternos", etc., que buscan y

*historia han interiorizado una imagen despectiva de sí mismas, una imagen inferior de lo que realmente son. Taylor engloba todo el punto anterior, concerniente al reconocimiento, de la siguiente manera: Dentro de esta perspectiva, el falso reconocimiento no sólo muestra una falta del respeto debido. Puede infligir una herida dolorosa, que causa a sus víctimas un mutilador odio a sí mismas. El reconocimiento no sólo es una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital (44-45). Lo que Taylor va a querer mostrarnos aquí es una breve genealogía histórica de cómo es que el discurso concerniente al reconocimiento y a la identidad ganando, cada vez más, una mayor comprensión, aceptación y familiaridad. Rousseau es el pensador moderno que, a juicio de Taylor, articula muy bien esto. Rousseau nos presenta, en lo esencial, a una voz interior de la naturaleza a quien debemos oír; buscando callar nuestras pasiones y amor propio. Esta voz y sentimiento fue desarrollado mucho más por Herder. Lo que Herder sostuvo es que dicho sentimiento interno es algo individual, propio de cada uno, es decir, que no se trata de algo puramente universal. Cada ser humano tiene su propia manera de ser particular e individual a la que tiene que mantenerse fiel. Esta fidelidad de cada uno es una fidelidad a ser de una determinada manera, a vivir de una determinada manera, propio de mi modo de ser, algo que no puede ser impuesto u obligado. Siendo fiel a mí mismo, soy auténtico. Es algo propio de cada uno que descubrimos y desarrollamos como algo propio e interno a nosotros. Sin embargo, es necesario señalar que Herder no pensó estas nociones de autenticidad, fidelidad y propiedad a un nivel estrictamente individual, sino que también lo pensó para grupos determinados históricamente: los pueblos y las naciones. El Volk, desde la perspectiva de Herder, tiene que ser fiel a sí mismo. Cada pueblo debe ser lo más fiel posible a sí mismo, no buscar ser como otro pueblo, sino que debe seguir su propio camino. Aquí se juega la gestación del nacionalismo moderno, pero para Taylor este nacionalismo puede cobrar dos tipos de forma una benigna y una maligna. El rechazo de las jerarquías no implica un rechazo de las diferencias, en las sociedades modernas democráticas. Lo que implica es que dichas diferencias estén fundamentadas en el ideal de autenticidad de ser*



fiel a uno mismo, esto es, que uno elija ser lo que “esté llamado a ser” por sí mismo y no por una coacción puramente externa (por ejemplo, posición social). Sin embargo, Taylor quiere cuestionar que dicha identidad sea puramente interna, ya que piensa que ese es un supuesto fuertemente cuestionable de la filosofía moderna, a partir del giro subjetivo de Descartes. La existencia humana no estaría, pues, caracterizada por tener una estructura monológica, sino una dialógica (algo que ya habríamos visto en Gadamer a la hora pensar la relación del lenguaje con el ser humano). Nos transformamos en agentes humanos plenos, capaces de comprendernos a nosotros mismos y por tanto de definir nuestra identidad por medio de nuestra adquisición de enriquecedores lenguajes humanos para expresarnos. Para mis propósitos sobre este punto, desde valerme del término lenguaje en su sentido más flexible, que no sólo abarca las palabras que pronunciamos sino también otros modos de expresión con los cuales nos definimos, y entre los que se incluyen los “lenguajes” del arte, del gesto, del amor y similares. Pero aprendemos estos modos de expresión mediante nuestro intercambio con los demás. Las personas, por sí mismas, no adquieren los lenguajes necesarios para su autodefinición. Antes bien, entramos en contacto con ellos por la interacción con otros que son importantes para nosotros: lo que George Herbert Mead llamó los “otros significantes”. La génesis de la mente humana no es, en este sentido, monológica (no es algo que cada quien logra por sí mismo), sino dialógica (52-53). Lo esencial de esta reflexión sobre el lenguaje es que sus implicancias sostienen fundamentalmente que nuestra identidad (quiénes somos y “de dónde venimos”) es algo constituido dialógicamente, intersubjetivamente. Mantenemos un diálogo constante con esos otros significantes que, incluso, después de muertos pueden ser interlocutores nuestros en nuestra interioridad: una conversación que nunca termina. Descubrir quiénes somos no será algo que obtendremos solos y puramente aislados, ya que eso es imposible, sino más bien a través de la negociación y el diálogo intersubjetivo con los demás. De este modo, el que yo descubra mi propia identidad no significa que yo la haya elaborado en el aislamiento, sino que la he negociado por medio del diálogo, en parte abierto, en parte in-

terno, con los demás. Por ello, el desarrollo de un ideal de identidad que se genera internamente atribuye una nueva importancia al reconocimiento. Mi propia identidad depende, en forma crucial, de mis relaciones dialógicas con los demás (55). La importancia del reconocimiento y de la identidad que resalta Taylor como asuntos centrales de nuestra época no se sostiene en una contraposición a una ausencia de dichas cuestiones en épocas pasadas. Antes también los seres humanos tenían identidad y reconocimiento, pero estos asuntos eran tan obvios y “sencillos” que nadie los tematizaba por ser supuestos evidentes. Taylor concluye esta sección de la siguiente manera: El reconocimiento igualitario no sólo es el modo pertinente a una sociedad democrática sana. Su rechazo puede causar daños a aquellos a quienes se les niega, según una idea moderna muy difundida, como lo indiqué desde el principio. La proyección sobre otro de una imagen inferior o humillante puede en realidad deformar y oprimir hasta el grado en que esa imagen sea internalizada. No sólo el feminismo contemporáneo sino también las relaciones raciales y las discusiones del multiculturalismo se orientan por la premisa de que no dar este reconocimiento puede constituir una forma de opresión. Podemos discutir si este factor ha sido exagerado, pero es claro que la interpretación de la identidad y de la autenticidad introdujo una nueva dimensión en la política del reconocimiento igualitario, que hoy actúa con algo parecido a su propio concepto de autenticidad, al menos en lo tocante a la denuncia de las deformaciones que causan los demás (58-59) “La política del reconocimiento de Taylor” 2009. <http://erichluna.wordpress.com> en consecuencia crea un deber del Estado para la protección de esta diversidad.

Al definirse a la Nación Colombiana como un estado social de derecho, descentralizado, democrático, participativo, pluralista, fundado en el respeto a la dignidad humana el trabajo, la solidaridad, y la prevalencia del interés general y regular como fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios constitucionales, derechos y deberes, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política administrativa y

cultural de la Nación, al estar obligado el Estado al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, ello no significa otra cosa que Colombia es pluricultural, plurinacional y multicultural.

No nos imaginamos el fortalecimiento de la unidad nacional ejerciendo la exclusión, pues eso sería contradecir por el contrario la unidad y el concepto de nación sociológica hoy, aún peor, en vez de fortalecer estaríamos debilitando la nación. O nos están cobrando los herederos de los "conquistadores", hoy abanderados desde la gobernabilidad, la justificada lucha que hicimos por nuestra independencia, al no reconocernos nuestros valores, principios, derechos y garantías. Tendremos que recordar la historia para abstraer cómo se vivió la lucha por la independencia en los pueblos rurales del Caribe colombiano.<sup>25</sup>

Tampoco comprenderíamos como pretender comprometernos con impulsar la comunidad latinoamericana y del Caribe al unisono con el principio fundamental de las relaciones exteriores del Estado, si aún nosotros como nación estuviéramos, o será mejor decir, estamos divi-

25 "(...) Tercero, no parece nada convincente la idea de que los indios como tales eran realistas y enemigos de los criollos. Hubo de todo, y poco sabemos del origen concreto de sus actitudes políticas. Por ejemplo, uno de los pocos pueblos que enfrentó con resistencia heroica a los ejércitos de Morillo fue el de los indios de malambo, una pequeña población a orillas del Magdalena. Casi todos murieron defendiendo la independencia." ¿Cómo pudo surgir entonces un solo estado-nación en 1831, en medio de concepciones tan diversas? Por supuesto, no como el resultado de "una comunidad imaginada", sino como el simple y llano resultado de la fuerza. Los ejércitos estaban ahora en manos de las élites andinas y éstas, finalmente, impusieron su gobierno. Inventar la nación colombiana costó muchas guerras. Porque la guerra, además de su función profundamente aniquiladora, fue el mejor instrumento para que masas de campesinos de tierra fría, convertidos en soldados, descubrieran y empezaran a sentirse como suyo el mundo Caribe; y viceversa, para que los costefños aprendieran a sentir como suyo también aquel otro lado de la patria." El proyecto de construir la nación sigue siendo todavía una realidad inconclusa, atravesada por toda clase de conflictos culturales. Lo mucho lo poco que se ha avanzado en este camino no ha sido sólo el resultado de "la comunidad imaginada de las élites", sino del encuentro conflictivo y muchas veces caótico de distintos proyectos en los cuales los subordinados han cumplido un papel, aunque ignorado, decisivo." El fracaso de la nación. Alfonso Múnera Cavadía. Editorial Planeta Colombiana S.A., 2008, p. 227, 228, 229., Bogotá.

did, hiciéramos, o mejor, hacemos exclusión y mantuviéramos, o mejor, mantenemos una debilidad como nación. Bajo tales manifestaciones se hace imprescindible modificar nuestro preámbulo, que no obstante su fuerza normativa, se ha quedado rezagada históricamente relacionado con las reivindicaciones latinoamericanas<sup>26</sup> de pluralismo y multiculturalismo.

26 [www.xing.com/net/.../asamblea-constituyente-de-bolivia](http://www.xing.com/net/.../asamblea-constituyente-de-bolivia). En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia. [www.eueomecuador.org/](http://www.eueomecuador.org/). Nosotras, nosotros el pueblo soberano del Ecuador reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo. Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia

La representación de aborígenes en la Asamblea Nacional Constituyente y su participación activa en el Congreso de la República, les ha permitido pasar de la concepción ideológica errada de ser residuos en extinción y por el contrario han pasado a ser percibidos como grupos de fortalecimiento y de multiculturalidad.

En descripción de Will kymlicka, una manera de reformar el proceso para que los indígenas mantengan una representación proporcional es hacer que los partidos políticos sean más inclusivos, socavando las barreras que inhiben a las mujeres, a las minorías étnicas, o a los pobres, a convertirse en candidatos o dirigentes del partido.

(...) la idea de que debería reservarse determinado número de escaños en el legislativo a los miembros de los grupos desfavorecidos o marginados despierta cada vez mayor interés. Por ejemplo en Canadá, durante el debate acerca del Acuerdo de Charlottetown se hicieron diversas recomendaciones encaminadas a garantizar la representación, de las mujeres, de las minorías étnicas, de las minorías con lengua oficial y de los aborígenes.<sup>27</sup>

La supervivencia de los indígenas por fuera de colaboraciones exógenas no propias de su cultura como el individualismo, el capital y la mal llamada “civilización”, no le ha permitido a la gobernabilidad judicial ponderar el daño realizado por omisión y por el contrario esa enajenación u olvido nos ha privado a los académicos conocer un mundo diferente, pero nuestro, tan nuestro que sin ellos no hubiera sido posible lo que hoy somos como nación.

---

ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la divinidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaró, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

<sup>27</sup> Kymlicka Will. *Ciudadanía Multicultural*. Ediciones Paidós, ibérica, S.A, p.54. 1996. Barcelona.

Luego del proceso de la séptima papeleta, a través de esa minoría estudiantil, que logró pasar a la historia por encima de primeros mandatarios con las mismas fallidas intenciones, se ha producido un Cambio fundamental de concepción en la doctrina jurídica y en la ciencia política, sobre derechos de las comunidades indígenas. En la Constitución Colombiana se manifiesta claramente este cambio, cuyas implicaciones empiezan a tener una trascendencia que sobrepasa el ámbito estrictamente jurídico. La existencia en el país de 81 grupos étnicos que hablan 64 lenguas diferentes y que representan una población de aproximadamente 450 mil indígenas es un reflejo de la diversidad étnica del país y de su inapreciable riqueza cultural.

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural supone la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.

Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, respetando sus concepciones como aquella que no admite una perspectiva individualista de la persona humana.

Son fuentes formales del derecho en cuanto a las áreas protegidas de indígenas, en orden descendente, la Constitución, las normas internacionales, la ley y los decretos<sup>28</sup> y a ese ordenamiento jurídico vamos a dedicar el próximo capítulo.

## DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDIGENA EN COLOMBIA.

### DESARROLLO NORMATIVO

Le damos sentido constitucional y legal a esta investigación, describiendo el desarrollo normativo y jurisprudencial que permitió la conformación de la jurisdicción especial indígena

---

<sup>28</sup> <http://www.upme.gov.co/>.

con el criterio teleológico de mostrar con mayor objetividad cual es el compromiso que tiene la gobernabilidad frente a las comunidades indígenas. Para tales efectos tendremos en cuenta *la Constitución de 1991, los convenios internacionales, la ley, los proyectos de ley y el trabajo judicial realizado por parte de la Corte Constitucional*. Iniciaremos este recorrido desde la ley 89 de 1890 y las leyes 57 y 153 de 1887, hasta llegar a los más recientes proyectos de ley en dicha materia.

La resignificación y el reconocimiento de las etnias indígenas, ha sido una lucha continua y desenfrenada, cuyas raíces culturales, sociológicas y antropológicas están estrechamente ligadas con el descubrimiento de América de 1492. La llegada de los españoles implicó la súper posición de una cultura sobre otra, el dominio del imaginario europeo y un agravio histórico que negó las instituciones procesales y los significantes legales propios de las comunidades indígenas.

En este sentido unas de las luchas más preeminentes, ha sido la integración de estos pueblos con el sistema judicial nacional y con la sociedad en general. Evidencia de esto, se encuentra en que la Ley 89 de 1890, en su tenor señala que *“La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose á la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas”*, las relaciones de poder en este contexto difieren mucho de las actuales, en cuanto a que los indígenas ya no se les trata como salvajes o sociedades incipientes, sino que tardíamente producto del trabajo de la Corte Constitucional el lenguaje ha adoptado la dimensión por respeto a la alteridad y hoy la mayor reivindicación es que se les acepta su participación en la vida legislativa del país.

No obstante, la opresión de una civilización sobre otra no termina en el contexto legal, sino que se desborda al ámbito de la cultura y de la religiosidad. El poder de la iglesia se ve claramente determinado en las leyes 57 y 153 de 1887, por

medio de las cuales se les impuso a los pueblos indígenas quedar exclusivamente bajo el mando de la “Santa Iglesia” y de las formas desnaturalizadas de evangelización, es decir se les obligo a creer y aceptar a un Dios ajeno y profano para sus comunidades. Y por el otro se les vulneró los derechos patrimoniales, que quedaron cobijados en la ley 5 de 1905 y 104 de 1919.

Las anteriores fueron las prerrogativas más sobresalientes en materia de jurisdicción indígena, regladas a partir de la constitución de 1886. Sin embargo, la verdadera lucha está suscrita con la necesaria aclaración de comprenderlos como verdaderos titulares de derechos fundamentales colectivos y de derechos no fundamentales, o lo que es lo mismo, como titulares tanto de derechos de segunda y tercera generación (derechos económicos, sociales y culturales, y derechos de solidaridad), como de derechos de primera generación, razón por la cual las reivindicaciones indígenas apuntaban a su reconocimiento constitucional, como primer ejercicio del derecho a la autodeterminación<sup>29</sup>.

Con el paso del tiempo y la llegada de la Asamblea Nacional Constituyente se afianzó lo que se podría decir el inicio de los movimientos étnicos colombianos que tuvieron como representantes a Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry, quienes marcaron la diferencia por el reconocimiento político que se le dio a las minorías étnicas. La representación de estos constituyentes marco un gran paso a la vida indígena puesto que entran hacer parte del pueblo colombiano y esto implica consecuencias en materia de ordenamiento territorial, de participación política y de garantías de derechos de las colectividades indígenas, pues al momento de la creación de la constitución del 91, los pueblos indígenas reclamaban por medio de sus delegatarios, la falta de reconocimiento de su soberanía como pueblo.

Ahora bien, la Constitución de 1991, al tener un carácter democrático, participativo y pluralista, posibilitó la integración de las comunidades indígenas y de otros sectores de la sociedad. Muestra

<sup>29</sup> Sánchez Botero, E. (2007). Derechos propios: ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia (Segunda Edición ed.). pág. 78. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

de ellos son los principio y derechos consagrados en los siguientes artículos 1, 7<sup>30</sup>, 8, 10, 13, 63, 70, 72, 96, 171, 176, 246, 286<sup>31</sup>, 287<sup>32</sup>, 329, 330<sup>33</sup> en cada uno de los cuales se expresa claramente normas que reivindican a estos pueblos indígenas. Hasta se llega a la idea que para que ellos puedan tener una autonomía y una libre determinación como primer punto, es necesario tener en cuenta el reconocimiento del territorio indígena, y en consonancia con esto se habla de la participación de las comunidades indígenas en la vida política y la jurisdicción especial indígena, pero en realidad, ¿La Corte Constitucional está siendo consecuente con los pueblos indígenas?

Continuando con la jerarquía normativa se encuentra otro instrumento bastante importante como es el Convenio 169 de 1989 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Este instrumento contiene el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas como la autonomía, el territorio, la consulta previa, salud, educación, y trabajo. Entre los derechos reconocidos por el Convenio, en el artículo 84 se consagra la obligación de los Estados de tomar en cuenta y favorecer la conservación de sus costumbres o su derecho consuetudinario y sus instituciones propias. El artículo 95 establece la obligación de respetar los métodos a los que los pueblos Indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por

30 Artículo 7° establece la diversidad étnica y cultural como principio rector del Estado colombiano.

31 63 y 329 de la Constitución establecen que las tierras de los Resguardos indígenas son inalienables, imprescriptibles e inembargables y que son propiedad privada colectiva de las comunidades indígenas, a partir de los cuales se puede vislumbrar la influencia de los constituyentes indígenas en materia de autonomía territorial Tomado de Osorio Rendón, L. C., & Salazar González, F. (2006). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de Colombia. Bogotá: Fundación Hemera.

32 El artículo 286 de la Constitución Política (C.P.) da el carácter de entidades territoriales a los territorios indígenas.

33 Artículo 287 de la C.P., a su vez establece que "Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de la constitución y la ley". En tal virtud tendrán derecho a Gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

sus miembros. Por su parte el artículo 106 obliga a los Estados a que, cuando se impongan penas a los indígenas, sean tomados en cuenta sus aspectos sociales y culturales<sup>34</sup>.

Uno de los instrumento legales que hacen referencia a la Jurisdicción Especial Indígena es la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), la cual en su artículo 12 dispone: "...Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones Jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas..."<sup>35</sup>.

De igual forma, se define su territorio, en el artículo 21 del Decreto 2164 cuando dice: "Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio".

"Igualmente es necesario hacer referencia al Decreto 1320 de 1998, el cual fue expedido por el gobierno nacional para reglamentar la *consulta previa* en materia de explotación de recursos naturales y que ha sufrido algunas vicisitudes. La Corte Constitucional se pronunció frente al mismo y en sentencia T-652 de 1998, suspendió la aplicación del mismo, cuando analizó el proceso de consulta con las comunidades indígenas Embera Katio del Alto Sinú, que hacían frente a la construcción y operación de una presa hidroeléctrica en su territorio ancestral, porque consideró que la aplicación del mismo resultaba a todas luces inconstitucional"<sup>36</sup>.

34 Arbeláez de Tobón, Lucia, La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional, Edit. Concejo superior de la judicatura colombiano. Guatemala 2004.

35 *ibíd.*

36 *Ibíd.*

## DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Al interior del estudio jurisprudencial de las sentencias de la corte constitucional que aleatoriamente fueron seleccionadas, de un gran número existentes, sobre el tema de investigación, hacemos una introducción sobre su importancia, la mención de las normas demandadas y la descripción de la decisión final de la corte, dejando para el análisis del próximo capítulo las conclusiones de cierre, dando cuenta de la eficacia del contenido de dichas sentencias respecto de los principios, valores y derechos de los pueblos indígenas.

### **Sentencia madre: C - 139/96<sup>37</sup>.**

El eje jurisprudencial que se convierte por su naturaleza jurídica en sentencia madre del proceso de reivindicación de principios, valores y garantías de la jurisdicción indígena de Colombia, la encontramos en la sentencia C -139 de 1996, que declaro inexecutable los artículos 1,5 y 40 de la ley 89 de 1890<sup>38</sup>, estableciendo los elementos centra-

37 Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz, Decisión: inexecutable los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890. Puesto que El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

38 Ley 89 de 1890, Artículo 1°. INEXEQUIBLE. La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose á la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas. Corte Constitucional Sentencia C-139 de 1996, Artículo. 5°. INEXEQUIBLE. Las faltas que cometieron los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto. Corte Constitucional Sentencia C-139 de 1996, Artículo 40. INEXEQUIBLE. Los indígenas asimilados por la presente Ley a la condición de los menores de edad, para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de veintidós años; debiendo en consecuencia solicitarse licencia judicial justificándose la necesidad o utilidad. Obtenido el permiso, la venta se hará en pública subasta conforme a las disposiciones del procedimiento judicial. Serán nulas y de ningún valor las ventas que se hicieren en contravención a lo dispuesto

les de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional. Estos elementos son: i) La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, ii) la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la constitución y la ley, iii) y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción con el sistema judicial nacional.

También se abordó en esta sentencia el tema del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, el conflicto de principios, diversidad étnica y cultural frente a la unidad política y protección de los derechos fundamentales, la necesidad de un paradigma interpretativo fundado en la equidad en los casos relativos a la diversidad étnica y cultural, y la constitucionalidad de los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890. Puesto que los demandantes consideran que estas normas violan los artículos 1, 2, 5, 8, 13, 15, 21, 98, 116, 121, 209 y 246 de la Constitución Política.

### **Sentencia C-418 de 2002<sup>39</sup>.**

Tal como es reconocido, nuestro país cuenta con una gran diversidad de recursos naturales que yacen en los distintos territorios indígenas, razón por la cual, en Colombia, se había venido trabajando en la implementación de un régimen legal de participación, protección y respeto de explotación en suelo y subsuelo de estas comunidades indígenas. Precisamente, la Corte constitucional, en sentencia C- 418 de 2002, entró a analizar la demanda de inconstitucionalidad<sup>40</sup> contra el artículo 122 (parcial) de la Ley 685 de 2001<sup>41</sup>, en relación a la participación de las

en este artículo, así como las hipotecas que afecten terrenos de resguardo, aun hecha la partición de éstos. Corte Constitucional Sentencia C-139 de 1996.

39 Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

40 Ciudadano: Juan Manuel Urueta Rojas.

41 (...) Artículo 122. Zonas Mineras Indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo

comunidades indígenas, en la explotación de recursos naturales en sus territorios previa autorización estatal, pues, deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas son dignas de protección especial.

En el sustento de su tesis, el actor argumenta, que las normas demandadas no tiene en cuenta la diversidad de criterios que pueden existir entre la administración y los indígenas al momento de delimitar las zonas mineras de las que trata la norma, desconociendo que la Constitución de 1991 en su artículo primero tiene como uno de sus principales postulados el pluralismo entendido como “una tolerancia hacia lo diverso dentro de la unidad nacional”, lo cual implica, para el caso concreto, el reconocimiento de derechos y privilegios a las minorías étnicas con el fin de preservar su existencia. Añadiendo, que dentro de las garantías otorgadas por el constituyente a los pueblos indígenas, se encuentra la consulta previa sobre decisiones importantes que afecten a estas poblaciones.

En las consideraciones, la corte constitucional, actuando en aparente defensa del pluralismo, derecho a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, introducidas en el marco de la constitución de 1991, argumentó, para el presente caso, que es necesario armonizar los intereses generales del Estado, titular del subsuelo y propietario de los recursos que se encuentran en él, con los intereses de las comunidades indígenas que también son intereses generales de la comunidad colombiana, pues la misma carta reconoce y protege el multiculturalismo que es expresión de pluralismo étnico. Armonización, que según su criterio, solo puede lograrse con la intervención de las autoridades administrativas, atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las mismas comunidades indígenas.

Concretamente, la corte definió<sup>42</sup>, que la intervención de las autoridades administrativas en la

---

124 de este Código.

42 Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 "Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones" bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

decisión o no, de la explotación de los recursos naturales, se justifica, en el sentido de que, a través de esto, se puede asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, y se puede asegurar su subsistencia como grupos humano.

### **Sentencia T - 379 de 2003<sup>43</sup>.**

Con la constitución de 1991 se introdujo, y se le reconoció a las comunidades indígenas, el derecho o el principio a la autonomía es decir la garantía de que puedan autogobernarse o auto determinarse en el curso de sus vidas y es precisamente en la sentencia T 379/03 que la corte constitucional entro a resolver la tutela interpuesta por Álvaro Eugenio Tupaz Cabrera, quien en calidad del Gobernador del Cabildo Indígena de Pastas, interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Aldana (Nariño), por creer que con su actuación esta autoridad había vulnerado los derechos fundamentales de petición, debido proceso, defensa, vida digna, integridad étnica, libre autodeterminación, salud e igualdad. El accionante se fundamenta en el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, en el cual habilita a dichas comunidades para escoger la institución administradora de los recursos del sistema subsidiado en salud a través de la forma que ellas determinen.

En las consideraciones la Corte reconoció la independencia y la autonomía de los miembros que conforman las comunidad indígena además de aceptarlos como verdadero sujetos de derechos fundamentales dado que en el marco de nuestra constitución se les garantizo el principio de diversidad étnica y cultural otorgándole un

---

43 Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Primero. REVOCAR los fallos adoptados por los juzgados Promiscuo Municipal de Aldana (Nariño) y Promiscuo de Familia de Ipiales (Nariño), CONCE- DER el amparo demandado para proteger los derechos fundamentales a la autonomía, identidad e integridad étnicas de la comunidad indígena de Pastas.

En consecuencia, se ORDENA a la alcaldía municipal de Aldana Nariño que proceda a celebrar el contrato de régimen subsidiado con la ARS GUAITARÁ, Segundo. PREVENIR al alcalde municipal de Aldana (Nariño) para que adopte las medidas e imparta las instrucciones necesarias con el fin de evitar que nuevamente incurra en conductas como la censurada en esta Sentencia.

estatus especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales, y conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley. Esta autonomía les confiere a dichas comunidades el derecho de gobernarse por autoridades propias, según sus usos y costumbres, otorgándoles la existencia de una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes, y también les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, entre otras consecuencias.

#### **Sentencia C- 617 de 2010<sup>44</sup>.**

En esta sentencia, la Corte Constitucional analizó la acción de tutela interpuesta por el Sr. Silvio Antonio Lagos Tovar, actuando en calidad de gobernador y representante legal del cabildo indígena de Túquerres, en el cual se estudió el derecho a la autonomía jurisdiccional y a la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas.

Entre sus consideraciones, reconoció el hecho de que la competencia para conocer un proceso, concretamente, de la solución de un conflicto, corresponde a las autoridades tradicionales del resguardo donde se suscite, ya que, según lo dispuesto en la constitución de 1991, a las comunidades indígenas se le garantizara el derecho al debido proceso y al juez natural dentro del marco del derecho que tienen los mismos a la diversidad cultural. Además, y partiendo del marco normativo de la diversidad étnica y cultural que se introdujo con nuestra Constitución de 1991, la Corte reitero lo que en otras jurisprudencia había expresado, pues, formulo un enfoque de *respeto por la diferencia y promoción de la autonomía* de los pueblos aborígenes, garantizando algunos derechos o principios inherentes a su condición de

44 Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Decisión: Levantar la suspensión de términos ordenada en el presente proceso. Revocar los fallos de instancia en tanto declararon la improcedencia de la acción (parcial en primera instancia e integral en segunda instancia), proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca en primera instancia. Conceder el amparo a los derechos constitucionales a la autonomía jurisdiccional de la comunidad de Túquerres y al debido proceso, en la dimensión del juez natural de 'Mario'.

comunidades especiales, como la *consulta previa* y el *territorio colectivo*, entre otros.

Para la solución del problema jurídico planteado, tuvo como fundamento las disposiciones relativas a los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas y, en alguna medida, las que se refieren a la protección del territorio colectivo de los pueblos aborígenes.

#### **Sentencia C- 366/11<sup>45</sup>.**

La corte constitucional ha tratado de defender el territorio indígena como lo demuestra en la sentencia C366/11 en la que los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz y Mateo Gómez Vásquez, instauraron demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1382 de 2010, "*Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas*"(1) en la que se ve claramente que la Ley 1382 de 2010, en su integridad, es inexecutable comoquiera que viola los artículos 2°, 7°, 40 y 330 de la Constitución, por lo que la corte concluyo que la Ley objeto de examen es inconstitucional al haber desconocido el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afro descendientes; y este vicio no resulta subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, lo que implica la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico.

### **ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA.**

Históricamente, los tribunales constitucionales han sido constituidos con la idea de servir como legisladores negativos, encargados de eliminar aquellas normas que según sus criterios, afectan o atacan los preceptos de las cartas fundamentales. Sin embargo, en la actualidad es muy frecuente comprobar cómo los jueces constitu-

45 Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Primero.- Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010, "por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas". Segundo.- Diferir los efectos de la inexecutable declarada por el término de dos (2) años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.



cionales, en lugar de estar controlando la constitucionalidad de leyes existentes, están concentrándose con mayor frecuencia, en controlar la ausencia de leyes o las omisiones legislativas<sup>46</sup>, que se presentan cuando el legislador no cumple su obligación constitucional de crear leyes o cuando estas ha sido promulgadas de manera incompleta o discriminatoria. Al llevar a cabo esta tarea, el juez constitucional, en muchos casos, asume el papel de colaborador o ayudante del legislador, dándole vida a normas que derivan de la Constitución y que son propias del órgano legislativo, asumiendo así, un papel de Legislador Positivo<sup>47</sup>

Ahora bien, la corte constitucional colombiana al emitir ciertas sentencias, básicamente de tipos interpretativas y aditivas, ejerce la llamada función legislativa positiva, que encuentra su sustento en la necesidad, de llenar los vacíos e incertidumbres que deja la actividad legislativa<sup>48</sup>. En el contexto internacional, tribunales constitucionales como el de Alemania, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en América Latina, el caso de la Corte Suprema Argentina y Brasil, han hecho uso de distintas acciones de amparo o de protección constitucional de los derechos fundamentales con el propósito de llenar los vacíos originados por las omisiones de los distintos órganos legislativos<sup>49</sup>.

En el caso particular de las comunidades históricamente marginadas, como las poblaciones afro - descendientes, la corte constitucional colombiana mediante sentencias hizo explícito lo estipulado en la Ley 70 de 1993, que otorga el derecho de territorio a las comunidades negras,

46 José Julio Fernández Rodríguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp., 33, 114 ss.

47 "La jurisprudencia integradora, sostuvo la corte, deben entenderse como "la constitución misma, porque la es la integración que hace el supremo guardián de la constitución para llenar un vacío normativo" Bernal Carlos, El derecho de los derechos, precedente constitucional pág. 35, 2008.

48 Olano García, Hernán Alejandro, tipología de nuevas sentencias constitucionales. Revista Universitas. Universidad Javeriana. Año 2004. Bogotá. Páginas 571-602.

49 Härtel, "Constitutional Courts as Positive Legislators," German National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 19. (1955).

así como también, la Ley 581 de 2000<sup>50</sup> y lo contenido en la Ley 82 de 1993<sup>51</sup>. Por otro lado, a través de Sentencia C-029/09<sup>52</sup> la misma corte, reconoció los derechos y deberes de las parejas homosexuales en relación con el patrimonio, el derecho de afiliación al sistema de salud y a pensión de sobreviviente, y lo referente al delito de inasistencia alimentaria. No obstante el papel de legislador o intérprete activo en los temas enunciados, la corte no se ha comportado frente al tema de los pueblos indígenas en la misma tendencia, pues, las disposiciones consagradas por la constitución a favor de los indígenas, requieren de su intervención ante la ausencia del legislativo<sup>53</sup>. No obstante, tras "asumir" ese reto, la corte ha logrado crear conceptos y llevar a cabo analices, que permiten acercarse a la verdadera armonización de los principios de unidad, diversidad y pluralismo, propios de las comunidades aborígenes, sin que se pueda afirmar que es una panacea judicial.

La relevancia de la teoría de la cosa juzgada aparente vs la cosa juzgada constitucional y la exhortación de la corte al congreso para legislar en forma sistemática.

Otra importante consideración para tener en cuenta, en torno a este análisis, tiene que ver con la *racionalidad* de la corte constitucional en sus providencias, en relación con las garantías procesales y probatorias, que en contravía de proporcionar a las comunidades que se enmarcan en la jurisdicción especial indígena un paliativo jurisprudencial, lo que hace bajo su propio abyecto criterio ideológico es una involución de los derechos indígenas. Prueba de lo antecedente

50 Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de las diferentes ramas y órganos del poder público.

51 Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

52 Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

53 "Ante la ausencia de una ley que coordine la relación entre la jurisdicción del estado y las jurisdicciones de las comunidades indígenas ha tenido que fijar las reglas de esta relación." (...) "La corte se encuentra en el incómodo papel de fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprende y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral, tal vez porque no es posible hacerlo" Sánchez Beatriz, caleidoscopio de la justicia, cap. XII. El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena, págs. 94 y 95. 2001.

te es la manifestación descrita mediante tutela<sup>54</sup>, al afirmar:

“Las acciones que la asociación nuevas tribus de Colombia adelantan dentro del pueblo indígena Nukak-Makú, que se traduce en la donación de alimentos y otros objetos, y en la incentivación del cultivo de la tierra en torno a sus instalaciones, lo cual promueve o estimula la estacionalidad de miembros de la comunidad por más tiempo del que normalmente lo hacen, no rompe el ambiente o escenario natural de caza y recolección que caracteriza a dicho grupo, ni sus patrones de movilidad, pues como hombres libres y racionales que son no se les impide continuar con los hábitos y el sistema de vida que por años han practicado dado que tienen la opción de elegir autónomamente lo que a su juicio consideran más conveniente para sus subsistencia y realización personal.”

Lo anterior conllevó a la investigadora Ivonne Díaz García, de la facultad de filosofía, de la Universidad de Cartagena, en una ponencia denominada “la utilidad de las ficciones en el discurso político”, preguntarse.<sup>55</sup> Entonces ¿Qué autoridad tiene la Corte Constitucional de imponer paradigmas de racionalidad occidental a los indígenas? y concluye. Al parecer, la corte constitucional ostenta un discurso fundacionista de racionalidad, el cual consiste en creer que el concepto de lo racional se encuentra inscrito en la naturaleza histórica de los indígenas. En el momento en que la corte nos dice que los indígenas son sujetos de derechos, puesto que son libres y racionales, inevitablemente pensamos que ello equivale a decir que en el momento en que los indígenas no sean considerados bajo

54 T-342 de 1994.

55 La expresión “libres y racionales” parece no coincidir con nuestra intuición, en la medida en que este grupo indígena carece de la capacidad de elegir autónomamente, tal como lo muestra la corte constitucional, puesto que su educación no rige bajo los conceptos de las leyes colombianas y además, como lo muestra la sentencia, necesitan a otros que defiendan sus derechos. Es por ello que el propósito de este trabajo será mostrar en qué sentido esta expresión argumentativa que utiliza la corte constitucional aunque a primera vista parezca problemática puede ser útil para una discusión sobre el multiculturalismo y para la defensa de los derechos de las minorías indígenas. Versiones, n° 8, julio-diciembre 2008, Medellín, issn 1794-127X, pp. 83-91.

conceptos occidentales de racionalidad, no serán sujetos de derechos.

De otro lado, la corte constitucional institucionalizó la cosa juzgada aparente bajo el siguiente criterio: “si pese al silencio que se observa en la parte resolutoria de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales”, bajo esa concepción, es nuestra consideración, que la corte constitucional ha elaborado la endeble línea jurisprudencial de los derechos de los indígenas pues hasta ahora sus decisiones son contrarias al mandato de las sentencias de cosa juzgada constitucional que en consonancia con la carta política, encuentra sustento en los principios de prevalencia del interés general, confianza legítima, igualdad de trato, debido proceso y, sobre todo, seguridad jurídica. Principios y derechos aún desconocidos para la comunidad indígena.

Derecho comparado de Instituciones Judiciales Indígenas.

Partiendo de que la corte ha sido omisiva respecto a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas por el simple hecho de no proferir sentencias de cosa juzgada constitucional, sino ignorarlas y repetir una y otra vez lo mismo en cada una de las sentencias a lo resuelto en la sentencia C-139 de 1996, sin estudiar a fondo los graves y grandes problemas particulares o específicos, que están teniendo los pueblos indígenas en estos momentos, al extremo que los tratan como personas ordinarias, a sabiendas que en la constitución de 1991, le confiere a las autoridades de los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, ello los hace sujetos no solo de estudio como objetos, sino de protección constitucional por ser minorías.

Para tener un panorama sur continental más claro, vamos a ver qué piensan los tribunales latinoamericanos respecto al tema:

La Constitución Política del Perú en su artículo 89° reconoce que “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

Por su parte el Tribunal Constitucional Peruano destrabando una polémica jurídico-judicial, sobre el tema de la consulta ha manifestado respecto del derecho de los indígenas peruanos<sup>56</sup>:

“Es así que el Estado por medio de su Carta Constitucional reconoce su diversidad pluricultural y étnica, por lo que en respeto al principio- derecho de dignidad de la persona humana, del cual se desprenden los otros derechos fundamentales de la persona humana, debe tutelar diversas formas de concebir el mundo, es decir la cosmovisión que tienen de lo que los rodea. Es necesario mencionar que muchos de los Estados y la definición de sus territorios han sido producto de luchas entre países, por lo que las conquistas han traído como consecuencias pluralidad de naciones dentro un mismo Estado. Es así que encontramos diversas manifestaciones culturales, exteriorizadas en singulares formas de convivencia, por lo que el Estado, tras largas luchas por la defensa de derechos fundamentales, se ha visto en la obligación no sólo de respetar dichas formas de convivencia sino de buscar mecanismos tendientes a garantizar que éstas comunidades subsistan, claro está todo dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales.

En esta línea a los pueblos indígenas se les ha reconocido una serie de derechos fundamentales a fin de proteger su etnia, sus costumbres, sus usos, etc., por lo que al existir un reconocimiento constitucional, éstos quedan facultados para reclamar judicialmente el respeto de dichos derechos. En conclusión, el Estado, en su función

pacificadora, debe respetar y garantizar los derechos fundamentales de las diversas manifestaciones culturales, reconociéndole su identidad étnica y su arraigo con la comunidad en la que se desarrollan sus integrantes.

Asimismo encontramos el Convenio N° 169 de la OIT, brindando un soporte a la normatividad constitucional nacional, de manera que la interpretación que se realice respecto a la normativa constitucional no puede ser contraria a la interpretación que realizan los instrumentos internacionales. Lo vertido en el mencionado convenio es de suma importancia puesto que reconoce y brinda protección a los pueblos indígenas, señalando principalmente que “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;”

En tal sentido queda claro que existe protección constitucional e internacional respecto a la protección de los pueblos indígenas. En este contexto uno de los derechos que se les reconoce a éstos es el derecho de consulta, de manera que el Estado se ponga en contacto directo con estos pueblos verificando la existencia -como se denomina en el proyecto en mayoría- de un dialogo intercultural, buscando recoger versiones tendientes a coadyuvar al Estado en su función de protección ante alguna medida que afecte directamente su desarrollo y vivencias. Es así que debe determinarse qué medida, tanto legislativa como administrativa, debe ser pasible de reputarse como inconstitucional o ilegal por afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas, de manera que no se cuestione cualquier medida asumida por un ente estatal con la simple argumentación de afectación de derechos, ya que es necesario que exista un agravio real y concreto expresado en un acto ilegal que vulnera derechos fundamentales. Es así que se exige que el cuestionamiento que se realice a una norma a fin de denunciarla de atentatoria de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, debe de contener los argumentos tendientes a expresar de qué forma la medida legislativa, por ejemplo, le está afectando sus derechos, debiendo evidenciar de sus argumentos que la afectación

56 EXP. N.° 0022-2009-PI/TC LIMA, GONZALO TUANAMA TUANAMAY MÁS DE 5000 CIUDADANOS SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

debe ser a un aspecto relevante de la comunidad y no un aspecto que puede resultar hasta insustancial o irrelevante.

El profesor Bartolomé Clavero<sup>57</sup>, en su artículo sobre el “TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE ESTADO PLURINACIONAL Y PUEBLOS INDÍGENAS: UN RETO INÉDITO EN LAS AMÉRICAS”,<sup>58</sup> da cuenta del comportamiento jurisprudencia de varios países de América Latina, respecto de los papeles que juegan las cortes o tribunales constitucionales, queriendo destacar este semillero de investigación el caso del estado plurinacional de Bolivia en el texto de Clavero, que en su carta política creó un Tribunal Constitucional Plurinacional.

“Bolivia ahora además no necesita jurisprudencia sobre el valor constitucional del requerimiento de la consulta pues ello figura nítidamente en la nueva Constitución (arts. 39. II.15, 304.I.21, 352 y 403.I). Además, Bolivia es hoy por hoy el único Estado que ha incorporado formalmente a su ordenamiento jurídico la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que refuerza el requerimiento de la consulta (Ley 3670, de 2007). No significa esto, ni mucho menos, que la realización de la consulta esté ya garantizada en Bolivia, sino que aquí no se necesita para fundamentarla jurisprudencia comparada. Tal jurisprudencia está además flaqueando en estos últimos tiempos. Flaquea en el momento en el que se pasa de los pronunciamientos solemnes a los efectos concretos. Incluso la Corte Constitucional del Ecuador no se muestra exigente respecto a la consulta como garantía de los derechos de los pueblos indígenas que requiere la propia Constitución. El Tribunal Constitucional del Perú, torciendo su propia trayectoria de afirmación neta del valor normativo directo del Convenio 169, acaba de dar un giro pronunciado contra la exigibilidad de la consulta. Tampoco es que la Corte Constitucional de Colombia se muestre últimamente muy exigente en el escrutinio de la misma tras haber asentado igualmente con firmeza el valor normativo del

Convenio 169. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala mantiene al menos los principios y no se ha desdicho o no ha tenido ocasión de sumarse a la tendencia generalizada a la rebaja. En Chile se está en un momento inicial de vigencia del Convenio 169 en el que la justicia ordinaria de instancia intermedia está requiriendo la consulta, con el respaldo de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional previo a la ratificación con reparos ante la misma, ignorando un reglamento manipulador del Gobierno y sin esperar a un proyecto restrictivo de ley reglamentaria pendiente en el Congreso. La posición del Tribunal Constitucional de Bolivia anterior a la nueva Constitución no puede decirse que llevara una buena trayectoria al propósito. Ni hacía valer el valor vinculante del Convenio 169 ni lo aplicaba con rigor cuando debía hacerlo. En sentencias de amparo frente a derecho indígena, entendiéndolo como consuetudinario, lo limitaba sin la debida atención a las previsiones del Convenio al respecto o lo interpretaba restrictivamente. Era un indicio de insensibilidad y desconsideración para con las culturas determinantes de la plurinacionalidad dada y todavía no reconocida constitucionalmente, lo que inhabilita en definitiva su jurisprudencia para los nuevos tiempos. ¿Qué valor puede guardar esa jurisprudencia constitucional boliviana para el trabajo del TCP? Hay quienes pretenden que lo tenga. Lo mejor que puede pasar entonces con la obra de aquel Tribunal Constitucional es, a mi juicio, que se le deje pasar tranquilamente a la historia. Respecto a los procedimientos de garantías de los derechos de los pueblos indígenas, lo mejor que se puede hacer con la jurisprudencia constitucional de la región es, a mi entender, no tomarla tampoco como guía o hacerlo a beneficio exigente de inventario. La jurisprudencia del TCP habrá de inspirarse directamente en el nuevo constitucionalismo de Bolivia. Habrá de ofrecer y no recibir modelo, construirlo y no replicarlo.”

*En el mismo documento Clavero, afirma respecto de la Corte Constitucional Colombiana: “La CCC ha tenido repetidas ocasiones para declarar el mantenimiento de los resguardos coloniales como causa de un estado de cosas constitucional por vulneración masiva y continua de derechos fundamentales de sujetos indígenas, y para abrir*

57 Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, y Vicepresidente del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.  
58 <http://teleeduca.egpp.gob.bo/materiales/Mod5Tribunal-Constitucional-en-Estado-Plurinacional>.

así un espacio específicamente indígena de democracia deliberativa mediante las audiencias públicas consiguientes que contribuyesen al compromiso y la vinculación de todos los poderes públicos, pero nunca se le ha ocurrido hacer nada de este género.”

Con los ejemplos anteriores vemos como las garantías constitucionales de los indígenas se respetan en los vecinos países, y siendo que en Colombia, la democracia esta coadyuvada por el pluralismo, como principios fundamentales, esto no se evidencia en la nación, para las minorías aborígenes; por lo tanto es fundamental la ley que coordine tanto las leyes indígenas como las leyes ordinarias y se cree hacia el futuro una institución judicial que conjugue y conozca a profundidad la cultura indígena y su derecho propio, y el derecho ordinario, para así garantizar principios y derechos de nuestros abandonados ancestros, lo que hasta ahora no ha realizado, ni ha exhortado a hacerlo, nuestra corte constitucional.

## CONCLUSIONES

El análisis de la eficacia de las sentencias de la corte constitucional como garantía de los derechos y principios de la jurisdicción especial indígena constituye el marco argumentativo más importante, a nuestro juicio, en torno a la jurisdicción indígena y su relación con las providencias de la corte constitucional, y el sistema judicial nacional.

Además de las consideraciones respecto de los principios, derechos y garantías propias de estos pueblos aborígenes, la insistencia de este grupo de investigación, radica en que la corte debe ser garante, vigilante y protectora de cada uno de estos fallidos privilegios, que giran en torno a la triada: Territorio, Ancestralidad (*puede entenderse como diversidad étnica*) y Autonomía.

En este sentido, proponemos las siguientes conclusiones y recomendaciones, con base en los puntos más imperativos desde el punto de vista procesal y probatorio, reflejados en las sentencias estudiadas y los conceptos y herramientas fundamentales en la elaboración de esta ponencia. De esta forma, hemos de dejar 4 conclusiones y 4 recomendaciones, a saber:

a. En primer lugar, no podemos perder de vista, que si se quiere respaldar materialmente la creación de la jurisdicción especial indígena con la constitución de 1991, se hace necesaria la creación de una ley de coordinación con el sistema jurídico nacional, que garantice el respeto de los derechos y principios de esta jurisdicción, procesal y probatoriamente. Tal premisa se refleja sin duda en las escasas sentencias C y las abundantes sentencias T, emanadas por la corte constitucional, garantizando derecho y principios parciales por ausencia de reglamentación legal.

En este contexto y a modo de examen, retornaremos a la sentencia C- 366 de 2011, en la cual no se tuvo en cuenta el derecho a la consulta previa, como principio constitucional y fundamental y como mecanismo de procedimiento, de una comunidad indígena en particular, y que en este sentido la decisión de la corte no garantizó en su totalidad, sino parcialmente los derechos y principios de dicha comunidad, en razón de favorecer interés de grandes imperios económicos y a la no existencia de una reglamentación normativa con fuerza de obligatoriedad. En este sentido planteamos o proponemos, desde la academia y como ciudadanos, la comprensión de la importancia de creación legal de la jurisdicción indígena, con el fin ulterior de poner en acción el órgano legislativo en la creación de dicha ley de coordinación.

b. Es evidente que en el *derecho comparado* en materia de jurisdicción indígena, respecto de países como Perú, Bolivia y Ecuador y otros, el avance doctrinal, jurisprudencial y legal, Colombia se ha ido quedando en los bastiones del siglo pasado, en la medida en que la corte constitucional, no adopta el papel de corporación de *poesis* (productora) de derecho, sino como repetidora de los mismos *argumentos aparentes y no debatidos profundamente*. Lo que implícitamente indica que la corte, deberá alejarse de sus ideologías y posiciones exógenas, que conllevan interés económicos externo en contra de garantizar, principios y derechos holísticos de las comunidades indígenas en Colombia. Más allá del desconocimiento, confusión o despreocupación que pueda tener la corte constitucional, sobre las consideraciones jurídicas, procesales y probatorias, más profundas que atañen a

los pueblos indígenas, y del tiempo que se necesita para garantizar en plenitud los derechos y principios de ellos, es imperativo que se democratice e incentive la socialización sobre multiculturalismo, alteridad y pluralismo como antesala al proyecto de ley que logre la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. Así la participación del ciudadano conocedor y crítico de esta problemática, pondrá fin a las injusticias suscitadas a partir del vacío legal y de la deuda que por más de 20 años tiene la corte frente a estas comunidades aborígenes.

c. En la medida en que se cree la ley de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, el sentido de la prueba y del proceso tomarán la dimensión adecuada y pertinente. Colombia en calidad de Estado Unitario que se promueve en la Constitución de 1991, no puede garantizar derechos y principios de manera eficaz, válida y legítima solo a algunos sectores de la sociedad, sino que debe aplicar el principio de alteridad constitucional.

Así pues, recomendamos la implementación de un procedimiento especializado, por parte de la corte constitucional, que ayude a tratar de fondo, no solo el tema cultural, sino el ámbito social, jurídico, judicial y económico en torno a la jurisdicción indígena.

La expedición de la ley debe ser el producto de estudios antropológicos, sociales y jurídicos de las distintas comunidades que permitan una comprensión de la dimensión cultural y el imaginario colectivo de justicia, proceso y prueba, que implique acercar los sistemas con prevalencia de la protección de los derechos dentro del multiculturalismo una aplicación de la teoría de la legislación<sup>59</sup>. Por ende, nuestra propuesta no se funda en una explosión legislativa simplista, sino que con los estudios propuestos perfectamente la corte constitucional puede ser más activa en la temática que nos ocupa.

d. Recomendamos igualmente, que desde la rama ejecutiva se creen políticas públicas que garanticen los principios y derechos de las minorías étnicas y que el reflejo de esas garantías

se materialice no solo en la efectividad de la ley, sino en la eficacia y eficiencia de la norma. Trabajo que puede hacer la corte constitucional mediante exhortación al ejecutivo.

Igualmente que por iniciativa gubernamental, previo a meses de trabajo local se presente nuevamente el proyecto de ley que coordine la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, con una exposición de motivos que garantice holísticamente los principios y derechos de las comunidades indígenas, para efectos de que no se vuelva ilusoria la futura ley, tal como sucedió con los proyectos de ley 003 de 2000 cámara, 029 del 2001 cámara y 035 de 2003 senado.

Por último, la corte constitucional debe dejar su papel pasivo respecto del tema de la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, y tal como ha hecho, con otras minorías por vía jurisprudencial, debe crear derecho o convertirse en un juez creativo garantizándole en forma holística a las comunidades indígenas sus principios y derechos, no solo recabando sobre la necesidad de la ley, sino coadyuvando a un inerte o indolente legislador judicial, obligándole indirectamente a crear la ley de coordinación a través de sus sentencias.

Entonces, si la corte constitucional al pronunciarse a través de sus sentencias, solo toca aspectos aislados de la jurisdicción especial indígena, cuando conoce tutelas en revisión, su función guardiana de los derechos y principios holísticos de las comunidades indígenas, se vuelven ilusiones de garantías procesales y por tanto probatorias de sus derechos.

Qué tan lejos o rezagados cultural, jurídica, administrativa y judicialmente estamos entonces, de otros países latinoamericanos y de la academia mundial, y especialmente de nuestro hermano país de Bolivia, sobre el tema de los principios y derechos de las comunidades indígenas y sus mecanismos de protección, desde lo procesal, que no solo consagró en su texto constitucional, un gobierno plurinacional, sino que creó un Tribunal Constitucional Plurinacional.

59 Kaufmann Arthur, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Pág. 54

## BIBLIOGRAFÍA

1. Arbeláez de Tobón, Lucia, La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional, Modulo Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Guatemala, 2004.
2. Badillo O' Farrell, Pablo. Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo, "Reflexiones para un mundo plural". Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2003.
3. Blanco Blanco Jackeline, La Jurisdicción Especial Indígena, más allá del mandato constitucional. Universidad Libre, Facultad de Derecho, 2008, p. 23, Bogotá.
4. Barrios, Juan, Derecho Constitucional, Derecho Interamericano y Derechos Indígenas. Avances y Frustraciones, *Visión renacer editores*, 2007.
5. Bernal Pulido Carlos, El derecho de los derechos, precedente constitucional, 2008.
6. Borrero, Camilo Multiculturalismo y derechos indígenas, *Cinep, Bogotá*, 2003.
7. Habermas, Identidades nacionales y postnacionales, Madrid, 1989.
8. Härtel, "Constitutional Courts as Positive Legislators," German National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 19. (1955).
9. Kaufmann Arthur, Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
10. Kymlicka Will, *Ciudadanía multicultural*. Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 1996.
11. Londoño, Beatriz, *La Constitución de 1991 y los indígenas*: Nuevos espacios de participación política. Revista Credencial Historia
12. López Medina, Diego y Gordillo, Roberto, *Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia*. Revista de derecho público No. 5 Universidad de los Andes, diciembre de 2002.
13. Múnera Cavadía, Alfonso. El fracaso de la nación, Editorial Planeta Colombiana S.A, Bogotá, 2008.
14. Osorio Rendón, L. C., & Salazar González, F. (2006). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de Colombia*. Bogotá: Fundación Hemera.
15. Quintana Mejía Oscar, "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho" en Humanitas (No. 33),
16. Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006.
17. Rodríguez Fernández José Julio, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998.
18. Sánchez Botero, E. (2007). *Derechos propios: ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia* (Segunda Edición ed.). Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
19. Sánchez Beatriz, caleidoscopio de la justicia, cap. XII. El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena, 2001.
20. Sánchez Botero Esther, Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia, Universidad Nacional, Bogotá, 1998.

## CIBERGRAFÍA

1. <http://www.upme.gov.co/>.
2. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>.
3. <http://erichluna.wordpress.com>.
4. <http://teleduca.egpp.gob.bo/materiales/Mod5Tribunal-Constitucional-en-Estado-Plurinacional>.
5. [www.eueomecuador.org/](http://www.eueomecuador.org/).
6. [www.xing.com/net/.../asamblea-constituyente-de-bolivia](http://www.xing.com/net/.../asamblea-constituyente-de-bolivia).

## JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

- Corte Constitucional, Sentencia T-342 de 1994.  
Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994.  
Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996.  
Corte Constitucional, Sentencia C-418 de 2002.  
Corte Constitucional, Sentencia C-379 de 2003.  
Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009.  
Corte Constitucional, Sentencia C-063 de 2010.  
Corte Constitucional, Sentencia C-617 de 2010.  
Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011.

## RESUMEN

Este artículo explica y señala pensamientos que se han dado por medio de la discriminación racial y de género. Ser mujer y negra ha sido un peso doble en la sociedad colombiana, como en muchas otras colectividades.

Se ignora parcialmente que existan mujeres negras que hayan abierto camino de acuerdo con sus potencialidades, por lo cual señalaré algunos de tantos casos en donde se ve el surgimiento de ellas. Es momento de entender que cada quien puede llegar a la posición que quiere siempre y cuando tenga la dedicación suficiente, debemos estar dispuestos a luchar para el fin de la discriminación demostrando que no existen razones para apoyarla y de esta forma respetando la diversidad.

## PALABRAS CLAVES

Genero, Racial, Mujeres, Diferencias.

## ABSTRACT

East article explains and indicates thoughts that have been given by means of the racial discrimination and kind. To be a woman and Negress has been a double weight in the Colombian company, since in different many. There is ignored that there exist black women who have opened way of agreement with his potentials, for which we will indicate some of so many cases where one sees the emergence of these. It is a moment to understand that every the one who could come to the position that wants always and when it has the dedication, we must be ready to fight for the end of the discrimination demonstrating that reasons do not exist to support her and of this form respecting the diversity.

## KEYWORDS

Generate, Racial, Women, Differences.

## INTRODUCCIÓN

La discriminación es un fenómeno de rechazo a una persona o varias personas a partir de criterios determinados, muchas veces sin argumento o razón alguna, causando en estos, efectos negativos y muchas veces baja autoestima. Se da en cualquier ámbito ya sea por edad, color de piel, nivel de estudios, nivel social, orientación sexual, etc.

---

<sup>1</sup> Estudiante de segundo años de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la universidad libre, seccional Cartagena, perteneciente al semillero de investigación Cultura Sin Fronteras dirigido por el profesor Oswaldo Ortiz Colon y al semillero de investigación Gestion Pública dirigido por el profesor Alvaro Garzon Saladen.



Sin embargo, en este artículo no me enfocaré en abordar el concepto de discriminación en su totalidad, si no de dar a conocer este acto en un contexto racial y de género que se ha dado hasta el día de hoy, mencionando además algunas mujeres que sin temor alguno a dicho fenómeno han salido adelante de tal forma que han sido y serán importantes para el país.

## DISCRIMINACIÓN EN LA HISTORIA

A lo largo del tiempo hemos visto un egoísmo al aceptar que el papel de la mujer es muy importante para la sociedad, generalmente se ha desvalorizado su participación en la historia y en muchos casos se trata de disimular este hecho destacándola únicamente como madre, esposa, hija, o algún cargo similar.

No bastando con el hecho de ser mujer se suma otro factor discriminatorio en este análisis el cual es el simple hecho de tener un color de piel diferente.

Se ha visto con el transcurrir del tiempo que existe en nuestro país una desigualdad de género y de raza.

Las injusticias sufridas por las víctimas de la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia son bien conocidas: limitadas posibilidades de empleo, segregación, y pobreza endémica son sólo algunas de ellas. Las desventajas que encaran las mujeres en sociedades de todo el mundo son también reflejadas empezando con la menor remuneración por la realización de un trabajo de igual valor, índices elevados de analfabetismo y acceso limitado a la atención de la salud. Si bien la desigualdad basada en la raza es diferente de la basada en el género, estas formas de discriminación no se excluyen mutuamente. De hecho, con demasiada frecuencia se entrecruzan dando lugar a una discriminación agravada o discriminación por doble motivo.<sup>2</sup>

Tal vez a la mujer negra le toco la peor parte del sistema colonial, pues el esclavista come-

tió abusos sexuales contra ella, fue humillada por los mercaderes y por sus amos para satisfacer sus caprichos e instintos sexuales. En el momento que trabajaba, era destinada a desempeñarse como una herramienta o instrumento reproductor de esclavos criollos y por ende era obligada a dar luz cada año, la mujer negra se considerada por su figura, pero en el mismo momento era apartada como ser humano racional.

## MARGINACIÓN EN PLENO SIGLO XXI

Es triste saber que estamos en pleno siglo XXI y no hemos podido superar gran serie de diferencias, el saber que a diario nos topamos con comentarios racistas los cuales no tienen ni pies ni cabeza, pensar que existen miles de problemas en nuestra sociedad pero solo nos dedicamos a criticar cuestiones sin buscar soluciones, el no tener la suficiente madurez para dialogar o mantener una conversación sin ánimo de buscar conflicto se ha vuelto costumbre en nuestro diario vivir, hasta tal punto que nos hemos olvidado que debemos unirnos para salir adelante como país, y que debemos propender para la buena ejecución de los derechos de las personas, aquellos por los cuales debemos estar dispuestos hacer valer, superando la errada idea de que una persona es diferente por ser blanca, negra, india, mulata, etc.

No es decir que las mujeres negras priman sobre otras, es tener claro que como mujer, esta puede representar un papel importante e incluso lo ha hecho aunque poco salga a la luz y por ello no debemos catalogarla siempre como aquella de poco intelecto como a diario observamos por programas de televisión.

“En Colombia, después de 500 años de travesía y resistencia de la población afrocolombiana, se vive un ambiente de expectativa con la Ley 1482 que penaliza los actos de discriminación, legislación que aún no ha sido aplicada en el país pero que pretende generar condiciones de respeto en la sociedad”.<sup>3</sup>

2 Conferencia mundial contra el racismo. En la encrucijada de la doble discriminación, por motivo del género y racial.

3 Senador Baena pidió acabar con el racismo en Colombia- Sala de prensa noticias del senado. [www.senado.gov.co](http://www.senado.gov.co)

## MUJERES NEGRAS QUE HAN SIDO Y SERÁN IMPORTANTES EN NUESTRO PAÍS

Más allá de mujeres responsables en su hogar debemos darnos cuenta que existieron y existen mujeres negras importantes y destacadas que hacen y harán parte de la historia; mencionando algunas de estas tenemos a:

Delia Zapata Olivella nacida en Lórica en el año 1926, vivió en Cartagena su niñez y adolescencia, realizó sus estudios superiores en la universidad de Cartagena donde fue la primera mujer en cursar estudios y seguidamente primera folclorista.

Por otro lado tenemos a Teresa Martínez de Varela- escritora publicada, maestra, poetisa, institutora folclórica, musicóloga, dramaturga, declamadora, pintora, escritora, líder social e investigadora.

En el campo político contamos con Nazly Lozano Eljure primera congresista, Dorila Perea De Moore primera gobernadora, Paula Marcela Moreno primera mujer negra ministra y la más joven en la historia de Colombia, cabe puntualizar que fue ministra de cultura; Eugenia Riascos-primera Alcaldesa afro en Cúcuta 2008-2011, abogada egresada de la Universidad Libre de Cúcuta, Piedad Córdoba, una ex congresista conocida por muchos, trabajadora fiel para el cumplimiento de los derechos fundamentales, los derechos de las minorías étnicas y sexuales, y así mismo luchadora para el cumplimiento de los derechos de la mujer.

En los medios radiales se refleja Aura Serna Mosquera asesora en comunicaciones y prensa en empresas privadas y públicas.

En cuanto al deporte tengo la obligación de mencionar a la gran medallista olímpica María Isabel Urrutia quien nos dio de regalo la primera presea dorada en la historia olímpica del país, o que tal Catherine Ibarguen mujer que ha conquistado un total de 5 medallas de oro, 3 de plata, y 5 de bronce.

Cabe recalcar que se omite involuntariamente muchas mujeres negras que han hecho patria y se sigue en la espera de una magistrada, una procuradora, una presidenta de banco, presidenta de la república, y muchos cargos más.

De varias mujeres negras del siglo XX y del siglo XXI, se han hecho contribuciones importantes en distintas esferas de la vida en nuestro país. Las mujeres afro de anteriores generaciones sirven como ejemplo a las nuevas generaciones y a las futuras.

## CONCLUSIÓN

Gran cantidad de mujeres caracterizada con su raza, su etnia y su origen nacional, se han visto discriminadas ante la sociedad. Los anteriores factores crean serios problemas que afectan a una persona sin razón alguna.

Con lo anterior no quiero decir que tenemos como obligación querer aquellas mujeres negras que han sido famosas por algún motivo, nada de eso, es aceptar a todas por igual, es reconocer que blanca, mestiza, negra, mulata, india, son mujeres al fin y al cabo, y aún más son seres que como todos dejan una huella en la vida, por ello aunque la sociedad lo omita muchas veces, mujeres negras las hay psicólogas, maestras, ingenieras, comunicadoras, economistas, abogadas, medicas, contadoras etc.

La importancia de una persona se ve más allá de su color de piel, de cualquier característica física; la verdadera esencia se lleva en lo que somos como personas y en lo que nos vamos construyendo día a día.

Debemos tener una actitud en contra del racismo, adoptar iniciativas que busquen combatir las agresiones verbales y físicas por motivos de esta índole, difundir voces para acabar con todo tipo de discriminaciones, tomar cartas en el asunto para erradicar este tema bastante delicado. Buscar que la ley sea estricta y se respete.

Por otro lado, fijándome en la lista de mujeres negras que mencione con anterioridad, se muestra que algunas han dedicado su talento y ener-

gía a los negocios, a la política, al mundo académico y a los medios de comunicación. Cada una de ellas a su manera, ha logrado realizar un sueño derribando cada obstáculo, no solo para sentirse mejor como personas sino también para ayudar a la sociedad y por ultimo quiero cerrar con una frase muy sabia exclamada por Martin Luther King “la discriminación de los negros está presente en cada momento de sus vidas para recordarles que la inferioridad es una mentira”.<sup>4</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

1. Mujeres negras pioneras en Colombia.  
[http://blogs.eltiempo.com/afrocolombianidad/2013/03/08/mujeres-negras-pioneras-en-](http://blogs.eltiempo.com/afrocolombianidad/2013/03/08/mujeres-negras-pioneras-en-colombia/)
2. Conferencia mundial del racismo  
<http://www.un.org/spanish/CMCR/gender.htm>
3. Gozar de su Cuerpo:  
El Abuso Sexual a las Negras Esclavas en el Caribe Colombiano.  
[http://www.azc.uam.mx/publicaciones/tye/tye16/art\\_hist\\_02.html](http://www.azc.uam.mx/publicaciones/tye/tye16/art_hist_02.html)
4. Senador Baena pide acabar con el racismo en Colombia  
<http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/13429-senador-baena-pide-acabar-con-el-racismo-en-colombia>
5. Martin Luther King  
[www.biografiasyvidas.com](http://www.biografiasyvidas.com)

---

<sup>4</sup> Martin Luther King: Pastor baptista estadounidense, defensor de los derechos civiles para los Afroamericanos.  
[www.biografiasyvidas.com](http://www.biografiasyvidas.com)

# INSTRUCCIONES A LOS AUTORES PARA LAS PUBLICACIONES DE LA PRÓXIMA EDICIÓN DE LA **REVISTA SABER, CIENCIA Y LIBERTAD, EN GERMINACIÓN** DE LA UNIVERSIDAD LIBRE – SEDE CARTAGENA

## Parámetros para la elaboración de los artículos

### REQUISITOS TÉCNICOS

La revista Saber, Ciencia y Libertad en germinación, es una publicación anual del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, Sede Cartagena, que tiene como objetivo difundir la producción investigativa de los estudiantes adscritos a los semilleros de investigación de la universidad, así como de los demás semilleros miembros de la comunidad académica. Se concentra en publicar artículos de investigación, de reflexión y revisión, de acuerdo con las características definidas por Colciencias.

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales. Serán enviados desde el correo del director de grupo de investigación, quien asume el cumplimiento de los requisitos del reglamento de publicaciones de la revista. Debe enviarse el documento en versión definitiva, en idioma español y en archivo Word al correo: [germinación@unilibrectg.edu.co](mailto:germinación@unilibrectg.edu.co)

#### Especificaciones Tipográficas

FUENTE: Times New Roman  
TÍTULOS: Mayúsculas, Negrita, Centrado.  
CUERPO DEL TEXTO: 12 Puntos.  
NOTAS DE PIE DE PÁGINA: 8 Puntos.

#### Referencias Bibliográficas

Las referencias deberán enumerarse consecutivamente siguiendo el orden en que se mencionan por primera vez en el texto (Sistema de orden de mención Citación – ordersystem), identifíquelas mediante numeral arábigos, colocando en la parte final de la página, en el espacio de referencias.

Al referenciar revistas científicas cítelas por su nombre completo (no abreviado). Absténgase de utilizar resúmenes como referencias.

Las referencias de artículos aceptados pero aún en trámite de publicación deberán designarse como “en prensa” o “próximamente a ser publicados”; los autores obtendrán autorización por escrito para citar tales artículos y comprobar que han sido aceptados para publicación, de acuerdo con las normas de derecho de autor.

#### Citas y Pies de Página

Especial atención debe prestarse a las citas, pies de página y referencias bibliográficas, las cuales deben ser precisas y completas.

#### Ejemplos de Citas Bibliográficas

Libro:

BETANCOURT REY, Miguel (1996). Derecho Privado, Categorías Básicas. Editado por la Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho. Ciencias Políticas y Sociales. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia. Primera Edición.117.

Artículo de Revista:

HOFFMAN, Scout L. (1989) “A Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification and Contractual Considerations”. En: The Business Layer. November. (45 Bus.Law.181)

## Sentencia Judicial:

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 27 de septiembre de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento. (Sentencia Número S – 134), pág. 8. Copia tomada directamente de la corporación. [Tomada de colección de jurisprudencia... de fecha...]

## Leyes:

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS –ONU- Centro de Derechos Humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. New York: Naciones Unidas, 1988. p.20  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 182 DE 1995 “ Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a este, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueve la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”. En: Diario oficial No.2341. Bogotá: Imprenta Nacional. 1995.

## Compilaciones:

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Derecho de familia y de menores: Compilación normativa. Bogotá: ICBF, 1989.p.5

## Bibliografía:

Se recomienda listar la bibliografía empleada en forma completa, al final del correspondiente escrito, incluyendo los siguientes datos: el título, la edición, lugar de publicación, la empresa o casa editorial, el año de publicación, número de volúmenes, número total de páginas del libro, y el nombre de la colección o su abreviatura.

## Ejemplos de Bibliografías

### Libro

BERENSON, Bernard. Estética e historia en las artes visuales. Trad. Por Luis Cardoza y Aragón. México. Fondo de Cultura Económica, 1956.264 páginas. (Colección Breviarios, núm.115).

### Material Electrónico

Existen actualmente publicaciones por Internet, cuando el texto hace parte de una biblioteca virtual de una institución legalmente constituida. Ejemplo:<http://www.adm.org.mx/biblioteca/req.html>

Para Saber, ciencia y libertad, en germinación, Revista de semilleros de investigación, es muy satisfactorio constituirse como espacio de divulgación de los trabajos académicos de estudiantes investigadores universitarios, por ello le invita a vincularse a la misma.

