

# INVESTIGARE

CENTRO DE INVESTIGACIÓN  
EN POLÍTICA CRIMINAL

**La memoria histórica como elemento de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas del desplazamiento forzado por la violencia en Colombia**

- Rocio Marín

**La problemática de los ocupantes secundarios en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó**

- Luisa Fernanda Vela

**El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: una vía para fortalecer la gobernabilidad democrática en Colombia**

- Carlos Mendoza



UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Portada: Gorbachov Salcedo

**1-31** La memoria histórica como elemento de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas del desplazamiento forzado por la violencia en Colombia  
- Rocio Marín

**32-61** La problemática de los ocupantes secundarios en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó  
- Luisa Fernanda Vela Miranda

**62-86** El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: una vía para fortalecer la gobernabilidad democrática en Colombia  
- Carlos Mendoza

**Directora:**  
Marcela Gutiérrez

**Editor:**  
Angélica María Pardo

**Comité editorial:**  
Marcela Gutiérrez  
Ana Lucía Moncayo  
Angela Marcela Olarte  
Bibiana Ximena Sarmiento  
Angélica María Pardo López

**LA MEMORIA HISTÓRICA COMO ELEMENTO DE RESTABLECIMIENTO DE  
DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DEL  
DESPLAZAMIENTO FORZADO POR LA VIOLENCIA EN COLOMBIA**

ROCIO MARÍN <sup>1</sup>

*“Un mundo que se descuida de sus niños, que destruye el encanto de su infancia dentro de ellos, que pone un fin prematuro a su inocencia, y que les somete a toda suerte de privaciones y humillaciones, efectivamente no tiene futuro” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 (Condición jurídica del niño). Serie A, nº17*

RESUMEN:

El futuro de la infancia y adolescencia colombiana víctima de la violencia y en particular del desplazamiento depende en gran medida de las decisiones que tomen los adultos que los rodean, esto incluye la adopción de medidas de política pública que les permita, mantener su inocencia y “el encanto de su infancia”.

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en seguridad social y derecho público, magister en derechos humanos de la misma universidad. Consultora independiente en temas de protección y restablecimiento de derechos de poblaciones vulnerables.

Una herramienta fundamental para lograr este fin primordial es la memoria histórica, entendida como el proceso por el cual se impide que el individuo y la sociedad olviden los hechos de violencia, los repita o los perpetúe en el tiempo, máxime cuando tal violencia afectó a un grupo poblacional que por sus particulares condiciones, ha sido reconocido normativa y jurisprudencialmente, como sujeto de especial protección constitucional, como son los niños, niñas y adolescentes.

Aunque el fenómeno del desplazamiento no es nuevo en Colombia, ni tampoco su reconocimiento legal y jurisprudencial, puesto que fue reconocido en 1997 con la expedición de la Ley 387 de 1997 y de la sentencia T-227 de la Corte Constitucional, si lo es el hecho del reconocimiento formal de las personas desplazadas, como titulares de los derechos que se desprenden de su condición de víctimas: verdad, justicia y reparación integral.

Igual sucede con el derecho a la memoria histórica, que no obstante su reconocimiento a nivel internacional en 1997 con los principios *Joinet*, no existe aún reglamentación específica, como se evidencia en este trabajo, salvo lo que establece de forma enunciativa la Ley 1448 de 2011 y alguna reglamentación relativa al funcionamiento del Centro de Memoria Histórica.

*Palabras clave:* Memoria histórica, niñez y adolescencia, desplazamiento forzado, restablecimiento de derechos, enfoque diferencial.

#### ABSTRACT:

The future of Colombian young population (children and teenagers) who has been victim of violence and, particularly, of forced displacement, highly depends on the decisions taken by the adults around them. This includes the adoption of public policies that enable children and teenagers to maintain their innocence.

One fundamental tool to keep this goal is the historical memory understood as the process by which individuals and society are prevented to forget the former violent facts. In the same way, historical memory prevents the repetition or perpetuation of those violent facts against young population, which because of its particular features, has been normative and jurisprudentially recognized as subject of special constitutional protection.

Forced displacement is not a new phenomenon in Colombia as long as it was recognized by the Law 387 of 1997 and the constitutional decision T-227. Nevertheless, the recognition of displaced people as holders of rights originated in their victim condition is a new matter. Those rights are truth, justice and integral reparation.

For what it has to do with historical memory, although it has been recognized as a right by the *Joinet principles*, a specific regulation does not exist yet, and this will be shown in this article.

*Key words:* Historical memory, childhood and adolescence, forced displacement, right's restoration, differential focus.

## INTRODUCCIÓN

La Ley 975 de 2005, de justicia y paz, estableció el derecho de las víctimas de violaciones de DDHH e infracciones al DIH cometidas por grupos al margen de la ley, de acceder a sus derechos a la verdad, justicia y reparación –en adelante VJR-, más allá de lo contemplado en la legislación penal colombiana.

Posteriormente, el Decreto 1290 de 2008 estableció la reparación individual por vía administrativa para las víctimas de la violencia, con unas medidas de satisfacción, construcción y conservación de la memoria histórica, sin ahondar en ella, a pesar de la creación del Grupo de Memoria Histórica al interior de la entonces Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, entidad que profirió varios informes sobre hechos victimizantes y de conflicto armado de trascendencia en el país.

Sólo con la Ley 1448 de 2011 se consolida la memoria histórica como patrimonio público y derecho de orden colectivo, materializándose la creación del Centro de Memoria Histórica como ente adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y reglamentado en los Decretos 4158 y 4803 de 2011.

La memoria histórica como política pública, recién comienza su proceso de construcción y consolidación, por lo cual, si bien el enfoque diferencial es uno de sus principios orientadores, no se evidencia su materialización en cuanto a niños, niñas y adolescentes –en adelante NNA-

que han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos en el contexto del conflicto armado como el desplazamiento forzado, generando con ello su invisibilización.

Aunque muchos NNA colombianos han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos, como el reclutamiento forzado, mutilación por minas antipersonal y munición sin explotar, violencias de género, secuestro y desaparición forzada, a efectos del presente trabajo sólo se tomará en cuenta el desplazamiento forzado como hecho victimizante.

De una parte, por la connotación que ha tenido para el país el hecho de contar con más del 10% de la población en situación de desplazamiento (CODHES, 2013), lo que ha generado una serie de impactos desproporcionados en este grupo poblacional. Impactos que serán descritos brevemente en el artículo.

De otra, porque estos NNA han recibido una menor atención por parte del Estado y de la sociedad, en cuanto al restablecimiento de sus derechos, si se les compara con NNA afectados por otras violaciones, las que sin duda, han tenido una mayor visibilización en la sociedad.

El objetivo general del trabajo fue indagar acerca de como se ha abordado en Colombia el derecho a la memoria histórica de NNA desplazados en su calidad de sujetos de derechos y de especial protección constitucional y, por tanto, analizar la adecuada inclusión del enfoque diferencial de niñez y adolescencia en las políticas públicas sobre memoria histórica para lograr así su visibilización y garantizar el adecuado restablecimiento de sus derechos.

Para desarrollar este objetivo general, se tomaron como objetivos específicos el identificar el marco jurídico internacional y nacional de protección de NNA desplazados y de memoria histórica (I); y, el establecer la forma como las actuales políticas públicas de atención y restablecimiento de derechos abordan la memoria histórica para NNA desplazados e identificar los vacíos del tema (II).

El presente artículo es una síntesis del trabajo de investigación y análisis de fuentes secundarias realizado por la autora para optar al título de magister en Derechos Humanos y Democratización, trabajo circunscrito a una investigación de carácter socio-jurídica, por tratarse del estudio de una realidad social, como es la implicación del desplazamiento forzado en NNA colombianos y la forma como el derecho a la memoria histórica contribuye al adecuado restablecimiento de sus derechos.

El trabajo cuenta con dos capítulos. El primero, identifica el contexto de desprotección de la niñez víctima del desplazamiento en Colombia, evidenciando sus afectaciones e impactos, a fin

de entender porqué se justifica hablar de su protección diferencial, en relación con este último aspecto, se desarrolla una descripción del concepto de enfoque diferencial. De igual forma, se aborda en este capítulo una breve referencia al marco jurídico de protección de los NNA en el marco del conflicto armado y el desplazamiento.

El segundo, es una aproximación al concepto de memoria histórica y su relación con los derechos a Verdad, Justicia y Reparación, así como la identificación de los avances de memoria histórica en Colombia para este grupo poblacional, a fin de poder determinar si existe en el país una verdadera política pública o si se trata solamente de acciones o normas aisladas que impidan hablar de un sistema estructurado de memoria histórica para NNA desplazados.

Por último, se presentan unas conclusiones y recomendaciones en orden a establecer el verdadero papel de la memoria histórica en el desarrollo de los NNA desplazados y si cumple realmente un papel reparador en el marco de los instrumentos internacionales y la legislación existentes en la materia.

## 1- CONTEXTO E IMPACTOS DEL DESPLAZAMIENTO EN EL DESARROLLO DE NNA Y EL MARCO JURÍDICO PARA LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1.1- GENERALIDADES DEL CONTEXTO DEL DESPLAZAMIENTO EN NNA

En un país cuya realidad evidencia que “los conflictos armados se han prolongado durante años y han expuesto a generaciones de niños, niñas y jóvenes a niveles preocupantes de violencia” y en donde la “lógica de la guerra se ha vuelto nefasta para su desarrollo” (Bello, 2000, p.54), resulta preocupante encontrar que desde hace más de una década se vienen realizando investigaciones en el tema de las afectaciones del conflicto armado y del desplazamiento en NNA, sin que haya habido una intervención real del Estado Colombiano para evitar que esta situación se prolongue en el tiempo. Lo que se evidencia fácilmente al revisar cifras:

- Según proyecciones del DANE para el 2013, de los 15.530.293 NNA entre 0 y 17 años estaban en condición de vulnerabilidad 1.177.926<sup>2</sup>, en pobreza extrema 362.237 e incluidos en el SIPOD 611.395 NNA<sup>3</sup>.
- 5.445.406 desplazados en Colombia, cifra acumulada entre el 1º de enero 1985 y el 31 de diciembre de 2011 (CODHES, 2012, p.8), de los cuales 2.520.512 son menores de edad, 70 fueron víctimas de violencia sexual, 154 de desaparición forzada, 154 de homicidio y 342 de MAP/MUSE (CMH, 2013, p.315).
- El CONPES 3726 de 2012, indica que según el RUPD, el 36% de las víctimas de desplazamiento son menores de edad, de los cuales el 7% eran de la primera infancia, el 21% infantes y el 8% adolescentes.

Según la Fundación Dos Mundos “independientemente de las cifras, lo cierto es que NNA sufren diversos y profundos impactos por el hecho mismo del desplazamiento, haciendo de ellos uno de los grupos más afectados, no sólo por las carencias materiales que afrontan al huir de su lugar de origen, sino por las posibilidades de verse separados de sus familias y por el efecto que tiene el desarraigo en la capacidad de agenciar sus propios proyectos de vida” (2007, p.6).

Se destaca de esta breve descripción de los impactos del desplazamiento, el desarraigo, entendido de manera simple como el “separar a alguien del lugar o medio donde se ha criado, o cortar los vínculos afectivos que tiene con ellos”<sup>4</sup>, lo que ya implica violencia y es precisamente esa separación la que no entienden los NNA e igual genera en ellos efectos profundos “donde todos los vínculos se quiebran” (Mariño, 2003, p. 54) y se pierde entonces la identidad forjada hasta el momento en que ocurre el desplazamiento.

En sentido similar, “el desplazamiento forzado puede ocasionar, directa o indirectamente, múltiples repercusiones y efectos –negativos casi siempre- a corto, mediano y largo plazo en el bienestar, la salud física y emocional y las posibilidades de desarrollo personal de los niños, niñas y jóvenes en situación de desplazamiento” (Bello, 2000, p. 142), y desde luego, se debe

---

<sup>2</sup> Información tomada de <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/CiudadesProsperas/PublicacionesYMultimedia/PublicacionesYBoletines/OtraDocumentación/Presentación%20Del%20Proyecto.pdf> recuperada el día 15 de febrero de 2013.

<sup>3</sup> Información tomada de [http://www.eltiempo.com/economia/bienestar/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-10992761.htm](http://www.eltiempo.com/economia/bienestar/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10992761.htm) recuperada el día 15 de febrero de 2013.

<sup>4</sup> Tomado de <http://lema.rae.es/drae/?val=desarraigar> recuperado el día 15 de febrero de 2013



siempre entender que estos efectos además de provocar el desarraigo sufrido la mayor de las veces en silencio, generan además su invisibilización.

Según esto, no hay discusión en que el desplazamiento tiene un mayor impacto negativo en los NNA que en el resto de la población víctima de este flagelo social, al tratarse de personas en proceso de formación cuyo intelecto y esfera emocional se encuentra en formación, y con una inmadurez psicológica que los hace más vulnerables a los efectos adversos de la violencia que trae consigo el fenómeno del desplazamiento por cuanto “son testigos o víctimas directas de traumáticos hechos violentos y son arrojados a nuevos espacios de vida que ahondan las circunstancias difíciles del desarraigo” (CODHES, 2008, p.103).

Impacto que resulta desproporcionado para los NNA que lo sufren de forma directa o vivencial o por el hecho de la “desintegración familiar, asociada a la ausencia del padre (por muerte violenta, abandono o separación forzada) y a la emergencia de la madre como cabeza de familia que enfrenta con sus hijos el reto de sobrevivir en condiciones adversas por la negación de sus derechos” (CODHES, 2008, p.103).

Estas condiciones adversas implican una marcada afectación psicológica en los NNA quienes no encuentran una explicación al desarraigo ni a las demás violaciones de las que son objeto.

El Centro de Memoria Histórica –CMH–, señala en informe presentado en 2013 que jóvenes entre 18 y 25 años de edad, relataron sus “crudas experiencias de violencia cuando aun eran niños y niñas. A sus cortas edades, escucharon la orden de los actores armados para que sus padres o madres salieran de sus casas o descendieran de los buses en los que se transportaban, y vieron cómo eran interrogados, humillados, maltratados y asesinados” (2013, p.315).

Estas experiencias los marcaron para siempre, máxime si además de presenciar estos hechos “también fueron sometidos a interrogatorios, golpizas, amenazas y humillaciones por los actores armados que esperaban obtener información o presionar a sus padres o madres” (2013, p. 316).

Esta descripción, evidencia la realidad vivida por cientos de miles de NNA en Colombia, que deja en ellos una huella imborrable y les cambiará de manera definitiva su modo de sentir y percibir la vida. Es así como “nacer o crecer en situación de desplazamiento marca una condición crítica en su existencia, tanto a nivel individual como social, en la medida en que se niegan sus derechos básicos y se prolonga de manera indefinida la situación de exclusión, marginalidad y pobreza a que son sometidos” (CODHES, 2008, p.103), es decir, su invisibilización ante el Estado y la sociedad.

El siguiente esquema visualiza los impactos vistos desde las distintas fuentes de información:

### Esquema No. 1

#### Mapa de impactos del desplazamiento en NNA<sup>5</sup>



**Fuente: elaboración propia**

Este esquema enlista los graves impactos del desplazamiento en NNA y que afectan por igual su esfera física y emocional, pero siempre de manera desproporcionada en relación con los adultos, situación ratificada por la CIDH, cuando manifiesta en Opinión Consultiva 17/2002 que los conflictos armados “han ido aparejados de violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario en perjuicio de niños y adolescentes de la región, con consecuencias para ellos que resultan aún más intensas y traumáticas que para los adultos”.

No cabe duda, como bien indican sectores de la academia y organizaciones sociales, que “la protección de la niñez es una prioridad impostergable” (PLAN, 2009, p.116), situación que requiere intervención urgente y prioritaria de distintos sectores sociales, con mayor responsabilidad del Estado, en el marco de la corresponsabilidad, y así evitar el aumento de las cifras de estos NNA, pero también lograr su restablecimiento integral.

Es en este escenario, donde la memoria histórica adquiere una especial importancia en el restablecimiento de derechos de los NNA sometidos a los efectos adversos del desplazamiento, con el propósito de impedir que más generaciones de colombianos sigan creciendo con dichos efectos negativos.

<sup>5</sup> Mapa construido desde la información del Auto 251 de 2008, el informe de Fundación Dos Mundos (2007) y los Relatos de Violencia. Impactos del desplazamiento forzado en la niñez y la juventud (2000)

## 1.2- DESCRIPCIÓN DE LOS IMPACTOS EN EL AUTO 251 DE 2008

La Corte Constitucional, hizo evidente la preocupante situación de vulnerabilidad de los menores víctimas del desplazamiento, cuando expidió en el año 2008 el Auto 251, pronunciamiento que sin duda alguna, es el más importante hasta la fecha para entender la gravedad de los impactos que tiene el desplazamiento en la niñez colombiana.

La parte motiva de este Auto establece en los antecedentes y fundamentos de la decisión a tomar, la situación “constitucionalmente inadmisibles y apremiante de los NNA desplazados por el conflicto armado en el país”, reconociendo que se trata de las “víctimas más débiles e indefensas del conjunto de la población desplazada”.

Igualmente, evidencia de una parte, la ausencia de “acciones integrales, concretas y especialmente diferenciadas” que resuelvan la situación “crítica” de estos NNA, y de otra, la protección constitucional imperativa y prioritaria para los NNA por el impacto desproporcionado que tiene el desplazamiento en sus vidas.

En la segunda parte del Auto, y después de constatar el elevado número de NNA en desplazamiento, la Corte identifica los siguientes aspectos: 6 riesgos especiales de los que pueden ser víctimas; 8 impactos diferenciales y agravados del desplazamiento; 6 ámbitos críticos de afectación; 3 problemas en el ámbito familiar; y 7 razones de la insuficiente respuesta estatal, los que se leen esquemáticamente a continuación.

### Cuadro No. 1

#### Contenidos parte motiva Auto 251 de 2008

<b>Riesgos especiales de ser víctimas de...</b>	<b>Impactos diferenciales por...</b>	<b>Ámbitos críticos de afectación en...</b>	<b>Problemas familiares debido a...</b>	<b>Insuficiente respuesta estatal porque ha sido...</b>
---	--------------------------------------	---	---	---

Crímenes contra su vida e integridad personal	Desprotección ante peligros que amenazan sus derechos en distintas esferas: trata, maltrato, violencia, explotación, mendicidad	Etapa de emergencia del DFV	Desintegración por DFV, orfandad y reasignación de roles	Puntual en determinados aspectos de la política y hacia ciertos grupos de edad, y no sistemática ni integral
Reclutamiento forzado	Hambre y desnutrición	Primera infancia	Deterioro familiar y pérdida identidad étnica y cultural	Solo facilitación formal del acceso de NNA a programas gubernamentales ya existentes para población vulnerable y no específica para ellos.
MAP/MUSE	Salud y problemas de alimentación, condiciones insalubres de existencia y precaria respuesta estatal	Adolescencia	Pérdida o desgaste de capacidad protectora y proveedora a los NNA	Fragmentada y desorganizada. Brilla por su ausencia un ente coordinador y unificador de acciones
Incorporación a comercios ilícitos	Educación: problemas de cobertura, acceso, permanencia, flexibilidad y adaptabilidad del sistema	Niñas y adolescentes desplazadas		Tardía en asignación de recursos y carente de funcionarios para su materialización
Alarmantes patrones de violencia sexual	Psicosociales	Grupos indígenas o afro		Una reacción jurídico-formal con planes de acción y declaraciones de buena voluntad
Estrategias de	Recreación	Discapacidad		Desnaturalizada por sus resultados reales

control social de grupos armados ilegales	Participación y organización			Carece de un enfoque de prevención específico frente a las causas de su impacto desproporcionado en NNA
	Ejercicio de sus derechos como víctimas indefensas			

**Fuente: elaboración propia**

Asimismo, la Corte identifica un común denominador: las graves falencias en la respuesta estatal a dicha situación irregular, y señala que la acción estatal ha sido “marcadamente insuficiente” a pesar de los “esfuerzos puntuales por proporcionar atención a este grupo poblacional en ciertos ámbitos concretos y específicos” (Auto 251 de 2008, p.17).

La Corte menciona la falta de reconocimiento de los NNA como sujetos de derecho, al seguirse considerando como apéndices de sus madres y no como sujetos de derechos, lo que los “invisibiliza” en sus riesgos, vulnerabilidades y, en sus potencialidades de desarrollo hacia futuro, pues sus percepciones y sentimientos frente a los hechos de violencia vividos no logran salir a flote para su adecuado manejo familiar o institucional.

Otro factor de “invisibilización” lo constituye el hecho de que no se piensa primero en los NNA, sino en la institución más visible: la familia, debido a la consideración generalizada y errónea de que el niño no ve, no siente, no entiende y por tanto, no puede ser considerado como víctima en sí mismo.

Por último, la Corte en la parte resolutive del Auto ordenó el diseño e implementación de un nuevo programa para la protección diferencial de estos NNA (orden tercera); también el diseño y ejecución de 15 proyectos piloto de prevención y atención en distintas zonas del país (órdenes cuarta y quinta); así como la atención concreta de aproximadamente 18.000 bebés, NNA, cuya situación individual fue reportada a la Corte Constitucional (orden sexta), órdenes que a la fecha no se han cumplido en su integridad.

Se trata entonces de un “peligroso ciclo de factores de desprotección y riesgo” (Auto 251, 2008, p.30), situación que genera, en términos de la propia Corte, el desconocimiento de uno de los

finés esenciales del Estado: proteger los derechos de las personas y garantizar su efectividad, como lo ordena el artículo 2 constitucional, mandato que se potencializa en presencia de NNA.

### 1.3- EL MARCO JURÍDICO PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

Cabe preguntarse si realmente los NNA desplazados cuentan con un marco jurídico especial, amplio y suficiente de protección de sus derechos en caso de amenaza o de restablecimiento una vez han sido vulnerados, y si su condición de víctima se evidencia en el mismo.

Lo anterior, por cuanto es claro que en el ámbito internacional diversos instrumentos de DDHH y de DIH establecen el marco de protección debido desde los Estados partes a todos los NNA en situación de normalidad o paz, pero también para aquellos NNA que han sido afectados por los conflictos armados internos, pero ¿qué sucede respecto del desplazamiento?

Desde el DIH el artículo 17 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra establece su prohibición en el marco de los conflictos armados internos. También el Estatuto de Roma hace referencia al desplazamiento forzoso como un delito de lesa humanidad (literal d) numeral 1 artículo 7) y como un crimen de guerra (ordinal 8 literal b) numeral 2 artículo 8).

También están los Principios *Deng* o Principios Rectores de los Desplazamientos Internos que consagra derechos y garantías de protección y atención debidas a las personas que lo sufren, instrumento que además hace parte del bloque de constitucionalidad colombiano, por tanto, considerado fuente de interpretación y alcance de los derechos de la población desplazada, incluidos los NNA.

Igualmente, se encuentra la Convención de los Derechos del Niño, que si bien no trae una disposición específica sobre la protección de NNA contra los desplazamientos, si se aplica lo relacionado con las obligaciones de los Estados de protegerlos de los efectos adversos del conflicto armado, en particular lo indicado en sus artículos 38 y 39.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 17/2002 a propósito de los contenidos del artículo 39 de la Convención de Derechos del Niño frente a los conflictos armados y que se hace extensivo al desplazamiento, indicó que el hecho de “no darle el marco legal a la situación de la manera completa que ésta requiere coloca a la infancia en desprotección por la no existencia de un recurso legal específico para proteger esa

situación, en detrimento del derecho de no desplazarse como corolario del derecho de circulación y de residencia”.

A nivel interno y en el ámbito normativo, está la Ley 387 de 1997, que define el desplazamiento y los lineamientos esenciales para la atención y restablecimiento de sus víctimas, sin embargo, no consagra disposición expresa sobre la protección a los NNA víctimas de este flagelo social.

Por su parte, el Decreto 250 de 2005 que consagra el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada establece como uno de sus objetivos, brindar atención especial a las mujeres y niños, particularmente a aquellos NNA en situación de discapacidad, abandonados o huérfanos, a través de su ingreso en programas que se establezcan para tal efecto.

Respecto del Código de Infancia y Adolescencia –Ley 1098 de 2006- está lo señalado en su artículo 20 respecto que los NNA serán protegidos contra las guerras, conflictos armados, reclutamiento ilícito y desplazamiento. Asimismo, su artículo 41 señala entre obligaciones del Estado su protección contra desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o lugar de residencia.

Por último, está la Ley 1448 de 2011, que contempla la definición genérica de quién es víctima y por qué hechos relacionados con el conflicto. Así, aparecen necesariamente los NNA afectados por el desplazamiento como objeto de protección de esta normativa.

En materia jurisprudencial, la Corte Constitucional ha producido desde 1997 –año del primer fallo sobre el tema-, algo más de 200 sentencias, de las cuales sin duda la T-025 de 2004 es el pronunciamiento más importante, en razón a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población desplazada, al evidenciarse la vulneración sistemática de sus derechos y la grave crisis humanitaria por el desbordamiento de la capacidad de atención al fenómeno en Colombia.

Respecto de los NNA esta sentencia hizo visible los problemas de diseño y desarrollo de políticas públicas para su adecuada atención, quienes en su condición de mayor vulnerabilidad no cuentan con una política clara que les permita el fácil acceso a la oferta institucional, evidenciado además, que no existen *“programas especiales que respondan a las especificidades”* de sus problemas.

Posteriormente, en 2008, la Corte en su labor de seguimiento a las órdenes de la T-025 de 2004, profirió el Auto 251 reseñado con anterioridad y que es sin duda alguna, el pronunciamiento

más importante en cuanto a la visibilización de la situación de los NNA afectados por el desplazamiento.

En todo caso, no es poco el marco jurídico de protección existente para estos NNA, lo que es indicativo del avance por vía normativa en el reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, sí resulta necesario en términos de la propia Corte, que estos instrumentos trasciendan el “ámbito del lenguaje normativo, para permear la realidad y materializar en la vida cotidiana de estos NNA, los diversos reconocimientos y salvaguardas jurídicos de los que son titulares y que hasta ahora, por diversas y complejas razones, no han recibido la valoración ni tenido la trascendencia que constitucionalmente merecen” (Auto 251, 2008, p.16).

#### 1.4- ENFOQUE DIFERENCIAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA VÍCTIMAS DEL DESPLAZAMIENTO

La expresión “enfoque diferencial” se viene utilizando con fuerza en la formulación de políticas públicas para la atención y el restablecimiento de derechos de las víctimas de la violencia en el país, en particular desde la expedición de la Sentencia T-025 de 2004. Sin embargo, cabe preguntarse ¿qué se entiende por tal?

Esto, por tratarse de una expresión que no ha sido definida de forma precisa por la normatividad ni la jurisprudencia, a pesar de ser esencial en la justificación de la especial atención y protección que requieren algunos grupos poblacionales respecto de otros en iguales circunstancias de vulneración de derechos.

Distintas normas consagran el enfoque diferencial como un principio orientador en la aplicación de sus disposiciones<sup>6</sup>, mas no lo definen, y sólo la doctrina y la academia han efectuado algunas precisiones sobre este importante concepto<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, el Decreto 250 de 2005 que lo menciona como uno de sus principios orientadores, o la Ley 1448 de 2011 que lo asume como el reconocimiento de las características particulares que tienen ciertos grupos de la población en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad.

<sup>7</sup> La Universidad Nacional en el módulo 3.1. de la especialización en acción sin daño y construcción de paz, lo define como una forma de “análisis y de actuación social y política que, por una parte identifica y reconoce las diferencias de género, identidad sexual, etnia, edad y situación de salud, entre otras categorías; y por otra sus implicaciones en términos de poder, de condiciones de vida y de formas de ver el mundo”, el cual “busca la transformación o supresión de las inequidades y de sus expresiones de subordinación, discriminación y exclusión social, política y económica. (¶1.11)”.



Se trata entonces de un método de análisis que toma en cuenta las diversidades e inequidades de la realidad, para brindar una adecuada atención y protección de los derechos de grupos vulnerables y cuyo fin es la formulación de políticas públicas ajustadas a las necesidades y especificidades de un grupo poblacional determinado.

Ahora bien, el sólo hecho de hablar de los impactos desproporcionados que causa el desplazamiento en la niñez, constituye per se un criterio diferencial, puesto que se trata del reconocimiento de un impacto distinto y mayor en los NNA que en la población adulta, en las esferas física y emocional y en particular en el ámbito de lo psicosocial.

Es claro que los NNA son sujetos de especial protección constitucional, al ser un grupo que, en los términos de la Convención de los Derechos del Niño y de los artículos 13 y 44 constitucionales, merecen de una preferente atención por parte del Estado.

Tratamiento diferencial y especial que además fue tenido en cuenta por la Ley 1448 de 2011 al momento de reconocerlos como víctimas y por tanto titulares en términos de su artículo 28, por ser sujetos de derecho y ya no por su condición de dependientes de un adulto, entre otros, de los derechos a VJR; y, a que la política pública de que trata la ley, tenga enfoque diferencial.

Esta misma disposición reconoce a los NNA como parte de los “grupos expuestos a mayor riesgo de violaciones” de sus derechos, que requieren de unas “especiales garantías y medidas de protección” por parte de las autoridades públicas, por lo que dedica el Título VII –artículos 181 a 191- a la “protección integral” de este grupo por su condición de víctima del conflicto.

Estas normas consagran entre otros principios orientadores, la prevalencia de sus derechos, en particular los de VJR como elementos integrantes de la justicia transicional de la que también son objeto los NNA, entendido el derecho a la verdad como el acceso al conocimiento de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones de sus derechos.

Por su parte, en el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011 el derecho a la reparación integral es aquel que tienen las víctimas para que, “de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva” sean reparadas por los daños sufridos y que “comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”.

Se mencionan con especial énfasis los derechos a la verdad y a la reparación integral por su estrecha vinculación con la memoria histórica, puesto que es en ese escenario donde se circunscribe la memoria a efectos de proteger a los NNA desplazados contra toda forma de

violencia o alcanzar el goce efectivo de sus derechos, desde luego sin que se excluya el derecho a la justicia, pues a través suyo, especialmente desde la verdad judicial existe también la posibilidad de efectuar –aun cuando de forma residual-, aportes a la memoria histórica.

El Documento CONPES 3726 de 2012, importante para la ejecución y seguimiento del plan nacional de atención y reparación a víctimas, señala que sus disposiciones se desarrollarán observando, entre otros, el enfoque diferencial para NNA, resaltando que los derechos de protección prevalentes e interdependientes, el principio de protección integral y el interés superior del niño, son referentes “de interpretación para garantizar la reparación integral de niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto en los términos de los artículos 3 y 181 de la Ley 1448 de 2011”, sin embargo, resulta evidente que el enfoque diferencial sigue siendo un planteamiento general, filosófico y sin materialización concreta.

Todos estos elementos justifican la aplicación del enfoque diferencial etario en las políticas públicas de restablecimiento de sus derechos, en la medida que hay un consenso generalizado y sin lugar a dudas que son los NNA el grupo más vulnerable entre la población vulnerable.

Se cuestiona si los NNA desplazados como sujetos de especial protección constitucional<sup>8</sup> y desde la perspectiva del enfoque diferencial, deben ser tenidos en cuenta como un grupo específico para la formulación y ejecución de las políticas de memoria histórica, o por el contrario, deben tenerse como un enfoque diferencial transversal dentro de las actuales políticas en el tema.

Diversos estudios evidencian la necesidad que se materialice el enfoque diferencial y no sea simplemente un eje transversal, pues si bien aparece reseñado el tema desde la misma normatividad, también es cierto que en las acciones y experiencias que hasta el momento se han desarrollado, no se evidencia el enfoque diferencial de NNA<sup>9</sup>, entre otros enfoques diferenciales reconocidos.

---

<sup>8</sup> Calidad que se da por su condición de debilidad manifiesta, por ser sujeto vulnerable, por ser víctima o por ser objeto de discriminación, sin contar con que confluja alguna condición que los haga sujeto de múltiples vulnerabilidades, como sería pertenecer a una minoría étnica o contar con una discapacidad.

<sup>9</sup> En el Seminario Internacional Itinerante en Memoria Histórica “Diálogos, desafíos y abordajes de la Memoria Histórica en Colombia” realizado en mayo de 2010, se señaló que “es importante resaltar como reto, la construcción de Memoria Histórica con enfoque diferencial, donde se recupere la memoria de las víctimas invisibilizadas por razones socioculturales como la violencia contra las mujeres, contra las minorías étnicas, contra los niños y las niñas y los diversos sectores en razón de su orientación sexual y la identidad de género; promoviendo acciones de exigibilidad y reconocimiento de sus derechos”, tomado de [http://www.dialogos-en-educacion.org/files/SistematizacionMemoria\\_Catalina%20Betancur\\_0.pdf](http://www.dialogos-en-educacion.org/files/SistematizacionMemoria_Catalina%20Betancur_0.pdf)

## 2- LA MEMORIA HISTÓRICA COMO ELEMENTO DEL DERECHO A LA VERDAD Y SU IMPORTANCIA EN EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NNA VÍCTIMAS DEL DESPLAZAMIENTO

### 2.1- ¿CÓMO ENTENDER LA MEMORIA?

La premisa obligada aquí, es cómo debe entenderse la memoria histórica, puesto que no hay una única y universal forma de definirla. Tampoco puede entenderse como exclusiva de un solo contexto: jurídico, histórico o cultural, y, menos como adscrita a una determinada y única categoría del derecho –verdad, justicia o reparación.

Lo que sí se puede afirmar es que se trata del punto de encuentro entre pasado, presente y futuro. En términos de Aristóteles, citado por Ricoeur en su obra *La memoria, la historia, el olvido*, la memoria es sobre el pasado, es el “contraste con el futuro de la conjetura y de la espera y con el presente de la sensación (o percepción)” (2013, p. 33), es una “distinción entre el antes y el después que existen en el tiempo” (2013, p. 34), ejercicios que muchas veces van acompañados de la imaginación y la rememoración.

En el proyecto “*Las voces de NNA: ecos para la reparación integral y la inclusión social*” adelantado conjuntamente desde 2012 por el CMH y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se le define “como un proceso de narración y de reconstrucción de la historia de forma dinámica, es decir una memoria del pasado como herramienta para vivir el presente y dignificar el proyecto futuro”<sup>10</sup>.

Ahora bien, la memoria se justifica particularmente en los escenarios de conflicto o post-conflicto como forma de lograr la reconciliación nacional; el fin mismo de la justicia transicional, entendida ésta como el “conjunto de mecanismos y herramientas que permiten hacer tránsito de una situación de graves y masivas violaciones de derechos humanos, hacia la reconciliación y, eventualmente, hacia la paz” (Ministerio del Interior y de Justicia-Unión Europea, 2011, p.1).

De manera que, la memoria histórica “visibiliza los derechos a la verdad, la justicia y la reparación prometidos por la normatividad nacional e internacional en los procesos de

---

<sup>10</sup> Información tomada de <http://prezi.com/ymqsign59izh/comite-de-seguimiento-proyecto-nna/> recuperada el día 20 de abril de 2014

transición” (García, 2010, p.214). Así como también, fortalece la capacidad de acción de los individuos y las organizaciones sociales “respecto de sus demandas de paz” (García, 2010, p.214), por lo que, la memoria histórica es un elemento esencial de la justicia transicional para lograr la paz y la reconciliación post-conflicto.

Aquí se pregunta cómo ubicar la memoria, si hace parte del derecho a la verdad, o garantía de no repetición o medida de satisfacción, para saber con mayor precisión, el ámbito de protección de estos NNA.

En primer lugar, la Sentencia C-370 de 2006 la entendió como parte del derecho a la verdad y del derecho a saber, por cuanto su “contenido mínimo incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos”.

En segundo lugar, para la CIDH la memoria es una forma de compensación de carácter no pecuniario, del sufrimiento y aflicciones causados a las víctimas directas y allegados, “mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos” orientados a la “recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos”<sup>11</sup>, así como forma de “despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos”<sup>12</sup>.

En tercer lugar, es una medida de satisfacción y por ende, de reparación de derechos, entendida desde los instrumentos internacionales, la doctrina y la jurisprudencia –internacional y nacional- como simbólica.

Igualmente, la memoria es un proceso con diferentes temporalidades –pasado, presente y futuro-, por la cual no puede circunscribirse únicamente al pasado de los sujetos, en cuanto busca la construcción o reconstrucción de la historia colectiva en aras de conocer un pasado y unas raíces, pero también para evitar el deterioro de la identidad socio-cultural de la comunidad (Fuentes, 2010, p.169).

De acuerdo a lo anterior, la memoria histórica se caracteriza por entenderse de múltiples formas: como un derecho, desde la dimensión colectiva del derecho a la verdad, o como un mecanismo de protección de derechos para evitar la repetición de graves violaciones de DDHH, o como medida de reparación simbólica.

---

<sup>11</sup> Ver caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sentencia del 15 de septiembre de 2005 de la CIDH, párrafo 282.

<sup>12</sup> Ver caso “Niños de la Calle vs. Guatemala” (Villagrán Morales y otros) sentencia del 26 de mayo de 2001 de la CIDH, párrafo 103.

En todo caso, la memoria histórica es un derecho que tienen NNA víctimas del desplazamiento, con el correlativo deber del Estado en la materia, sin importar cómo se entienda este derecho, ya que lo importante es hacerlos visibles en un contexto de marcada indiferencia social.

## 2.2- CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LA MEMORIA HISTÓRICA

Debe aclararse que la memoria histórica no cuenta con una larga tradición jurídica, sin embargo, existen importantes pronunciamientos de la CIDH y de la Corte Constitucional que aportan suficientes elementos para su adecuado entendimiento y aplicación. A nivel internacional, no existe a la fecha un instrumento de protección específico sobre este relevante derecho<sup>13</sup>, salvo por los principios *Joinet* que tangencialmente hacen referencia al mismo.

Los artículos 56 y siguientes de la Ley 975 de 2005 consagran el deber de “preservación de la memoria histórica” y las medidas que se deben adoptar para hacer efectivo este deber del Estado. A su vez, el artículo 4 de la Ley 1424 de 2010<sup>14</sup> y el artículo 144 de la Ley 1448 de 2011<sup>15</sup>, reiteran la relevancia de la memoria histórica en el marco del reconocimiento del conflicto y sus víctimas.

Sin embargo, no se observa una disposición específica que establezca el deber de preservación de la memoria histórica de los NNA víctimas del desplazamiento, como si sucede, por ejemplo, con los grupos étnicos<sup>16</sup>.

## 2.3- LA ESTRECHA RELACIÓN ENTRE LA PRESERVACIÓN DE LA MEMORIA Y LA RECONCILIACIÓN

La memoria histórica resulta trascendental cuando se trata de contextos de guerra o graves violaciones de DDHH. En efecto, siempre cumple un papel relevante en las sociedades democráticas por tratarse de una oportunidad de diálogo social y un espacio de construcción de

---

<sup>13</sup> Su consagración, en el contexto internacional, se da en el marco de los principios sobre la lucha contra la impunidad (Principios *Joinet*, 1997) que, además del derecho a la verdad, establecen, dentro de los principios generales, el deber de recordar.

<sup>14</sup> Consagra el mecanismo no judicial de acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación, con el otorgamiento de beneficios a desmovilizados que colaboren en el esclarecimiento de hechos victimizantes.

<sup>15</sup> Ordena la creación e implementación de un Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica en aras de su preservación.

<sup>16</sup> Contenidas en los Decretos Leyes 4634 y 4635 de 2011

futuro. Porvenir que debería fijarse desde la reconciliación entre quienes antes se consideraban antagonistas, tal como se lo propone la justicia transicional.

Así, dar voz al que no la ha tenido con anterioridad, potencia sus capacidades al considerarlo un individuo valioso y digno de ser escuchado y hace posible el encuentro entre quienes antes no tenían nada en común aparte de la guerra. De allí que la reconciliación sea uno de los efectos de los ejercicios de memoria histórica en los contextos de justicia transicional.

En ese contexto, se ha señalado que la búsqueda de la verdad y la construcción de la memoria histórica son dos de los mecanismos esenciales en el camino hacia la reconciliación de la sociedad colombiana, cuyo primer paso se dio en 1997 con la expedición de las Leyes 387 y 418 que reconocieron formalmente la existencia de víctimas del conflicto armado y de violencia en el país.

Ahora bien, el objetivo de la memoria histórica, es mucho más que el de relatar, visibilizar y sistematizar los hechos de violencia acaecidos, pues debe tener un propósito aún más amplio, de abarcar a la sociedad en general para que, de un lado, conozca su propia historia como parte de su patrimonio y, de otro, no repita los mismos hechos de violencia y barbarie.

Memoria que, en esencia, busca recordar, rememorar y sobre todo no olvidar los hechos de violencia, con el fin último que éstos no se vuelvan a repetir, desde luego, un recuerdo entendido sin dolor.

#### 2.4- IMPORTANCIA DE LA MEMORIA HISTÓRICA EN LA REPARACIÓN DE LOS NNA DESPLAZADOS

Aquí se trae a colación lo señalado por expertos en la materia que indican que gran parte de la recuperación psicosocial y emocional de NNA que han sido víctimas de hechos de violencia, está en el poder expresar sus sentimientos, sus temores y angustias. Bello dijo en 2000 que “para evaluar los impactos del desplazamiento sobre los niños y niñas es necesario considerar las pérdidas significativas (afectivas y materiales), los eventos vividos y lo que se deja atrás y se enfrenta ahora en términos de vivencias dolorosas o gratificantes” (p.150).

Resulta necesario que los NNA encuentren posibilidades de contar sus historias y expresar su versión de la realidad, para no acumular el dolor (Bello, 2000, p.150), puesto que lo que se busca es precisamente que aun en medio de la adversidad puedan superar los impactos desproporcionados de la violencia del desplazamiento en sus esferas física y emocional.

Frente a casos emblemáticos, como la masacre de El Salado-Bolívar, cuyos horrores fueron presenciados por NNA de la comunidad, el CMH resalta en su informe de 2013 que los mismos “ilustran la grave forma en que se afectaron los procesos de socialización y construcción de la identidad de niños y niñas. Los actos violentos alteran su desarrollo psicológico normal, debido a la exposición a escenas y vivencias intensas” (2013, p.218).

Entonces, si “la búsqueda de la verdad histórica es un asunto que compromete tanto al Estado en su conjunto, como a la sociedad y es un requisito fundamental para que las sociedades puedan saldar las deudas en DDHH y en DIH y puedan darse integralmente la oportunidad de volver a vivir como condición indispensable para el reencuentro y la reconciliación nacional” (Velásquez, 2008, p.194), con mayor razón debe haber un compromiso del Estado si hay involucrados NNA en dicho proceso de reencuentro y reconciliación nacional.

Es una oportunidad que aquí toma mayor importancia, en la medida que hay involucradas nuevas generaciones frente a las cuales puede educarse en valores como la paz y la tolerancia, partiendo de los hechos del pasado, para no repetir en el futuro los patrones de violencia del conflicto colombiano.

Claro, no puede afirmarse que a través de la memoria se logre la construcción única de la verdad histórica, por cuanto en el marco de los post-conflictos, esta construcción no se agota con una primera versión de los hechos victimizantes.

Por el contrario, “a medida que se desarrolla el proceso, la palabra se va tomando la memoria y los mismos hechos son contados una y otra vez y en cada ciclo se aportan nuevos matices, nuevos hechos, nuevas maneras de expresar lo vivido, tanto desde las víctimas sobrevivientes como de los victimarios” (Velásquez, 2008, p. 199).

Entonces, los planes, programas y acciones de memoria histórica, deben buscar la materialización del concepto de resiliencia, entendida como el “conjunto de procesos sociales e intra-psíquicos que posibilita una vida sana en un medio insano” (Bello, 2000, p.151).

Además, se trata -en términos de cliché- de una apuesta a la construcción de un mejor futuro, a partir del conocimiento del pasado y en el que NNA juegan incluso un mayor papel que los adultos, partiendo de la base que aquéllos, tienen respecto de estos “más historia y más futuro que los adultos de hoy. Tienen más memoria e imaginación que los adultos” (Barratta, 1995, p.14).

Desde diversos sectores, incluida la academia y en relación con las consecuencias de la exposición constante y creciente de los NNA a la violencia, conflicto armado y desplazamiento, se cuestiona qué significa crecer en medio de la violencia o de los recuerdos violentos, y la respuesta se obtendría necesariamente desde la memoria histórica y las acciones públicas y privadas que se pueden desarrollar en el tema.

La memoria se constituiría en una forma de abordar el conocimiento de la verdad real o incluso la judicial, desde luego en el lenguaje apropiado a la edad, para obtener respuesta a interrogantes sobre cómo, dónde, quiénes, por qué, entre otros aspectos que se suelen indagar sobre los hechos de violencia del conflicto armado, y que no tienen respuesta, permitiendo abordar en el ámbito de lo psicosocial, los distintos problemas que presentan estos NNA, como falta de “concentración, memoria y aprendizaje; episodios de pánico repentinos, alteraciones graves del sueño, dificultades del lenguaje y comunicación, agresividad e hiperactividad” (CMH, 2013, p.322).

Problemas e interrogantes que las familias no están en capacidad de asumir ni de responder, porque no saben las razones de su ocurrencia o porque consideran que son efectos transitorios o momentáneos y no requieren de ayuda profesional, o simplemente porque prefieren callar y olvidar el pasado, puesto que en su parecer ese fue su destino.

Surge la duda del papel que juegan los NNA en la construcción de la política pública de memoria histórica y la respuesta es una dicotomía: pueden ser actores o simples beneficiarios de dicha política. Tradicionalmente, se les ha considerado como sujetos pasivos de las políticas públicas, en la medida que su rol ha sido el de ser simplemente beneficiarios.

Pero también pueden ser sujetos activos y aportar desde sus historias, recuerdos, percepciones e incluso anhelos, elementos importantes para la reconstrucción de esta memoria histórica y que, aun cuando en muchos casos no han vivido directamente la violencia, si han sufrido las consecuencias de dicha violencia a través de las vivencias y relatos sus padres, hermanos y demás familiares.

De entrevistas realizadas a las expertas en niñez y desplazamiento, María Eugenia Montoya el 7 de septiembre de 2013 y María Angélica Gómez el 17 de octubre de 2013, se evidenció que el principal obstáculo en el tema, consiste en que los NNA son *invisibles, inaudibles en relación con el tema de memoria histórica y verdad y no se ha pensado en ellos, ni se les reconoce sus derechos como víctimas* (Montoya, entrevista 2013).



Además, la *institucionalidad colombiana ha tenido grandes falencias en lograr incluir de manera real y permanente la voz de niños y niñas, de garantizar no solo el cumplimiento de restitución de derechos per se, sino hacerlos sujeto activo del proceso* (Gómez, entrevista 2013), lo que en la práctica lleva a la continuidad de las victimizaciones de las que han sido objeto y sean sometidos como única opción al olvido.

Situación preocupante, máxime, cuando el mismo CMH reconoce que su labor “constituye una plataforma de expresión de múltiples voces y memorias, priorizando las voces de las víctimas en la construcción participativa de la memoria, que contribuye a la realización del derecho a la verdad y a la reparación integral en un horizonte de construcción de paz, democratización y reconciliación bajo los principios de solidaridad, participación, autonomía y dignidad con un enfoque territorial, diferencial y de reparación transformadora” (CMH, 2012, p.3).

Por esto, a efectos de una adecuada reconstrucción de la memoria frente a los hechos de violencia de la que fueron víctimas los NNA o que aun sin serlo, han sido receptores de la violencia sufrida directamente por sus padres y hermanos mayores, es necesario incluir su voz, su sentir, su percepción de los hechos de violencia, puesto que esta reconstrucción no opera igual en adultos que en NNA y frente a estos se debe apelar a mayores elementos, recursos y mecanismos que permita el afloramiento de sus sentimientos con la mayor naturalidad y espontaneidad posible.

Es así como el arte y diversas manifestaciones culturales deben hacer parte de la reconstrucción de la memoria, en una especie de eje transversal de la política pública de memoria histórica, bajo el entendido que “el teatro, el cine, los relatos...las producciones culturales sostienen la memoria colectiva” (Rosseto, 2007, p.24).

Se propone entonces establecer una cátedra a nivel primaria, secundaria y media vocacional, pero también una cátedra que trascienda estos escenarios educativos y dirigida a la sociedad y a los docentes, relacionada con la existencia en el país de un conflicto armado, con presencia de unos actores y con unas graves consecuencias en materia de violación de DDHH, pero desde la perspectiva de la reconciliación.

Se trata, como han señalado algunos expertos, de transmitir a los docentes, pero también a la sociedad, la necesidad de educar en la memoria de hechos traumáticos para las sociedades de todos los tiempos, como paso necesario para construir el futuro (Rosseto, 2007, p.26) y en el que se combinen tiempos y espacios (CNRR-OIM, 2009, p.21), o en términos del informe conjunto CNRR-OIM “las memorias son...la vida que nace y se proyecta en medio de la

calamidad, que no se rinde espantada ante los excesos de la violencia ni los ignora y en su perseverar recupera el sentido que hace posible una comunidad presente y futura” (p.21).

Pero ¿por qué se insiste en que las acciones de memoria para estos NNA se desarrollen de forma prioritaria en el escenario académico, más que en el comunitario o familiar? Básicamente porque es en la escuela donde NNA conviven la mayor parte del tiempo e interactúan con otros, receptores que en ocasiones acogen, en otras rechazan, pero que forman parte de esa nueva vida y de la construcción de una nueva identidad después del desarraigo.

La escuela se torna en un pequeño país que representa el pluralismo y la multiculturalidad, pero también lo negativo de la diversidad: el rechazo por lo diferente, lo desconocido y que genera discriminación. En términos de Savater, citado por el PNUD en su informe sobre desarrollo humano 2003, es “en la deseable complejidad ideológica y étnica de la sociedad moderna...queda la escuela como el único ámbito que puede fomentar el aprecio racional por aquello que permite vivir juntos a los que son gozosamente diversos” (p. 425).

## 2.5- IDENTIFICACIÓN DE VACÍOS

De entrevista realizada el 7 de septiembre de 2013 a la experta en enfoque diferencial etario María Eugenia Montoya, quedó claro que a la fecha “*ninguna entidad pública ni organización social se ha pensado el tema de la memoria histórica con enfoque de niñez ni adolescencia*”, y el tema sigue siendo un “*asunto adulto céntrico que no reconoce las afectaciones de los NNA ni los asume como sujetos sociales históricos con un papel preponderante en la garantía de no repetición*”.

Aun cuando no existe discusión frente al hecho que los NNA son una prioridad, y así se lee y repite en los distintos escenarios académicos e institucionales del país, entre otras razones por encontrarse plasmada dicha prioridad a nivel constitucional al señalarse que los derechos de los NNA priman sobre los derechos de los demás, también es cierto que este importante postulado constitucional no ha logrado su verdadera materialización en lo que a ciertos derechos concierne, precisamente por esa visión adulto céntrica señalada por la experta entrevistada y que hace que las políticas y acciones se formulen desde la perspectiva del adulto.

Se observa por ejemplo, en la ruta de reparación integral para NNA que de forma conjunta diseñaron el ICBF y la UAERIV, cuando incluyen la memoria histórica dentro de las directrices

de una política de reconciliación para NNA, pero sin ahondar en la manera como la misma se realizará, y sólo indicando los objetivos de dicha política.

Asimismo, de entrevista efectuada el 17 de octubre de 2013 a la experta en niñez desplazada, María Angélica Gómez, se identificaron entre otros vacíos, la falta de articulación interinstitucional para coordinar las estrategias de intervención, en particular entre la Unidad de Atención Especial y Reparación Integral a Víctimas –UAERIV–, el CMH y el ICBF; la escasa participación de NNA desplazados en los procesos de diseño de metodologías y lineamientos de políticas públicas; y, la inadecuada sistematización de experiencias, metodologías, lecciones aprendidas y avances locales en la materia.

Con lo anterior, se evidencian los principales vacíos de la política pública de memoria histórica en clave de infancia y adolescencia, puesto que aun cuando reconocen algunos avances en acciones y programas puntuales, los mismos no representan una política pública como tal, en ocasiones por tratarse de acciones desarrolladas desde lo regional y con poco impacto en lo nacional; en otras, por tratarse de ejercicios de identificación de violencias distintas al desplazamiento; y, en las más de las veces, por no tenerse en cuenta la opinión y voz de los NNA como víctimas.

Así por ejemplo, no se cuenta a la fecha con un programa o línea acción específica y menos con una política pública que enfatice en la escuela como el medio o escenario idóneo para intervenir a los NNA afectados por el desplazamiento, en la medida que la escuela hace las veces de laboratorio social que permite reunir distintos actores –estudiantes, docentes, familia- con problemáticas distintas, que deben ser intervenidas por el Estado para su adecuada superación.

El mismo CMH ha señalado que “la escuela es uno de los espacios más afectados por el conflicto armado, por este motivo el derecho de los niños y las niñas a la educación ha sido vulnerado en múltiples ocasiones” (2014, p. 12), escenario en el que pueden llevar a cabo múltiples acciones con el fin de “potenciar los procesos de reparación desde acciones educativas” (2014, p. 15), pero que desafortunadamente no se han llevado a cabo, perdiéndose con ello una valiosa oportunidad de intervención.

Vacíos que podrían llenarse teniendo en cuenta la inclusión de algunos elementos importantes dentro de la política de memoria histórica para estos NNA, manifestados por las expertas consultadas, a saber:

- El reconocimiento material –no formal-, del enfoque diferencial de las víctimas por ciclo vital, incluyendo también a los *nascituros* que vivieron el desplazamiento durante la etapa

de gestación, y en consecuencia nacieron fuera de su contexto cultural lo cual afecta la construcción de identidades colectivas y ciudadanas.

- Los relatos y voces de los NNA acerca de su particular situación, puesto que lejos de subestimarse, deben priorizarse al ser verdades subjetivas particulares y hasta históricas, desde luego, en su perspectiva de NNA.
- La incorporación de metodologías y contenidos de la memoria histórica en el sistema educativo formal e informal, puesto que el aula escolar es un escenario propicio para facilitar los procesos de reconciliación.
- El reconocimiento de las lecciones aprendidas en procesos efectuados desde la sociedad civil, lo que en la práctica permitirían evitar la re-victimización en NNA y que podrían ayudar a orientar o re-orientar las metodologías a aplicar, sobre la base de aquellas que hayan brindado mayores resultados en la materia.
- El garantizar procesos de resiliencia de NNA, como una forma de superación de los hechos y consecuencias negativas devenidas del desplazamiento como hecho victimizante.

## CONCLUSIONES

1. No cabe duda que el conflicto armado y el desplazamiento forzado que vive el país desde hace más de 50 años, constituyen en términos de la Corte Constitucional una vulneración masiva, sistemática y continua de derechos fundamentales que afecta cuantitativa y cualitativa a NNA quienes reciben un mayor impacto del fenómeno, según se describió en el Auto 251 de 2008, resumido en este artículo.

2. La memoria histórica es un elemento útil en la superación de los impactos del desplazamiento en NNA, particularmente los causados en su esfera psicológica y emocional, ya que en términos del CMH, la memoria debe entenderse como una reconstrucción dinámica de la historia, nunca estática, puesto que se trata de una valiosa “herramienta para vivir el presente y dignificar el proyecto futuro”.

3. A partir de la evocación de los hechos del pasado o de sus secuelas, se podrá construir un futuro para los NNA lejos de dichas afectaciones, permitiendo la construcción de su identidad como ciudadanos en el que la violencia no tenga un referente en sus vidas.

4. La memoria histórica permite dejar a un lado esa sesgada y peligrosa construcción de identidad a partir del desplazamiento en la que vienen creciendo muchos NNA, y que después de varios años de haberlo vivido –directa o indirectamente- aún siguen bajo este “estigma” social. Entender que el desplazamiento es una situación transitoria y no una condición permanente, facilita su superación.
5. Sólo con la adecuada y conjunta intervención de Estado-familia-sociedad, los NNA desplazados podrán materializar el postulado de “dignificar el proyecto de futuro”, de lo contrario, dichas afectaciones dejarán huellas en sus personalidades, que se reflejarán en su vida adulta.
6. La memoria histórica permite a las nuevas generaciones conocer de forma más fidedigna sobre su pasado, de su familia y la sociedad, al oír y leer las voces de todos los actores de su realidad, y desde allí reconocerse como individuo capaz de superarlos y lo más importante, no repetirlos.
7. Hay un interesante trabajo del CMH de recopilación y análisis de testimonios e historias de NNA víctimas del conflicto y su impacto en el desarrollo psicosocial. Sin embargo, no se evidencia la forma como se va a utilizar esta información para formular planes y programas de memoria histórica encaminados a la reconciliación nacional.
8. Las acciones del Estado desarrolladas hasta la fecha, son ejercicios aislados que, aunque valiosos, se trata solamente de un incipiente esfuerzo que no puede enmarcarse como una verdadera política pública de memoria histórica para la niñez y adolescencia desplazada, que permita hablar de un sistema integral en la materia.
9. Aun cuando se identificaron ejercicios de memoria histórica recogidos en informes de entidades públicas (CMH principalmente) y de organizaciones privadas (ICTJ), los mismos no han trascendido a escenarios distintos al académico o de consultoría, a pesar de contener valiosos relatos de NNA víctimas del conflicto.
10. El enfoque diferencial que debe regir las políticas públicas para la atención y restablecimiento de derechos de víctimas del desplazamiento, sigue siendo un postulado etéreo, sólo un principio orientador, que aunque plasmado en distintas normas, aun no se materializa, invisibilizando con ello a los NNA.
11. La memoria es elemento clave en las construcciones sociales y democráticas, ya que recordar la historia, por dolorosa que sea, permite a futuras generaciones no cometer los mismos errores y apartarse del camino de la violencia. Se trata de un deber ser de la agenda política y

educativa del país, pues los NNA tienen el potencial de la resiliencia, cuando han sufrido el dolor de la violencia.

12. La memoria histórica es un elemento clave en cualquier política de perdón y olvido, sin desconocer claro, que el perdón podría obligarse, mas no así el olvido, pues se trata de un proceso personalísimo que los NNA como sujetos de derecho podrán optar por aplicarlo o no en sus vidas.

#### RECOMENDACIONES:

1. En cumplimiento de los Principios Joinet “emprender un examen amplio” de la normatividad y política actual de memoria histórica en clave de niñez y adolescencia, que materialice el enfoque diferencial establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en el marco legal y reglamentario más allá de su simple enunciación.

2. Crear una comisión de la verdad para los derechos de NNA víctimas del desplazamiento, con el fin de dar a conocer a la sociedad y a estos NNA, la verdad sobre las violaciones de sus derechos, esto como parte del cumplimiento de los principios Joinet y teniendo en cuenta que este mecanismo adquiere cada día mayor importancia y reconocimiento en el mundo.

3. Revisar las experiencias de países como Chile y Argentina, por tener un amplio e importante recorrido en estos temas, partiendo del reconocimiento de que no somos el primer país de la región con problemáticas de violencia en NNA.

4. Orientar la reconstrucción de memoria hacia la reconciliación nacional, mediante la acción conjunta de varias entidades del Estado, cooperación internacional y sociedad civil, en la medida que se requiere el esfuerzo de múltiples sectores, para incluir temas propios de niñez y adolescencia y cuya competencia está en diversas entidades del Estado y no sólo del CMH.

5. Diseñar y poner en marcha una cátedra que trascienda los escenarios educativos, a fin de permear la sociedad y hacer evidente las graves consecuencias del conflicto y el desplazamiento, pero que no signifique educación en y para la guerra, sino para la reconciliación y que haga parte de ese conglomerado de competencias para la vida propias de todo ser humano denominadas competencias ciudadanas.

6. Considerar los NNA como verdaderos sujetos activos de las políticas públicas, ya que pueden aportar desde sus historias, recuerdos o percepciones, y desde la imaginación y la creatividad, importantes para la superación de los hechos de violencia. Por tanto, aprovechar sus múltiples relatos y voces, desde su propia forma de percibir el mundo.

7. Reconocer la escuela como escenario ideal de ejecución de acciones en memoria histórica, al confluir allí diversos actores sociales y permitir confrontar la realidad del entorno con los DDHH.

#### REFERENCIAS:

- Arias, S., Bautista, M., Guzmán D., Jimeno, G., Saffon, M., Velásquez, M. (2008). *Recomendaciones para garantizar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: OIM.
- Baratta, A. (1995). “*La niñez como arqueología del futuro*”. En *Justicia y derechos del niño* No.9. Año 2007 (p.p.7-15). Santiago de Chile: Unicef.
- Bello, M., Mantilla, L., Mosquera, C., Camelo, E. (2000). *Relatos de la violencia. Impactos del desplazamiento forzado en la niñez y la juventud*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Fundación Educativa Amor.
- Centro de Memoria Histórica (2012). *Informe de Rendición de Cuentas. Período comprendido de Noviembre 3 de 2011 a 30 de Septiembre de 2012*.
- Centro de Memoria Histórica (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Informe General Grupo de Memoria Histórica*.
- Centro de Memoria Histórica (2014). *Informe de Rendición de Cuentas*.
- Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ (2009) “*Recordar en conflicto: iniciativas no oficiales de memoria en Colombia*”.
- CODHES (2008). *Desplazamiento Forzado y Enfoques Diferenciales*. Documentos CODHES No.9.
- CNRR (2009). *Recordar y narrar el conflicto. Herramientas para reconstruir memoria histórica*.
- CNRR-OIM (2009). *Memorias en tiempo de guerra. Repertorio de iniciativas*.
- Díaz, A., Gutiérrez, Hulsman, L., M., Luna, P., Mariño, et al. (2003). *Cátedra de investigación científica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Díaz, C. (2010). *Elementos para un programa administrativo de reparaciones colectivas en Colombia. En Tareas Pendientes: Propuesta para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia* (p.p.279-317). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ.
- Fundación Dos Mundos (2007). *Niñez y adolescencia en situación de desplazamiento forzado: hacia una política pública diferenciada*.
- Fundación PLAN (2009). *Deshaciendo futuro: Voces de niños y niñas en situación de desplazamiento*.

Ministerio del Interior y de Justicia (2011). Cartilla “*Justicia Transicional: Aportes para construir un lenguaje unificado de transición en Colombia*”.

Montealegre, D., Urrego, J. (sin fecha) *Módulo 3.1 enfoques diferenciales de género y etnia, de la Especialización Acción sin Daño y Construcción de Paz*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. consultado en <http://bivipas.info/bitstream/10720/415/24/D-222-PIUPC-P24-249.pdf>

PNUD (2003). *Informe de desarrollo humano “El conflicto, callejón con salida”*.

Ricoeur, P., (2013 reimpresión). *La memoria, la historia, el olvido*.

Rosseto, C. (2007) “*Argentina: La lucha por el derecho a la verdad*” en Memoria Histórica. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya.

Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (2013). *Informe del sistema nacional de atención y reparación integral a las víctimas a las Comisiones Primeras de Senado y Cámara*.

#### **JURISPRUDENCIA Y PRONUNCIAMIENTOS**

Corte Constitucional, Sentencia T 227 de 1997

Corte Constitucional, Sentencia T 025 de 2004

Corte Constitucional, Sentencia C 370 de 2006

Corte Constitucional, Auto 251 de 2008

Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC 17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No.17.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C N 63.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso hermanas Serrano Cruz vs El Salvador*. Voto Disidente. Sentencia del 9 de septiembre de 2005. Serie C N 131.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia 15 de septiembre de 2005. Serie C N 134.

#### **REGULACIÓN NORMATIVA NACIONAL**

Ley 387 de 1997

Ley 975 de 2005

Ley 1098 de 2006

Ley 1424 de 2010

Ley 1448 de 2011

#### **SITIOS DE INTERNET**

[[bivipas.info](http://bivipas.info)].



[[www.dialogos-en-educación.org](http://www.dialogos-en-educación.org)].

[[www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co)].

[[prezi.com](http://prezi.com)].

[[www.rae.es](http://www.rae.es)].

[[www.unidadvictimas.gov.co](http://www.unidadvictimas.gov.co)].

## **LA PROBLEMÁTICA DE LOS OCUPANTES SECUNDARIOS EN LOS TERRITORIOS COLECTIVOS DE JIGUAMIANDÓ Y CURVARADÓ**

LUISA FERNANDA VELA MIRANDA <sup>1</sup>

### RESUMEN:

En el desarrollo de esta investigación se aborda la problemática de la ocupación secundaria, específicamente en el caso de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó ubicadas en el Urabá Chocoano, las cuales fueron víctimas de desplazamiento forzado y despojo de tierras, siendo su territorio ocupado por ocupantes secundarios, quienes a su vez deben desalojar para poder realizar la restitución material a las mencionadas comunidades, lo cual se está desarrollando en el marco de las medidas ordenadas a su favor por la Corte Constitucional, siendo necesario identificar los derechos que deben ser garantizados a los ocupantes secundarios de población vulnerable y víctimas, una vez se adelante el desalojo.

---

<sup>1</sup> Abogada con Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externando de Colombia

*Palabras clave:* Desplazamiento forzado, despojo de tierras, restitución, ocupación secundaria, población vulnerable, derechos.

ABSTRACT:

In the development of this research the problem is secondary occupation, specifically in the case of the Communities of Jiguamiandó and Curvaradó located in Urabá-Chocoano, which were victims of forced displacement and dispossession of land, and its occupancy territory by another people who must leave to do material restitution to the communities mentioned, which is being developed as part of the measures ordered in his favor by the Constitutional Court, being necessary to identify the rights that must be guaranteed to secondary occupants, who will be vulnerable and victims population, once the eviction is done.

*Key words:* Forced displacement, dispossession of land, restitution, secondary occupation, vulnerable population, rights.

INTRODUCCIÓN

Una de las consecuencias con mayor impacto sobre la población civil que ha generado el conflicto armado interno colombiano es el fenómeno del desplazamiento forzado y el despojo de tierras, el cual ha afectado principalmente al campesinado del país, los indígenas y comunidades afrodescendientes.

El desplazamiento forzado y despojo de tierras han generado, al mismo tiempo, otro tipo de problemáticas sociales como es el caso de la ocupación secundaria, que consiste en la ocupación de predios que fueron objeto de desplazamiento por terceras personas de buena fe, debido a que nada tuvieron que ver con los hechos violentos, quienes deben desalojar con el fin de que sean restituidos, sin tener otra opción de vivienda y de subsistencia teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos se encuentran en situación de vulnerabilidad y en otros obedecen también a víctimas de desplazamiento.

Para el caso de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, durante el tiempo que sufrieron el desplazamiento en los años de 1997 a 2005, sus territorios colectivos se vieron afectados por la presencia de varias empresas dedicadas a la ganadería y el cultivo de palma de aceite, las cuales junto con otras personas tanto naturales como jurídicas ocuparon irregularmente cerca de treinta y cinco mil hectáreas (35.000 HAS). (INCODER, 2012).

En este orden de ideas, la ocupación en los territorios colectivos se presentó de varias formas: a través de poseedores de mala fe, propiedad privada sustentada en presuntos títulos falsos, la existencia de títulos de propiedad privada legítimos dentro del territorio colectivo con anterioridad a la adjudicación del mismo, la ampliación ilegal de las áreas de predios de propiedad privada por vía de accesión, contratos de compraventa y arrendamiento y finalmente, mediante el repoblamiento de los territorios colectivos a través de lo que se ha denominado ocupación secundaria.

Esta última situación, a pesar de la existencia de la presunción legal establecida en el artículo 15 de la ley 70 de 1993 que considera que toda ocupación y posesión de un territorio colectivo de mala fe, debe ser analizada en contexto, debido a que, como ya se señaló, es ejercida por personas que pueden llegar a considerarse de buena fe, teniendo en cuenta que son ajenas a los hechos que generaron el desplazamiento y despojo de tierras y que por su situación de vulnerabilidad deben ser beneficiarias de ciertas medidas que busquen proteger sus derechos.

En este orden de ideas, para el caso del repoblamiento u ocupación secundaria existen aproximadamente 891 hectáreas ocupadas, las cuales están representadas en siete repoblamientos conformados por 471 familias que no pertenecen a las comunidades negras titulares de los territorios colectivos, dentro de las cuales a través de esta investigación se logró establecer la existencia de población vulnerable como niños, niñas, adolescentes, mujeres, adultos mayores y también víctimas de desplazamiento.

Estas ocupaciones deben ser objeto de desalojo debido a que en el marco del seguimiento al cumplimiento a la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional ha proferido una serie de medidas a favor de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó que buscan la protección de sus derechos y la restitución material de su territorio colectivo.

El desalojo de estas personas se torna complejo dado que dentro de la población de ocupación secundaria se encuentra la existencia de grupos vulnerables, tales como campesinos, mujeres, adultos mayores, niños y niñas así como también víctimas de desplazamiento forzado, y si bien el Estado debe reivindicar los derechos que se han visto vulnerados a las Comunidades de

Jiguamiandó y Curvaradó, también es su deber garantizar los derechos de los ocupantes secundarios de población vulnerable dada su situación desfavorable, propendiendo porque la restitución debe ser estable y duradera, evitando provocar conflictos sociales más agudos.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, esta investigación tiene el siguiente problema de investigación: ¿cómo se garantizan los derechos al debido proceso, a la igualdad, y la propiedad a los ocupantes secundarios de población vulnerable, en el marco de las medidas de protección ordenadas por la Corte Constitucional para la restitución de material de los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó, ubicados en los municipios del Carmen del Darién y Riosucio Chocó durante el periodo 2009 a la fecha?.

En este sentido, el interés por estudiar el fenómeno de la ocupación secundaria, se debe, en primer lugar, a que no ha sido desarrollada desde una perspectiva académica a pesar de ser una problemática que se ha venido presentando en todo el país como una de las consecuencias que ha generado el desplazamiento. En segundo lugar, si bien esta situación fue identificada a partir de los procesos de restitución de tierras que se han adelantado en el marco del proceso establecido en la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, tuvo en cuenta medidas compensatorias a favor de los opositores sólo en los casos que lograran demostrar buena fe exenta de culpa, lo cual difícilmente se puede demostrar debido a que el estándar establecido por la Ley y la jurisprudencia es demasiado alto.

En estos casos en los que el opositor no logra demostrar buena fe exenta de culpa se identifica la existencia de personas vulnerables que en todo caso obraron de buena fe dado que nada tuvieron que ver con los hechos que generaron el desplazamiento o el despojo, sin que exista en Colombia algún instrumento normativo que establezca medidas de protección a su favor y por ende una solución.

Ahora bien, específicamente en relación con las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, si bien la restitución de sus territorios no se adelanta en el marco de la Ley 1448 de 2011, si no a través de las medidas ordenadas por la Corte Constitucional, esta problemática tampoco ha sido caracterizada y por tanto no se ha ordenado ningún tipo de protección para los ocupantes secundarios de población vulnerable que tengan que ser desalojados, por tanto se hace necesario identificar alternativas de solución para mitigar el impacto social que se pueda generar al interior de esta población.

En este sentido, el objetivo general es identificar los derechos fundamentales que deben ser garantizados a los ocupantes secundarios respecto a las medidas de protección ordenadas por la

Corte Constitucional para la restitución de los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó. Para el desarrollo del objetivo general se trabajaron en tres objetivos específicos: 1) analizar el caso de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, desde el contexto geográfico, conflicto armado, desplazamiento forzado y despojo, así como las medidas de protección ordenadas a su favor por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional, 2) analizar la Ocupación secundaria en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó y 3) analizar los derechos al debido proceso, igualdad y propiedad privada de los ocupantes secundarios de población vulnerables en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó y la forma en que deben ser garantizados.

En cuanto a la metodología se utilizó un estudio de tipo explicativo debido a que se analizaron las diferentes variables que están relacionadas directamente con el fenómeno de desplazamiento forzado y los efectos que se generaron, como es la ocupación secundaria de población vulnerable, así mismo se establecieron una serie de alternativas de solución para cada uno de los derechos que se deben garantizar a estas personas, para el caso específico de su desalojo en los territorios colectivos de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó.

El proceso investigativo desarrollado se realizó a partir de las siguientes etapas: 1) revisión de información primaria y secundaria relacionada directamente con el objeto de estudio. Para ello se revisó toda aquella información de carácter jurisprudencial, doctrinaria y normativa tanto en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el jurídico interno, así como estudios e investigaciones relacionadas con el fenómeno del desplazamiento forzado y despojo de tierras, 2) análisis y sistematización de la información recolectada para establecer los criterios que permitan dar respuesta al problema de investigación y 3) elaboración del informe final mediante un proceso de retroalimentación que se efectuó entre la autora, la tutora y el Centro de Investigación de Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

En cuanto a las técnicas de obtención de la información se realizaron las siguientes fases: 1) diseño del instrumento de medición mediante el proceso de operacionalización de variables a partir del concepto ocupación secundaria de población vulnerable en los territorios de Jiguamiandó y Curvaradó, 2) elaboración del cuestionario, el cual consistió en una entrevista estructurada dirigida a expertos en el tema objeto de estudio funcionarios del Ministerio del Interior y la Unidad de Restitución de Tierras, 3) aplicación de la entrevista al personal seleccionado y 4) análisis y sistematización de los resultados que fueron incorporados en el documento final.

## 1- DESPLAZAMIENTO Y DESPOJO DE TIERRAS EN EL URABÁ CHOCOANO: COMUNIDADES DE JIGUAMIANDÓ Y CURVARADÓ

El desplazamiento forzado de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó tuvo lugar aproximadamente entre los años 1997 y 2005 y se dio con ocasión del conflicto armado que se intensificó, en este periodo de tiempo, tanto en el Urabá Chocoano, como el Antioqueño. Los grupos armados ilegales que hacían presencia en ésta zona, paramilitares y las FARC, se disputaban el territorio por la ventaja estratégica que ofrecía para el narcotráfico debido a los corredores de movilidad que tenían establecidos para ello.

De otra parte, como una forma de contrarrestar el cultivo de coca el gobierno empezó a impulsar la siembra de palma de aceite, por lo que la selva chocoana fue copada por dichos cultivos; sin embargo, luego de darse el desplazamiento de los habitantes de las Cuencas de los ríos de Jiguamiandó y Curvaradó, cuando empezaron a retornar a sus territorios colectivos se enfrentaron a la situación de que estas tierras habrían sido ocupadas por empresarios dedicados al cultivo de la mencionada palma, lo cual ha frustrado el proceso de restitución. (Armenta, 2006, ¶ 24). En este orden de ideas, el desplazamiento forzado en esta región se ha presentado tanto en el marco del conflicto armado como también por intereses económicos con la presencia irregular de empresas palmicultoras y ganaderas.

La situación de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó llegó a ser tan crítica debido a que el Estado no había adelantado acciones para detener la violación de sus derechos, por lo que el 5 de marzo de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) atendiendo a lo establecido por el artículo 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, solicitó medidas provisionales a la Corte IDH a favor de estas comunidades, con el fin de que se les garantizara su vida e integridad personal dentro del territorio colectivo, obedeciendo a que desde el 7 de noviembre de 2002 la CIDH había decretado medidas cautelares y en el marco de las mismas se celebró una audiencia, en la que constató que el Estado colombiano no estaba cumpliendo con los compromisos asumidos para la protección de mencionadas comunidades (Corte IDH, 2003).

Asimismo, en dicha solicitud la CIDH hizo referencia a las características de estas comunidades señalando que el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curvaradó estaban compuestas por 2.125 personas representadas en 515 familias afrodescendientes, el territorio titulado colectivamente a su favor comprendía una extensión de 54.973 y 25.000 hectáreas, respectivamente, ubicados en el municipio de Carmen del Darién, del departamento del Chocó (Corte IDH, 2003).

La solicitud de la CIDH también se fundamentó en una serie de hechos registrados entre el año 2001 y 2003, que indicaban el riesgo de mencionadas comunidades con ocasión al conflicto generado por distintos actores armados, así como también se denunciaba el desplazamiento forzado del que han sido víctimas, la razón por la cual existía tanto interés en estas tierras se debía a que esa región gozaba de riquezas naturales que estaban siendo explotadas de forma ilegal, tal como se presentaba con el cultivo de palma de cera, además de que por su ubicación geográfica ofrecía grandes ventajas a los grupos armados al margen de la ley.

En este sentido y debido a la inobservancia por parte del Estado colombiano al cumplimiento de las medidas cautelares, mediante Resolución de 6 de marzo de 2003, la Corte IDH ordenó medidas provisionales a favor de las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, por la extrema gravedad y urgencia en la que se hallaban. A partir de este momento requirió al Estado para que garantizara la protección de estas comunidades y el regreso de quienes se desplazaron con ocasión del conflicto armado. Asimismo, ordenó la presentación de informes mensuales por parte del Estado sobre el cumplimiento de las medidas.

En el marco del seguimiento de las medidas provisionales, la Corte IDH conoció sobre la situación que atravesaban los territorios colectivos de dichas comunidades, relacionada con la ocupación de los mismos, lo cual fue denunciado por el representante de las víctimas en una audiencia pública realizada el 5 de febrero de 2008, señalando que se estaban presentando casos de “re poblamiento” de personas que al parecer manifestaban ser habitantes ancestrales del territorio colectivo, sin haber habitado allí con anterioridad, así mismo, los predios estarían siendo explotados para actividades económicas como la ganadería y el cultivo de palma, y quienes intentaban defender su derecho a la propiedad colectiva estaban al parecer siendo amenazados por empresarios de palma aceitera (Corte IDH, 2008).

De acuerdo a lo anterior, por primera vez en el marco de la medida provisional se pone en conocimiento de la Corte IDH la situación relacionada con el repoblamiento en los mencionados territorios colectivos, pues si bien se conocía del desplazamiento aún no se hacía alusión a la existencia de familias asentadas en estas tierras que no pertenecían a las comunidades afrodescendientes.

Frente a ello el Estado colombiano empezó a informar a la Corte IDH sobre el proceso de restitución que adelanta con las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó; sin embargo, este Tribunal aclaró que no correspondía en el marco de las medidas provisionales analizar mencionado proceso por tratarse de mecanismos internos que se encuentran en curso, aclaración que también iba dirigida por las reiteradas denuncias de los representantes sobre la situación de



replanteamiento y la siembra ilegal de palma presentada en la jurisdicción, por lo que solicitó que a partir de la fecha tanto los peticionarios, la CIDH como el Estado solo se refirieran a los temas directamente relacionados con el cumplimiento de las medidas provisionales (Corte IDH, 2010).

Finalmente, la Corte IDH mantuvo las medidas provisionales a favor de estas comunidades por aproximadamente diez años. En el año 2013 mediante Resolución de 22 de mayo decidió levantar dicha protección teniendo en cuenta que la Honorable Corte Constitucional en el marco de la sentencia T- 025/2004, se habría ocupado de asumir el seguimiento de la garantía de los derechos de las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, así como del proceso de la restitución de sus territorios colectivos.

Ahora bien, en cuanto a las medidas de protección internas, teniendo en cuenta que para esa fecha aún no se había expedido la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, el proceso de retorno y restitución de las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó se está adelantando de forma sui generis a través de las distintas ordenes de la Corte Constitucional, las cuales tienen su origen en la Sentencia T- 025/2004 en la que se analizaron las actuaciones y omisiones de las autoridades públicas con relación a la atención integral a la población desplazada, con el fin de determinar la existencia de problemas en el diseño, implementación y seguimiento de la política estatal que pudieran influir de forma constitucionalmente relevante en la violación de sus derechos fundamentales.

Como resultado del análisis de esta problemática, la Corte Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional en Colombia a raíz del desplazamiento forzado con ocasión al conflicto armado y la falta de garantías y protección de los derechos fundamentales por parte del Estado. Además identificó una serie de derechos fundamentales que según su criterio han venido siendo vulnerados a la población en situación de desplazamiento, por lo que decidió ordenar a las entidades estatales involucradas en la atención a las víctimas del desplazamiento la creación de políticas públicas efectivas para garantizar los derechos de esta población.

Para el caso que nos ocupa, mediante Sentencia 073 del 5 de octubre de 2009, del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó se ordenó la devolución de los territorios al Consejo Comunitario de la cuenca de Curvaradó, con el fin de tutelar no solamente el derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes a la propiedad colectiva, sino además derechos como el mínimo vital, la vida en condiciones dignas, la integridad física, la subsistencia, libre desarrollo de la personalidad, identidad cultural y autonomía por parte de los miembros de los consejos comunitarios de dichas comunidades, debido a que como

consecuencia de los desplazamientos forzados, no sólo tuvieron que abandonar su territorio, sino que además se vieron privados de ejercer sus actividades ancestrales. Este fallo fue confirmado por el Consejo de Estado el 8 de abril de 2010, ordenando la restitución de los territorios colectivos a las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó dentro de un plazo de 30 días.

Este pronunciamiento se da por una acción de tutela que interpuso el INCODER una vez se realizó el proceso de deslinde en el año 2006 y ordenó la restitución material de dichos territorios a los Consejos Comunitarios. Su importancia radica en que es la primera vez que ordena la restitución de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó al territorio colectivo. A raíz de este fallo adquiere relevancia la problemática de los repobladores y poseedores de dichas tierras, teniendo en cuenta que ha sido la principal dificultad para el proceso de restitución.

Posteriormente, la Corte Constitucional emitió los siguientes Autos en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucionales, declarado en la Sentencia T-025 de 2004 relacionados con las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó:

- Auto 005 del 26 de enero de 2009 mediante el cual la Corte Constitucional se refiere específicamente al tema del desplazamiento forzado de los afrodescendientes en Colombia, ordenando una serie de lineamientos para la “protección de derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado” (p.3), a partir de aquí la Corte se centra en el proceso de restitución de tierras para Jiguamiandó y Curvaradó, por lo que ordena la presentación de informes bimensuales por parte de las entidades estatales encargadas del cumplimiento de las medidas provisionales decretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Auto 222 del 07 de junio de 2009 con el que se adoptan medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente de Caracolí perteneciente al Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Curvaradó, ordenando suspender una orden de desalojo que habría sido impuesta por el Juez Promiscuo del Circuito de Risosucio Chocó.
- Auto del 18 de mayo de 2010 mediante el cual se adoptaron medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó en el departamento del Chocó, víctimas del desplazamiento forzado.

- Auto 384 del 10 de diciembre de 2010 en el que se revisa el cumplimiento del auto de 18 de mayo de 2010. Así mismo, se amplía el plazo en el cumplimiento de las órdenes impartidas en dicho auto y ordena al Ministerio del Interior la presentación de un informe bimensual con los avances para el cumplimiento de la adopción de las medidas cautelares urgentes a favor de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó.
- Auto 045 del 2012 ordena la evaluación inmediata de la situación que enfrentan las comunidades afrodescendientes protegidas en el auto 005 de 2009 para que se adopten medidas urgentes de protección y se establezca un cronograma de trabajo para avanzar en el cumplimiento integral de todas las órdenes contenidas en dicho auto. Así como también poner en marcha un plan provisional urgente de prevención del desplazamiento y protección individual y colectiva para estas dos comunidades, que atienda de manera inmediata e integral las necesidades más apremiantes en materia de seguridad individual y colectiva, que ofrezca una respuesta continua, permanente y congruente a la problemática que enfrentan, y que permita la realización de la Asamblea General de los Consejos Comunitarios de las cuencas de los ríos Jiguamiandó y Curvaradó, se diseñe un mecanismo de interlocución y toma de decisiones, una metodología adecuada para los comités de censo, que permita la toma adecuada de decisiones y que tenga en cuenta las tensiones y los problemas por la falta de garantías. (Corte Constitucional, Auto 045, 2012).

Así mismo, ordenó que se concertara un reglamento interno y se realizara la convocatoria a la asamblea general de los dos Consejos Comunitarios, no sin antes brindar soluciones oportunas y duraderas al grave problema de seguridad que se presenta en la zona, se agilice la caracterización socioeconómica de las comunidades de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó, se identifiquen los obstáculos jurídicos que han impedido la protección colectiva de los territorios, y los mecanismos para garantizar la restitución efectiva de los mismos. (Corte Constitucional, Auto 045, 2012).

En la citada providencia ordena que se tomen acciones contundentes para agilizar y concluir el proceso de desalojo de los invasores de los territorios colectivos, refiriéndose también a los ocupantes secundarios, adoptando un cronograma de ejecución de las medidas urgentes a tomar y las entidades responsables de tal cometido. Así mismo, ordena garantizar las acciones de formación necesarias para que los miembros de la Fuerza Pública, es decir, tanto del Ejército Nacional como de la Policía comprendan el contenido de los derechos de las comunidades negras a la luz de lo que establece la Constitución y la Ley 70 de 1993, así como lo ordenado

en los autos de 18 de mayo de 2010 y 222 de 2009 y coadyuven con sus acciones al cumplimiento de los mandatos, proferidos por la Corte Constitucional.

- Auto 112 de 2012 analiza los informes presentados por las autoridades comprometidas en el proceso de restitución de tierras de estas comunidades, ordenando determinar si existen las condiciones de seguridad necesarias para realizar la Asamblea General y revisar los cronogramas propuestos para el avance en la restitución material de los territorios de Jiguamiandó y Curvaradó.
- Auto 299 de 2012 ordena el nombramiento de un inspector de policía para adelantar el proceso de desalojo, incluir en el plan de prevención medidas a mediano y largo plazo de acompañamiento institucional para estas comunidades, la presentación de un plan de desalojo a corto, mediano y largo plazo de las áreas de los territorios colectivos de Curvaradó y Jiguamiandó que vienen siendo ocupadas por parte de poseedores de mala fe y repobladas por parte de personas ajenas a las comunidades afrocolombianas protegidas, es decir, los ocupantes secundarios. Así mismo, ordena realizar un censo de las personas a desalojar con el fin de establecer quiénes son y en qué condiciones socioeconómicas se encuentran para disponer, en los casos que haya lugar, su reubicación en un albergue temporal en condiciones dignas y si llegaran a demostrar su calidad de desplazado incluirlos en los programas de gobierno para dicha población.

Ahora bien, estas medidas de protección ordenadas tanto a nivel internacional como interno, que buscan proteger y revindicar los derechos de las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, se han visto afectadas, especialmente, en la restitución del territorio colectivo por el fenómeno de la ocupación secundaria que se presenta allí.

En este sentido, a continuación se explicará bajo qué circunstancias se puede generar la ocupación secundaria, cuál es su protección jurídica, su situación de vulnerabilidad y como se presenta en las Comunidades de Jiguamiandó y Cruvaradó.

## 2- DEFINICIÓN Y CONTEXTO EN EL QUE SE PRESENTA LA OCUPACIÓN SECUNDARIA

En el marco del desplazamiento forzado se ha venido presentando un fenómeno que es más común de lo que parece y es la ocupación de predios que fueron abandonados o despojados por

terceras personas, situación que ha sido uno de los problemas más graves al momento de adelantar los procesos de restitución de tierras.

Este aspecto ha sido abordado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente, fue tenido en cuenta en el informe definitivo del Relator Especial sobre la Restitución de Viviendas y de Patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos, el cual es conocido como los “Principios de Pinheiro” y fue aprobado por la Resolución 2005/21 de 11 de agosto de 2005 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

En dicho documento se establecieron los principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, refiriéndose en el principio No. 17 a los ocupantes secundarios y las medidas que los Estados deben procurar frente a esta situación, buscando proteger los derechos humanos de estas personas en los casos que haya lugar a un desalojo.

Siguiendo los parámetros de estos principios la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat), la Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas (ACNUR), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCAH), el Consejo Noruego para los Refugiados (CNR) y el Observatorio de Desplazamiento Interno del CNR (IDMC) elaboraron el manual sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de refugiados y personas desplazadas.

Este Manual recoge los “Principios de Pinheiro” realizando recomendaciones a los Estados al momento de aplicar cada uno de ellos y para el caso específico de los ocupantes secundarios se definen como:

*Todas aquellas personas que hubieran establecido su residencia en viviendas o tierras abandonas por sus propietarios legítimos a consecuencia de, entre otras cosas, el desplazamiento o el desalojamiento forzoso, la violencia o amenazas, o las catástrofes naturales así como las causadas por el hombre. (OACDH ONU-Hábitat, ACNUR, FAO, OCAH, CNR & IDMC, 2007, p. 78).*

A nivel interno, en el proceso de restitución establecido en la Ley 1448 de 2011 no existe una conceptualización específica sobre la ocupación secundaria, sin embargo, de forma implícita se reconoció que esta situación se podría presentar por lo que estableció que participaran dentro

del proceso como opositores pero la posibilidad de que les reconozcan derechos está sujeta a que logren demostrar su buena fe exenta de culpa, lo que resulta casi imposible.

En este sentido, es necesario señalar que si bien la ocupación secundaria se podría generar principalmente por quienes se encargaron de realizar los despojos o desplazamientos forzosos, utilizando personas en situación de vulnerabilidad para repoblar dichos territorios, buscando entre otras cosas dominio territorial, de acuerdo a lo sostenido por OACDH (2007) hay que tener en cuenta que dentro de esta población también pueden existir víctimas de las mismas conductas, debido a que se puede presentar que se hayan visto en la obligación de huir de otras regiones e instalarse allí o quienes provocaron el abandono los hayan obligado o presionado a ubicarse en dichos territorios.

La ocupación secundaria en territorios que fueron objeto de desplazamiento forzado es un fenómeno que se ha presentado también en otras regiones bajo distintas modalidades y que han sido objeto de análisis jurídico en algunos procesos de restitución de tierras; como por ejemplo:

- Una vez se presenta el desplazamiento forzado, el predio es ocupado por personas que por su situación económica permanecen allí para cuidarlo en representación de su legítimo dueño, pero que en todo caso una vez se realice la restitución debe desalojarlo. Así se señaló en Sentencia de 26 de mayo de 2015 del Juzgado 1 Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras:

*En lo que se refiere al señor (...) resulta necesario considerar que se trata de una persona, sujeto de especial protección por su condición de tercera edad, que ingreso al predio que ahora debe entregar, con el convencimiento de cuidarlo, que habita en el predio (...) desde aproximadamente el año 1993, que no obra en el plenario prueba alguna o indicio siquiera de un actuar oscuro o torvo, con intención de causar daño u obtener un indebido provecho de la desgracia de los reclamantes (Juzgado 1 Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras, Sentencia de 26 de mayo de 2015, p.33).*

Sin embargo, a pesar de la situación de vulnerabilidad del ocupante secundario identificada en el proceso tuvo que desalojar el predio, la única medida de protección a su favor impuesta por el Juez de Restitución de Tierras fue incluirlo en los planes y programas de estabilización económica del Gobierno, sin que se le garantizara otra opción de vivienda.

- Cuando el predio que fue objeto de abandono o despojo es adquirido por contrato de permuta, celebrado por una persona que presuntamente le compró a quien era el legítimo propietario víctima del desplazamiento o despojo, sin embargo, dentro del proceso de

restitución el ocupante secundario no logra probar la adquisición del predio de buena fe exenta de culpa, por lo que se ve en la obligación de desalojar; no obstante, su actuar no se relaciona con los hechos que dieron lugar al desplazamiento, así:

*En lo que refiere a la señora (...) resulta necesario considerar que se trata de una persona, sujeta de especial protección por su condición de mujer campesina, de la tercera edad, iletrada y pobre, que ingresó al predio que ahora debe entregar, con un errado convencimiento que no por ello es ilícito, pues no obra en el plenario prueba alguna o indicio siquiera de un actuar oscuro o torvo, con intención de causar daño u obtener un indebido provecho de la desgracia de la reclamante, a quien ni siquiera conoció. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sentencia No. 001, p. 25).*

En este caso, teniendo en cuenta que la ocupante secundaria había realizado un contrato de permuta con el que adquirió el predio en restitución, el Juez declaró la nulidad del mismo y ordenó que una vez realizara el desalojo se le debía restituir el predio que era de su propiedad y que fue objeto de dicha permuta. Adicionalmente también se le incluyó en los planes y programas de desarrollo del Gobierno.

- Cuando el ocupante siendo a su vez víctima de desplazamiento forzado llega a ocupar un predio que se encuentra abandonado por la misma circunstancia, así se demostró en Sentencia de 19 de mayo de 2015 proferida por la Sala civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito judicial de Cartagena:

*Ahora bien, en el presente caso es de importancia resaltar la condición de víctima de desplazamiento ocasionado por la violencia alegado por el opositor, la cual viene reseñada en el interrogatorio rendido dentro de este proceso y que se encuentra demostrado por la certificación expedida por la Unidad para la Atención y Reparación Integral de Víctimas*

*Además de sus afirmaciones y la de los testigos tampoco se observó que al entrar al predio lo hubiese hecho de manera clandestina, ni violenta, se demostró que su ingreso al predio se produjo con anterioridad a la macro focalización a la zona, por lo tanto, dicho opositor tiene la calidad de segundo ocupante y es beneficiario de las medidas de reparación a su favor. (p. 41).*

Para este caso teniendo en cuenta que se trataba de un ocupante secundario víctima de desplazamiento forzado, el Juez ordenó la adjudicación de un predio equivalente al que debía restituir.

En este orden de ideas, se puede concluir que los principales casos en que se presenta la ocupación secundaria son: 1) el predio es de propiedad legítima de un tercero que con la intención de extender los linderos del mismo, lo ocupa con personas de especial protección ofreciéndoles trabajo y vivienda; 2) el predio es ocupado por una persona que se encarga de su cuidado en representación del verdadero dueño que fue víctima de desplazamiento forzado pero que igual realizada la restitución tiene que desalojarlo; 3) el predio fue objeto de negocio jurídico pero en el proceso no se logró demostrar buena fe exenta de culpa; sin embargo, el ocupante secundario no tuvo relación con los hechos que generaron el desplazamiento y 4) el predio es ocupado por personas víctimas de desplazamiento forzado que presentados los hechos del mismo se encuentran con un predio abandonado y lo ocupan, pero que realizada la restitución deben entregarlo.

### 3- RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE POBLACIÓN VULNERABLE CON LA OCUPACIÓN SECUNDARIA

Los sucesos del mes de enero de 2015 en la sede del semanario parisino Charlie Hebdo y en un supermercado Kosher de París, hicieron que la cárcel fuera vista por las autoridades y la opinión pública como escuela de terroristas islámicos, dado que sus perpetradores se habían conocido y entrenado en la cárcel.<sup>2</sup> La importancia de identificar la relación que tiene el concepto de vulnerabilidad con la ocupación secundaria, radica en el entendido que en el momento en que se busca reconocer derechos a los ocupantes secundarios y medidas a su favor, es bajo el conocimiento que dentro de esta población existen personas de especial protección, como lo son adultos mayores, campesinos, niños, niñas y adolescentes, y que adicionalmente, las causas por las que llegaron a ocupar territorios despojados son ajenas a los hechos violatorios de derechos humanos que provocaron el desplazamiento o despojo.

Sobre la situación de vulnerabilidad en la ocupación secundaria, en entrevista realizada a una funcionaria de la Unidad de Restitución de Tierras señaló:

*“Bueno dentro de la población que se empezó a encontrar en los predios solicitados en restitución, en la mayoría de los casos se ha visto que se trata de situación o de personas en*

---

<sup>2</sup> Amedy Coulibaly, quien se tomó el supermercado kosher, creció en las afueras de París, sin un adoctrinamiento islámico por parte de su familia o su entorno social. En la cárcel se identificó con el islamismo radical como un modo para desfogar su odio hacia la sociedad y fue reclutado por la Jihad. Durante su periodo de reclusión conoció y estrechó lazos de amistad con Cherif Kouachi (uno de los autores de los homicidios en la sede de Charlie Hebdo) y recibió las enseñanzas del Imam radical Djamel Beghal.



*situación de vulnerabilidad y de desfavorabilidad y en la mayoría de los casos, no en todos porque también se han presentado personas que o tienen ningún tipo de situación de vulnerabilidad y económicamente no están en situación de vulnerabilidad con relación al solicitante de restitución, si hemos encontrado personas cuyos medios dependen necesariamente del predio restituido.” (Entrevista realizada el 1 de septiembre de 2015).*

Esta vulnerabilidad en los ocupantes secundarios ya ha sido reconocida por los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras, quienes se han enfrentado a casos en los que tienen que ordenar el desalojo a personas campesinas y de la tercera edad, como es el caso de la Sentencia de 3 de febrero de 2015, en la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali señaló:

*La señora (...) cuenta con 83 años de edad, no tiene escolaridad y su sostenimiento depende en buena medida del aporte que su hijo (...) hace, fruto del trabajo agrícola que desarrolla en el predio objeto de este proceso, en el cual han invertido los recursos económicos derivados de un auxilio recibido, así como su trabajo y esfuerzo durante los últimos años. (p.25)*

Bajo este contexto, el impacto de los desalojos es bastante preocupante debido a que a pesar de que se justifica, en la medida que estos predios deben ser restituidos a las víctimas, los ocupantes secundarios que corresponden a población vulnerable son personas que no cuentan con otra opción de vivienda y subsistencia, por lo cual surge la necesidad de crear medidas suficientes para mitigar la violación de sus derechos. Así por ejemplo en la citada Sentencia de 3 de febrero de 2015, se estableció lo siguiente:

*Debiendo la señora (...) hacer entrega del mismo, dentro de los tres meses siguientes; y atendiendo su situación de especial vulnerabilidad por su ancianidad, su condición de mujer campesina pobre y vulnerable, se dispondrá el acompañamiento por parte de la Defensoría del Pueblo. (p.28)*

En este sentido, además de ser reconocidos como población de especial protección también han sido reconocidos bajo el concepto de ocupación secundaria, así:

*De otro lado, frente a la entrega jurídica y material del predio al Fondo de la UAEGRTD, a su turno, deviene la orden al señor (...) de hacer entrega del mismo, sin que haya lugar a reconocimiento de compensación por no haber logrado acreditar que lo adquirió y que su actuación fue de buena fe exenta de culpa, disposiciones que dadas las características especiales que reviste este caso, no lograrían sin embargo, cumplir con los objetivos de reparación integral de las víctimas en los términos del artículo 25 de la Ley, y de contera,*

*tampoco permitiría atender los mandatos de protección contenidos en la normatividad nacional e internacional y la jurisprudencia constitucional para los sujetos de especial protección, además segundos ocupantes. (Juzgado 1 Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras, Sentencia de 26 de mayo de 2015, p.33).*

Así las cosas, se debe tener especial cuidado cuando haya lugar a un desalojo debido a que esta situación no puede generar violaciones a los derechos de unas personas para garantizar los de otras. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1997) señaló que:

*Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda. (¶ 16)*

Es importante resaltar la necesidad de realizar una caracterización del ocupante secundario debido a que pueden existir casos en que si estén relacionados con los hechos del desplazamiento y que tendrán que ser objeto de investigación penal y por ende no tendría derecho a medidas de protección o pueden encontrarse casos en los que cuenten con recursos económicos suficientes para otra opción de vivienda. De allí la relevancia de identificar la situación de vulnerabilidad del ocupante secundario para de la misma manera establecer las medidas de protección a las que tendría derecho, tal como se analizará más adelante.

Al respecto en entrevista realizada frente a la definición de ocupante secundario se señaló:

*“Es un actor que no debe haber participado de los hechos constitutivos de despojo, que debe por lo general tener la condición de ser un sujeto e condición desfavorable obviamente debe encontrarse en el predio objeto de restitución debido a que su subsistencia depende de ese predio o su habitabilidad digamos la vivienda como tal depende de ese predio y obviamente que sus derechos pueda entrar en tensión con el goce efectivo del derecho a la restitución de la persona que está reclamando ese derecho a la restitución de tierras”. (Entrevista realizada el 21 de julio de 2015).*

Ahora bien, una vez establecido el concepto de población vulnerable como sujetos de especial protección y su relación con la ocupación secundaria, a continuación analizaremos como se presenta dicha problemática en los territorios colectivos.

#### 4- LA OCUPACIÓN SECUNDARIA EN LOS TERRITORIOS COLECTIVOS DE JIGUAMIANDÓ Y CURVARADÓ

Ahora bien, el caso de los ocupantes secundarios en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó resulta relevante dado el número de la población asentada allí, teniendo en cuenta que realizar el desalojo para 646 familias implica una difícil tarea para el Estado debido a que debe garantizar los derechos fundamentales de todos, es decir, a las comunidades negras y a los ocupantes secundarios, pues si bien estos últimos pueden no tener derechos sobre el territorio colectivo siguen siendo sujetos de derecho, razón por la cual la Corte Constitucional dispuso su reubicación en un albergue.

Así las cosas, el dilema no es intentar reconocer derechos a quienes partieron de la ilegalidad de la ocupación para intentar apropiarse de los territorios colectivos: el conflicto en este caso son los ocupantes secundarios de los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó, que atraviesan una difícil situación, pues es cierto se trata de un territorio colectivo que no puede llegar a ser objeto de adjudicación por ocupación o posesión, y por ende, la orden es que estas familias que también son sujetos de derechos deben desalojar el territorio para poder ser restituido, a pesar de que esta población, por una parte, se organizó de manera tal que cuentan con viviendas, escuelas y asociaciones y por otro lado, llevan más de diez años aproximadamente viviendo en esos territorios.

En consecuencia, existe la necesidad de encontrar una solución verdaderamente digna en la que exista un punto de equilibrio que no resulte lesiva para los derechos de ningún grupo poblacional, la cual se debe enfocar en el concepto de la justicia transformadora que se refiere a la obligación del Estado de reparar a las víctimas considerando sus necesidades actuales, así lo señala Uprimny (2010):

El primer fundamento de la idea de reparaciones transformadoras es que el propósito de la reparación de violaciones masivas de derechos humanos en sociedades desiguales no debería ser restaurar a las víctimas pobres a su situación previa de precariedad material y de discriminación, sino "transformar" esas circunstancias, que pudieron ser una de las causas del conflicto y que, en todo caso, son injustas. En ese sentido, las reparaciones en estos contextos transicionales deberían ser comprendidas no solo como un instrumento para saldar cuentas con una injusticia que ocurrió en el pasado, sino como una oportunidad de impulsar un mejor futuro. Deberíamos verlas como una oportunidad, modesta pero no despreciable, de avanzar a una sociedad más justa y de superar situaciones de exclusión y desigualdad que resultan contrarias a los principios básicos de la justicia distributiva. Por eso, hablamos de reparaciones transformadoras. (p. 253)

En este orden de ideas, la justicia distributiva se refiere a la nivelación de las cargas lo que se traduce en la necesidad de equilibrar la distribución de los bienes materiales y la riqueza, con el fin de establecer una sociedad más justa e igualitaria, por tanto lo que se propone desde la justicia transformadora es que a partir de esa distribución se repare a las víctimas mejorando la situación socioeconómica que tenían antes de tal condición, buscando de esta manera superar conflictos sociales que puedan generar nuevamente violaciones a los derechos humanos.

Así las cosas, frente a las víctimas de desplazamiento forzado desde la perspectiva de la justicia transformadora debe analizarse su situación en contexto, en este sentido la ocupación secundaria por ser una consecuencia más de esta problemática, demanda medidas que no sólo busquen la restitución material de las tierras de las víctimas sino que además se brinde una solución definitiva para la reubicación de quienes deben desalojar garantizando sus derechos en especial otra opción de vivienda, claro está, cuando su actuación haya sido de buena fe, de lo contrario se podría generar nuevamente un conflicto social que afectaría la reparación duradera, efectiva y transformadora de las víctimas.

En este sentido, la opción de reubicar los ocupantes secundarios en Jiguamiandó y Curvaradó no estaría enfocada desde el concepto de la justicia transformadora, debido a que reubicar estas personas en un albergue provisional no solucionaría de manera definitiva esta problemática, por el contrario se les estaría dejando en una situación aún más crítica de pobreza que agravaría su situación de vulnerabilidad.

De otra parte, el análisis de contexto puede ser utilizado como una herramienta orientadora a la hora de determinar medidas de protección a favor de la ocupación secundaria. Esta metodología ha sido utilizada principalmente en materia de investigación penal, a partir de dos elementos: la priorización de los delitos más graves y la investigación de estos con fundamento en contextos que incorporan aspectos sociales, económicos, geográficos. (Barbosa, Bernal, Cataño, Correa, Fajardo, Mejía, Rodríguez, Suarez & Velasco, 2015).

El análisis de contexto también ha sido una herramienta utilizada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como lo ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desde sus primeras sentencias, la ha utilizado para establecer la responsabilidad de los Estados en violaciones sistemáticas de derechos humanos (Barbosa et al., 2015).

En este sentido, para citar un ejemplo, a través de la mencionada metodología la Corte IDH logró establecer que el paramilitarismo en Colombia, fue un actor armado que generó un sinnúmero de víctimas, convirtiéndose en una violación sistemática de derechos humanos, de

la cual el estado fue responsable debido al riesgo generado por éste como consecuencia de la creación de las “Convivir”.

El análisis de contexto tiene por objetivo dimensionar las violaciones y establecer criterios de responsabilidad del Estado frente a sus obligaciones generales respecto a los compromisos adquiridos internacionalmente mediante los tratados en materia de derechos humanos, lo cual se convierte en una forma de reparación para las víctimas y la memoria histórica de los hechos. (Barbosa et al., 2015).

Así las cosas, a través de dicha metodología se ha logrado reparar de forma integral los daños que el conflicto armado ha generado a sus víctimas, pues a pesar de no contarse con un material probatorio eficiente que logre demostrar dichas vulneraciones, utilizando el contexto en el que se enmarcan los hechos por medio del análisis de aspectos principalmente sociales, económicos, políticos y de conflicto, se ha logrado establecer la ocurrencia de graves violaciones a los derechos humanos.

Por lo anterior, se puede concluir que con la construcción del análisis de contexto en materia de derechos humanos se ha logrado establecer lo siguiente:

Probar una violación; b) determinar la responsabilidad internacional del Estado; c) determinar la razonabilidad de una restricción de derechos; d) determinar un patrón sistemático de violaciones; e) facilitar la comprensión del caso; f) determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad; g) mostrar una problemática específica, y h) mostrar una problemática en agravio de un grupo o actividad. (Barbosa et al., 2015, p.308).

Así las cosas, la importancia de aplicar la metodología del análisis de contexto para el caso de esta investigación, radica en que precisamente el desplazamiento forzado obedece a una violación sistemática de derechos humanos, que al mismo tiempo ha generado otras problemáticas como es el caso de la ocupación secundaria.

En este orden de ideas, es importante aclarar que la ocupación secundaria en principio no debe ser vista como una violación de derechos humanos, ya que la misma obedece más a una problemática social, que de no darle el tratamiento adecuado -adoptando las medidas necesarias para que una vez estas personas sean desalojadas se les garanticen también sus derechos- si puede llegar a propiciar la vulneración de derechos.

Así las cosas, si se analiza la ocupación secundaria desde el contexto del desplazamiento forzado, se observa que una de sus consecuencias es orientar al juez encargado de los procesos

de restitución de tierras, para que además de garantizar la restitución material de los predios que fueron objeto de desplazamiento y despojo de tierras, pueda garantizar también los derechos de los ocupantes secundarios, ofreciéndoles además una opción definitiva de vivienda.

En este sentido, para el caso de los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó, el análisis de contexto serviría para entender la ocupación secundaria desde una perspectiva de carácter interdisciplinario con fines no sólo heurísticos sino jurídicos, que brinden mayores elementos al juez y al Estado en general, para afrontar esta problemática, evitando de esta manera nuevas vulneraciones a los derechos humanos, sin tener que desvirtuar la presunción legal de la ley 70 de 1993 que considera a estas personas de mala fe, tratando esta situación como una consecuencia más del desplazamiento forzado.

Por tanto, el análisis de contexto permitiría establecer como llegaron estas personas a ocupar los territorios colectivos, quienes lo hicieron de mala fe, cual es la situación económica, social y de conflicto actual que se vive allí, para de esta manera determinar también cual es el estado de vulnerabilidad. Este análisis no sólo permitiría establecer propuestas de solución y medidas a adoptar, sino tener un panorama claro de la situación actual tanto de la ocupación secundaria, como de los miembros de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, para que de esta manera en los términos de la reparación transformadora no sólo se pueda garantizar la restitución material de sus territorios sino que además se puedan establecer condiciones que mejoren su calidad de vida y el goce y disfrute de todos sus derechos.

Por lo anterior y ante la ausencia de dichas medidas, resulta necesario establecer unas propuestas para solucionar la problemática de los ocupantes secundarios en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó, con las que se garantice como primera medida su dignidad humana como principio rector de la protección de los derechos humanos, garantizando derechos como el debido proceso, la igualdad y la propiedad, tal como se abordará a continuación.

##### 5- DERECHOS QUE DEBEN SER GARANTIZADOS A LOS OCUPANTES SECUNDARIOS COMO POBLACIÓN VULNERABLE

Para el caso que nos ocupa, frente al debido proceso el Comité De Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1997) en la Observación No. 7 indica que los desalojos forzosos son incompatibles con los derechos humanos; sin embargo, teniendo en cuenta que en algunos casos es necesario realizarlos, se establecen las circunstancias en que son

permitidos y las medidas de protección que se deben adoptar en dichos eventos con el fin de garantizar las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, señalando las siguientes garantías judiciales entendidas como el debido proceso que se debe tener en cuenta en el momento del desalojo:

a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales. (¶ 16)

En este sentido, para garantizar el derecho al debido proceso de los ocupantes secundarios se debe nombrar una representación judicial, la cual puede ser a través de la Defensoría del Pueblo, con el fin de que exista una debida defensa, puedan ser escuchados y participar durante el proceso de restitución de tierras, sin que se entienda que tendrán voz y voto en las decisiones de las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, hacerlos parte en este procedimiento para presentar las pruebas que tengan sobre su situación de vulnerabilidad y las causas por las que llegaron a ocupar el predio.

Una vez cuenten con representación, más allá de realizar el censo ordenado por la Corte Constitucional, se debe realizar una caracterización de los ocupantes secundarios en los territorios de Jiguamiandó y Curvaradó, en la que se determine en primer lugar la identificación de cada una de las personas y en segundo lugar quienes han creado lazos familiares con los miembros de las Comunidades y que son considerados parte de las mismas, a quienes el Alto Tribunal deberá analizar si les reconoce el derecho de permanecer en dichos territorios y participar de sus decisiones.

De otra parte, en cuanto al derecho a la igualdad las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó por ser población afrodescendiente son beneficiadas con este tipo de medidas de protección, así como también merecen un trato aún más especial teniendo en cuenta que además son víctimas de desplazamiento forzado, razón por la cual como se señaló anteriormente la Corte

Constitucional a través de los Autos emitidos en el marco de la Sentencia T-025 de 2004, ordena la adopción de medidas a su favor y la restitución material de su territorio colectivo.

Ahora bien, con relación a los ocupantes secundarios también nos encontramos frente a un grupo en situación de vulnerabilidad, toda vez que en la mayoría de los casos se trata de personas que por su capacidad socioeconómica viven en la pobreza sin tener oportunidades que les permita mejorar su calidad de vida, situación que se agrava en los casos de desalojo, por lo que también merecen medidas de protección a su favor.

La importancia de garantizar el derecho a la igualdad en cabeza de los ocupantes secundarios radica en la necesidad de garantizar una restitución estable y duradera, ya que la solución debe ser definitiva y no provisional como lo sería la reubicación en un albergue, pues de lo contrario se puede provocar un conflicto social que terminaría afectando nuevamente el ejercicio de los derechos fundamentales no solo de esta población sino también de las comunidades afrodescendientes.

Con relación al derecho a la propiedad, para el caso de los ocupantes secundarios en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó, sería la Corte Constitucional quien tendría que ordenar las medidas de protección para la población vulnerable, en este sentido se debe procurar que una vez caracterizada su situación socioeconómica en la que se establezca su relación jurídica con el predio y la dependencia que tenga sobre el mismo para su subsistencia, se ordene a su favor en primer lugar una opción de vivienda estable es decir que no vaya encaminada a subsidios de arriendo o albergues provisionales.

Para ello se debe determinar cuál es el lugar de origen de cada una de las familias y si existe la posibilidad de reubicarse nuevamente. También se debe verificar quienes cuentan con otra opción de vivienda propia en condiciones de dignidad, adicionalmente en estos casos se debe revisar que en los lugares a los cuales se vaya a retornar o donde se encuentren ubicados los predios de los traslados cuenten con educación, salud y opciones de trabajo, para que puedan vivir en condiciones de dignidad.

De otra parte, dentro de las acciones a adoptar para el desalojo y la reubicación de los ocupantes secundarios se deberá tener en cuenta la situación especial de la población vulnerable relacionada con la implementación de medidas con enfoque diferencial, teniendo en cuenta los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, los adultos mayores y cualquier otro tipo de población vulnerable que sea identificado en el proceso de caracterización.



Así mismo, con relación a las víctimas que se encuentren dentro de la población de ocupación secundaria, se debe presentar las respectivas solicitudes de los predios de donde fueron desplazados o despojados, con el fin de iniciar el proceso de restitución los cuales deberán ser prioritarios teniendo en cuenta el procedimiento para el desalojo, adicionalmente deben ser incluidos en los planes del gobierno para su atención y asistencia, buscando restituir y reivindicar sus derechos.

Finalmente, frente a los ocupantes secundarios que no sean identificados como víctimas y que no cuentan con otra opción de vivienda, se deben adoptar medidas para garantizarles una opción de vivienda adecuada y definitiva, procurando que su lugar de reubicación sea concertado con cada familia, que se garantice el goce efectivo de sus derechos y que sus necesidades básicas estén cubiertas.

#### CONCLUSIONES

Como resultado de esta investigación, se pudo establecer la existencia del fenómeno de la ocupación secundaria, como una consecuencia generada por el desplazamiento y despojo de tierras, la cual no cuenta con medidas de solución debido a que no ha sido analizada a profundidad en el ámbito del ordenamiento jurídico interno. Situación que afecta la restitución duradera y la justicia en términos transformadores. Tal como se explicó a lo largo de este trabajo, esta situación es justamente la que se presenta en los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó, cuya restitución se ha visto afectada por la presencia de numerosas familias que con ocasión al desplazamiento de estas comunidades llegaron a ocupar dichos terrenos, por lo que el Estado debe adelantar su desalojo garantizando sus derechos al debido proceso, la igualdad y la propiedad, de manera tal que se mitigue el impacto que su reubicación pueda generar.

A continuación, se relacionan las principales conclusiones que arrojó el estudio de esta problemática:

1. El fenómeno del desplazamiento y el despojo forzado de tierras se enmarca dentro del problema histórico de la tenencia y uso de la tierra por parte del campesinado en Colombia debido a que las políticas agrarias no se han concentrado en buscar una solución estructural para lograr, entre otras acciones, garantizar el derecho a la propiedad a los miles de colombianos que tienen como medio de subsistencia la tierra.
2. En este sentido, circunstancias como la falta de formalización de los actos jurídicos por los cuales se adquiere la tierra y el reiterativo cambio de poseedor u ocupantes en los

predios objeto de desplazamiento y despojo forzado de tierras, dificulta la política de restitución de tierras.

3. Por otra parte, el desplazamiento y el despojo forzado de tierras han generado la ocupación secundaria y dadas las características específicas de este fenómeno en Colombia, se presentan dos problemas; por un lado, es un tema que hasta ahora está siendo reconocido, por algunas entidades estatales, como un problema que tiene connotaciones especiales y particulares de acuerdo al contexto geográfico, social, económico y político donde se presente y que está afectando a miles de personas; y por otro lado, desde el punto de vista conceptual, la ocupación secundaria es una situación que no ha sido aplicada y estudiada ampliamente dada su connotación social y jurídica.

Sin embargo, gracias a algunos instrumentos desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se puede entender como aquella situación generada con ocasión del desplazamiento y despojo forzado de tierras, en que los territorios o predios que fueron objeto de dichas conductas son ocupados por terceras personas de buena fe debido a que son ajenas a los hechos que provocaron tal situación y que en la mayoría de los casos son población vulnerable, quienes deben desalojar como consecuencia de los procesos de restitución de tierras, quedando en una situación aún más vulnerable sin tener a donde reubicarse.

4. En consecuencia, no existe en la legislación interna una norma que defina el concepto de ocupación secundaria que responda a su complejidad en el marco del conflicto armado interno, así como tampoco existe una estrategia coherente e integral que determine su alcance y las medidas a adoptar a favor de dichas personas, pues a pesar de que en el proceso de restitución de tierras establecido en la Ley 1448 de 2011, se contempló la posibilidad de la existencia de ocupantes en los predios a restituir, dicha situación no se analizó desde la perspectiva de la ocupación secundaria, sino a través de la figura del opositor, quien tiene derecho a una compensación siempre y cuando demuestre buena fe exenta de culpa.
5. Otro aspecto fundamental y que está ligado directamente a la ocupación secundaria es la buena fe exenta de culpa dado que exige unos requisitos demasiados severos para poder probarse, debido a que la persona antes de ocupar el predio o adquirirlo debió verificar absolutamente todos los antecedentes del predio. Se está en presencia de un opositor (ocupante secundario) que en la mayoría de los casos es campesino, quien dentro de su

cultura no acostumbra a realizar dichos trámites pues de acuerdo con sus tradiciones los negocios se hacen por la palabra. A pesar de considerarse que actuó de buena fe simple, al campesino le resulta casi imposible lograr probar que su actuar está exento de culpa, razón por la cual no hay lugar a ningún tipo de compensación a su favor, por lo que se ve en la obligación de restituir el predio así no tenga otra opción de vivienda.

6. Es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional ha proferido varios pronunciamientos en los que ha analizado la situación de las personas que ocupan predios de propiedad privada, quienes son víctimas de desplazamiento forzado por lo que se ha suspendido la orden de desalojo, sin embargo, no se ha realizado bajo el concepto de ocupación secundaria establecido por los Principios Pinheiro, sino que son casos en los que se ha estudiado la situación de vulnerabilidad pero desde el concepto de víctima, y predios que si bien son de propiedad privada legítimos no fueron objeto de desplazamiento o despojo.
7. Otro aspecto que torna más compleja la situación de la ocupación secundaria es cuando se trata de predios o territorios que fueron objeto de despojo, por lo que se podría pensar que al tratar de proteger esta población se estaría reconociendo una situación que en principio es ilegal, teniendo en cuenta que están ocupando tierras en la que incluso existe presunción legal de mala fe. Sin embargo, en estos casos se debe dar prioridad a la situación de vulnerabilidad de estas personas, más no a su situación de ilegalidad.
8. Los ocupantes secundarios también son sujetos de derechos, por tanto desde el concepto de la dignidad humana se les debe garantizar vivir de acuerdo a sus costumbres y sin humillaciones, por tanto existe la necesidad de que una vez realizados los desalojos se les proporcione una opción de vivienda de manera definitiva en donde puedan ser reubicados. También se debe adelantar un proceso con todas las garantías necesarias para que no sólo sean escuchados, sino que se verifique la real situación de estas personas a través de una caracterización para determinar las medidas a adoptar a su favor, sin ser revictimizados por la condición en la que se encuentran.
9. Dado el vacío normativo en Colombia frente a la ocupación secundaria es necesario la creación de una ley que defina el concepto de la misma, su alcance y las medidas de protección que busquen proteger la situación de vulnerabilidad de los ocupantes secundarios. Así como garantizar de forma duradera la restitución material de los predios que fueron objeto de desplazamiento y despojo forzado de tierras.

10. Para el caso de las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, la problemática de la ocupación secundaria en dichos territorios colectivos no ha sido analizada a profundidad, debido a que las entidades encargadas de dicho proceso no han caracterizado esta situación desde una óptica que integre los elementos sociales, económicos, jurídicos y culturales. Con relación a este aspecto, sólo se ha adelantado el informe de caracterización realizado por el INCODER en el año 2012, que resulta débil y parcializado frente a la situación de los ocupantes secundarios.
11. Teniendo en cuenta el vacío legislativo frente tanto al tema de la ocupación secundaria, como a la población que viene ocupando los territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó, es necesario que la Corte Constitucional sea quien ordene las medidas a adoptar tendientes a realizar el desalojo y la reubicación de los ocupantes secundarios, garantizando sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y la propiedad.
12. La solución a la problemática de la ocupación secundaria en Jiguamiandó y Curvaradó debe enmarcarse en una política de reparación transformadora, es decir, se deben adoptar medidas que además de garantizar la restitución material del territorio colectivo, mejoren la calidad de vida de la que tenían antes del desplazamiento. Lo anterior ya que su situación ha sido de extrema pobreza, por tal razón debe proporcionarse educación, salud y desarrollo económico respetando sus formas tradicionales de producción, así como también una opción de vivienda digna, que podría ser a través de la adjudicación de un predio baldío.
13. La metodología del análisis de contexto puede ser una herramienta útil a la hora de orientar al Juez para proponer medidas que busquen solucionar la situación de los ocupantes secundarios, ya que permite analizar tal situación como una consecuencia generada por el desplazamiento forzado y el despojo de tierras, mas no como una situación de ilegalidad. En todo caso el Estado debe garantizar una restitución duradera a las Comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó.
14. De no implementarse medidas que protejan los derechos de los ocupantes secundarios, en el entendido de que se les garantice una solución definitiva de vivienda, en donde también cuente con el goce efectivo de sus derechos, se podría generar un conflicto social.

## REFERENCIAS:

Armenta, A. (2006). *Coca y violencia en el Choco Biogeográfico*. Recuperado 05, 05 2014, de la fuente <http://www.tni.org/es/article/coca-y-violencia-en-el-choco-biogeogr%C3%A1fico>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de marzo de 2003, medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la república de Colombia, caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Recuperado el 12 de febrero de 2013 en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/Jiguamiando\\_se\\_01.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/Jiguamiando_se_01.pdf).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2008, medidas provisionales respecto de la república de Colombia, caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Recuperado el 15 de abril de 2013 en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/jiguamiando\\_se\\_07.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/jiguamiando_se_07.pdf).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2010, medidas provisionales respecto de la república de Colombia, caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Recuperado el 22 de abril de 2013 en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/jiguamiando\\_se\\_09.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/jiguamiando_se_09.pdf).

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T-025-04*. Recuperado el 14, 06 2015, de la fuente <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

Corte Constitucional. (2009). *Auto 005 de 26 de enero de 2009*. Recuperado el 14, 06 2015, de la fuente <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a005-09.htm>

Corte Constitucional. (2009). *Auto 222 de 07 de junio de 2009*. Recuperado el 14, 06 2015, de la fuente <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a222-09.htm>

Corte Constitucional. (2010). *Auto de 18 de mayo de 2010*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2010). *Auto 384 de 10 de diciembre de 2010*. Recuperado el 14, 06 2015, de la fuente <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2010/A384-10.htm>

Corte Constitucional. (2012). *Auto 045 de 07 de marzo de 2012*. Recuperado el 14, 06 2015, de la fuente <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2012/a045-12.htm>

Corte Constitucional. (2012). *Auto 112 de 18 de mayo de 2012*. Recuperado el 14, 06 2015, de la fuente <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2012/A112-12.htm>

Corte Constitucional. (2012). *Auto 299 de 18 de diciembre de 2012*. Recuperado el 14, 06 2015, de la fuente <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2012/A299-12.htm>

Fajardo, L. (2015). Estado del arte en materia de derecho internacional humanitario de los derechos humanos y contexto. En Barbosa, G., Bernal, C., Correa, M. et al., *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno* (pp. 297-345). Bogotá, D.C. : Universidad Externado de Colombia.

INCODER. (2012). *Caracterización Jurídica y Saneamiento de los Terriorios Colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó*. Bogotá.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras. (2015). *Sentencia de 26 de mayo de 2015, radicado No.50001-31-21-001-2014-00222-00*. Villavicencio.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1997). *Observación general No. 7*, recuperado el 27, 08 2015, de la fuente: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm7s.htm>

OCAH/DIDI, UN HABITAT, ACNUR, FAO, ACNUDH CNR, IDMC et al. (2007). *Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas, Aplicación de los “Principios Pinheiro”*. Recuperado el 16, 08 2015, de la fuente: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro\\_principles\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf)

Rodrigo Uprimny-Yepes & Diana Esther Guzmán-Rodríguez, *En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales*, 17 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 231-286 (2010).

Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2005). *Informe definitivo del Relator Especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro, Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*. Recuperado el 16, 08 2015, de la fuente: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/146/98/PDF/G0514698.pdf?OpenElement>

Tribunal Administrativo del Chocó. (2009). *Sentencia 073 de 5 de octubre de 2009*. Quibdó.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Especializada en Restitución de Tierras. (2015). *Sentencia No. 001 de 03 de febrero de 2015*. Cali.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Especializada en Restitución de Tierras. (2015). *Sentencia de 19 de mayo de 2015 radicado No. 13244-31-21-002-2013-00020-00*. Cartagena.



# **EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UNA VÍA PARA FORTALECER LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA EN COLOMBIA**

CARLOS MENDOZA<sup>1</sup>

## RESUMEN:

Los pueblos indígenas de Colombia han sido objeto de exclusión, discriminación, persecución, despojo e invisibilización por parte de actores estatales y no estatales, por lo que su existencia física y cultural se encuentra bajo constante amenaza. Con el fin de reconocimiento, implementación y garantía del derecho a la libre determinación y sus derechos derivados. De esta forma buscan proteger su existencia cultural diferenciada mediante la autonomía en el manejo de sus asuntos internos y hacer parte del Estado según sus usos y costumbres. Para fortalecer la gobernabilidad democrática, se debe promover la participación de los pueblos indígenas, en calidad de actores estratégicos, para mejorar la calidad de la representación de las instituciones

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Externado de Colombia con especialización en Derecho Público de la misma universidad. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Carlos III de Madrid, y en Gobierno y Administración Pública de la Universidad Complutense de Madrid. Candidato a Doctor en Gobierno y Administración Pública de la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Ortega y Gasset. Actualmente se desempeña como Subdirector Administrativo y Financiero en el Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas "Sinchi". Correo electrónico: mendozavelez@gmail.com



políticas y se deben generar los espacios adecuados para llevar a cabo los procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado. Así mismo, se debe promover la autonomía de los grupos originarios en el manejo de sus asuntos internos y generar los espacios adecuados donde puedan incidir en la adopción de decisiones públicas y en el control de responsabilidades y rendición de cuentas de sus gobernantes. De ésta forma, las instituciones políticas pueden generar mejores respuestas públicas a las demandas de los grupos originarios, y a los problemas que los aquejan, y que al ser formuladas con su participación y desde un enfoque de derechos humanos y culturalmente sensible, inciden directamente en la mejora de la legitimidad del sistema político.

*Palabras clave:* Pueblos indígenas; libre determinación; gobernabilidad democrática.

#### ABSTRACT:

The indigenous peoples in Colombia have been object of exclusion, discrimination, persecution, dispossession and invisibilization by the state and nonstate actors, therefore their physical and cultural existence is under regular threat. With the purpose of decreasing this situation, these groups demand from the state the development in the recognition, implementation and guarantee of the right to the self-determination and its derived rights. In this way, they try to protect their differenced cultural existence through the autonomy in the management of their internal issues and by making part of the state according to their own customs and habits. To fortify the democratic governance, it must be promoted the indigenous participation as strategic actors, so as to improve the quality of representation in the political institutions. The appropriate spaces must be provided as well, in order to accomplish the query process with its respective free, previous and informed consent. Likewise, it must be promoted the indigenous groups autonomy in the handling of their own matters, and also there must be provided properly places, where they can join the adoption of public decisions, the responsibilities control, and the accountability of their governors. In such way, the political institutions can generate better public responses to the requests of the indigenous communities and the problems that affect them. Once these responses are formulated from a Human Rights focus, culturally sensitive, and with the participation of these communities, they incise directly in the betterment of the political system's legitimacy.

*Key words:* Indigenous peoples, self-determination, democratic governance.

#### INTRODUCCIÓN

Colombia se encuentra inmersa en una crisis política, jurídica e institucional, que se ve agravada por una serie de factores sociales, económicos y culturales. En medio de una violencia generalizada los pueblos indígenas han sido objeto de exclusión, discriminación, persecución, despojo e invisibilización por parte de actores estatales y no estatales. Pese a que el

reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural es uno de los fundamentos del régimen constitucional colombiano, el Estado no ha podido brindar una respuesta efectiva a esta situación. Como consecuencia de lo anterior, la realidad de los grupos originarios en Colombia es grave, crítica y profundamente preocupante (Organización de las Naciones Unidas, 1994, pág. 5).

Con el propósito de generar nuevas formas de participación que permitan proponer, desde un enfoque local, una mejor solución a tales problemas, los grupos originarios de Colombia demandan del Estado el avanzar en el reconocimiento, implementación y garantía del derecho a la libre determinación, y sus derechos derivados, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante, OIT– (Organización Internacional del Trabajo, 1989) y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 (Organización de las Naciones Unidas, 2007).

De esta forma, buscan proteger su existencia cultural diferenciada mediante la autonomía en el manejo de sus asuntos internos, y hacer parte del Estado colombiano, según sus usos y costumbres, por medio de la participación activa en las instituciones políticas, jurídicas, culturales, sociales y económicas, así como en los procesos estatales de adopción e implementación de decisiones, particularmente de aquellas que les conciernen o que puedan afectarlos directamente.

A través de la presente investigación se aborda el estudio del derecho a la libre determinación de los grupos originarios y sus derechos derivados, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, con el objetivo de proponer un plan de acción que permita señalar aquellos aspectos de su definición que puedan ser útiles para fortalecer la gobernabilidad democrática en Colombia. Con éste propósito, se pretende:

- a. Presentar los aspectos más relevantes relacionados con el concepto de gobernabilidad democrática.
- b. Presentar de manera general el marco político, jurídico e institucional de los pueblos indígenas en Colombia.
- c. Presentar los aspectos más relevantes relacionados con el contenido y alcance del derecho a libre determinación de los pueblos indígenas y sus derechos derivados en Colombia.
- d. Describir de manera general la situación de los pueblos indígenas de Colombia en materia de derechos humanos.
- e. Proponer un plan de acción que establezca las medidas que se deben adoptar para fortalecer la gobernabilidad democrática en Colombia a través del reconocimiento, implementación y garantía del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

La metodología utilizada en la presente investigación se basó en el estudio multidisciplinario de un ámbito del derecho –la libre determinación de los pueblos indígenas y sus derechos derivados–, desde una perspectiva política –la gobernabilidad democrática–, a través de un análisis político-institucional. La investigación estuvo dividida en tres partes. En primer lugar, se realizó una revisión de bibliografía especializada, con el propósito de presentar los aspectos más relevantes

relacionados con el concepto de gobernabilidad democrática. En segundo lugar, se realizó una revisión de fuentes primarias normativas y jurisprudenciales, para determinar el marco político, jurídico e institucional existente en favor de los pueblos indígenas, tanto a nivel internacional como nacional, y para determinar el contenido y alcance del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y sus derechos derivados. En tercer lugar, se realizó una revisión de informes de organismos nacionales e internacionales de protección de derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, con el fin de describir la situación actual en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia. Finalmente, con base en la información anteriormente señalada, se presentó un plan de acción que, basado en el reconocimiento, implementación y garantía del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, permita fortalecer la gobernabilidad democrática en Colombia.

#### 1- LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

Tras la crisis del sistema político y económico de los años 30, surge un nuevo modelo de Estado que procura, al mismo tiempo, promover el desarrollo económico y proteger los derechos sociales de sus ciudadanos. Este modelo asume tres formas distintas: la del Estado de bienestar en los países desarrollados, principalmente en Europa; la del Estado desarrollista y proteccionista en los países en vías de desarrollo; y la del Estado comunista en los países en los que el modelo de producción estatal se convirtió en dominante. De esta forma, el Estado comienza a desempeñar un papel estratégico en la gestión del sistema económico y en el mejoramiento del bienestar social, y asume parte de la responsabilidad en la redistribución de la riqueza (Bresser-Pereira, 1998, pág. 519 a 523).

Este nuevo papel del Estado permitió la recuperación de las economías nacionales y, tras el fuerte crecimiento económico producido después de la década del cincuenta, originó un ensanchamiento explosivo de su estructura burocrática, no solo en el área de regulación, sino también en el campo social y en el empresarial. En medio de la bonanza económica, se incrementó la carga tributaria a los ciudadanos y se aumentó de manera creciente el número de empleados públicos. El Estado adquirió un carácter social-burocrático en la medida que, para desempeñar sus nuevas funciones, contrataba directamente como funcionarios públicos a profesores, médicos e ingenieros, entre muchos otros (Bresser-Pereira, 1998, pág. 519 a 523).

Sin embargo, pronto comenzaron a aparecer distorsiones en el sistema. El avance tecnológico y la reducción de los costos de transporte y comunicación generaron que la economía mundial se globalizara y, por lo tanto, que las políticas de desarrollo económico dejaran de ser efectivas. Debido a la captura de los beneficios económicos en manos de privados, a la ineficiencia en la administración de los mismos, al desequilibrio entre las demandas de la población y su capacidad de atenderlas y a la inhabilidad de percibir el cambio de la economía mundial, el Estado entró en crisis fiscal, perdió crédito público, capacidad de ahorro y generó una enorme deuda pública, lo que redujo sus posibilidades de intervención hasta el punto de quedar inmovilizado (Bresser-Pereira, 1998, pág. 519 a 523).

En un escenario de recesión económica, crecimiento del desempleo, aumento del déficit público e incapacidad para responder a las nuevas demandas sociales, se llegó a un diagnóstico generalizado de crisis del modelo del Estado social. Los nuevos movimientos sociales surgidos a finales de los años sesenta, junto con las revueltas callejeras, de la que resulta ser la más emblemática el mayo de 1968 francés, fueron interpretadas por los gobiernos y por los expertos como expresión social de ésta crisis (Vallès, 2010, pág. 426).

Como respuesta a esta situación, la Comisión Internacional para la Paz y la Prosperidad, conocida comúnmente como la Comisión Trilateral, y que fue establecida en 1973 por iniciativa del Grupo Bilderberg para fomentar una mayor cooperación entre los Estados Unidos, Europa occidental y Japón, solicitó la realización de un estudio que permitiera explicar las razones de la crisis económica, de las dificultades por las que atravesaba el modelo de Estado social y del creciente pesimismo en torno a la continuidad del sistema democrático occidental (The Trilateral Commission, 2013).

En 1975, Crozier, Huntington y Watanuki presentaron a la Comisión Trilateral un informe titulado *“The crisis of democracy: Report on the governability of democracies to the Trilateral Commission”* (Crozier, hungtinton, & Watanuki, 1975), donde se utiliza por primera vez el concepto de gobernabilidad. La tesis principal afirmaba que los problemas procedían de la brecha creciente entre las demandas sociales fragmentadas, y en expansión, y unos gobiernos cada vez más faltos de recursos financieros, de autoridad, y de las instituciones y capacidades necesarias para darles respuesta. Para evitar una situación de ingobernabilidad se necesitaba, entonces, de cambios no solo en las instituciones y en las capacidades de gobierno, sino también en la actitud de los ciudadanos (Prats, 2001, pág. 104 y 105).

Luego de agudizarse la crisis política en los años ochenta debido al colapso de la economía mundial, las dificultades del modelo se manifestaron de tres formas principales: la crisis del estado de bienestar en el primer mundo, el agotamiento de la industrialización por sustitución de importaciones en la mayoría de los países en desarrollo y el colapso del estatismo en los países comunistas (Bresser-Pereira, 1998, pág. 519 a 523). Pero, a pesar del creciente pesimismo en medio de la crisis en relación a la continuidad del sistema democrático, ninguna de las democracias liberales desapareció y, en cambio, el sistema se extendió por el sur, centro y oriente de Europa, así como por América Latina, llevando consigo el concepto de gobernabilidad (Vallès, 2010, pág. 426).

Sin embargo, el concepto de gobernabilidad adoptó una nueva definición en el ámbito latinoamericano. En un contexto generalizado de transición a la democracia, la gobernabilidad se entendió en el sentido de que, tanto la transición, como la democracia misma, fueran gobernables. Se buscaba, de esta forma, evitar un regreso a sistemas autoritarios y avanzar en la consolidación de la democracia a través del mejoramiento del desempeño económico, social e institucional. En un escenario de cambio tecnológico y económico, de crisis fiscal, de crecientes retos sociales y escasas capacidades institucionales, la gobernabilidad en América Latina se redefinió como “gobernabilidad democrática” (Prats, 2001, pág. 110 y 111).

El concepto de gobernabilidad democrática fue esbozado, por primera vez, por Michael Coppedge. Este autor definió la gobernabilidad como el grado en el cual el sistema político adquiere valor y estabilidad, a través de un proceso de institucionalización de las organizaciones y los procedimientos que lo conforman. El concepto de actores estratégicos es clave en esta definición, puesto que son aquellos que le otorgan validez al régimen político, ya sea por tener una gran legitimidad y representación política o, sin tenerla, por ser capaces de desmejorar la gobernabilidad mediante el uso de diversos recursos de poder (Coppedge, 1994, págs. 61-88).

Los actores estratégicos son definidos por las reglas y los procedimientos, formales e informales, que configuran el régimen político y que determinan cómo se toman e implementan las decisiones de autoridad. A su vez, estos actores, si son suficientemente representativos, se relacionan mediante la negociación y generación de compromisos mutuos, lo que implica la necesidad de legitimación democrática cuando en la negociación participen aquellos actores que no tienen representación política (Coppedge, 1994, págs. 61-88).

La gobernabilidad democrática implica, entonces, la conformación de una estructura institucional de carácter democrático y participativo, compuesta por organizaciones y procedimientos, que expresa la estabilidad o equilibrio del sistema político y que, cuando no es capaz de procesar el conflicto entre actores estratégicos, ingresa en una situación de crisis que exige no solamente una modificación de reglas y procedimientos, sino de la estructura institucional misma (Coppedge, 1994, págs. 61-88).

Entonces, para realizar un análisis sobre la gobernabilidad de un sistema político, Coppedge propone: 1. Identificar a los actores estratégicos en un nivel apropiado y durante un período delimitado. 2. Considerar a los actores no estatales teniendo en cuenta variables tales como: inclusión, luchas de poder, capacidades de negociación y grado de formalización de las fórmulas que pautan sus relaciones con el Estado y con otros actores no estatales. 3. Evaluar el sistema de partidos. 4. Considerar recursos y fortalezas de actores estatales y del sistema de partidos en sus relaciones intraestatales. 5. Analizar las relaciones entre actores estatales y su adecuación a las normas. 6. Efectuar un balance de recursos y capacidad del Estado para responder a las demandas sociales (Coppedge, 1994, págs. 61-88).

En esta misma línea, Bresser-Pereira afirma que la gobernabilidad depende de la relación de legitimidad entre el gobierno y la sociedad. La gobernabilidad en un régimen democrático depende de que las instituciones políticas sean capaces de intermediar intereses entre el Estado y la sociedad civil; de la existencia de mecanismos de control de responsabilidades y rendición de cuentas – *accountability*–; de la capacidad de la sociedad de limitar sus demandas y del gobierno de responder a aquellas finalmente mantenidas; y, principalmente, de la existencia de un contrato social básico, puesto que éstas son las condiciones mínimas necesarias que permiten asegurar la legitimidad de un gobierno (Bresser-Pereira, 1998, pág. 542).

Estas líneas conceptuales fueron adoptadas por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –en adelante, PNUD–, que definió la gobernabilidad democrática como la capacidad de una sociedad de concretar y establecer políticas, y resolver sus conflictos de manera pacífica,

dentro de un orden jurídico vigente (PNUD, 2015a). La gobernabilidad así entendida requiere, entonces, de instituciones democráticas a nivel nacional y local, así como de una sociedad civil suficientemente activa, que permitan garantizar la transparencia y la participación de los ciudadanos en los procesos públicos de adopción de decisiones (PNUD, 2015b).

Con este propósito, debe existir una permanente interacción entre la sociedad civil y las instituciones del Estado, así como de espacios de encuentro entre unos y otros. El Estado debe fortalecer las instituciones democráticas, tanto a nivel nacional como local, para lograr una mejor calidad de la representación. Por su parte, la sociedad civil debe adelantar procesos de empoderamiento para consolidar una plena ciudadanía política y social, capaz de incidir en la adopción de decisiones y en el control de responsabilidades y rendición de cuentas de sus gobernantes. Finalmente, ambas partes deben promover espacios donde ciudadanos y representantes se puedan encontrar para debatir y generar acercamientos para la toma conjunta de decisiones (PNUD, 2015b).

Esta definición de gobernabilidad es relevante en América Latina donde, si bien la democracia electoral se ha expandido y consolidado desde la década del noventa, todavía existen preocupaciones sobre la calidad de esas democracias, más allá de la posibilidad que tienen los ciudadanos de hacer parte del proceso electoral. Pese a los avances presentados, existe poca participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, en especial de las poblaciones más vulnerables y menos representadas como vienen a ser los pueblos indígenas. Aspectos como la desigualdad en materia de bienestar y acceso al poder, la debilidad institucional, la inseguridad ciudadana y la corrupción son temas que inciden en esta dinámica (PNUD, 2015b).

Por este motivo, para fortalecer la gobernabilidad democrática en la región y en Colombia, el PNUD propone trabajar en el fortalecimiento del sistema político y electoral en todos los niveles, mediante procesos de diálogo político, técnico y social, y fomentar nuevos liderazgos y fortalecer las capacidades de la sociedad civil, especialmente en las poblaciones vulnerables y menos representadas, para incidir y participar de forma activa en los procesos políticos y electorales y en el control de responsabilidades y rendición de cuentas de sus gobernantes (PNUD, 2015b).

## 2- EL MARCO POLÍTICO, JURÍDICO E INSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA.

El punto de partida para el actual marco político, jurídico e institucional de derechos colectivos de los pueblos indígenas, se encuentra en el principio constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. La norma superior se basa en la evidente intención de la Asamblea Nacional Constituyente de proteger, de manera especial, los valores culturales en cabeza de los pueblos indígenas que subsisten en el país, y de superar el enfoque discriminatorio e integracionista con el que habían sido abordadas tales cuestiones (Corte Constitucional de Colombia, 1992, págs. 16-17). Al consagrar un modelo político inclusivo, el Estado Colombiano adoptó la forma política del Estado Social de Derecho y elevó la democracia, la pluralidad y la participación al rango de principios fundantes, y se redefinió como un conjunto

de grupos sociales culturalmente diferentes, que valoran positivamente esa diferencia y que la consideran un bien susceptible de protección constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

Ha entendido la Corte Constitucional que el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural constituye una prolongación en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, y que responde a la necesidad de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa, acorde con la idea de que la justicia constituye un ideal incompleto si no atiende a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y de los grupos (Corte Constitucional de Colombia, 1998). De esta forma, la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural colombiana implicó el reconocimiento constitucional y jurisprudencial de derechos colectivos propios a los pueblos indígenas, dirigidos a otorgar un amplio margen de autonomía y participación, con el fin de que los valores culturales que estos grupos representan, pudieran entrar en plano de igualdad con los valores compartidos por la sociedad predominante (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

En respuesta a esta línea de pensamiento, la Constitución Política de Colombia consagró la obligación del Estado de proteger las riquezas culturales y el patrimonio cultural de la Nación; estableció la oficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos originarios al interior de sus territorios; constituyó la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras de los resguardos indígenas; permitió la incorporación de la identidad cultural en materia educativa; e instituyó la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana al consagrar la igualdad y dignidad de todas las culturas y la promoción y difusión de todos los valores culturales.

Así mismo, el principio de diversidad étnica y cultural permitió que a los pueblos indígenas se les reconociera ciertas prerrogativas expresadas en la consagración de circunscripciones especiales en el Senado y la Cámara de representantes; en la posibilidad de ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus valores culturales propios; en la ordenación de los territorios indígenas en entidades territoriales; y en el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres.

Este marco constitucional, que ha sido desarrollado ampliamente por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, se complementa con dos instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen y desarrollan derechos colectivos a los grupos originarios, ambos adoptados en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas: el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes 169, adoptado en 1989 por la OIT, identifica a los grupos humanos a los que dirige su protección como “pueblos indígenas”; promueve el respeto por las culturas, las formas de vida y las tradiciones de los mismos; asume que estos pueblos constituyen sociedades permanentes que seguirán existiendo como parte integrante de los Estados a los que pertenecen; considera que la diversidad cultural representada

en los grupos originarios tiene un valor intrínseco que requiere ser salvaguardado; reconoce que los pueblos indígenas pueden hablar por sí mismos, que tienen el derecho a ser consultados y a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte directamente; y que aspiran a asumir el control de sus tierras y territorios, recursos naturales y modelos de desarrollo y bienestar, manteniendo y fortaleciendo sus propias instituciones.

Si bien el Convenio 169 no consagra el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, sí reconoce derechos que constituyen pasos importantes para la configuración del mismo. Así las cosas, y con el fin de evitar cuestionamientos legales internacionales, la Conferencia Internacional del Trabajo incluyó una cláusula de interpretación en la que estableció que el término “pueblos”, contenido en el Convenio 169, no debía entenderse en el sentido de otorgar y reconocer derechos de libre determinación para los grupos originarios, por cuanto consideró que estaba por fuera de su competencia el interpretar el derecho político a la autodeterminación de los pueblos consagrado en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (Organización Internacional del Trabajo, 2015c).

Siguiendo esta misma línea, y en respuesta a la falta de un consenso internacional, el Convenio 169 carece de una definición de “pueblos indígenas”, aun cuando proporciona ciertos criterios que permiten identificar a los grupos que pretende proteger. En ese sentido, este instrumento va dirigido a salvaguardar los derechos de los grupos humanos considerados indígenas por tener unas condiciones políticas, culturales, sociales y económicas diferentes a los de la sociedad predominante; por encontrarse regidos por sus propias costumbres o tradiciones o por legislación especial; por conservar sus instituciones políticas, culturales, sociales y económicas; por descender de comunidades ancestrales que habitaban el mismo territorio antes de los procesos de conquista, colonización o delimitación de fronteras; y, por tener conciencia de su propia identidad indígena.

Este tratado aborda los principales aspectos relacionados con los grupos originarios, al establecer un marco jurídico colectivo de protección en el que se incluye el derecho de estos grupos a conservar sus propias instituciones; al desarrollo; a las tierras y territorios ancestrales; a los recursos naturales; a la educación; a la salud; al trabajo; a la consulta y participación; y a mantener relaciones transfronterizas. Así mismo, el Convenio 169 establece una serie de obligaciones en cabeza de los Estados, con el fin de proteger y garantizar el ejercicio de los mismos.

Al traer un catálogo extenso de derechos en cabeza de los grupos originarios, el Convenio 169 se convierte en el primer instrumento internacional que consagra, de manera efectiva, derechos colectivos para los pueblos indígenas y ofrece la posibilidad de someter los avances en su implementación al escrutinio internacional a través de los mecanismos existentes en la OIT para la supervisión de la aplicación de sus tratados.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada en 2007, se consagra como el instrumento internacional más relevante que existe en la materia, no solo por establecer un marco universal de estándares mínimos a cuyo reconocimiento, garantía e implementación deben aspirar los Estados, sino también por otorgarle a la ONU el rol



de desempeñar un papel importante y continuo en el reconocimiento, promoción y protección de los derechos colectivos de los grupos originarios.

Este instrumento parte de los principios de libertad, igualdad, diversidad cultural y no discriminación, para reconocer que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia condición política; a mantener y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, culturales, sociales y económicas; a dirigir los procesos de desarrollo interno conforme a sus propias necesidades e intereses; a controlar y disponer de sus tierras, territorios y recursos; a ser consultados; y a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural de los Estados a los que hacen parte.

En este mismo sentido, y a diferencia del Convenio 169 de la OIT, la Declaración reconoce expresamente que los pueblos indígenas necesitan gozar, tanto del marco jurídico general de protección de derechos individuales existente en el derecho internacional, como de un marco jurídico de protección específico de derechos colectivos dirigidos a asegurar la supervivencia, la dignidad, el desarrollo y el bienestar de estos pueblos como grupos humanos diferentes. La comunidad internacional entendió que solamente a través del reconocimiento expreso de derechos colectivos se puede preservar la diversidad cultural que los grupos originarios representan, bajo la premisa de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten, podrán mantener, reforzar y desarrollar sus instituciones, cultura y modos de vida únicos.

Distanciándose de la posición tomada por la OIT, la Declaración de la ONU reconoce expresamente el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, prerrogativa en virtud de la cual los grupos originarios pueden determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, y que conlleva para los Estados la obligación de reconocer las prácticas, costumbres, prioridades e instituciones de estos pueblos y de consultar y cooperar con los mismos para adoptar todas las medidas apropiadas que les permitan alcanzar la autonomía o autogobierno en relación con sus asuntos internos y la participación en las instituciones políticas y en los procesos estatales de adopción e implementación de decisiones (Organización Internacional del Trabajo, 2015c, pág. 25).

Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la libre determinación para los grupos originarios generó preocupación en la comunidad internacional, por cuanto tal derecho podría ser interpretado como un aval a demandas de independencia por parte de estos pueblos. La ONU da entonces respuesta a esta creciente preocupación, estableciendo una cláusula de interpretación en virtud de la cual el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas no va dirigido a quebrantar o menoscabar la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes, encontrando un punto intermedio entre las pretensiones e intereses de unos y otros.

Si bien este instrumento tampoco trae una definición de “pueblos Indígenas”, supone que no se requiere de la misma para el reconocimiento y protección de sus derechos. La Declaración deja en cabeza de los grupos originarios la facultad de determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus usos y costumbres, sustrayéndola de esta forma del ámbito gubernamental.

La Declaración establece un marco jurídico de protección exhaustivo que, a través del reconocimiento de otros derechos, permite materializar el derecho a la libre determinación. En ese sentido, este instrumento consagra y refuerza, entre otros, los derechos de los grupos originarios a mantener y desarrollar sus propias instituciones; al desarrollo propio; a las tierras y territorios ancestrales y a los recursos naturales que se encuentran en ellas; a la educación; a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado; a la participación; y a mantener relaciones transfronterizas –ya reconocidos por el Convenio 169 de la OIT–, al tiempo que involucra mucho más a los Estados y organismos internacionales en la garantía y protección de los mismos.

Ahora bien, desde la perspectiva institucional colombiana, el Ministerio del Interior es el órgano más importante a nivel nacional, por cuanto, a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías y la Dirección de Consulta Previa, entre otras funciones, formula e implementa las políticas públicas en materia de pueblos indígenas, lleva el registro de autoridades y asociaciones indígenas, y adelanta los procesos de consulta previa (Ministerio del Interior, 2015). Por su parte, la Procuraduría General de la Nación, a través del Grupo de Asuntos Étnicos (Procuraduría General de la Nación, 2015), y la Defensoría del Pueblo, a través de la Defensoría Delegada para los Indígenas y las Minorías Étnicas (Defensoría del Pueblo, 2015), cuentan con competencias importantes para la protección de los grupos originarios.

También existen varios programas y actividades llevados a cabo por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos; el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –DPS–; el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER–; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–; el Departamento Nacional de Planeación –DNP–; y los Ministerios de Educación Nacional; Cultura; Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible; Agricultura y Desarrollo Rural; y Salud y Protección Social; dirigidos a dar respuesta a las necesidades y demandas de los pueblos indígenas de Colombia. Entre estos programas se encuentran aquellos destinados a atender las necesidades de los desplazados internos, capacitar a los miembros de la Fuerza Pública en derechos humanos y derecho internacional humanitario, a promover la educación y bienestar sanitario de los grupos originarios y responder a los reclamos sobre tierras y territorios (Organización de las Naciones Unidas, 2010, págs. 7-8).

Paralelo a todo lo anterior, existe un importante movimiento social indígena, que ha sido instrumental para el logro de los avances mencionados. Hoy en día existen diversas organizaciones indígenas, entre las que se pueden mencionar: la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC–, la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana –OPIAC–, y el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia –AICO–. Así mismo existen las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas –AATI–, la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, la Comisión Nacional de Derechos Humanos para Pueblos Indígenas, los Consejos Regionales, las Mesas Permanente de Concertación, la Mesa Regional Amazónica y numerosos cabildos y asociaciones locales, que se constituyen como interlocutores necesarios entre las autoridades gubernamentales, el sector privado, la sociedad civil y los grupos originarios (Organización de las Naciones Unidas, 1994, pág. 8).

Este contexto político, jurídico e institucional permite que los pueblos indígenas puedan aspirar a desarrollar plenamente su identidad cultural diferenciada y hacer parte integral del Estado colombiano. De esta forma, al tener la oportunidad de asumir de manera autónoma el control de sus asuntos internos y al tener la posibilidad de participar en la institucionalidad nacional y en los procesos de adopción e implementación de decisiones, los pueblos indígenas pasaron de ser un simple objeto de protección legal, a ocupar un rol importante en la definición y construcción del Estado Social y Democrático de Derecho establecido en la Constitución Política de Colombia de 1991.

### 3- EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígena surge entonces como uno de los principales derechos colectivos de los grupos originarios, resultado de la lectura del principio de diversidad étnica y cultural a la luz de los derechos a la libertad, igualdad y no discriminación, que encuentra su fundamento en la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Programa de Acción de Viena, el Convenio 169 de la OIT, y en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En virtud de estas disposiciones, la libre determinación de los pueblos indígenas implica, por una parte, el derecho a la autonomía en relación con el manejo de sus asuntos internos, y que se concreta, a su vez, a través de los derechos de los grupos originarios a conservar y desarrollar sus propias instituciones políticas, culturales, jurídicas, sociales y económicas; al desarrollo; a la salud; a la educación; al trabajo; y sus tierras y territorios ancestrales y a los recursos naturales que se encuentren en ellas. Por otra parte, la libre determinación de los pueblos indígenas implica el derecho a la participación, que se concreta a través de los derechos de los grupos originarios a la participación general en las instituciones políticas, culturales, jurídicas, sociales y económicas del Estado; a la concertación; a mantener relaciones intergrupales; y a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado.

Sin embargo, pese a que los pueblos indígenas, al igual que todos los pueblos, gozan plenamente de todos los derechos económicos, sociales y culturales, así como de todos los derechos civiles y políticos reconocidos en el derecho internacional, incluido el derecho a la autodeterminación, existen ciertas condiciones particulares de estos grupos que matizan este reconocimiento y le otorgan características propias.

Por una parte, al reconocerse que los indígenas enfrentan una grave situación de exclusión social y que por lo tanto, brindar las mismas oportunidades que a otros pueblos puede no ser suficiente para asegurar su supervivencia como grupos culturales diferentes, los grupos originarios cuentan con una gama de derechos colectivos únicos que van dirigidos a asegurar que eleven sus condiciones de vida hasta el mismo nivel que otros grupos ostentan (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015, pág. 12).

Así mismo, el reconocimiento del derecho a la libre determinación indígena trae aparejada una cláusula de interpretación en virtud de la cual se establece que esta prerrogativa no va dirigida a quebrantar o menoscabar la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. De esta forma, al quedar limitando el disfrute del derecho al ámbito estatal, la libre determinación indígena comienza a ser entendido como el derecho colectivo de estos pueblos a participar, en condiciones de libertad e igualdad, en la institucionalidad de los Estados a los que hacen parte y a contar con un marco jurídico propio que les permita tener un control permanente sobre sus propios asuntos (Anaya, 2005, pág. 169).

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, el derecho a la libre determinación indígena conlleva para los Estados la obligación de reconocer las prácticas, costumbres e instituciones de los grupos originarios, y de consultar y cooperar con los mismos para adoptar todas las medidas apropiadas, tanto legislativas como administrativas, que les permitan alcanzar la autonomía en relación con sus asuntos internos y la participación en los procesos políticos e institucionales de adopción e implementación de decisiones (OIT, 2009, pág. 29). Obligación que va más allá de los simples compromisos de cooperación internacional exigidos por la Carta de las Naciones Unidas, en el caso en que la libre determinación llegase a generar la creación de un nuevo Estado Soberano.

De esta forma, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se proyecta en el ámbito nacional, de manera imperativa, como una prerrogativa propia de los pueblos indígenas que genera la obligación en cabeza del Estado colombiano, de reconocer y garantizar el derecho colectivo de los grupos originarios a definir, mantener y desarrollar su identidad cultural diferenciada, a través de un marco jurídico propio, que les permita lograr la autonomía en relación con sus asuntos internos y de la efectiva participación en la institucionalidad del Estado colombiano.

Este marco jurídico propio implica la prerrogativa que tienen los grupos originarios de definir sus propias instituciones, autoridades y formas de gobierno, a darse o conservar sus propios valores, normas y costumbres, a decidir sus propios modelos de bienestar y desarrollo, a determinar sus planes de vida y a adoptar las decisiones internas que consideren más adecuadas para la protección de los mismos (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). Prerrogativa que, en virtud de la cláusula de interpretación anteriormente mencionada, debe ser entendida en armonía con el principio de unidad nacional y el respeto del carácter normativo de la Constitución.

Bajo los parámetros del principio de unidad nacional, el pleno ejercicio del derecho a la libre determinación genera tensiones en los puntos de encuentro entre los diferentes modelos y prioridades de desarrollo y bienestar de la sociedad predominante y de los grupos originarios. Razón por la cual, el reconocimiento de este derecho implica para el Estado colombiano, además de las obligaciones ya señaladas, la obligación de delimitar claramente el campo de acción para la toma de decisiones del gobierno y de las autoridades tradicionales indígenas, así como la obligación de establecer mecanismos de coordinación y concurrencia entre los mismos (Corte Constitucional de Colombia, 2009b).

Por su parte, el respeto del carácter normativo de la Constitución implica una restricción a la libre determinación cuando su ejercicio signifique la adopción de decisiones que vulneren el derecho a

la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente, en materia penal. Estos derechos constituyen límites que han sido definidos a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible, y cuya superación resulta intolerable. Por pertenecer al grupo de prerrogativas intangibles, reconocidas por todos los tratados internacionales de derechos humanos, que no admiten ser suspendidos ni siquiera en situación de conflicto armado, deben ser respetados en toda circunstancia por los grupos originarios (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

El derecho a la libre determinación indígena, constituye entonces, el eje central de todo el régimen de protección de los grupos originarios, no solo por concretarse así mismo a través de los otros derechos colectivos, sino además porque el ejercicio efectivo y garantía de éstos últimos, depende de que estén dadas las condiciones de autonomía y participación ampliamente señaladas.

#### 4- LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

Según las cifras del Departamento Nacional de Estadística –en adelante, DANE–, el Gobierno Nacional de Colombia ha reconocido oficialmente la existencia de 87 pueblos indígenas (DANE, 2015, pág. 20)<sup>2</sup>, con una población aproximada de 1.392.623 personas, que equivale al 3.43% de la población total del país (DANE, 2015, pág. 37). Estos pueblos se encuentran distribuidos por todo el territorio nacional y presentan una gran diversidad demográfica y cultural. Tres de estos grupos (Wayuu, Paez y Emberá) cuentan con más de 50.000 miembros, mientras que más de treinta grupos cuentan con menos de 500 miembros. Entre los pueblos indígenas se incluyen agricultores, recolectores y pescadores; comunidades campesinas indígenas; pequeños grupos nómadas; y una creciente población indígena urbana (Organización de las Naciones Unidas, 1994, pág. 5).

La mayor parte de la población originaria se ubica en el área rural del país, en los resguardos indígenas legalmente constituidos, en las parcialidades indígenas o en los territorios no delimitados legalmente. Actualmente existen 710 resguardos titulados que ocupan una extensión aproximada de 34 millones de hectáreas, equivalentes al 29,8% del territorio colombiano, los cuales se encuentran ubicados en 27 departamentos y en 228 municipios. Los departamentos con mayor número de resguardos son: Chocó, con 115; Cauca, con 83; Tolima, con 66; Nariño, con 60; y, Putumayo, con 55 (DANE, 2015, págs. 22-23). Los departamentos con mayor concentración de población indígena son: La Guajira, con 278.212 habitantes; Cauca, con 248.532 habitantes; Nariño, con 155.199 habitantes; Córdoba, con 151.064 habitantes; y, Sucre con 82.934 habitantes. Los departamentos que tienen un mayor porcentaje de población indígena son: Vaupés, con 66.65%; Guainía, con 64.90%; La Guajira, con 44.94%; Vichada, con 44.35%; y, Amazonas, con 43.43% (DANE, 2015, págs. 38-39).

Las cifras del DANE indican que el 63% de la población indígena vive bajo la línea de pobreza y el 47,6% no tiene ingresos suficientes para adquirir una canasta básica de alimentos que cubra los

---

<sup>2</sup> Según los datos que presenta la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC–, a nivel nacional existen un total de 102 pueblos indígenas (KAS, 2009, pág. 6).

requerimientos alimenticios mínimos diarios. El 34,53% no tiene acceso a la salud. La tasa de analfabetismo entre los 15 y 49 años es de 24,1%, mientras la de la población nacional es seis veces menor, y solamente el 50% entre los 5 y los 25 años asiste a alguna institución educativa. Por otra parte, 3 de cada 5 indígenas no tienen acceso a acueducto, 4 de cada 5 no tienen acceso a alcantarillado y 2 de cada 5 no tienen acceso a energía. La población indígena tiene una cobertura en acueducto 4 veces menor a la de la población nacional, 3,2 veces menor en alcantarillado y 9,3 veces menor en servicio de energía (KAS, 2009, pág. 7).

Otras cifras del DANE señalan que el porcentaje de indígenas que abandonó su residencia, en los cinco años anteriores al último censo de Colombia realizado en 2005, se dio por alguna de alguna de las siguientes razones: El primer motivo corresponde a razones familiares, equivalente a un 33.57%; le siguen la dificultad para conseguir trabajo, equivalente a un 20.05%; las amenazas contra la vida, equivalente a un 12.27%; la necesidad de educación, equivalente a un 10.17%; otras razones, equivalente a un 8.81%; el riesgo de desastre natural, equivalente a un 7.52%; y motivos de salud, equivalente a un 7.41% (DANE, 2015, pág. 47).

Tales cifras reflejan la discrepancia existente entre un marco constitucional y jurisprudencial avanzado en el reconocimiento de derechos colectivos a los grupos originarios, el escaso desarrollo del mismo a nivel legal y reglamentario, y la evidente incapacidad institucional para lograr su implementación y garantía, todo en el contexto de un conflicto armado interno en el que la actividad de los múltiples actores que en el intervienen, dificultan las posibilidades de acción estatal, así como los ejercicios de autonomía y participación de estos grupos (Organización de las Naciones Unidas, 2010, págs. 6-7).

Por estos motivos, los pueblos indígenas de Colombia están particularmente indefensos y expuestos al conflicto armado y sus consecuencias, al igual que al abuso de aquellos interesados en explotar los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios ancestrales, sobre la base de situaciones estructurales preexistentes de pobreza extrema y abandono institucional, que operan como factores catalizadores de las profundas y sistemáticas violaciones de derechos humanos a las que se ven sometidos (Corte Constitucional de Colombia, 2009, pág. 5).

Para la ONIC, el Estado Colombiano no ha reconocido la totalidad de las vulneraciones de derechos humanos a los pueblos indígenas, lo que incrementa el riesgo al que se encuentran expuestos. Los datos presentados por esta organización indican que la principal causa de vulneración está asociada a la presencia de grupos al margen de la ley en sus tierras y territorios ancestrales, y el consecuente señalamiento que estos hacen de la participación, o no, de la población indígena en el conflicto (Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC, 2014).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia señaló en el Auto 004 de 2009 que al menos 30 pueblos indígenas se encuentran en estado de alto riesgo de exterminio físico y cultural, por diversas causas relacionadas con el conflicto armado y el desplazamiento forzado, así como de procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado que afectan sus tierras y territorios ancestrales (Corte Constitucional de Colombia, 2009, pág. 6).

La primera causa está relacionada con las confrontaciones entre los actores armados, sin involucrar activamente a los pueblos indígenas, pero afectándolos directamente. Estas confrontaciones tienen, en términos generales, las siguientes manifestaciones: a) Incursiones y presencia de grupos armados ilegales en tierras y territorios ancestrales, en ocasiones seguidas de una fuerte militarización del territorio por parte de la Fuerza Pública. b) Confrontaciones armadas entre grupos armados ilegales, o entre éstos y la Fuerza Pública, en tierras y territorios ancestrales, o cerca de éstos. c) Ocupación de lugares sagrados por los grupos armados ilegales y por unidades de la Fuerza Pública. d) Instalación de bases militares en tierras y territorios ancestrales sin consulta previa. e) Instalación de minas antipersonal y abandono de municiones sin explotar en sus territorios (Corte Constitucional de Colombia, 2009, pág. 6).

La segunda está relacionada con los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos indígenas en el conflicto armado por parte de los actores armados ilegales y/o por algunos miembros individuales de la Fuerza Pública. Las mismas tienen las siguientes manifestaciones: a) Señalamientos. b) Asesinato selectivo de líderes, autoridades tradicionales y miembros prominentes. c) Amenazas, hostigamientos y persecuciones de individuos, familias y comunidades. d) Confinamientos de familias y comunidades enteras. e) Controles sobre la movilidad de personas y bienes. f) Falta de respeto reiterado a las autoridades tradicionales. g) Controles de comportamiento y de las pautas culturales propias. h) Reclutamiento forzado. i) Apropiación y hurto de bienes de subsistencia. j) Prostitución forzada, violencia sexual y enamoramiento de mujeres y jóvenes indígenas como táctica bélica. k) Homicidio, amenaza y hostigamiento de maestros, promotores de salud y defensores de derechos humanos. l) Ocupación temporal de escuelas, viviendas y edificios comunitarios. m) Utilización de las comunidades como escudos humanos durante los enfrentamientos (Corte Constitucional de Colombia, 2009, págs. 7-9).

La tercera está relacionada con los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan las tierras y territorios ancestrales y las culturas indígenas. Se resaltan tres en particular por su grave impacto sobre la integridad de los pueblos indígenas: a) El despojo territorial simple por parte de colonos y actores con intereses económicos sobre las tierras y recursos naturales de propiedad de los grupos originarios, sea porque forman parte de sus resguardos, porque están en proceso de titulación, porque forman parte de los territorios de proyección y ampliación de los resguardos o porque forman parte de su territorio ancestral y aún no han sido reconocidas como tal por las autoridades. b) El desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas en tierras y territorios ancestrales. Especialmente de cultivos ilícitos y el desarrollo dentro de sus territorios, por actores externos, de distintas actividades vinculadas al tráfico de drogas. También, el desarrollo de actividades lícitas de explotación de recursos naturales, en forma irregular, por actores económicos del sector privado, por los grupos armados ilegales, o por asociación de ambos. c) Fumigaciones de cultivos ilícitos sin el lleno de los requisitos de consulta previa (Corte Constitucional de Colombia, 2009, págs. 9-10).

La última de estas causas está relacionada con los procesos socioeconómicos que, sin tener relación directa con el conflicto armado, son agravados o intensificados por causa de la guerra. Tienen las

siguientes manifestaciones: a) La pobreza y sus consecuencias. b) La inseguridad alimentaria y sus consecuencias, que se ve empeorada por apropiación, destrucción por conflicto armado y restricciones de movilidad. c) Condiciones de salud deterioradas que se desmejoran por el conflicto armado, en particular, mortalidad infantil alta, y altas tasas de enfermedades prevenibles. d) La invisibilidad preexistente por censos y estadísticas divergentes. e) El debilitamiento étnico y social y la aculturación prevalecientes (Corte Constitucional de Colombia, 2009, págs. 10-11).

Ante esta crítica situación, el Estado no ha dado una respuesta estructurada y diferencial, limitándose, principalmente, a la expedición de normas, políticas y documentos formales, los cuales, a pesar de su valor, han tenido repercusiones prácticas precarias (Corte Constitucional de Colombia, 2009, pág. 34). A pesar de que se han adoptado medidas para atender y proteger los derechos de los pueblos indígenas, y que se han formulado planes, programas y proyectos en ese sentido, muchas de estas medidas no han sido aplicadas, o lo han sido de manera deficiente. A lo que se suma el hecho de que las mismas no suelen ajustarse adecuadamente a las condiciones de vida, cultura, costumbres, estructuras organizacionales y planes de vida de estos pueblos (Organización de las Naciones Unidas, 2010, pág. 9).

En ese sentido, la situación de los pueblos indígenas en el país no ha sido afrontada con la urgencia que la gravedad de la situación merece (Organización de las Naciones Unidas, 1994). La falta de concordancia entre el derecho a la libre determinación y sus derechos derivados, reconocidos tanto a nivel nacional como a internacional, de un lado, y el escaso desarrollo legal y reglamentario destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos, de otro, mantiene a los grupos originarios, como actores estratégicos, en la periferia del sistema político nacional. Tal divergencia choca con los postulados constitucionales básicos que redefinen a Colombia como Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la diversidad étnica y cultural.

Es una situación tan grave como invisible. Este proceso no ha sido reconocido aún en sus reales dimensiones por las autoridades encargadas de representar y proteger a los pueblos indígenas del país. Mientras que numerosos grupos originarios son atacados, desplazados y desintegrados en todo el territorio nacional por los actores armados, por los distintos factores subyacentes al conflicto y vinculados al mismo, así como por la acción de privados interesados en la explotación de los recursos naturales, el Estado y la sociedad continúan preciándose de su carácter multicultural, de sus riquezas étnicas y de distintos aspectos de las culturas indígenas nacionales. Esta contradicción entre la realidad y la representación generalizada de dicha realidad resulta sorprendente, no sólo por su crueldad inherente, sino por revelar una actitud de indiferencia generalizada ante el horror que los pueblos indígenas del país han debido soportar en los últimos años (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

En un contexto de déficit de gobernabilidad democrática en el que se busca, en primer lugar, fortalecer las instituciones políticas para lograr una mejor calidad de la representación; en segundo lugar, promover la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, en especial de las poblaciones más vulnerables y menos representadas; y en tercer lugar, promover espacios donde unos y otros se puedan encontrar para debatir y generar acercamientos para la toma conjunta de decisiones; se debe avanzar en el reconocimiento, implementación y garantía del derecho a la libre



determinación de los pueblos indígenas, así como de sus derechos derivados, con el fin de permitirles a estos grupos ser capaces de incidir en la adopción de decisiones y en el control de responsabilidades y rendición de cuentas de sus gobernantes.

De esta forma, desde un enfoque de derechos humanos y culturalmente sensible, los grupos originarios como actores estratégicos, a través de sus derechos colectivos, pueden hacer parte parte integral del Estado colombiano, conforme a sus propios usos y costumbres, y llevar a las instituciones políticas sus demandas, reivindicaciones y aspiraciones, con el consecuente incremento del grado de aceptación del sistema político colombiano y de la mayor capacidad de proponer mejores respuesta a los conflictos sociales.

#### 4- PLAN DE ACCIÓN

Con el fin de que el sistema político colombiano sea gobernable democráticamente, desde un enfoque de derechos humanos y culturalmente sensible, los pueblos indígenas, como actores estratégicos, deben hacer parte parte integral del Estado colombiano, conforme sus propios usos y costumbres. De esta forma se busca que los grupos originarios puedan llevar a las instituciones políticas sus demandas, reivindicaciones y aspiraciones, con el propósito de que su situación se visibilice y sea afrontada con la urgencia y la gravedad que merece.

Con el propósito de mejorar la gobernabilidad democrática, se debe promover la participación de los pueblos indígenas para buscar una mejor calidad de la representación de los mismos en las instituciones políticas, tanto a nivel nacional como local, y generar los espacios adecuados para llevar a cabo los procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado, antes de la adopción o implementación de cualquier tipo de decisión susceptible de afectarlos directamente.

Así mismo, se debe promover la autonomía en el manejo de sus asuntos internos, con el fin de permitirle a estos grupos ser capaces de decidir por ellos mismos sus propios modelos de desarrollo y bienestar y generar los espacios adecuados donde puedan incidir en la adopción de decisiones y en el control de responsabilidades y rendición de cuentas de sus gobernantes.

Se busca de ésta forma generar mejores respuestas políticas a los problemas que aquejan a los pueblos indígenas, que sean formulada con su participación, y desde un enfoque local, con el propósito de generar una mayor la legitimidad del sistema político colombiano, al tiempo que se salvaguarda a estos grupos de las situaciones de violencia persistente, que impactos considerables en sus condiciones de vida y bienestar, y que amenazan la supervivencia física y cultural de las mismos.

El principal objetivo de un plan de acción de este tipo, es lograr la gobernabilidad democrática del sistema político colombiano, desde un enfoque de derechos humanos y culturalmente sensible. Con ese propósito se debe lograr:

a) Promover la participación de los pueblos indígenas en las instituciones políticas, tanto a nivel nacional como local.

b) Generar los espacios adecuados para llevar a cabo los procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado, antes de la adopción o implementación de cualquier tipo de decisión susceptible de afectarlos directamente.

c) Promover la autonomía en el manejo de sus asuntos internos, con el fin de permitirles a estos grupos ser capaces de decidir por ellos mismos sus propios modelos de desarrollo y bienestar.

d) Generar los espacios adecuados donde los grupos originarios puedan incidir en la adopción de decisiones y en el control de responsabilidades y rendición de cuentas de sus gobernantes.

Como ya quedó establecido, el principal objetivo de la intervención es lograr la gobernabilidad democrática del sistema político colombiano, desde un enfoque de derechos humanos y culturalmente sensible. Las siguientes acciones fueron tomadas, principalmente, del documento denominado “Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas” elaboradas por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2015), adaptadas al contexto de la presente investigación.

Para lograr el objetivo propuesto se deben tener presente, de manera previa, ciertos parámetros básicos que resultan obligatorios en la interacción entre el Estado y los grupos originarios, ya que son necesarios para asegurar la participación de los mismos, de manera real y efectiva en las instituciones políticas, en su condición colectiva de pueblos indígenas.

Entre esos parámetros se pueden mencionar, en primer lugar, que el régimen jurídico nacional e internacional de protección que establece derechos colectivos a favor de los grupos originarios, constituye el marco de acción para todas las medidas a implementarse. En segundo lugar, que los procesos y estrategias a desarrollarse deben ser adaptadas a las culturas y características específicas de cada uno de los grupos, y finalmente, que los pueblos indígenas deben involucrarse en calidad de tal, es decir, en su dimensión colectiva, desde el principio del proceso de formulación e implementación de acciones, y no como simples actores de la sociedad civil o en ejercicio de sus derechos individuales.

Ahora bien, con base en la situación de cada uno de los pueblos indígenas, se deben considerar cuidadosamente las diferentes opciones para adoptar las acciones pertinentes. Para el Estado colombiano la diversidad cultural es un bien valioso y susceptible de ser salvaguardado, sin embargo, las culturas indígenas no se deben entender como estáticas, ya que las mismas cambian constantemente y son capaces de incorporar y adaptarse nuevos elementos culturales que complementen las tradiciones ancestrales, siempre y cuando la adaptación no sea forzada sino el resultado de las aspiraciones de la comunidad misma.

Por otra parte, se debe realizar un esfuerzo importante en desarrollar las capacidades de los pueblos indígenas, de sus organizaciones, asociaciones, líderes, autoridades tradicionales y representantes. El Gobierno debe aumentar la capacidad de los pueblos indígenas como sujetos de derechos por medio de su capacitación en habilidades de liderazgo, la promoción de capacitación jurídica y la asistencia jurídica para que sean capaces de defender sus derechos en las cortes, así como habilidades de alfabetismo. Tal formación resulta necesaria antes de otorgarles a los líderes

indígenas responsabilidades políticas administrativas, para que cuenten con la capacitación necesaria para desempeñarse bien.

a. Promover la participación de los pueblos indígenas los procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado.

Los líderes políticos indígenas son clave para la inclusión de valores y prácticas multiculturales en la agenda local, regional y nacional y para incluir a los pueblos indígenas en los procesos de adopción de decisiones. “Si bien los líderes tradicionales se reconocen como las autoridades superiores en sus comunidades, los representantes de organizaciones indígenas pueden tener habilidades y el conocimiento para interactuar con el sistema” (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015) cultural predominante y “ser capaces de articular las opiniones de los líderes tradicionales” (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015). Por este motivo se debe ser abierto e inclusivo con respecto a una amplia gama de organizaciones de los pueblos indígenas y de representantes basados en la comunidad.

“Pero elegir los aliados apropiados entre los pueblos indígenas a veces puede ser difícil” (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015). Hay que prestar atención a las tensiones que puedan existir entre diversos grupos indígenas, por lo que “la elección de aliados también debe tener en cuenta grupos que a menudo son marginados dentro de sus propias comunidades indígenas” (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015). Igualmente se debe evitar todo tipo de sesgo en la elección de aliados, “ya que éste puede resultar en una violación del derecho de los pueblos indígenas de determinar libremente sus representantes o procesos de representación” (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015).

b. Promover la autonomía de los pueblos indígenas en el manejo de sus asuntos internos.

Las prácticas culturales, tradicionales y valores de los pueblos indígenas pueden desempeñan un papel crítico y positivo en avanzar y promover la autonomía y participación de los grupos originarios. Por esta razón, se deben movilizar las redes indígenas junto con líderes políticos y tradicionales, así como grupos de la sociedad civil, para ayudar a identificar y promover los valores culturales y sociales que ayudan a preservar su identidad cultural diferenciada (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015).

c. Generar espacios donde los pueblos indígenas puedan incidir en la adopción de decisiones y en el control de responsabilidades y rendición de cuentas de sus gobernantes.

Se deben promover un entorno habilitador de carácter jurídico, institucional y político, el cual resulta crucial para la efectividad de todas sus actividades relacionadas con los pueblos indígenas (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015). Se debe avanzar en el reconocimiento, garantía e implementación de los derechos de los pueblos indígenas en la legislación mediante la reforma jurídica e institucional, así como la asignación adecuada de recursos en el presupuesto nacional. Esto incluye promover un marco jurídico y político favorable al compromiso cívico y la participación de los pueblos indígenas en las instituciones políticas.

“Este esfuerzo puede implicar la creación de espacios públicos y permanentes para la participación de los pueblos indígenas y, entre otros: apoyar la creación de órganos o consejos indígenas a nivel nacional, regional y local; promover y/o apoyar la creación de organizaciones y/o redes de los pueblos indígenas; o revisar el marco jurídico nacional que regula las actividades de las organizaciones no gubernamentales, incluidas las organizaciones de los pueblos indígenas, y del sector sin ánimo de lucro” (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015).

Así mismo, al momento de desarrollar procesos políticos en éstos espacios se deben, cuanto menos, emplear herramientas o canales de comunicación ajustados a los valores y normas indígenas para asegurar la apropiación legítima, suministrar de manera oportuna toda la información pertinente a los pueblos o representantes indígenas que participan en los procesos, y suministrar, de manera culturalmente sensible, orientaciones completas a cerca de los mismos (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015).

#### d. Evaluación y seguimiento.

Los gobiernos deben hacer “todo esfuerzo posible por resaltar las tendencias y disparidades entre las personas indígenas y no indígenas, entre diversos grupos indígenas en el país y dentro de los pueblos indígenas basadas en diversos factores tales como género, ubicación geográfica, edad” (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015), entre otros.

Se deben desglosar los datos por origen indígena y lengua, así como promover metodologías alternas de recolección de datos, y la elaboración de indicadores que reflejen las perspectivas de los pueblos indígenas y ayuden a comprender su situación (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015). El desglose de datos por género y edad también es esencial para evaluar la situación de las mujeres, niños, ancianos y los hombres dentro de sus comunidades (Plan de compromiso, Directrices del GNUD, 2015).

“El análisis debe ser respaldado por la evaluación de capacidad de los pueblos indígenas como poseedores de reivindicaciones y sujetos de responsabilidades, con la participación de los pueblos indígenas. Con base en evidencia cuantitativa y cualitativa, el análisis debe enfocarse en, y comunicar con claridad, las causas fundamentales de las disparidades, las cuales a menudo se encuentran en la discriminación, marginación y exclusión social, incluyendo un análisis de la situación particular de grupos en situación vulnerable dentro de las comunidades indígenas, tales como” poseedores de reivindicaciones las mujeres, ancianos y niños indígenas.

Con base en la anterior serie de medidas, se debe, por lo menos, llevar a resultados como:

- a) Reducción de la discriminación y visibilización de los pueblos indígenas, con la consecuente reducción de los fenómenos de violencia en su contra.
- b) La real y efectiva participación de los pueblos indígenas en las instituciones políticas del Estado colombiano y en los procesos estatales de adopción e implementación de decisiones.
- c) El desarrollo de procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado, antes de la adopción o implementación de cualquier tipo de decisión susceptible de afectarlos directamente.

d) La autonomía en el manejo de sus asuntos internos y la posibilidad de decidir e implementar sus propios planes de vida y modelos de desarrollo y bienestar.

e) La implementación de procesos de control de responsabilidades y rendición de cuentas de aquellas autoridades políticas y administrativas con el deber de reconocer, garantizar e implementar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

#### CONCLUSIONES

En la presente investigación se estudió el derecho a la libre determinación reconocido en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, con el objetivo de señalar aquellos aspectos de su definición que pueden servir para fortalecer la gobernabilidad democrática en Colombia. A modo de conclusiones, se sintetizan los principales resultados obtenidos durante el proceso de investigación, los cuales se expondrán siguiendo el orden temático establecido.

- a) En relación con la gobernabilidad democrática, tenemos que el PNUD ha definido el concepto como la capacidad de una sociedad de concretar y establecer políticas, y resolver sus conflictos de manera pacífica, dentro de un orden jurídico vigente. Así las cosas, la gobernabilidad requiere tanto de instituciones democráticas a nivel nacional y local, como de una sociedad civil suficientemente activa, que permitan garantizar la transparencia y la participación de los ciudadanos en los procesos públicos de adopción de decisiones.
- b) El concepto de actores estratégicos es clave, puesto que son aquellos que le otorgan validez al régimen político, ya sea por tener una gran legitimidad y representación política o, así no tengan representación política, por ser capaces de desmejorar la gobernabilidad mediante el uso de diversos recursos de poder.
- c) Debe existir una permanente interacción entre la sociedad civil y las instituciones del Estado, así como espacios de encuentro entre unos y otros. El Estado debe fortalecer las instituciones democráticas, tanto a nivel nacional como local, para lograr una mejor calidad de la representación. Por su parte, la sociedad civil debe adelantar procesos de empoderamiento para consolidar una plena ciudadanía política y social, capaz de incidir en la adopción de decisiones y en el control de responsabilidades y rendición de cuentas de sus gobernantes. Finalmente, ambas partes deben promover espacios donde ciudadanos y representantes se puedan encontrar para debatir y generar acercamientos para la toma conjunta de decisiones.
- d) En relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas tenemos que éste implica la autonomía de los grupos originarios en relación con el manejo de sus asuntos internos, y su participación activa en las instituciones políticas, jurídicas, culturales, sociales y económicas, así como en los procesos estatales de adopción e implementación de decisiones, particularmente de aquellas que les conciernen o que puedan afectarlos directamente.

- e) Para que el sistema político colombiano sea gobernable democráticamente, desde un enfoque de derechos humanos y culturalmente sensible, se debe avanzar en el reconocimiento, implementación y garantía del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.
- f) Con ese propósito se debe se deben adoptar una serie de medidas dirigidas a que los grupos originarios, como actores estratégicos, puedan hacer parte parte integral del Estado colombiano, conforme sus propios usos y costumbres, entre las que se pueden señalar las siguientes:
  - i. Promover la participación de los pueblos indígenas en las instituciones políticas, tanto a nivel nacional como local.
  - ii. Generar los espacios adecuados para llevar a cabo los procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado, antes de la adopción o implementación de cualquier tipo de decisión susceptible de afectarlos directamente.
  - iii. Promover la autonomía en el manejo de sus asuntos internos, con el fin de permitirles a estos grupos ser capaces de decidir por ellos mismos sus propios modelos de desarrollo y bienestar.
  - iv. Generar los espacios adecuados donde los grupos originarios puedan incidir en la adopción de decisiones y en el control de responsabilidades y rendición de cuentas de sus gobernantes.

#### REFERENCIAS:

Anaya, J. (2005). *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Editorial Trotta.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia.

Bresser-Pereira, L. C. (1998). La reforma del Estado de los años noventa. lógica y mecanismos de control. *Desarrollo Económico*, vol. 38, N° 150, 517-550.

Coppedge, M. (1994). Instituciones y Gobernabilidad Democrática en América latina. *Síntesis*, 61-88.

Corte Constitucional de Colombia. (24 de junio de 1992). Sentencia T-428. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia SU-510*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU510-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (18 de septiembre de 1998). Sentencia SU-510. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (26 de enero de 2009). Auto 004. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Auto 004*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/A004-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2009a). *Sentencia T-903*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-903-09.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2009b). *Sentencia T-514*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-514-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de agosto de 2010). Sentencia T-617. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Crozier, m., hungtinton, S., & Watanuki, J. (1975). *The crisis of democracy: Report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*. New York: University Press.
- DANE. (13 de julio de 2015). *Departamento Administrativo Nacional de Estadística*. Obtenido de Colombia: una Nación Multicultural. Su diversidad Étnica: [http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia\\_nacion.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf)
- Defensoría del Pueblo. (10 de 11 de 2015). *Defensoría Delegada para los Indígenas y las Minorías Étnicas*. Obtenido de <http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/1283/Para-los-ind%C3%ADgenas-y-minor%C3%ADas-%C3%A9tnicas.htm>
- Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (30 de marzo de 2015). *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*. Obtenido de [www2.ohchr.org/english/.../UNDG-Directrices\\_pueblos\\_indigenas.pdf](http://www2.ohchr.org/english/.../UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf)
- IX Conferencia Internacional Americana. (30 de abril de 1948a). Carta de la Organización de los Estados Americanos .
- KAS. (2009). *Konrad Adenauer Stiftung*. Obtenido de KAS Papers N° 4. Situación de los Pueblos indígenas de Colombia: [www.kas.de/wf/doc/kas\\_17956-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_17956-544-4-30.pdf)
- Ministerio del Interior. (10 de 11 de 2015). *Ministerio del interior*. Obtenido de <https://www.mininterior.gov.co/>
- OIT. (2009). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966a). Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Obtenido de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: [www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015)
- Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966b). Pacto internacional de derechos sociales, económicos y culturales.
- Organización de las Naciones Unidas. (10 de noviembre de 1994). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Informe E/CN.4/2005/88/Add.2.
- Organización de las Naciones Unidas. (2007). *Organización de las Naciones Unidas*. Obtenido de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (8 de enero de 2010). La Situación de los Pueblos Indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial Anterior.
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. (12 de julio de 1993). Declaración y Programa de acción de Viena. Resolución A/CONF.157/23 .
- Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169):

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312314:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO)

Organización Internacional del Trabajo. (19 de abril de 2015c). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Obtenido de [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms_113014.pdf)

Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC. (2014). *Consejería de Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Paz. Consejería de Derechos de los Pueblos*. Bogotá.

PNUD. (12 de diciembre de 2015a). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Obtenido de *Gobernabilidad democrática*: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jYOVqooCaKcJ:www.regionalcentrelac-undp.org/es/gobernabilidad-democratica+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

PNUD. (12 de diciembre de 2015b). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Obtenido de *Gobernabilidad democrática*. El área y sus objetivos: <http://pnud.org.co/sitio.shtml?apc=aAa020021--&volver=1#.UgAWt7GZXIU>

Prats, J. (2001). *Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico*. *Instituciones y Desarrollo*, N° 10, 103-148.

Procuraduría General de la Nación. (10 de 11 de 2015). *Procuraduría General de la Nación*. Obtenido de Grupo de Asuntos Étnicos: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/Grupo-de-Asuntos-Etnicos.page>

The Trilateral Commission. (04 de agosto de 2013). *About the Trilateral Commission*. Obtenido de <http://www.trilateral.org/go.cfm?do=Page.View&pid=5>

Vallès, J. (2010). *Ciencia política. Una introducción*. Barcelona: Editorial Ariel.