

INVESTIGARE

CENTRO DE INVESTIGACIÓN
EN POLÍTICA CRIMINAL

**Restitución de la mujer
desplazada en la Ley de Justicia
y Paz y en la Ley de Víctimas y
Restitución de Tierras**

- Vanesa Morales

**El derecho fundamental al libre
desarrollo de la personalidad y
los centros de reclusión**

- Anamaría Castellanos

**Yaigojé Apaporis: una cuestión
de derechos indígenas**

- Carlos Mendoza

**Acceso a la justicia y
restablecimiento de los derechos
del adulto mayor en situación de
desplazamiento**

- Viviana Salgado

**La víctima y sus derechos en
Colombia**

- María Rodríguez



UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Portada: Sarah Quiroga

- 1-21** Restitución de la mujer desplazada en la Ley de Justicia y Paz y en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras
- Yesmina Vanesa Morales Nemez
- 22-39** El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y los centros de reclusión
- Anamaría Castellanos
- 40-64** Yaigojé Apaporis: una cuestión de derechos indígenas
- Carlos Mendoza
- 65-82** Acceso a la justicia y restablecimiento de los derechos del adulto mayor en situación de desplazamiento
- Danna Viviana Salgado Peralta
- 83-99** La víctima y sus derechos en Colombia
- Lina María Rodríguez Barón

Directora:

Marcela Gutiérrez

Editor:

Angélica María Pardo

Comité editorial:

Marcela Gutiérrez

Ana Lucía Moncayo

Angela Marcela Olarte

Bibiana Ximena Sarmiento

Angélica María Pardo López

RESTITUCIÓN DE LA MUJER DESPLAZADA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y EN LA LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS

YESMINA VANESA MORALES NEMEZ

RESUMEN:

El fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia no es un fenómeno que ocurra en algunos lugares del país, sino en casi toda su geografía. Una de las mayores víctimas del desplazamiento forzado han sido las mujeres por su situación de vulnerabilidad acentuada al tiempo del conflicto y posteriormente por la carencia de mecanismos que consideren el criterio de género como determinante en su reparación. Los hombres y las mujeres enfrentan de manera diferente su condición de desplazados. Las mujeres, al igual que el resto de víctimas del desplazamiento forzado, tienen derecho a una restitución adecuada, efectiva y rápida en los términos de “los Principios y Directrices Básicas sobre el Derecho de las Víctimas” pero teniendo en cuenta que los perjuicios a reparar son de carácter diferencial y particular, la forma de llevarse a cabo la restitución, como medida de reparación, comporta la necesidad de aplicar igualmente, criterios particulares y diferenciadores que pregonen esa restitución real. Y es en estos términos en los que la Ley de Justicia y Paz se quedó corta. De ahí la creación desesperada de la Ley 1448 del 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras) que a pesar de subsanar muchas de las falencias

contenidas de la Ley de Justicia y Paz en este tema, deja aún por mejorar los programas de atención a las mujeres víctimas de este fenómeno. El objetivo general del presente artículo es entonces: ilustrar y contrastar el contenido de la Ley de Justicia y Paz y de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras en materia de restitución de tierras a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado y por último, proponer recomendaciones para la implantación de una nueva y más desarrollada política pública en materia de restitución de tierras en donde la calidad en los niveles de atención cobra un carácter prioritario

INTRODUCCIÓN

Entre los derechos violentados normalmente en virtud del desplazamiento forzado interno, se encuentran los derechos a: A) la propiedad, B) la posesión, C) el patrimonio, D) la vivienda, E) la tierra y, en el caso de los grupos étnicos, el derecho F) al territorio, íntimamente relacionado con otros derechos como lo son: el mínimo vital, la seguridad y la autonomía alimentaria.

Nuestro ordenamiento jurídico, ha calificado el derecho a la propiedad de fundamental por conexidad¹, siempre que ocurra uno de los siguientes supuestos:

- 1) Cuando su desconocimiento implique la vulneración de derechos como la vida, dignidad e igualdad, reconocidos más que como derechos, como principios o valores guías de un ordenamiento jurídico, que dicese llamar “Social y Democrático de Derecho (Corte Constitucional, Sentencia T-506 de 1999, Magistrado Ponente Ciro Angarita Baron)².
- 2) Exista una fuerte vinculación entre el derecho a la propiedad y el derecho al trabajo y a la subsistencia³.

¹ Se apunta, que el derecho a la propiedad en ningún momento ha cambiado su naturaleza de derecho social; sino que en determinadas condiciones y bajo determinados supuestos puede verse protegido como un derecho fundamental por entrar en conexión directa con uno de esa naturaleza.

² Se transcribe: “la posibilidad de considerar el derecho a la propiedad como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Sólo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela”.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-135 de 1994 se lee: “el derecho de propiedad se considera un derecho fundamental, ya que de él se derivan para el accionante, dado el estrecho vínculo existente con aquél, su

Igualmente nuestro ordenamiento por vía jurisprudencial ha reconocido como fundamental el derecho a la posesión por su notoria conexidad con el de propiedad y siempre que concurren los mismos supuestos⁴ y además “cuando se trata del despojo de la tierra de agricultores de escasos recursos que sobreviven gracias al cultivo de la tierra o a la cría de animales, la violación del derecho a la propiedad o a la posesión se traduce en una violación al derecho fundamental a la subsistencia digna (al mínimo vital) y al trabajo” (Corte Constitucional, Sentencia T-821 de 2007).

Por ser la reparación a garantizar, adecuada, efectiva y rápida en los términos del Derecho Internacional Humanitario, la restitución como forma de reparación, deberá ser garantizada con la misma efectividad, rapidez y adecuación, a pesar de no obrar norma expresa que lo consigne.

Para reconocer cuándo y cómo se materializa una restitución adecuada, efectiva y rápida, se hace necesario identificar la situación particular de las víctimas a las que se le irá a reconocer. Porque en consideración a ésta, adquirirán un sentido particular las connotaciones de adecuación, efectividad y rapidez, así, lo que para una víctima de cualquier otro delito significaría una restitución adecuada, efectiva y rápida, puede que no lo sea para una víctima del desplazamiento forzado.

La Ley de Justicia y Paz no incluyó un mecanismo eficaz para lograr la restitución real de la mujer desplazada, por lo que se hizo necesario implantar un nuevo régimen normativo, esto es, la Ley de Víctimas en procura de la devolución de sus tierras como alternativa de solución, aun en el caso de que un tercero se encuentre en posesión de las mismas.

Las mujeres, al igual que el resto de víctimas del desplazamiento forzado, tienen derecho a una restitución adecuada, efectiva y rápida en los términos de “los Principios y Directrices Básicas sobre el Derecho de las Víctimas” pero teniendo en cuenta que los perjuicios a reparar son de carácter diferencial y particular, la forma de llevarse a cabo la restitución, como medida de reparación, comporta la necesidad de aplicar igualmente, criterios particulares y diferenciadores que pregonen esa restitución real. Y es en estos términos en los que la Ley de Justicia y Paz se

derecho al trabajo, la subsistencia de su familia y su domicilio inviolable, todos ellos derechos fundamentales de rango constitucional”.

⁴ Es de apuntar que la categoría de derechos fundamentales a diferencia de los derechos humanos, es dada por el régimen legal interno de cada país, pero respetando siempre, la línea internacional que obliga a tener por tales, algunos valores como la vida, la igualdad, la dignidad, la libertad, etc., que unidos constituyen la base mínima para un Estado Social de Derecho. Así mismo, la calidad de derecho fundamental y constitucional se adquiere por la esencia del derecho mismo, reconocida directamente por el constituyente o por conexidad con alguno de estos.

queda corta a pesar de que consagra en su artículo octavo (8): “*restitución es regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito*” . ¿Qué mejor forma de lograrlo que restituyéndoles sus tierras? o garantizándoles en el mejor de los casos el retorno a ellas, solución que salta a la vista pues las víctimas de este delito sólo podrán seguir llevando la vida a la que estaban acostumbradas al tener un contexto que se lo permita y ¿qué otro contexto que su mismo hogar?

1- DESPLAZAMIENTO Y SU INCIDENCIA PARTICULAR EN LA MUJER

La Corte Constitucional apuntó que las personas en situación de desplazamiento son aquellas que se han visto obligadas a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su lugar de residencia u oficio habitual como consecuencia exclusiva de situaciones causadas por el hombre (conflicto armado interno, disturbios o tensiones internas, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos u otras circunstancias, (Corte Constitucional sentencia T-227 de 1997, M. P. Alejandro Martínez)

Entre los derechos violentados normalmente en virtud del desplazamiento forzado interno, encontramos los derechos a: A) La propiedad; B) la posesión; C) al patrimonio; D) a la vivienda; que al entrar en conexidad con otros derechos como al Mínimo vital, la seguridad y autonomía alimentaria son considerados en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales según *sentencia T- 506 de 1992 de la Corte Constitucional*.

El “género” como categoría de análisis permite visualizar los efectos que subyacen al Desplazamiento Forzado con base a la diferencia sexual, mirada como una construcción cultural y social según la cual, la misma sociedad a medida que evolucionaba fue dotando de ciertos caracteres distintivos a los hombres y mujeres en virtud de las funciones económicas y sociales que representaban. Se entiende entonces, como la mujer en virtud de sus labores de ama de casa se fue percibiendo como un ser ajeno a la adquisición de las riquezas para su subsistencia y dependiente al hombre, tenido por ella como el núcleo esencial del subsistema familiar. Es precisamente esta dependencia (económica, física y emocional) la que terminó acarreado en ella el estado de vulnerabilidad reconocido hasta hoy por la sociedad.

Obedece entonces, a este razonamiento el auto *092 de la Corte Constitucional* al dejar esbozados de forma ejemplificativa unos riesgos específicos de la mujer víctima de un

desplazamiento forzado como lo son: 1) El riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; 2) El riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados al margen de la ley, dado su posición histórica ante la propiedad, en especial de inmuebles rurales. 3) Los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afro descendientes, 4) El riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento, 5) Problemas de accesibilidad de las mujeres al sistema de atención a la población desplazada; y 6) Alta tasa de funcionarios no capacitados para atender las particulares necesidades de la mujer desplazada o abiertamente hostiles o insensibles a su situación. Todos estos riesgos se intensifican en mujeres embarazadas, madres con hijos pequeños, madres cabezas de familias, mujeres enfermas o con discapacidad y adultas mayores.

Una vez acaecido el desplazamiento forzado las mujeres buscan adaptarse a las nuevas condiciones sociales de la mejor forma, pero se les hace casi que imposible, pues es la misma sociedad la encargada de hacerlas permanecer en un *estado de victimización permanente*, en donde la calidad de desplazada se convierte en su nueva identidad social, cerrándoles las puertas ante oportunidades de empleo, estudio etc. o al brindarles una atención deficiente para nada acorde a sus necesidades.

Ante esta hipótesis, salvo remotas excepciones, no les queda otra que resignarse a lo que les ofrecen las esferas sociales como lo son: el incurrir en actos de mendicidad, y en el peor de los casos en conductas atroces como el aborto, abandono de sus hijos, prostitución y hasta suicidio.

No se puede negar que tienen ante ellas, la posibilidad de exigir una restitución que implique retorno en el mejor de los casos. Pero, también es un hecho que esta posibilidad además de ser escasamente conocida por ellas, se les obstaculiza por múltiples variables como lo son; el carecer de títulos sobre las tierras y de pruebas suficientes para demostrar su posesión en atención a la situación socioeconómica en las que se ven inmersas.

Sin considerar su pertenencia a un grupo social determinado, por el simple hecho de ser mujer, la tierra comporta para ellas su vida, ya que es la única forma de subsistencia por ellas conocida; no comporta la manifestación cultural de sus ancestros, pero sí una manifestación cultural propia y actualizada. El despojo de la tierra significa entonces el despojo no a un terreno sino a sus vivencias, modo de producción, sueños y con ello de su propia identidad a medida que se reconocen a sí mismas (de forma inconsciente) como las guardianas desarmadas de un territorio que no necesitaron titular, por considerarlo inherentemente propio.

2- ¿REPARACIÓN? LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Por la aprobación de la resolución 60 / 147 el Estado colombiano se ve obligado a integrar dentro de su derecho interno, las disposiciones y directrices a nivel internacional para la protección de las víctimas de conductas violatorias del Derecho Internacional Humanitario el cual prohíbe expresamente el Desplazamiento Forzado de la población civil en su protocolo II adicional. A *contrario sensu*: ocasionar el Desplazamiento forzado es una conducta violatoria del Derecho Internacional Humanitario y por tanto; las víctimas del mismo son titulares de los derechos reconocidos por Los Principios y Directrices Básicos sobre los Derechos de Las víctimas: A) Derecho al acceso igual y efectivo de Justicia; B) Derecho a la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y C) Acceso a la información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

Para lo que nos interesa: Una reparación adecuada, efectiva y rápida según Los Principios y Directrices Básicos sobre los Derechos de Las víctimas, es aquella que tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y que debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Siguiendo la línea argumentativa, las víctimas del desplazamiento forzado interno se visualizan como titulares del derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida del que el Estado es garante. Pero este derecho no es de ninguna forma un derecho vacío, sino que por el contrario, es un derecho que además de poseer un sin número de condicionantes axiológicas es susceptible de efectivizarse a través de distintas formas, reconocidas en el orden internacional y nacional, valga decir: Rehabilitación; b) Satisfacción; c) Indemnización; d) Garantía de no repetición y e) Restitución, materia de este artículo y por el que siempre que sea posible deberá procurarse devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta. Comprenderá entonces, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes (General, 16 de Diciembre, 2005).

La Ley de Justicia y paz encuentra total armonía con los preceptos referidos; con la única salvedad de que a pesar de incluirlos todos y cada uno dentro del contenido del Derecho a la Reparación en su artículo 8, no lo hace así al referirse a las formas de reparación (art 44) en donde termina excluyendo la garantía de no repetición, dentro de aquellas; haciendo reposar a esta última en presupuestos distintos, como si fuera un simple reconocimiento adicional a las

víctimas y no una forma de efectivizar sus derechos. Denótese así una incongruencia dentro del cuerpo de la norma, que aunque inicialmente pueda verse como simple, enmarca *per setoda* una gama de violaciones en lo que al *derecho a la reparación* se refiere.

Así, en términos de la Ley de Justicia y Paz, la restitución no es otra cosa que “*la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito*”.

Es de apuntar; que el tema de restitución de las víctimas cobra el carácter de primordial y prevalente para el legislador y constitucionalista colombiano; reflexión a la que obedece el por qué consideraron de suma importancia reconocer el primero; la obligación de reparar a las víctimas y, el segundo; el tachar de inexecutable la norma que obligaba a la reparación sólo en el caso de tener el condenado en su poder los bienes destinados para tal fin; obligándolo ahora a proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes necesarios para la misma como condicionamiento para obtener las ventajas que de la ley se predicán para él. Disposición tal, que refuerza el derecho a la reparación de aquellas; que de no darse, no sería viable bajo ninguna forma, la concesión de beneficios al *condenado* (*sentencia C-370 del 2006 de la Corte Constitucional M.P Manuel José Cepeda*)⁵.

Obedece al mismo razonamiento el haberse declarado la inexecutable del artículo 46 de la misma ley, referido al tema de la restitución propiamente dicha; obligando de forma categórica y ya no de ser posible (como consignaba la disposición) a la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Lo que incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades sin excusa válida (*Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, M.P Manuel José Cepeda*)⁶

Lastimosamente ha sido otra la apreciación judicial e institucional de las normas en mención, conllevando a su aplicación errada y distante a la intención primaria del legislador y La

⁵ Artículo 44: <Aparte entre paréntesis inexecutable> Para tener derecho a gozar del beneficio de la libertad a prueba, el condenado deberá proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes, (si los tuviese), destinados para tal fin; realizar satisfactoriamente los actos de reparación que se le hayan impuesto; colaborar con el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación o suscribir un acuerdo con el Tribunal Superior de Distrito Judicial que asegure el cumplimiento de sus obligaciones de reparación.

⁶ Artículo 46. Restitución. <Aparte entre paréntesis inexecutable > La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades, (de ser posible).

Constitución. Por lo que no extrañan sentencias que a más de conceder beneficios exagerados y desproporcionados a los actores, lo hacen sin mediar reparación alguna.

Por ser la reparación a garantizar; adecuada, efectiva y rápida en los términos del Derecho Internacional Humanitario, la restitución deberá ser garantizada con la misma efectividad, rapidez y adecuación, Aún a pesar de no obrar norma expresa en la ley de justicia y paz que lo consigne.

Para reconocer cuándo y cómo se materializa una Restitución adecuada, efectiva y rápida, se hace necesario identificar la situación particular de las víctimas a las que se les irá a reconocer. Porque en proporción a ésta, adquirirán un sentido particular las connotaciones de adecuación, efectividad y rapidez, así; lo que para una víctima de cualquier otro delito significaría una restitución adecuada, efectiva y rápida; puede que no lo sea para una víctima del desplazamiento forzado.

En este orden de ideas, una víctima del desplazamiento forzado ve lesionados de una forma singular; entre otros, los derechos a la propiedad, a la posesión, al patrimonio, a la vivienda digna, a la tierra y en el caso de grupos étnicos, el derecho al territorio según lo reconocido por el derecho internacional humanitario. Derechos que entre otras cosas pueden adquirir la significación de *fundamental* (con todo lo que implica) al entrar en conexidad con derechos como el derecho a la vida, la dignidad y la igualdad.

Así una restitución sólo podrá ser *adecuada*; en la medida que esté acorde con la situación particular de la víctima, desde el punto de vista de su condición socio-económica y de las circunstancias en las que se ve inmersa⁷; *efectiva*, siempre que con ella se logre devolver a la víctima a la situación anterior al desplazamiento forzado y *rápida*, cuando se consiga lo anterior de una forma ágil, tanto a nivel temporal como presupuestal, esto es, en el menor tiempo y con el menor costo social y económico posible.

Por tanto, una restitución real, en los términos antes recalcados sólo podrá ser efectiva en la medida que se le restituyan las tierras a las personas víctimas del desplazamiento forzado, entendidas las tierras como todo aquello de lo que han sido despojadas y que enmarcaban y aseguraban el estilo de vida por ellas llevado, por muy caro o modesto que fuera. Son las tierras; las representaciones fidedignas de su cultura, costumbres, formas de producción, recuerdos; en

⁷ De esta forma, no será lo mismo la restitución de una persona que poseía dos mil hectáreas a una que poseía diez; ni la restitución de las tierras en poder aún de los actores armados, de aquéllas que ya han sido abandonadas por éstos.

fin, de su vida.⁸ Al despojarseles aquéllas, necesariamente se les despoja de todo aquello que hasta el momento constituía su *modus vivendi*, razón por la cual muchos ven perdida toda esperanza de vivir en un mundo que se les impone y para ellos además; representa una vida totalmente desconocida. Sólo la restitución de sus tierras puede “aproximarse” a un verdadero “volver de la víctima a la situación que tenía antes del desplazamiento”, dejando a un lado claro está, los enormes daños morales que de haberse causado considero imposible anular.

Es de aclarar que una verdadera restitución de sus tierras tiene que ir emparejada con el asegurar las condiciones necesarias para su explotación y disfrute en la misma proporción tenida, previo al desplazamiento forzado; por lo que sólo podría haber restitución de tierras en la medida que se le garanticen por ejemplo; los servicios públicos esenciales como los de energía, acueducto etc. de los que gozaba anteriormente. Y; en un Estado mucho más proteccionista a pesar de no haberse contado con ellos de forma previa al desplazamiento, lo que no sería equiparable bajo ninguna forma a un beneficio extra, sino a una retribución de perjuicios de los que el Estado fue directamente responsable; al igual que sucede; con el reconocimiento de una indemnización de perjuicios ante un incumplimiento contractual.

Todos estos argumentos por lo que ha solido equipararse el concepto de restitución al de retorno, cuando responden a aconteceres diferentes. La restitución de ninguna forma está condicionada al retorno,⁹ mientras que el retorno sí lo está a la restitución. El retorno implica un regreso al lugar de asentamiento inicial y en las mismas condiciones, lo que en el estado colombiano se dificulta por persistir el conflicto social, político y armado; circunstancias que a pesar de hacer inviable el retorno, no servirían de excusa para que el Estado no entrara a garantizar la restitución de los bienes despojados y avanzar en la garantía de no repetición. Esta última porque es ineludible que para poder hablar de una verdadera restitución de las tierras se hace necesario que el estado garantice la no repetición del despojo de aquéllas; porque de lo contrario, no se estaría permitiendo el goce efectivo de las mismas por parte de sus titulares, quienes tendrían que vivir con el miedo e inseguridad frente a un despojo eventual; equiparable a no haberlas recuperado en realidad.

⁸ Apúntese que la definición es dada por la autora con base en información recopilada en diversas fuentes. (Corporación Avre- CHF Internacional, 2002) (RUT).

⁹ Consejo Económico y Social de Naciones Unidas [2005]. Principios sobre la restitución de viviendas, las tierras, y el patrimonio de los refugiados y de las personas desplazadas. Principio 2.2

Es entonces la restitución de las tierras, la mejor forma de una restitución adecuada, efectiva y rápida (nótese que se está haciendo referencia a las múltiples formas en que podría darse una restitución y no a las formas de reparación entre sí).

Si se tratara de ordenar someramente en términos de prevalencia las formas de reparación a las víctimas del desplazamiento forzado, ocuparía el primer lugar el *retorno* (contentivo de todo lo que la restitución comprende) que de no ser posible, debiera asegurarse *la restitución* y sólo en tercer término y en orden residual los otros niveles de reparación como la *indemnización económica, satisfacción*, etc. Ahora bien, lo acabado de consignar no puede prestarse para creer que estas formas de reparación son excluyentes entre sí¹⁰; ya que buscan simplemente ilustrar la prevalencia que tienen el retorno y la restitución (de la mano con la garantía de no repetición) sobre la indemnización, en términos de conveniencia social; pero siempre habrá lugar a que por condiciones particulares de la víctima, ésta prefiera no retornar aún a pesar de garantizársele las condiciones necesarias. Pero lo que es poco probable es que la víctima se niegue a la restitución de sus bienes aún para el caso de que haya decidido no retornar. ¡Procurarse la restitución bajo cualquier circunstancia debe ser la regla general y la compensación monetaria sólo la excepción!

Razón tuvo el actual Presidente de la República Juan Manuel Santos que por considerar la prevalencia y trascendencia de la restitución de las tierras en tema de reparación, decidió promover ante el Congreso, lo que hoy es la Ley 1448 del 2011 (*Ley de Víctimas*) no solo con un capítulo dedicado al tema de la restitución de tierras a las víctimas de desplazamiento, sino además con un capítulo exclusivamente referido a las mujeres como víctimas del desplazamiento forzado, tratando este tema de forma independiente e integral. Intentos tales por una reparación que, apartándose de todas las críticas o consideraciones partidistas que se le puedan hacer, representan ciertamente un avance en la materia¹¹.

No es menos relevante el hecho de que, a raíz de la Ley anterior, en su momento el proyecto de ley de tierras y el proyecto de ley de víctimas, la Corte Suprema de Justicia hubiese señalado:

La restitución de tierras es una de las principales formas de reparación, por lo que resulta equitativo y justo suspender del proceso de monetización (por venta) de los bienes (usurpados a las víctimas)...

¹⁰ Por lo que puede haber restitución más indemnización y satisfacción, por corresponder a exigencias socio-políticas distintas.

¹¹ Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011): Por la cual se dictan medidas de Atención, Asistencia y Reparación integral de las víctimas del conflicto armado y se dictan otras disposiciones.

La justicia transicional no puede ser indiferente a la tragedia humanitaria que vive nuestro país de cuenta de los millones de desplazados que deambulan con rumbo a ninguna parte por los cinturones de miseria y mendigan en los semáforos de las grandes ciudades, invisibles de cuenta de la técnica y la inflexibilidad jurídica

Afirmación justa pues, si bien no reconoce a la *restitución* como principal forma de reparación, sí la concibe como *una de las principales*; cuestión diferente es indagar a qué otras formas de reparación hizo referencia.

3- ALGUNAS FALENCIAS DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ (LEY 975 DE 2005)

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. La Ley de Justicia y Paz fue producto de una época de grandes enfrentamientos y colisiones sociales que si bien eran intensas en esos momentos no lo son menos en la actualidad; de hecho en Colombia se ha tenido que aprender a convivir con noticias atroces que siguen aún hoy desdibujando asombro en nuestros rostros y temor en aquellos que están cara a cara con las masacres y han soportado directamente los efectos de ellas.

El desmantelamiento y el reintegro a la vida civil de los grupos armados al margen de la ley constituyeron el principal objeto de esta disposición normativa. No obstante, la finalidad esbozada puede ir en contravía o por lo menos en descuido de lo que se considera, no menor, sino de igual o mayor relevancia: la “reparación de las víctimas”. No puede pretenderse una justicia, que es en términos del filósofo Ulpiano: “la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que le corresponde”¹², procurando la efectividad de uno sólo de los lados de la ecuación, esto es procurando la efectividad de los derechos e intereses del procesado pero sin resolver al tiempo los intereses, necesidades y derechos de las víctimas a pesar de haber sido

¹² Valor necesariamente aplicado a una relación.

lesionados. Es un contrasentido que en ningún caso podría tratarse de aparente como se pretenderá demostrar en las líneas siguientes.

Es entendible la creación desesperada de esta norma, pues la sociedad ha tenido que sobrellevar día a día el conflicto armado y las consecuencias que subyacen del mismo como lo es el desplazamiento forzado, unas veces más intenso que en otras, pero en todo caso, una constante en la realidad colombiana. Así, primero se fue víctima de la guerrilla, luego también de los paramilitares como supuesta reacción a esta a comienzos de la década de los ochenta (80) e impulsado por propietarios rurales y narcotraficantes en miras a la protección de sus intereses particulares y lastimosamente con el apoyo de los miembros de las fuerzas del Estado constituidos precisamente para la protección y no para la violación de los intereses sociales en pro de los suyos propios.

Es así como el presidente de ese entonces, Álvaro Uribe Vélez, en un intento desesperado por el desmantelamiento y desmovilización de esos grupos armados decidió negociar con ellos y luego promover la ley en mención, con sus ventajas pero también con defectos sustanciales en el logro de una restitución efectiva a las víctimas y en particular a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, como lo son, por ejemplo, los señalados en la Sentencia C- 370 de 2006 de la Corte Constitucional, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa.

Luego de cinco años de vigencia, se pudo percibir como a pesar de haberse logrado un avance en términos de verdad, no hubo mejoría alguna en términos de justicia y reparación, tres derechos de igual rango y relevancia reconocidos a nivel internacional para las víctimas de cualquier delito y que de ninguna forma pueden ser excluyentes entre sí. Es cierto entonces, que muchos miembros de grupos armados decidieron desmovilizarse, pero no lo es menos, que las víctimas de estos siguen aún hoy en espera de una restitución que consideran nunca va a llegar, por esta razón no extraña ver a personas como María Jimena Duzán¹³, expresar: “todo el pueblo sabía que los iban a matar. El asesinato de mi hermana Sylvia ocurrió como en la novela de García Márquez Crónica de una muerte anunciada: todos vieron a los paramilitares llegar, ir hasta la plaza del pueblo, entrar en el restaurante. Eran unos seis, se levantaron, abrieron fuego y los mataron a todos”.

Y luego decir: “Han pasado 20 años y no ha pasado nada. El caso permanece en total impunidad, las víctimas creímos que esta era una oportunidad para saber la verdad y obtener

¹³ Hermana de Silvia Duzán, periodista de 30 años asesinada por grupos paramilitares al tiempo que producía un documental para el Canal 4 británico sobre una iniciativa por una comunidad de paz.

justicia, pero Uribe ha terminado sus ocho años sin darnos justicia ni reparación, sólo un poco de verdad”¹⁴.

Situación penosa pero no excepcional en nuestro país, pero que se intentó superar con instrumentos como la Ley 975 del 2005 que, a pesar de no haber conseguido los logros y expectativas originalmente pensados, en todo caso constituyó un intento por efectivizarlos y no un total fracaso,

Al leer por primera vez la Ley de Justicia y Paz no pareciera contener un sacrificio al derecho a la restitución como forma de reparación, pero al estudiarse más a fondo, se dejan ver rastros de una reparación mínima y muy poco procedente; en parte por la reducida consideración articular que se le otorga.

4- CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LA MEMORIA HISTÓRICA RESTITUCIÓN EN LA LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS (LEY 1448 DEL 2011)¹⁵

En materia de reparación, la *Ley de Víctimas*, no solo reconoce las distintas medidas de reparación que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, sino que además, aborda el tema de la restitución de una forma mucho más exhaustiva con relación a las demás medidas de reparación.

La Ley entiende por restitución, “la realización de medidas para el restablecimiento de la situación anterior a las violaciones al Derecho Internacional Humanitario o a las normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión al conflicto interno a partir del 1° de enero de 1985”.

La Ley de Víctimas diferencia entre el despojo y el abandono forzado de tierras pues mientras el primero es “la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho,

¹⁴ Agencia Prensa Rural, Desde Colombia con las Comunidades Andinas en Resistencia. “La Ley de Justicia y Paz ha Fracasado en Colombia” Isabel Coello, Viernes 2 de julio del 2010.

¹⁵ En comunión con los respectivos decretos que la reglamentan en materia de restitución de tierras: Decreto Reglamentario 4800 de 2011, Decreto Reglamentario 4801 de 2011, Decreto Reglamentario 4802 de 2011 y Decreto Reglamentario 4829 de 2011.

mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia”; el segundo es definido como “la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender en su desplazamiento” (art. 74). En ese sentido entonces, el despojo es definido como una “acción”; mientras el abandono forzado es definido como una “situación” por cuanto en el abandono forzado no se logra individualizar voluntad alguna; se trata de un hecho, de un suceso que ocasiona un estado de cosas, esto es, una “situación”; quien abandonó forzosamente sus tierras ha percibido una *mutación en sus condiciones fácticas* que se concreta en la imposibilidad para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios mientras que quien se ha visto despojado ha sufrido una mutación en el mundo de lo jurídico que se concreta en la privación de su derecho de propiedad, posesión u ocupación de forma arbitraria.

Muchos de los problemas contenidos en la Ley de Justicia y Paz, son resueltos en la *Ley de Víctimas*. De esta forma, el problema de las *dificultades probatorias en torno a la propiedad de las tierras despojadas, por carecerse de los títulos que acrediten su calidad de propietarias*, es resuelto por la Ley de Víctimas en su artículo 84 referido al contenido de la solicitud de restitución, al esgrimir que ante la imposibilidad de allegar con la solicitud el “certificado de tradición y libertad de matrícula inmobiliaria o la certificación del valor del avalúo catastral del predio” se podrá acreditar la calidad de propietario, poseedor u ocupante de las tierras objeto de restitución por cualquiera de los medios de prueba admisibles según el Código de Procedimiento Civil.

El problema referido a la *carencia de la calidad de propietaria por parte de la mujer víctima del desplazamiento forzado, por haber sido poseedora o mera tenedora de las tierras más no propietaria de las mismas*, es solucionado por la Ley de Víctimas en su artículo 75 al consagrar, dentro de los titulares del derecho a la restitución, no solo a quienes fueran propietarios de predios, sino también a quienes fuesen “poseedores” de predios y que hubiesen sido despojados de estos o que se hubiesen visto obligados a abandonarlos, previendo además, ante esta hipótesis, que el desplazamiento forzado del poseedor no interrumpirá el término de prescripción a su favor que en el caso de haberse completado, en el mismo proceso especial que trae la ley para la restitución se podrá presentar la acción de declaración de pertenencia a favor del restablecido poseedor. Denótese de esta forma que la Ley de Víctimas no solo hace extensiva la restitución a los poseedores, sino que además lo hace de forma expresa y clara, otorgando certeza al derecho que les asiste a estos de ser restituidos.

La dificultad de *estar actualmente el bien en poder de poseedores de mala o de buena fe* es expresamente resuelta por la Ley de Víctimas al consagrar, en su artículo 77, la *presunción de inexistencia de la posesión* operante sobre los predios inscritos en el Registro de Tierras Despojadas siempre que se hubiere iniciado una posesión sobre el bien objeto de restitución de forma posterior al despojo o desplazamiento del afectado, caso en el cual, se presumirá que dicha posesión nunca ocurrió. De esta forma, le bastará a la víctima del desplazamiento forzado inscribir los predios de los que se ha visto despojada, en el Registro de Tierras Despojadas para que se presuma legalmente que todas las posesiones posteriores al despojo son inexistentes, independientemente a si esta última posesión es de buena fe o no.

Las dificultades derivadas del *temor a represalias futuras por parte de los actores del desplazamiento forzado* y de *persistir el conflicto en el lugar de asentamiento inicial* son solucionadas parcialmente y por lo menos teóricamente por la Ley al fijar como principios de restitución los principios de 1) *estabilización*, según el cual, las víctimas tienen derecho a un retorno y reubicación voluntaria en condiciones de sostenibilidad, seguridad y dignidad, 2) *seguridad jurídica*, por el que las medidas de restitución propenderán por garantizar la seguridad jurídica de la restitución y el esclarecimiento de la situación de los predios objeto de la restitución; y el de 3) *Prevención*, por el que las medidas deberán adoptarse en un marco de prevención del desplazamiento forzado, de protección a la vida e integridad de los reclamantes y de protección jurídica y física de las propiedades y posesiones de las personas desplazadas. A lo anterior se suma el haber fijado que, en pro de garantizar el goce efectivo de los derechos del reivindicado en el proceso, el Juez o Magistrado mantendrá la competencia hasta tanto estén completamente eliminadas las causas de la amenaza sobre los derechos del reivindicado en el proceso y, el disponer en su artículo 101 que el derecho a obtener la restitución no es transferible por acto entre vivos a ningún título durante los siguientes dos años contados a partir de la entrega del predio, a excepción de que se trate de un acto entre el despojado y el Estado o se cuente con la autorización previa, expresa y motivada del Juez o Tribunal que ordenó la restitución, pues de lo contrario el acto celebrado será ineficaz de pleno derecho.

En lo concerniente al *deficiente nivel de atención brindado a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, por carecer de criterios diferenciadores en consideración al género*, también la Ley de Víctimas pareciera arrojar una solución por lo menos teórica en su capítulo titulado “Normas para las mujeres en los procesos de restitución” comprendido en los artículos 114 a 118 de la ley, en los que se dispone entre otras cosas lo siguiente:

Las mujeres víctimas de despojo o abandono forzado, gozarán de especial protección del Estado en los trámites administrativos y judiciales de la Ley.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas dispondrá de un programa especial para garantizar el acceso de las mujeres a los procedimientos para la restitución, mediante ventanillas de atención preferencial, personal capacitado en temas de género, medidas para favorecer el acceso de las organizaciones o redes de mujeres a proceso de reparación, así como de áreas de atención a las niñas y adolescentes y discapacitados que conformen su grupo familiar, entre otras medidas que se consideren pertinentes.

La solicitud para la restitución de mujeres cabezas de familia ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas se atenderá con prelación sobre las demás solicitudes.

Las solicitudes de restitución efectuadas por las madres cabeza de familia y en general por las mujeres despojadas serán sustanciadas con prelación, para lo cual se pospondrá la atención de otras solicitudes.

Una vez la sentencia ordene la entrega de un predio a una mujer despojada, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y las autoridades de policía o militares deberán colaborar para velar la entrega oportuna del predio y para mantener las condiciones de seguridad que le permitan usufructuar su propiedad. Lo anterior, siempre que opere el consentimiento previo de las mujeres víctimas y se garantice la decisión concertada de la adopción y ejecución de estas medidas.

Los beneficios en materia de créditos, adjudicación de tierras, garantías, seguridad social, educación, capacitación y recreación, subsidio familiar, planes y programas de reforestación y jornadas de cedulaación, consagrados en la Ley 731 del 2002 serán aplicados de forma prioritaria a las mujeres que han visto restituidos o formalizados sus predios en los términos de la nueva Ley de víctimas.

Siempre que el demandante y su cónyuge o compañero permanente hubieren sido víctimas de abandono forzado y/o despojo del bien inmueble cuya restitución se reclama, en la sentencia se ordenará que la restitución y/o compensación se efectúen a favor de los dos, y para el caso en que con la sentencia se otorgue el dominio sobre el bien, que el registro en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos se efectúe también a nombre de los dos.

Se privilegiará a la población de mujeres cabeza de familia, los adultos mayores y a la población discapacitada, víctimas de desplazamiento forzado, en el acceso a los programas y proyectos diseñados por el gobierno según lo contemplado en el capítulo referido a la “Restitución de Vivienda”.

CONCLUSIONES

A pesar de que ya en los Decretos Reglamentarios de la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011), valga decir, Decreto Reglamentario 4800 de 2011, Decreto Reglamentario 4801 de 2011, Decreto Reglamentario 4802 de 2011 y Decreto Reglamentario 4829 de 2011, se contienen ciertas medidas enfocadas precisamente al tema de restitución de tierras a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado hallo pertinente recomendar la implantación de toda una política pública en materia de restitución de tierras que:

No solo propenda por mejorar desde el punto de vista teórico la situación de las mujeres víctimas en situación de desplazamiento, sino que al tiempo persiga la implantación de los beneficios a ellas reconocidos. Para lo que deberá contarse con un análisis previo de la viabilidad financiera, política y social de las medidas a reconocer.

Persiga no solo el *tratamiento* de la situación de desplazamiento, sino también el acceso por parte de las mujeres víctimas a los mecanismos de prevención del desplazamiento forzado y procura de restitución de sus tierras, lo que a su vez se haría viable mediante la apertura de cursos de capacitación e información, la expedición de folletos impresos o vía informática, sin perjuicio de que el funcionario directo encargado de asistir las tenga el deber de suministrarle verbalmente la información referida. Todo esto con miras a que una vez siendo conocedoras del deber por parte del Estado de procurarles una real restitución de sus tierras y de las formas cómo hacerlo viable, puedan ahora sí propender por la efectividad de la misma.

Cobije los programas de atención, reparación y vigilancia post-reparación de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, pues mal se haría con perfeccionarse los programas de reparación cuando los programas de atención siguen permaneciendo débiles e inestables. Debe proporcionárseles por tanto a las mujeres víctimas de este fenómeno, un tratamiento privilegiado

y diferenciador desde la etapa de atención hasta la de su posterior reparación, brindándoles un constante seguimiento a lo largo de todo el proceso.

Establecimiento de mecanismos idóneos para el manejo y actualización de la información que salvaguarde los intereses de quienes ostentan realmente la calidad de víctimas de un desplazamiento y evite la inclusión de quienes no lo sean: lo anterior según lo planteado por Adriana Serrano, asesora de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Adriana Serrano, 2010).

Una de los mayores problemas a nivel de atención de la población desplazada es precisamente en lo referente a la actualización y manejo de la información que hace que muchas veces se incluyan a personas que no son desplazadas y se excluyan a quienes sí lo son.

Determine de forma expresa y clara los agentes encargados de su ejecución, esto con el propósito de evitar la incertidumbre que suele presentarse en las víctimas en torno a los organismos adonde deberán dirigirse para su atención y para su reparación, pues es precisamente este desconocimiento lo que muchas veces termina obstaculizándoles la posibilidad de acceder a una reparación integral.

Contenga una política de capacitación y aprendizaje para las mujeres víctimas del desplazamiento forzado que les permita asumir, de ser el caso, la función económica- social a la que se ven obligadas una vez perdido su proveedor económico. Pues de nada sirve que se les restituyan sus tierras si ellas no sabrán cómo trabajarlas o explotarlas. Y así lo deja ver Adriana Serrano al apuntar (Adriana Serrano, 2010):

Algo que también debería acompañar la política de una restitución es el procurar el aprendizaje de estas mujeres afectadas por un desplazamiento toda vez que si perdieron su proveedor económico por ejemplo necesitan asumir un nuevo rol y por ende aprender a desarrollarlo, aprender a trabajar y proveer para su familia (...).

(...)En las organizaciones de mujeres se les da principalmente una orientación en cuanto al acceso a la justicia y a nivel psicosocial pero como tal no existe una red para asesorarlas en lo referente a oportunidades laborales.

Promueva la “humanización de las políticas públicas asistenciales”, esto es, la implementación de mecanismos reglados de capacitación y evaluación de los funcionarios encargados de la labor de asistencia, atención y reparación de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado en torno a la incidencia particular del desplazamiento forzado en la mujer, con el objeto de que éstos a su vez

puedan interiorizar la situación de aquellas y brindar de esta forma un servicio social y humano, acorde con las necesidades individuales de cada una de ellas.

Contenga la sistematización de la información de las víctimas de desplazamiento forzado, clasificadas en orden cronológico, a nivel territorial y según niveles de urgencia, dando prioridad en los términos de la Ley de Víctimas a las mujeres, niños y personas con discapacidad. Lo anterior, con el propósito de evitarles a las víctimas el tener que desplazarse cada cierto tiempo a un centro de atención, distante del lugar donde se estén albergando temporalmente, para consultar una información que bien podría ser obtenida en un punto de atención cercano que brindase la posibilidad de consultar por sistema, la información requerida, como sucedería con los cambios en la fechas de atención, la programación de la hora y la forma en la que se hará consistir la ayuda humanitaria, pues a lo largo de varias entrevistas realizadas a mujeres víctimas de un desplazamiento forzado, se logró observar que la gran mayoría de ellas, desconocen lo que se les irá a otorgar en el centro asistencial y son obligadas a asistir de forma repetitiva para consultar informaciones que bien podrían ser consultadas por ellas sin necesidad de trasladarse. Tal parece ser la propuesta de una de las entrevistadas cuando de forma rotunda expresó:

Me parece necesario lo de hacer todo de forma electrónica empezando que así el Estado no tendría que pagar tantos empleados y con lo que se ahorraría nos podría ayudar más a nosotros sin tanta burocracia. No es justo que tengamos que venir cada 2 meses porque si es niño de crecimiento toca andar (...) sería bueno que existiera un medio electrónico donde pudiese uno mirar la información sin tener que venir siempre.¹⁶

Luego de contrastar el contenido de los nuevos Decretos Reglamentarios de la nueva Ley de Víctimas con la propuesta anterior, se obtiene, que muchas de las recomendaciones planteadas fueron adecuadamente cobijadas por los Decretos. No obstante lo anterior, y muy a nuestro pesar, con los distintos Decretos Reglamentarios de la Ley de Víctimas, se subsanarán, en su mayoría, solamente falencias en los programas asistenciales, toda vez que no se desarrollan ni reglamentan los beneficios concedidos en materia de restitución a las mujeres víctimas de un desplazamiento, pues se limitan a desarrollar el proceso de reparación en sus distintas formas pero de manera muy general sin que se atiendan criterios diferenciadores que sí fueron atendidos a nivel teórico en la respectiva Ley de Víctimas.

Por todo lo anterior no queda más que aguardar esperanzados a que el gobierno se percate de los vacíos contenidos en los respectivos Decretos Reglamentarios y de forma oportuna los subsane,

¹⁶ Entrevista número tres realizada en la ciudad de Bogotá el día 14 de abril del 2011.

sin que los mismos hubiesen dado lugar al efecto que subyace de no ser enmendados, cual es, la no aplicabilidad de los beneficios contenidos en la Ley de Víctimas.

No obstante lo anterior, todavía quedarían lagunas por ser subsanadas en nuestro ordenamiento jurídico en materia de restitución; pero sin dudarle y de forma contundente se puede afirmar que hoy es mucho menor el camino a recorrer por mostrarse más extenso el camino recorrido en la búsqueda por saldar la inmensa deuda social del Estado colombiano con todas las mujeres víctimas de un desplazamiento forzado.

REFERENCIAS:

- Albornoz, A. L. (2007). CATEDRA UNESCO, Derechos Humanos y Violencia. In Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos. Acceso a la justicia: “Mujer y Desplazamiento forzado”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Albornoz, A. L. (2007). El desplazamiento forzado interno en Colombia un desafío a los derechos humanos. In CATEDRA UNESCO. Derechos humanos y violencia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alepuz, G. D. (20 de noviembre de 2008). Antropología y Género. Recuperado el 03 de 10 de 2010, de Antropología del género (En línea) disponible en: www.perso.wanadoo.es/aniorte_nic/apunt_antropolog_salud_6.htm
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. El Despojo de Tierras y Territorios, Aproximación Conceptual. Bogotá: Kimpres Ltda. (2009)
- Corporación AVRE- CHF Internacional. (Enero de 2002). Estudios Diagnósticos para el Fortalecimiento Integral de los Proyectos de Asistencia Humanitaria de Emergencia para Personas Internamente Desplazadas. Recuperado el 15 de septiembre de 2010, de salud y desplazamiento: Disponible en: www.disaster-info.net/desplazados/documentos/civilizacion/ci_vi03relectura.html
- El Tiempo (2008), Violencia Sexual contra las Mujeres, Arma de Guerra en Colombia, Dice ONG, (en línea) disponible en: www.eltiempo.com/26 de Diciembre de 2008
- En Colombia (s.f.). “De los Derechos Humanos de las Mujeres y el Terrorismo, (5 de octubre de 2010), (En línea) disponible en: www.encolombia.com/derecho/derechoshumanosdelasmujeresy5.htm
- Entrevistas 1, 2 y 3 (13 de abril de 2011). Algunas decisiones Constitucionales ante el despojo y el abandono forzado de las tierras y los territorios. (Y. Morales, Entrevistadora). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Evaluación de las necesidades de la población civil con especial atención a las mujeres. In Las mujeres ante la guerra, violencia sexual (pp. 54-56). Bogotá.

Hinestrosa, F. (2007). Tratado de las Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ibáñez, A. M. (2008). El desplazamiento forzoso en Colombia. Un camino sin retorno hacia la pobreza. Bogotá: Universidad Los Andes.

Isaza, J. F. (22 de abril de 2009). El Desplazamiento Forzoso en Colombia. Recuperado el 15 de agosto de 2010, de EL ESPECTADOR.COM:
www.elespectador.com/columna137283-el-desplazamiento-forzoso-colombia

López, M. S. (2007). Evaluando el Impacto de Intervenciones sobre el Desplazamiento Forzado Interno. Bogotá.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. (16 de diciembre, 2005). Principios y Directrices Básicos del derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. (16 de diciembre, 2005). Principios y Directrices Básicos del derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147.

Reconciliación, C. N. (2009). El Despojo de Tierras y Territorios, Aproximación Conceptual. Bogotá: Kimpres Ltda.

Revelo, A. J. (2009). Algunas decisiones Constitucionales ante el despojo y el abandono forzado de las tierras y los territorios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

RUT, S. y. (s.f.). Sobre Desplazamiento Interno en Colombia, Papel protagónico de la Mujer. Recuperado el 21 de septiembre de 2010, de Salud y Desplazamiento:
www.disaster-info.net/desplazados/informes/rut/22/08mujer.htm

Suárez, H. (n.d.). Dinámica del Desplazamiento Forzado en Colombia. 7.

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LOS CENTROS DE RECLUSIÓN

ANAMARÍA CASTELLANOS ARTUNDUAGA

El tiempo se está acabando, la podredumbre se amontona, las enfermedades encuentran puertas abiertas, el agua se agota, la comida se ha convertido en veneno, sería ésta mi primera declaración, dijo la mujer del médico, Y la segunda, preguntó la chica de las gafas oscuras, Abramos los ojos...(Saramago, 1995, pág. 221)

RESUMEN:

La situación de los derechos dentro de los establecimientos de reclusión de Colombia no debería continuar siendo ignorada pues lleva reclamando a gritos un cambio y plantea cuestionamientos frente a la incidencia de tales violaciones e incumplimientos del Estado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, que implican consecuencias en la libre elección de vida y comportamiento de las personas que viven privaciones de la libertad pero que deben encontrar en la posterior libertad una segunda opción de vida ajustada a los postulados constitucionales. Dentro de las variadas alternativas se recalca la importancia de considerar el derecho como ultima ratio y se propone innovar en Colombia con las ventajas de la educación experiencial.

INTRODUCCIÓN

Sin desearlo Saramago no pudo describir mejor la situación de los centros de reclusión y la actitud de la sociedad frente a ello. Para nadie es desconocida la situación carcelaria, continuamente en periódicos, revistas y demás medios de comunicación aparecen noticias sobre el escenario actual. La Corte Constitucional no es ajena y fue por esta razón que en la Sentencia T-153 de 1998 (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 de 1998) declaró un estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión de Colombia.

Desde entonces, ¿ha sido superado el Estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional? La respuesta es negativa: no ha sido superado, situándonos en una posición que difícilmente puede ser considerada de crisis por suponer el término un carácter transitorio. (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pág. 4) En efecto, la situación carcelaria, desde ya hace bastante tiempo, reclama un cambio radical.

Aun encontrándonos frente a la deplorable situación debemos aceptar que el tema carcelario es poco original, tal y como lo evidencia Michel Foucault (2002) al recalcar que “la prisión ha sido siempre parte de un campo activo en el que han abundado los proyectos, las reorganizaciones, las experiencias, los discursos teóricos, los testimonios, las investigaciones” (pág. 215). Es por esta razón que el sociólogo francés, autor de “la teoría de la prisión”, sugiere mirar la prisión como una institución inerte, sacudida por ciertos intervalos de reformas y criticada constantemente en virtud de su funcionamiento y de su ineficacia.

A partir de estas reflexiones se resume en este artículo un trabajo o estudio basado en evidencia fáctica, que se motivó y justificó a partir de la realidad que, aunque escasamente nos afecte, nos concierne a todos. Para el análisis a presentar, también fue relevante, el tipo de organización jurídico política del país; efectivamente, se partió de considerar que un Estado social de derecho debe propugnar por el cumplimiento de los derechos y los deberes de cada uno de sus habitantes.

Los temas relevantes para la realización de la investigación que se presenta han sido los establecimientos de reclusión y un derecho específico, consagrado en la Constitución Política Nacional de 1991, que se considera fundamental: el libre desarrollo de la personalidad. De este último, se examinó su contenido, el grado de importancia que tiene en las instituciones carcelarias, su protección, las violaciones que pueden existir, entre otros aspectos que nos

permitieron reflexionar acerca de su goce efectivo por parte de las personas privadas de la libertad.

El objetivo principal fue estudiar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y su ejercicio en los centros de reclusión. Tarea abordada a partir de dos objetivos específicos: a) establecer cuál es el contenido y cuales los elementos constitutivos del derecho al libre desarrollo de la personalidad en general y frente a las personas privadas de la libertad en especial, en el Estado colombiano; y b) analizar si durante la ejecución de la pena privativa de la libertad en Colombia se protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por lo anterior, en primer lugar, se optó por una investigación sociojurídica y, en segundo lugar, también se tuvo en cuenta posibles aportes de otras ciencias como la psicología, el periodismo y la sociología, sin perder de vista el carácter jurídico de este trabajo.

Metodológicamente, la presente investigación partió de la búsqueda legislativa, doctrinal y jurisprudencial (Corte Constitucional) de los diferentes discursos frente al derecho en estudio y los centros de reclusión, así como de la identificación de información específica sobre la situación actual de los centros de reclusión, a través de fuentes oficiales y periodísticas. Una vez analizada y organizada esa información se procedió a realizar un trabajo de campo -en un territorio específico: Bogotá, Colombia y en época actual- a partir de 3 tipos de entrevistas cualitativas: a personas privadas de la libertad, a personal cercano a los centros de reclusión y a estudiosos de la materia. Realizadas las entrevistas se organizaron los datos y se procedió al análisis integrado de la información primaria y secundaria.

1- EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: DERECHO FUNDAMENTAL

Como se mencionó, nos encontramos en un Estado social de derecho que encuentra en la dignidad humana el valor supremo del ordenamiento que invade todo los ámbitos y situaciones en las que se encuentre vida humana. Por ello, el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso y la protección de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Nos ubicamos frente a una obligación de hacer, que no puede limitarse simplemente a garantizar formalmente el goce de los derechos, sino que debe consistir en proporcionar todas las facilidades para que se puedan superar las carencias, se satisfagan las necesidades y se

cuenta con todos aquellos factores requeridos para la plena realización como seres humanos independientes y autónomos.

Cuando hablamos de la plena realización de los seres humanos debemos resaltar que cuando un ser humano alcanza su realización personal contribuye al desarrollo social y sirve de fundamento para el orden político y la paz. Esta contribución al desenvolvimiento del ser humano y sus consecuencias nos recuerda el objeto de protección de dos derechos que durante toda la evolución histórica de la humanidad han tenido una estrecha interrelación: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Es así como en la legislación nacional e internacional encontramos que las normas que refieren a estos dos derechos, que tienen una naturaleza funcional diferente, comparten un objeto de protección: la incondicional prohibición de la instrumentalización del ser humano.

Es por esta razón que podemos concluir, de la misma forma que lo hace la Corte Constitucional, la consideración de que el individuo tiene como primera necesidad la de ser reconocido como inigualable, por lo tanto distinto y distinguible, y el Estado junto con la sociedad deben respetarlo en su individualidad de acuerdo a sus singularidades de carácter. Es aquí donde llegamos a la identificación del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad que se expresa en la autonomía que poseen los individuos para trazar y practicar su propio plan de vida.

Es entonces, la personalidad un concepto abstracto que reseña un conjunto de características que hacen de cada sujeto un ser único e inigualable frente a los otros. Que no obstante su indeterminación general, fijan la especificidad y las características de cada persona, determinando además su comportamiento. Se constituye en un elemento intrínseco del individuo, que evoluciona constantemente y se proyecta en el mundo exterior. Estas características se ven influenciadas por la historia de cada individuo, por lo que se vive a diario en el entorno de cada uno; factores como la política, la religión, la economía, el ambiente familiar, entre otros, dejan huellas en el individuo que consciente o inconscientemente repercuten en su personalidad y en su carácter; expresión de la primera.

Estamos haciendo referencia a la libre posibilidad de escoger una manera de ser, de fijarse un plan de vida y de trabajar en su realización; lo que implica el reconocimiento de la individualidad como elemento esencial para la autonomía persona, la libertad y la dignidad. Como pudimos observar en la investigación el ámbito de aplicación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho en sí se han venido construyéndose por los casos que se presentan en la jurisprudencia, en esta dinámica se ha hecho un largo recorrido que nos lleva

a concluir ciertos aspectos: el derecho al libre desarrollo de la personalidad representa una cláusula de cierre de la libertad individual; no es un derecho de contenido incierto, además de contener todas las libertades comprende los áreas de la autonomía individual que no estén protegidos por otro derecho; existen dos ámbitos: el de no injerencia para autodeterminarse y el de las libertades personales que deben armonizarse con las exigencias de la sociedad, es decir, está limitado por el los derechos de los demás y el orden jurídico.

Pudo concluirse que el ámbito de aplicación del derecho al libre desarrollo de la personalidad está estrechamente relacionado con otros derechos, algunos ejemplos son el derecho a decidir su estado civil, el derecho a la unidad familiar, el derecho a la sexualidad, el derecho a ser madre, el derecho a la identidad personal, el derecho a escoger determinada opción sexual, el derecho a ejercer la mendicidad, el derecho a decidir sobre su salud, el derecho al trabajo, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la educación, el derecho a la libertad de asociación, entre otros.

2- EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, SU RELACIÓN CON LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD Y LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN

Haciendo referencia al derecho penal encontramos que las funciones de esta área del derecho se orientan principalmente a la promoción y al mantenimiento de la convivencia social, pero los efectos que producen en la justificación del poder punitivo del Estado acarrear unas singularidades. Más específicamente, debe entenderse que la pena entre sus varias finalidades está llamada a cumplir una función de prevención especial positiva, esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-862 de 2002).

Estamos frente a la posibilidad de que por medio del poder punitivo del Estado existan sujetos a quienes se les imponga la reclusión en establecimientos carcelarios y es allí donde aparece la relación de especial sujeción, que según la doctrina y la jurisprudencia surge cuando una persona queda sometida, por medio del sistema nacional penitenciario, a la esfera organizativa del Estado. Ello supone el nacimiento de un vínculo que, por un lado, exige que el Estado asuma la responsabilidad de protección y cuidado del interno durante su reclusión y, del otro, sujeta al

interno a todas las determinaciones referentes a las condiciones del centro carcelario respectivo que, por añadidura, trae consigo la restricción de derechos (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-615 de 2008).

Por lo anterior, con relación a estas personas se puede hablar de tres tipos de derechos: los derechos intocables, que deben permanecer incólumes, unos derechos cuyo ejercicio se encuentra suspendido y otros derechos que simplemente se encuentran limitados o restringidos. Como consecuencia de la relación de especial sujeción estudiada anteriormente, la Corte Constitucional también ha manifestado que el Estado tiene deberes especiales para con los reclusos, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquéllos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos – como ocurriría en el caso de la libertad religiosa -, sino también – y de manera especial – que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc.

Esta conclusión se deriva de la misma relación especial de sujeción de los penados frente al Estado y del hecho de que las condiciones que se imponen a los reclusos les impide que puedan satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas, cuya atención garantiza la posibilidad de llevar una vida digna. “Con todo, las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y Carcelario, de los tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta” (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 de 1998).

De las anteriores fuentes y tal como lo ha determinado la Defensoría del Pueblo, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Europea en su manual para vigilancia y protección de los derechos de las personas privadas de libertad, se derivan para el Estado, como vimos tres deberes. El primero de ellos, el deber de respeto, consistente en el reclamo al Estado de no violar de forma arbitraria los derechos humanos de los reclusos, tal como está expresado en el artículo 16 de la Carta Política. El segundo es el deber de garantía que radica en la obligación de asegurar a todas las personas, sin discriminación alguna, el pleno de sus derechos humanos y que corresponde al artículo 13 constitucional. Y, el tercer deber de proveer mecanismos idóneos para hacer cesar la violación a los derechos humanos.

3- LOS CENTROS DE RECLUSIÓN: SITUACIÓN ACTUAL Y EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Visto lo anterior, ahora nos adentraremos a analizar la situación de los centros de reclusión, haremos referencia de nuevo a la Sentencia T-153 de 1998 (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 de 1998) donde se pone de presente, el inminente incumplimiento del ordenamiento jurídico, la violación de las disposiciones jurídicas internacionales y nacionales y los objetivos del sistema penitenciario consagrados en el artículo 10 de la ley 63 de 1993.

Artículo 10. Finalidad del tratamiento penitenciario. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.

El presente artículo no pretende citar todas las referencias estadísticas y las cifras de la situación carcelaria con las que podríamos llenar hojas y hojas mostrando con el escenario actual. Pero cabe preguntarse ¿qué consecuencias acarrea esta situación? ¿Si las personas en los centros de reclusión no gozan del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad qué derecho fundamental sale bien librado ante esta situación?

Es evidente la imposibilidad del goce de los derechos fundamentales y de los medios para que las personas en los centros de reclusión desarrollen su libre personalidad por medio de actividades culturales, deportivas, recreativas, para que estudien y/o trabajen. Ni siquiera se garantizan las condiciones mínimas para una vida digna “tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc.” (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 de 1998).

Al ser estos bienes escasos, se aplican las leyes de la demanda y “ello significa que la distribución y asignación de esos bienes se realice a través de los mecanismos de la corrupción y la violencia” (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 de 1998). El INPEC afirma los altos costos sociales, económicos, institucionales, los riesgos de “desocialización (sic)” entre otros, por la congestión y sobrepoblación de los centros. “En un lugar donde la demanda por una habitación es mucho más alta que la oferta y donde la guardia no está en capacidad de imponer el respeto a las normas establecidas, sólo cabe esperar que se

imponga la ley del más fuerte, con todas sus consecuencias” (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 de 1998). Si bien se concluye del análisis de diversas fuentes un panorama de violación continua de los derechos humanos en los centros de reclusión en Colombia, nos centraremos en analizar, un poco más, las violaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Partiendo de recordar que la personalidad es un concepto abstracto que reseña un conjunto de características que hace de cada sujeto un ser único e inigualable frente a los otros y que determina, en gran medida, sus comportamientos. De manera que, se constituye en un elemento intrínseco del individuo, que evoluciona constantemente y que le determina la proyección en el mundo exterior.

Estas características se ven influenciadas por la historia de cada individuo, por lo que se vive a diario en su entorno; factores como la política, la religión, la economía, el ambiente familiar, entre otros, dejan huellas en el individuo que consciente o inconscientemente repercuten en su personalidad. Para el caso de las personas reclusas en establecimientos carcelarios su entorno está marcado por el hacinamiento, la escasez de recursos, de elementos como salud, diversión, educación, trabajo, espacios lúdicos y deportivos y la violación tajante de otros derechos.

Es decir, el panorama desolador de estos establecimientos marca las condiciones socioculturales en las que se están desarrollando estos individuos y que según lo dicho por Sorokin (Sociedad, cultura y personalidad : su estructura y su dinámica. Sistema de sociología general, 1962). Son las condiciones socioculturales las que influyen en la existencia misma de un individuo, en las propiedades biológicas de su organismo, en el ambiente y en los múltiples papeles que ha de desempeñar como ser a través de la infancia, la adolescencia, la madurez y la vejez. En el curso de esta odisea, la dinámica de la personalidad transcurre desde la infancia hasta la vejez y se ve determinada por el ambiente sociocultural, que influirá, por ejemplo, en el cambio de niño rebelde a niño aplicado, el de “interno” al de hombre libre (Sorokin, 1962).

También traemos a colación lo expresado por el abogado Tocara de lo que se puede concluir que la personalidad es dinámica, el desenvolvimiento de cada sujeto está marcado en su integridad física, psíquica y moral, los tratos que irrespeten y pongan en situaciones denigrantes a una persona de seguro marcaran la personalidad de ese individuo, la readaptación de un condenado está determinada por su capacidad de autodeterminación según sus creencias y experiencias.

Adicionalmente, y conforme a una lectura sistemática, ningún sujeto debe ser objeto de discriminación alguna, con relación a los internos se les deben respetar sus creencias, deben

seguir gozando de sus derechos no restringidos, de su derecho a la salud, a la cultura, al trabajo, entre otros, que permiten su desarrollo; y, sobretodo, se deben crear las condiciones para su futura reincorporación en la sociedad. Los centros de reclusión no son lugares exentos del cumplimiento de los fines del ordenamiento jurídico.

En conclusión y teniendo en cuenta lo mencionado en los establecimientos de reclusión en Colombia nos encontramos ante la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad puesto que según la Corte Constitucional se vulnera este derecho fundamental “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano” (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-429 de 1994).

Aunque si bien la solución para acabar con la situación inhumana y de sistemática violación de derechos humanos, incluido el que nos ocupa, sería el fin de los centros de reclusión, ello es “imposible” pues la pena es un mal necesario porque como afirma Foucault (1986) aún sigue siendo aceptada socialmente como la única manifestación del control estatal.

Por ello, a pesar del estar seguros que la resocialización no es un objetivo perseguible por razones que escapan a los fines de la presente investigación y tanto menos de lograrse intra muros, en un ambiente de no libertad ya que allí no es viable aprender a vivir en libertad ni aprender a convivir en la sociedad. De manera que los establecimientos carcelarios seguirán cumpliendo la función de “letra muerta”, demostraran que “el derecho es para los de ruana”, que “el estado predica pero no aplica”, entre otras tantas frases de cajón que serían idóneas para describir esta deprimente y desoladora situación.

Otra opción, seguramente más viable es aquella según la cual el Estado cumple con lo dispuesto en el Código Penal frente a otras medidas de seguridad privativas y no privativas de la libertad, se hace referencia en cuanto a las privativas a las casas de trabajo o de estudio tal y como se dispone en el artículo 69. Se lamenta y se pregunta porque “el Estado ha hecho caso omiso y tácitamente ha hecho de esta previsión mera teoría” (Velásquez, 2009, pág. 1073).

¿Por qué no reparar las faltas que llevaron a tantos a caer en círculos viciosos del delito ofreciendo ahora otra opción de vida y de desarrollo libre y pleno de la personalidad? En estos lugares se debería suministrar educación y capacitación en temas pertinentes que den herramientas para que las personas encuentren caminos lícitos y prometedores de progreso, primero individual y luego familiar y social.

La solución no es aquella fórmula mágica de construcción de más centros penitenciarios sino que se trata de considerar al derecho penal como la ultima ratio; ello quiere decir, según la Sentencia C-647 de 2001, que la sociedad como forma de control puede usar las penas, pero a ellas solo se debe acudir como último recurso, pues solo allí está justificado el derecho penal en un Estado social de derecho, cuando se busque garantizar la convivencia pacífica, debiendo hacerse una evaluación de la gravedad, que cambia según las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales que imperan en un momento determinado.

En este contexto, la pena debe ser justa y proporcional, en ningún caso se pueden imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles; si ello fuera así, no sería loable imponer la privación de la libertad en centros de reclusión donde se ha confirmado la violación masiva de derechos hasta el grado de considerarse no digno para un ser humano y no viable para que los individuos continúen su camino de desarrollo determinados solo por sus libres elecciones.

La pena debe ser necesaria y útil, lo que implica que sirva para la convivencia pacífica, su poder disuasivo debe evitar la comisión de conductas delictuales, implica también que sirva para reafirmar la decisión del Estado conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica, cumpliendo además la función de resocialización y reinserción. Y solo se logra esa utilidad si se trata de una pena constitucional y digna compatible con las libertades del ser humano.

En consecuencia, las penas que están cumpliendo las personas en los centros de reclusión si bien desde la teoría pueden cumplir algunos fines, en la práctica no, el Estado no se reafirma cuando se hace evidente que viola con sus instituciones derechos fundamentales, al tiempo que exige el cumplimiento de la Constitución. Recuérdese que las tasas de reincidencia oscilan entre 70% y 90% (Congreso de la República de Colombia, 2003) ¿Cómo puede una persona que queda con el estereotipo de “delincuente” lograr la reinserción social?

El derecho como ultima ratio implica la existencia de otros elementos que se deben tener en cuenta para que se dé el uso del derecho penal cuando se buscan proteger bienes jurídicos, acudir al derecho penal puede no resultar razonable con el solo hecho de tener un objetivo final elogiado como lo dice Bernd Schünemann (2007) no es loable que su utilización cause “más daños que beneficios”.

Luego de entender y aplicar el derecho penal como ultima ratio, es necesario que eso se evidencie en un cambio de la política criminal. La Sentencia C-355 de 2006 (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-355 de 2006) nos habla de los criterios que determinan la constitucionalidad de la política criminal, afirma que el legislador tiene libertad de

configuración, donde por medio de una decisión política se determinan los bienes que requieren mayor protección y las conductas que son objeto del reproche más fuerte, cuya violación causan daños estructurales a la convivencia pacífica.

Así mismo, el reproche penal sanciona la conducta subjetiva del actor, que atenta contra estos bienes de manera dolosa y en casos excepcionales y expresamente establecidos por el legislador de manera culposa. Es decir, la vulneración objetiva de esos bienes jurídicos no debe generar necesariamente un reproche penal, sino cuando se presenta dentro de determinadas circunstancias objetivas.

La misma sentencia hace un llamado a usar preferentemente herramientas de solución de conflictos como la disuasión u otros medios de gestión y de prevención antes de llegar al ius punendi. Solo se debe recurrir a este, cuando se den las justificaciones de la pena antes expuestas “ello es así, porque la sanción penal es el más fuerte reproche social y jurídico y conlleva la mayor invasión del Estado y las mayores restricciones de los derechos y libertades personales. Todo lo anterior explica su carácter de última ratio” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-355 de 2006).

En consecuencia, la política criminal, como todo acto de autoridad, debe responder a los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que son criterios de valoración constitucionales, no obstante que el test que determine el cumplimiento de estos criterios, es y debe ser débil, acorde con la amplitud de la competencia de que está investido el legislador. Así, las decisiones que adopte en esta materia, sólo podrán ser excluidas del ordenamiento o condicionadas por la autoridad constitucional, si ellas afectan de manera directa y protuberante los fundamentos del Estado social y democrático de derecho y en particular, los derechos de las personas. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-355 de 2006)

Es la realidad la que debe brindar los criterios ideales para que el derecho penal y la política criminal se adapten a la escenario social , sin tenerla en cuenta es imposible coordinar los derechos y las expectativas de los colombianos con la teoría, los códigos y la Constitución. La política y el derecho deben ser reflejo de la sociedad, no son útiles los códigos copiados sin análisis de eficacia y eficiencia en nuestro escenario.

A partir de una nueva valoración, orientada por criterios sociales y políticos diferentes, que protegen la dignidad de la persona e impiden al Estado intervenir en las decisiones que constituyen parte del ejercicio libre de su personalidad y de su vida relacional, afectiva e íntima, cuyas motivaciones, propias de la complejidad de la mente y de los sentimientos humanos,

escapan al poder y a la posibilidad de sanción social. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-355 de 2006)

Por ejemplo, la política criminal no debe ser ajena al conflicto armado que sostiene nuestro país, al narcotráfico, a los índices de desplazamiento y pobreza, a los desastres naturales, a la desigualdad, a la discriminación, no con ello debe suplir la política social, pero esta última si debe ser su presupuesto y/o punto de partida.

4- PROPUESTA: LA EDUCACIÓN EXPERIENCIAL

Una alternativa interesante está representada en las llamadas “estrategias diferenciales” que pretenden que la pena privativa de la libertad no termine siendo siempre una pena de reclusión, tomando una pena o medida alternativa (De Miguel, 1993). Dentro de estas encontramos opciones como las multas, la libertad condicional, el trabajo voluntario, la probación, entre muchas otras. Esta referencia es un llamado especial para que en Colombia se estudien más a fondo nuevas opciones, que permitan “humanizar” el estado actual de los centros de reclusión.

Las personas en prisión deben ser vistas desde su gran potencial para la sociedad, pero nosotros mismos nos hemos encargados de segregarlas y estereotiparlas bloqueándolas y haciéndolas incapaces de demostrar que el desarrollo personal es posible, aun cuando se ha actuado erróneamente pero siempre que se cumplan los presupuestos y libertades consagrados en la Constitución.

A manera de propuesta de la autora, para lograr el objetivo mencionado en el párrafo anterior nos referiremos brevemente a la educación experiencial como herramienta para dignificar al ser humano respetando su libre desarrollo de la personalidad. Proyectos con técnicas de educación experiencial no son innovadores en el mundo, pero si lo serían en Colombia. Para entenderlas empecemos por estudiar sus principales principios:

- La educación experiencial ocurre cuando se escogen cuidadosamente experiencias apoyadas en reflexión, análisis crítico y síntesis.
- Las experiencias están estructuradas para que se aprenda a tener iniciativa, para que se tomen decisiones y se analicen los resultados.
- Durante el aprendizaje, dentro del proceso de la educación experiencial, aprender está

íntimamente ligado a la proposición de preguntas, la investigación, la experimentación, la curiosidad, la solución de problemas, el asumir responsabilidades, la creatividad y la construcción.

- Los participantes están ligados por factores intelectuales, emocionales, sociales o físicos. Este proceso produce la percepción de un aprendizaje auténtico.
- Los resultados son individuales, personales y la base para futuras experiencias y aprendizajes.
- Las relaciones interpersonales se desarrollan y nutren, al aprender sobre sí mismos, sobre otros y sobre la extensión del mundo.
- El facilitador y el participante puede experimentar sensaciones de éxito, pérdida, aventura, riesgo e incertidumbre, porque el desenvolvimiento de la experiencia no es cien por ciento predecible.
- Se brinda la oportunidad a facilitadores y participantes de explorar y examinar sus propios valores y principios.
- El diseño de este tipo de aprendizaje incluye la posibilidad de aprender de las consecuencias, errores y éxitos naturales de la realidad. (Association for Experiential Education, 2012, ¶ 4)

Ellos son tan solo algunos de los principios que nos permiten tener una percepción inicial más clara de lo que son estos procesos de aprendizaje. Complementando lo anterior, al ser un proceso de aprendizaje cabe recordar que cuando hablamos de la relación del libre desarrollo de la personalidad con otros derechos que para el caso de la educación experimental sería la capacidad de aprendizaje del ser humano reflejada principalmente en el derecho a la educación. Las sentencias T-118 de 1993 y T-420 de 1992 señalaron elementos característicos del derecho a la educación.

Por ser él criatura única pensante dotada de razonamiento; lo que le permite manifestar su voluntad y apetencias libremente y poseer por ello ese don exclusivo e inimitable en el universo social que se denomina dignidad humana. Estos atributos se predicen de la educación. (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-420 de 1992)

La educación es una herramienta valiosa para el desarrollo libre de la personalidad, es ella la que permite la formación intelectual, física, moral, la que nos enseña a tomar conciencia de nosotros mismos de nuestras actitudes, de nuestras decisiones, dignificándonos y permitiéndonos desenvolvernos de forma autónoma y consciente, capaz de reflexionar sobre nuestros actos y de considerar al otro igual de valioso que uno mismo.

Entre los fines que se le asignan a la educación, según la Sentencia T-309 de 1993, se destacan los siguientes.

El de propiciar el libre desarrollo de la personalidad, de acuerdo con las aptitudes y aspiraciones del individuo, fomentando al mismo tiempo la conservación y superación de la persona, a través de la transmisión de conocimientos, técnicas, actitudes y hábitos. (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-309 de 1993)

Algunas experiencias pueden servir de inspiración si se tiene en cuenta la relación entre educación y libertad, dentro de está el libre desarrollo de la personalidad. Por ejemplo, en Colombia, más específicamente en Medellín existe un programa que retomando The Learning Pyramid del National Training Laboratories Institute identifica los porcentajes de aprendizaje de un ser humano de la siguiente manera: se aprende el cinco por ciento de lo que escuchamos, el diez por ciento de lo que leemos, el veinte por ciento de lo que escuchamos y decimos, el cincuenta por ciento cuando se argumenta en grupos de discusión guiados, el setenta y cinco por ciento cuando hacemos las cosas, el ochenta por ciento cuando lo enseñamos y facilitamos a otros (National Training Laboratories Institute, 2012).

Traeremos al siguiente artículo contados ejemplos de proyectos ejecutados en diferentes cárceles del mundo que utilizan las técnicas de la educación experiencial cuya efectividad ha sido comprobada. De lo dicho en el párrafo anterior se podría rescatar el valor de enseñar como la mejor herramienta para aprender y eso es precisamente lo que se hace en el proyecto de la Corporación sueños de libertad (Sueños de Libertad, 2012). Ellos consideran irrelevante convencer a los jóvenes de no delinquir, por el contrario consideran que lo importante es enseñar una filosofía donde la vida se base en postulados de no violencia como lo enseñaron líderes que van desde Ghandi hasta Martin Luther King.

Otro ejemplo es el que retoma a Viktor Frankl para recordar que una persona lo único que no pierde es su libertad de escoger (University of Santa Monica, (s.f)). Inspirado en ello se creó un programa en la Universidad de Santa Mónica Estados Unidos para trabajar con las mujeres de una de las más grandes de ese país, la cárcel de alta seguridad Valley State Prison for Women. El programa entre sus varios objetivos incluye el de fortalecer el aspecto humano de las mujeres que allí se encuentran. Por medio de trabajos con personas del exterior se fomenta la comprensión de las diferencias que existen entre lo que uno es y como uno actúa, tratando de hacer ver que si bien es posible que por situaciones diversas se cometieron errores, no por ello se deja de ser un ser humano digno.

Las historias que muestra la Universidad de Santa Mónica (s.f.) y que hablan de este proyecto (cuyo documental mereció el premio a mejor documental de 2009 en el Festival de Cannes) son asombrosas y demuestran que hay mucho por hacer. Dentro de los resultados del proyecto,

durante los seis meses siguientes a su realización, se reportó que un 98% de las internas mejoraron su calidad de vida y el 91% convivieron con menos conflictos.

Las posibilidades soluciones alternativas que garanticen el enriquecimiento personal de quienes están reclusos en establecimientos carcelarios, son seguramente infinitas. El llamado es a identificar las que tienen como punto de partida el respeto por la dignidad y el desenvolvimiento libre de la personalidad, pues estas son las que permiten que una persona se desarrolle de tal forma que tome decisiones conscientes y libres, que desencadene una convivencia pacífica y aportadora en la sociedad.

CONCLUSIONES

1. Debido al tiempo en que los centros de reclusión de Colombia se han encontrado dentro de la categoría de estado de cosas inconstitucional, no nos encontramos frente a una crisis sino frente a una realidad vergonzosa que legitima, implícitamente, el incumplimiento de los postulados constitucionales, entre ellos el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
2. Existe una marcada relación entre la situación actual de los centros de reclusión y los individuos que allí se encuentran reclusos, en cuanto a su posibilidad de gozar plenamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, dadas las condiciones de vulneración -masiva, generalizada y prolongada en el tiempo- de sus derechos fundamentales.
3. Se cree que la protección o violación de los derechos de los reclusos es lo que les permitirá desarrollarse como personas, es lo que va a determinar su comportamiento al salir de los centros lo que podrá marcar una diferencia en los índices de delincuencia.
4. Los centros de reclusión son lugares que justifican su existencia en ideales como la resocialización, según la teoría, pero que en la práctica convierte a los reclusos en víctimas de infinitas violaciones que pueden generar la incorrecta sensación de que el Estado solo predica los derechos fundamentales y el cumplimiento de la ley para aquellos menos afortunados, pero que aquel deber de cumplimiento no es obligatorio ni siquiera para el Estado mismo.
5. La situación dentro de los establecimientos de reclusión de Colombia no debería continuar siendo ignorada pues lleva reclamando a gritos un cambio y plantea cuestionamientos frente a la incidencia de tales violaciones e incumplimientos del Estado en la libre elección de vida y comportamiento de las personas que viven privaciones de la libertad pero que deben encontrar en

la posterior libertad una segunda opción de vida ajustada a los postulados constitucionales.

6. La no efectividad de los centros de reclusión está comprobada: las sentencias, informes y testimonios de los reclusos demuestran que es un lugar donde se reproduce la delincuencia y donde se encuentran personas que no logran un libre desarrollo de la personalidad. Con ello, se coarta no solo la dignidad humana sino la paz y la cohesión social.

7. Existen infinitas penas alternativas a la prisión (solo a manera de ejemplo se habló de la educación experiencial) que podrían producir mejores resultados como, por ejemplo, una mejor distribución de los recursos para dar cumplimiento a los derechos económicos, sociales y culturales, resolviendo así el problema social que se esconde detrás de quienes llegan a las cárceles.

8. La educación debe convertirse en la estrategia a privilegiar, pues es ella la que brinda al individuo el mayor número de herramientas para su desarrollo libre y autónomo, aportando los mayores beneficios a toda la sociedad.

REFERENCIAS:

Acosta Muñoz, D. (2010). Sociología en el Penitenciarismo. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, INPEC. Bogotá D.C: Grupo de Estudios e Investigación Penitenciaria.

Bedoya Lima, J. (15 de Julio de 2012). Cárceles: una bomba de tiempo por hacinamiento. Obtenido de http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12033259.html

Comisión asesora de política criminal. (31 de Marzo de 2012). Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (4 de Diciembre de 2003). Sistema carcelario y penitenciario. Colombia.

Contraloría General de la República. (2006). Informe de auditoría Gubernamental con enfoque integral- modalidad regular- Instituto Nacional Penitenciario- INPEC. Bogotá D.C.

Corporación Sueños de Libertad. (2012). Sueños de Libertad. Obtenido de <http://suenosdelibertad.org/>

Corte Consitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-420 de 1992. (17 de Junio de 1992). T-420 de 1992. (M. S. Rodríguez Rodríguez, Ed.) Bogotá D.C., Colombia.

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-615 de 2008. (23 de Junio de 2008). T-615 de 2008. (M. R. Escobar Gil, Ed.)

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-355 de 2006. (10 de Mayo de 2006). C-355 de 2006. (M. J. Araújo Rentería, & M. C. Vargas Hernández, Edits.) Bogotá D.C., Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-862 de 2002. (3 de Octubre de 2002). C-862 de 2002. (M. C. Vargas Hernández, Ed.) Bogotá D.C., Colombia.

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-309 de 1993. (4 de Agosto de 1993). T-309 de 1993. (M. A. Barrera Carbonell, Ed.) Bogotá D.C., Colombia.

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-429 de 1994. (29 de Septiembre de 1994). T-429 de 1994. (M. A. Barrera Carbonell, Ed.) Bogotá D.C., Colombia.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 de 1998. (28 de Abril de 1998). T-153 de 1998. (M. E. Cifuentes Muñoz, Ed.) Bogotá D.C., Colombia.

Cuevas G, A. M. (16 de Febrero de 2012). *Elespectador.com*. Obtenido de <http://m.elespectador.com/impreso/nacional/articulo-326991-el-eterno-sobrecupo-carcelario>

De Miguel, E. (1993). Alternativas a la cárcel. Probation. En Cuaderno de Instituto Vasco de Criminología (pág. 131 a 136). EGUSKILORE.

Dirección Nacional de Planificación . (1996). Informe Misión Social. <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/4648/COLOMBIA.pdf>.

El Espectador. (3 de Febrero de 2011). Crítica situación carcelaria . El Espectador. Recuperado el 2 de Marzo de 2011, de <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo-248851-critica-situacion-carcelaria>

El Tiempo. (25 de Mayo de 2012). La mitad de presos en el país está en detención preventiva: CIDH. Recuperado el 25 de Mayo de 2012, de http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11875822.html

Foucault, M. (1986). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. (A. Garzón del Camino, Trad.) México D.F.: Siglo XXI Editores. Recuperado el 17 de Mayo de 2013, de <http://webcurso.uc.cl/access/content/attachment/psi1202-2-21-2012/Material%20del%20Curso/8482492b-5f34-413d-b43e-f8ec104688fd/Foucault,%20M.%20-%20Vigilar%20y%20castigar.pdf>

Juan Manuel Santos. (2010). *Prosperidad para Todos (2010-2014)*. Colombia.

National Training Laboratories Institute. (2012). Obtenido de <http://www.ntl.org/>

NULLVALUE. (8 de Marzo de 2012). EL TIEMPO.COM. Obtenido de ‘En A. Latina el sistema carcelario es inhumano’.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (12 a 19 de Abril de 2012). 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Justicia Penal. <http://www.cinu.mx/XIICongresoONUPrevencionDelito/docs/situacion%20de%20la%20de>

lincuencia.pdf, Salvador. Recuperado el 17 de Mayo de 2013, de Salvador, Brasil, 12 a 19 de abril de 2010:
<http://www.cinu.mx/XIICongresoONUPreencionDelito/docs/situacion%20de%20la%20de%20lincuencia.pdf>

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (21 y 22 de Octubre de 2004). Palabras de instalación de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones. Administración y reforma penitenciaria en Colombia y Derechos Humanos, 4. Bogotá D.C, Colombia: OACNUDH. Recuperado el 17 de Mayo de 2013, de
http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/eventos/05102006_politicaprivacionlibertad.pdf

Pérez Ochica, M., & Morales Sierra, J. A. (s.f.). LA POLÍTICA PENITENCIARIA Y CARCELARIA EN COLOMBIA. Obtenido en este enlace.

PNUD. (2 de Noviembre de 2011). Informe sobre Desarrollo Humano 2.011. Sostenibilidad y Equidad: un mejor futuro para todos. Copenhagen.

Rivera Beiras, I. (2005). Recorridos y posibles formas de penalidad. Barcelona: Anthropos Editorial. Rubí (Barcelona).

Schünemann, B. (2007). ¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho. En C. d. Derecho (Ed.), Cuadernos de conferencias y artículos. 38. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.

Sitio Web Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (Septiembre de 2010). <http://www.inpec.gov.co>. Recuperado el 30 de Noviembre de 2010

Skinner, B. F. (1974). Ciencia y conducta humana. Barcelona: Fontanella.

Sorokin, P. A. (1962). Sociedad, cultura y personalidad : su estructura y su dinámica. Sistema de sociología general. Madrid: Aguilar.

University of Santa Monica. ((s.f)). Recuperado el 24 de Febrero de 2012

Velásquez, F. (2009). Derecho Penal. Parte General (4ta ed., Vol. Parte General). Bogotá D.C., Colombia: Librería Jurídca COMLIBROS.

YAIGOJÉ APAPORIS: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS INDÍGENAS

CARLOS MENDOZA

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”. En el presente artículo se aborda el estudio del marco jurídico de protección derechos colectivos de los pueblos indígenas en Colombia, a través del análisis del caso de las comunidades del Resguardo Yaigojé Apaporis, quienes presionadas por los intereses de actores que buscan explotar los yacimientos auríferos que se encuentran bajo sus sitios sagrados, solicitaron la creación de un Parque Nacional Natural sobre su territorio ancestral. El objetivo de la investigación es examinar el alcance y contenido de este tipo particular de derechos humanos. Con base en la revisión del marco jurídico de derechos colectivos en cabeza de los pueblos indígenas, de los actos administrativos proferidos por las entidades públicas involucradas y de la información publicada por parte de diversos actores, se concluye que la solicitud de creación del área protegida responde a un ejercicio legítimo del derecho a la libre determinación indígena, que no existió una vulneración al derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado de las comunidades del Resguardo, y que con la figura

de Parque Nacional Natural no se vulneran los derechos colectivos de los pueblos indígenas de la región.

INTRODUCCIÓN

Con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y con la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas, el sistema universal de protección de Derechos Humanos estableció un marco jurídico de derechos colectivos, que permite y demanda de la comunidad internacional, tanto la autonomía de los grupos originarios en el manejo de sus asuntos internos, como su participación, desde un enfoque de derechos humanos y culturalmente sensible, en las instituciones políticas, administrativas, jurídicas, culturales, sociales y económicas, y en los procesos de adopción e implementación de decisiones de los Estados a los que hacen parte.

Tales lineamientos se encuentran contemplados en la Constitución Política de Colombia de 1991, que al consagrar el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural como uno de los fines esenciales del Estado, generó un nuevo contexto político, jurídico e institucional en el que los grupos originarios pueden desarrollar plenamente su identidad 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 y de los procesos estatales de adopción e implementación de decisiones.

Sin embargo, fenómenos como el conflicto armado y el narcotráfico, así como intereses económicos sobre recursos los naturales, se han introducido por la fuerza dentro de los territorios ancestrales, constituyendo un peligro cierto e inminente para la existencia física y cultural de estos pueblos e impidiendo el goce efectivo de sus derechos colectivos. Los grupos originarios han sido victimizados a favor de intereses que les resultan completamente ajenos y ante los cuales se han declarado autónomos, exigiendo a todos los actores involucrados el respeto por sus vidas, por su integridad cultural y por sus territorios ancestrales.

Tal es el caso de las comunidades indígenas asentadas en el Resguardo Yaigojé Apaporis, quienes presionadas por intereses económicos de actores que buscan explotar los yacimientos auríferos que se encuentran bajo sus sitios sagrados, solicitaron la creación de un Parque Nacional Natural sobre su territorio ancestral, con el fin de fortalecer los mecanismos de

protección de sus recursos naturales y de los valores culturales asociado a la conservación, uso y manejo de los mismos. Sin embargo, algunas comunidades se apartaron de esta decisión al considerar que con la creación del área protegida se había vulnerado su derecho fundamental a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado y se había restringido el libre ejercicio de sus derechos colectivos.

En la presente investigación se aborda el estudio del marco jurídico de protección de derechos colectivos de los pueblos indígenas en Colombia, a través del análisis de un caso en el que diferentes visiones de desarrollo y bienestar se ven enfrentadas, con el objetivo de examinar el alcance y contenido de este tipo particular de derechos humanos. Con ese propósito se pretende:

- a. Describir los antecedentes en torno a la creación del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis
- b. Describir los argumentos que dividen a los pueblos indígenas de la región.
- c. Describir los principales derechos colectivos reconocidos a los grupos originarios en Colombia.
- d. Analizar la figura del Resguardo Indígena y sus mecanismos de representación.
- e. Analizar el proceso de consulta previa adelantado con los pueblos indígenas del Yaigojé Apaporis.
- f. Analizar la figura del Parque Nacional Natural.

La metodología implementada se basó en el análisis sociojurídico de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Para el desarrollo de la presente investigación se realizó una revisión del marco jurídico de protección de derechos colectivos de los pueblos indígenas existente tanto a nivel internacional como nacional. Así mismo, se realizó una revisión de los actos administrativos proferidos por las entidades involucradas en el caso objeto de estudio, de la información publicada en diferentes medios por parte de los actores involucrados en el mismo y del Acta de Protocolización del Proceso de Consulta previa adelantado con las comunidades del Resguardo.

El documento se encuentra dividido en cuatro partes en las que se desarrolla cada uno de los ejes temáticos y una conclusión general en la que se sintetizan los principales resultados obtenidos. En primer lugar, se realiza una descripción de los antecedentes que configuran el caso objeto de estudio. Posteriormente, se analiza la figura del Resguardo Indígena y sus mecanismos de representación con el fin de determinar si las Autoridades del Yaigojé Apaporis que solicitaron la creación de un área protegida se encontraban legitimadas para tomar una decisión en ese sentido. Luego, se confronta el proceso de consulta adelantado con la definición

construida a partir de la normatividad internacional, nacional y jurisprudencia constitucional, para determinar si se vulneró el derecho a la consulta y al consentimiento, libre, previo e informado de las comunidades del Resguardo. Finalmente, se analiza la figura del Parque Nacional Natural para determinar si con su constitución se vulneraron los derechos colectivos de los grupos originarios asociados a la libre determinación de los pueblos indígenas.

1- EL PARQUE NACIONAL NATURAL YAIGOJÉ APAPORIS.

El territorio que abarca las cuencas de los ríos Vaupés y Apaporis, y sus zonas interfluviales, se encuentra habitado desde tiempos ancestrales por los pueblos indígenas Makuna, Tanimuka, Letuama, Cabiari, Barazano, Yujup-maku y Yauna, que en conjunto conforman el “Complejo sociocultural del Mirití-Apaporis”, por cuanto comparten modelos cognitivos semejantes, cuentan con cercanía geográfica, explotan el mismo nicho ecológico y pertenecen a las mismas familias lingüísticas (de la Hoz, 2007).

Para estos pueblos, los conocimientos que han sido legados por las deidades míticas se encuentran circunscritos a ciertos referentes topográficos y ecológicos, los cuales son considerados como sitios sagrados. Estos lugares son usados para el manejo y curación del mundo a través de las prácticas chamanísticas que conforman el “Camino de Pensamiento”, donde pensamiento implica la facultad de recoger la energía vital común a todos los seres del cosmos. Para los grupos del Mirití-Apaporis, todos los hombres poseen este pensamiento, pero los grandes especialistas son los chamanes, quienes son considerados como sus Autoridades Tradicionales, por cuanto tienen a su cargo la negociación, sustentación y mantenimiento del mundo (MAVDT, 2009).

Estos pueblos se encuentran amparados bajo la figura del Resguardo Indígena Yaigojé Apaporis, que en virtud del parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto 2164 de 1995, es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, constituido por el entonces Instituto Colombiano para la reforma Agraria –Incora– mediante Resolución 035 del 8 de abril de 1988 y ampliado por la misma entidad mediante Resolución 006 del 11 de mayo de 1998, que se encuentra localizado en jurisdicción de los corregimientos departamentales de Mirití-Paraná, la Victoria y La Pedrera en el departamento del Amazonas, y el municipio de Taraira, en el departamento de Vaupés.

Las Autoridades Tradicionales del Resguardo se encuentran representadas en la Asociación de Capitanes Indígenas del Yaigojé Apaporis –Aciya–. Entidad de carácter público especial según artículo 2 del Decreto 1088 de 1993, inscrita mediante Resolución 0135 de 2002 de la Dirección General de Etnias del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, y regida por el artículo 56 transitorio de la Constitución Política de 1991 y el Decreto 1088 de 1993.

Por otra parte, la empresa Cosigo Resources Ltda. desarrolla desde el año 2007 actividades de explotación de oro en la Serranía de Taraira, entre los departamentos de Amazonas y Vaupés (Cosigo, 2013). Como parte de sus planes de expansión, Cosigo solicitó al Instituto Colombiano de Geología y Minería –Ingeominas–, la suscripción de un contrato de concesión minera en la serranía de La Libertad, al interior del Resguardo Yaigojé Apaporis (Catastro Minero Colombiano, 2013).

Sin embargo, en la zona de La Libertad donde la empresa solicitó el contrato de concesión minera se encuentra Yuisi –o Chorro de La Libertad–, el sitio más sagrado para los pueblos indígenas de la región, por cuanto consideran que allí se originó la vida y que encierra una energía espiritual vital que nutre y restaura a todos los seres vivientes del mundo, permitiendo su curación (Semana.com, 2013). Igualmente Yuisi es el lugar en donde todos los años las comunidades celebran el ritual del Yuruparí, en el que se transmiten a los jóvenes varones las normas tradicionales para la preservación de la salud del cuerpo y la conservación del territorio, en el contexto de su paso a la edad adulta (UNESCO, 2013).

En respuesta a la solicitud de Cosigo, el 17 de marzo de 2008 Aciya solicitó al entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial –MAVDT–, la creación de un Parque Nacional Natural sobre su territorio ancestral con el fin de fortalecer los mecanismos de protección y conservación de sus recursos naturales y, en particular, salvaguardar el patrimonio cultural material e inmaterial de los pueblos indígenas de la región, asociados a la conservación, uso y manejo de los mismos (MAVDT, 2009).

Atendiendo al requerimiento de las Autoridades Tradicionales, la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales –UAESPNN– suscribió con Aciya el 23 de junio de 2008, un convenio de cooperación con el objeto de “...adelantar el proceso que conlleve a la declaratoria de un área protegida que haga parte del Sistema de Parques Nacionales Naturales, en el territorio del Resguardo Yaigojé Apaporis...” (MAVDT, 2009).

El 12 de diciembre de 2008 Aciya realizó un congreso en Centro Providencia, con la asistencia de los Capitanes del Resguardo y de funcionarios de la UAESPNN, quienes realizaron una

presentación sobre los que implicaba la creación un Parque Nacional Natural. Con base en esa información, las Autoridades ratificaron su decisión, bajo la condición de que el mismo tendría un Régimen Especial de Manejo acordado entre la UAESPNN y los Tradicionales (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

El 22 de mayo de 2009 se concertó entre la UAESPNN y Aciya la propuesta metodológica para desarrollar el proceso de consulta previa. En esta propuesta se estableció que la consulta se realizaría en dos etapas: una primera etapa consistente en un recorrido inicial por las 19 comunidades del Resguardo, en el cual se haría la apertura del proceso de consulta y la socialización del Proyecto de Parque, de sus implicaciones, de los objetivos de conservación, gestión y manejo del área protegida y los límites de la misma; y una segunda etapa consistente en un congreso de protocolización de la consulta a realizarse posteriormente en Centro Providencia (MAVDT, 2009).

Así las cosas, el 9 de junio de 2009 la UAESPNN solicitó a la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, tanto certificar la presencia de grupos étnicos asentados dentro del polígono que se formuló como área protegida, como aprobar la propuesta metodológica acordada. El 30 de junio de 2009 esa entidad certificó la presencia de los pueblos indígenas que integran el Resguardo y aprobó la propuesta metodológica presentada para realizar el proceso de consulta previa (MAVDT, 2009).

Entre los días 4 y 20 de julio de 2009 se realizó el recorrido programado, y entre los días 24 y 25 de julio de 2009 se protocolizó la consulta con la presencia de 12 de las 19 comunidades del Resguardo, de delegados del Grupo de Consulta Previa del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, del Director Territorial Amazonia Orinoquia de la UAESPNN, de representantes de diversos Resguardos y Asociaciones de la región, del Coordinador de Asuntos Indígenas de la Gobernación del Vaupés y del Director de la Fundación Gaia Amazonas. A dicha protocolización no asistieron representantes de la Procuraduría General de la Nación ni de la Defensoría del Pueblo (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

Durante la protocolización los delegados del Grupo de Consulta Previa hicieron un recuento del proceso realizado en las 19 comunidades del Resguardo, centrandose su atención principalmente en aquellas que no se encontraban presentes. Igualmente, los delegados manifestaron que se les había informado a todas las comunidades que la inasistencia a la protocolización no los eximía de la decisión que se llegase a tomar en relación con la creación del Parque, ya que la misma quedaba sometida al sistema tradicional de toma de decisiones adoptado por las comunidades del Resguardo (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

Tras reiterarse que la creación de un Parque Nacional Natural implicaba la imposibilidad de reversar esa decisión, la UAESPNN y Aciya acordaron los criterios para diseñar e implementar un Régimen Especial de Manejo entre la autoridad ambiental y la autoridad pública indígena, especificando que el manejo integral del área se haría por las Autoridades Tradicionales, que la propiedad de la tierra continuará siendo de los indígenas bajo la figura de Resguardo, que el Parque sería inscrito en el registro de matrícula inmobiliaria del Resguardo como una afectación de carácter ambiental especial, y que la constitución del área protegida no afectaría la autonomía de los pueblos indígenas (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

También se estableció que la función de conservación del territorio se iba a coordinar entre la Autoridad Indígena y la Autoridad Ambiental, aclarando que ninguna acción de gestión, planeación o administración podría ir en contra de los objetivos y lineamientos que se establecen en los principios culturales de los grupos originarios involucrados, que se respetarían las prácticas de cultivo, recolección, pesca y cacería propias de los pueblos indígenas bajo las reglas culturales de cada etnia, que los desacuerdos se resolverían por consenso y que no habría decisiones unilaterales (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

Finalmente, se fijaron los objetivos de conservación, los cuales estarían dirigidos a proteger los valores materiales e inmateriales de los pueblos indígenas que habitan el Resguardo asociados a la conservación, uso y manejo del territorio, a contribuir a la conectividad de los ecosistemas garantizando la integridad ecosistémica del área y el sustento de la reproducción social, cultural y económica de las comunidades, y a fortalecer el Sistema de Sitios Sagrados, y rituales asociados, sobre los cuales se soporta el manejo y uso del territorio que hacen los grupos indígenas (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009).

Una vez agotada la consulta previa, el 10 de junio y el 21 de julio de 2009 la UAESPNN solicitó al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder–, que informara sobre la presencia de Resguardos Indígenas dentro del polígono donde se tenía prevista la creación del Parque. Esta entidad certificó el 19 de agosto de 2009 que el área de interés se traslapaba con el Resguardo Yaigojé Apaporis (MAVDT, 2009).

Igualmente, y con el propósito de cumplir los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Ley 2° de 1959 y artículo 6 del Decreto 622 de 1977, el 1° de septiembre de 2009 la UAESPNN envió a la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, el documento “Propuesta de Declaratoria Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis, Síntesis para su Justificación, Septiembre de 2009”, para que conceptuara al respecto. Esa entidad, a través de

la Comisión Permanente de Parques Naturales, conceptuó favorablemente el 22 de octubre de 2009 (MAVDT, 2009).

De manera paralela, y para los efectos previstos en el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) en relación con las zonas excluibles de la minería, el 25 de septiembre de 2009 la UAESPNN solicitó a Ingeominas información acerca de las áreas geográficas sobre las cuales existía interés minero. El 8 de octubre de 2009 Ingeominas informó que dentro de la zona del proyecto no se habían otorgado títulos mineros (MAVDT, 2009).

De esta forma, agotados los requisitos constitucionales y legales para la creación de un Parque Nacional Natural a través de la UAESPNN, y agotado el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas involucradas, el MAVDT profirió la Resolución Número 2079 de 27 de octubre de 2009 “Por medio de la cual se declara, reserva, delimita y alindera el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis”, en la que se consignaron los acuerdos suscritos durante la consulta previa, y que fue publicada en Diario Oficial Número 47.517 del 29 de octubre de 2009.

Pese a lo anterior, el 29 de octubre de 2009 la Dirección de Servicio Minero de Ingeominas celebró con Cosigo el contrato de concesión minera IGH-15001X, inscrito en el Registro Minero Nacional el día 13 de diciembre de 2012, para la explotación de oro en el área de La Libertad que ahora hacía parte del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis (Catastro Minero Colombiano, 2013).

El 31 de diciembre de 2009 la Dirección Territorial Amazonía Orinoquía de la UAESPNN, solicitó a Ingeominas “cancelar el título minero y abstenerse de adjudicar otros dentro del polígono del Parque”, con base en tres argumentos. En primer lugar, dado que el contrato de concesión minera había sido inscrito en el día 13 de diciembre de 2012, el mismo era nulo y no generaba derechos por cuanto para ese entonces la creación del Parque ya se encontraba en firme. Así mismo, al encontrarse el lugar de extracción en un Resguardo Indígena, se requería agotar el proceso de consulta previa. Finalmente, al encontrarse el lugar de extracción en la Reserva Forestal de la Amazonía creada por Ley 2° de 1959, se requería realizar previamente la sustracción de la misma.

El 4 de febrero de 2010 Ingeominas dio respuesta a la comunicación de la UAESPNN informando que se tomarían las medidas pertinentes en relación con el contrato de concesión IGH-15001X, y para julio de 2011, ordenó la terminación del contrato y el retiro y desalojo de

todas las obras y labores mineras, así como de la ocupación que pudiera estar adelantando Cosigo en el área de la concesión.

Por su parte, Benigno Perilla, indígena de la etnia Wanano, y por lo tanto foráneo a los pueblos indígenas del Mirití-Apaporis, interpuso acción de tutela contra la Resolución 2079 de 2009, por considerar que se había vulnerado el derecho fundamental de los pueblos indígenas del Resguardo Yaigojé Apaporis a la consulta previa, argumentando, entre otras cosas, que algunas comunidades no habían participado del proceso, que no se habían explicado claramente los efectos que sobre estas comunidades tendría la creación del área protegida, y que con la misma se había sometido a los pueblos indígenas de la región a vivir según sus usos tradicionales, sin posibilidades de desarrollarse bajo los estándares del mundo exterior (Caracol Radio, 2013).

Así mismo, varias comunidades ubicadas en jurisdicción del departamento del Vaupés, cuyos Capitanes no estuvieron de acuerdo con la creación del Parque Nacional Natural, se separaron de Aciya y conformaron la Asociación de Comunidades Indígenas de Taraira-Vaupés – Acitava–, la cual fue inscrita como entidad de carácter público especial mediante Resolución Número 0009 del 08 de febrero de 2011 de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del entonces Ministerio del Interior y de Justicia.

Desde su conformación, Acitava ha manifestado por diversos medios su oposición al Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis, por cuanto considera que con el mismo se pierde el territorio ancestral, se limita su autonomía, se vulnera su derecho al desarrollo y se atenta contra el uso, manejo y aprovechamiento tradicional de los territorios ancestrales. Así mismo, Acitava ha acusado a la Fundación Gaia Amazonas de promover y patrocinar la creación del Parque, con el fin de poder obtener beneficios económicos relacionados con la venta de créditos de carbono y el desarrollo de actividades de ecoturismo en la zona .

En entrevista realizada el 26 de julio de 2012, Martín von Hildebrand, Director de la Fundación Gaia Amazonas, manifestó que tales acusaciones partían de la premisa errónea, por parte de los detractores del área protegida, de que si se desacreditaba a la Fundación, se desacreditaba el proceso de creación del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis. Los detractores presumían la existencia una manipulación por parte de la fundación sobre las Autoridades Tradicionales del Resguardo, sin tener en cuenta que la decisión había sido adoptada por las mismas de manera autónoma (von Hildebrand, 2012).

En la actualidad los pueblos del Yaigojé Apaporis se siguen enfrentando a los intereses que la minería, legal e ilegal, despiertan en la zona. A pesar de que Ingeominas ordenó la terminación

del contrato de concesión otorgado a Cosigo el mismo se encuentra vigente. Las comunidades están divididas en dos asociaciones cuya autoridad desconocen mutuamente. La Corte Constitucional no se ha pronunciado en relación con la tutela interpuesta por Benigno Perilla. Finalmente, no se ha formulado el Régimen Especial de Manejo, el cual resulta indispensable para la salvaguarda de la diversidad cultural de los pueblos de la región.

2- DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN INDÍGENA DE LOS GRUPOS ORIGINARIOS DEL RESGUARDO YAIGOJÉ APAPORIS.

La Constitución Política de 1991 definió los territorios indígenas como entidades territoriales con autonomía política, fiscal y administrativa, contempló que la constitución y delimitación de los mismos estaría sujeta a la participación de los representantes de los grupos originarios elegidos según los usos y costumbres de cada pueblo y les otorgó protección constitucional bajo el entendido de que las tierras comunales y Resguardos son propiedad colectiva, de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable.

Esta autonomía política se traduce en el derecho que tienen los pueblos indígenas de elegir sus propias autoridades, conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución y la Ley, las cuales actúan como la máxima autoridad de la comunidad en relación con la definición de sus asuntos internos, y sirven de interlocutores frente al Estado y frente a otras comunidades (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

Tales autoridades, en virtud de lo establecido en el párrafo quinto del artículo 2 del Decreto 2164 de 1995, son los miembros del grupo que ejercen dentro de la respectiva estructura cultural un poder de organización, gobierno, gestión o control social. A través de estas autoridades los grupos originarios definen su propio destino, hacen efectivos sus derechos colectivos y adoptan las medidas que consideren pertinentes para preservar su existencia cultural diferente (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

Cómo ya se pudo establecer, el Resguardo Indígena Yaigojé Apaporis se encuentra representado por la Asociación de Capitanes Indígenas del Yaigojé Apaporis –Aciya–. Este tipo de asociaciones se encuentran reguladas por el Decreto 1088 de 1993, que las define como entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, y que tienen por objeto el desarrollo integral de las comunidades indígenas que agremian. No obstante, en virtud de lo establecido en el artículo 4 de la misma

disposición, la autonomía de las Autoridades Tradicionales no se compromete por el simple hecho de pertenecer a una asociación de estas características.

Igualmente, se pudo establecer que los pueblos indígenas del Mirití-Apaporis comparten el ritual sagrado del Yuruparí, eje central de su cultura, el cual es realizado todos los años por los chamanes para la curación del mundo. Los chamanes son considerados por estos grupos como las Autoridades Tradicionales, por cuanto tienen a su cargo la negociación, sustentación y mantenimiento del mundo. Estos Tradicionales son la máxima autoridad al interior de las comunidades y además del Yuruparí, tienen la responsabilidad de salvaguardar el territorio, sus sitios sagrados e integridad cultural, razón por la cual son los llamados culturalmente a definir el destino de sus comunidades y a adoptar las medidas que consideren pertinentes para su protección.

Aciya fue conformada por las Autoridades Tradicionales y Capitanes del Yaigojé Apaporis en el año de 1994, con el propósito de que las 19 comunidades indígenas del Resguardo contaran con una forma de organización interna que facilitara su interlocución con el Estado colombiano y la protección de su territorio y sitios sagrados. En ese sentido, al reunir a todas las Autoridades Tradicionales y Capitanes del Resguardo, Aciya es una plataforma que permite que estos pueblos puedan trabajar en conjunto por la plena autonomía en relación con sus asuntos internos, por la efectiva participación en la institucionalidad del Estado colombiano y por el fortalecimiento de los mecanismos de protección de su patrimonio cultural.

Ahora bien, es preciso señalar que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es uno de los principales derechos colectivos de los grupos originarios, 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 y en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La libre determinación implica para los grupos originarios el derecho a la autonomía en relación con sus asuntos internos y a la participación plena en la vida política y administrativa y en los procesos de adopción e implementación de decisiones de los Estados a los que hacen parte. En virtud de esa autonomía, los indígenas tienen el derecho a conservar y desarrollar sus propias instituciones, a perseguir libremente su desarrollo, a sus tierras y territorios ancestrales y a los recursos naturales que se encuentren en ellas. En virtud de esa participación, los indígenas tienen tanto el derecho general de participación en los órganos representativos, como el derecho a ser consultados para obtener su consentimiento libre previo e informado, antes de la adopción o implementación de cualquier decisión que pudiese afectarlos directamente.

Sin embargo, existen ciertas condiciones que matizan el reconocimiento a la libre determinación de los pueblos indígenas. Por una parte, al reconocerse que los estos pueblos 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 (GNUD, 2008, pág. 12). De esta forma, el reconocimiento de la libre determinación responde exclusivamente a la necesidad de asegurar la supervivencia y el bienestar de estos pueblos como grupos culturales diferentes.

Así mismo, el reconocimiento del derecho a la libre determinación 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 los Estados. De esta forma, al quedar limitando el disfrute del derecho al ámbito estatal, la libre determinación comienza a ser entendida, tal y como lo define Anaya, 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 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 permitan la construcción de este marco jurídico propio y alcanzar la autonomía y la participación mencionadas (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.

El marco jurídico propio señalado, 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 límite y de interpretación anteriormente mencionadas, 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 indígena 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 para los pueblos indígenas una restricción a la libre determinación cuando el ejercicio de esta prerrogativa 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 pertenecen 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, por lo que deben ser respetados en toda circunstancia por los grupos originarios (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que las Autoridades Tradicionales del Yaigojé Apaporis, ejerciendo su autoridad y funciones culturales, podían legítimamente solicitarle al MAVDT la creación de un área protegida sobre su territorio ancestral, sobre todo cuando el propósito de la misma está dirigido a proteger los valores culturales de los pueblos indígenas del Mirití-Apaporis, asociados a la conservación, uso y manejo de sus recursos naturales. Decisión que además resulta ser un verdadero ejercicio del derecho a la libre determinación indígena, por cuanto se encontraba acorde con la naturaleza y definición de este derecho y dentro de sus límites constitucionales, como son la unidad nacional y el respeto del carácter normativo de la Constitución.

3- EL DERECHO A LA CONSULTA Y EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL RESGUARDO YAIGOJÉ APAPORIS.

El derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado es uno de los principales derechos colectivos de los pueblos indígenas, que encuentra su fundamento en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En virtud de estas disposiciones, los grupos originarios

tienen el derecho a ser consultados, por medio de sus instituciones representativas, de buena fe y mediante procedimientos apropiados, antes de la adopción o implementación de decisiones sobre cuestiones que amenacen o afecten sus derechos colectivos, con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Este derecho implica también la posibilidad para los grupos originarios de no otorgar el consentimiento.

La consulta surge con el fin de garantizar que las políticas, planes, programas y proyectos a ejecutarse en los territorios indígenas, cuya iniciativa no sea el resultado de un proceso propio e interno, y que supongan una amenaza o vulneración para los derechos colectivos de los grupos originarios, o puedan repercutir negativamente en su bienestar, cuenten, antes de su adopción o implementación, con el consentimiento de los mismos. Igualmente, este derecho va dirigido a asegurar que cualquier medida legislativa o administrativa adoptada a nivel institucional, que pueda afectar negativamente a los pueblos indígenas, cuente, igualmente, con su consentimiento.

La obligación de garantizar este derecho recae directamente en cabeza del Estado y se requiere del cumplimiento simultáneo de los elementos propios de su definición. Así las cosas, las consultas deben realizarse a través de las instituciones que cumplan con los requisitos de representatividad de la comunidad, es decir, que sean el resultado de un proceso propio e interno de los pueblos indígenas, deben realizarse de buena fe, asegurándose de que los pueblos indígenas cuenten con toda la información relevante y que puedan entenderla en su totalidad, y deben realizarse a través de procedimientos adecuados que permitan la plena participación de los pueblos indígenas y con la antelación suficiente para que puedan organizar sus propios procesos de adopción de decisiones, de acuerdo a sus tradiciones y costumbres (OIT, 2009, pág. 61 y 62).

Se busca entonces de esta forma obtener el consentimiento de la comunidad, el cual debe ser otorgado de manera libre, previa e informada. El que el consentimiento sea otorgado de manera libre significa que se conceda sin coerción, intimidación o manipulación. Que sea otorgado de manera previa, significa que se ha tratado de obtener con suficiente antelación a la implementación de las medidas consultadas y teniendo en cuenta las exigencias de tiempo que requieren los grupos originarios para llevar a cabo los procesos de consulta (GNUD, 2008, pág. 32).

Por su parte, que el consentimiento sea informado, significa que se suministra, entre otras cosas, la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de la ley, decreto, política, plan, programa o proyecto propuesto, las razones o el objeto del mismo, la duración, las zonas y

derechos que se verán afectados, una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos en un contexto que respete el principio de precaución, una distribución de beneficios justa y equitativa, las medidas de indemnización por los daños que se puedan ocasionar y el personal que probablemente intervenga en su ejecución (GNUD, 2008, pág. 32).

Si bien este derecho implica que los pueblos indígenas tienen la posibilidad de no otorgar su consentimiento, esta negativa no ha sido entendida a nivel nacional como un poder real de veto. Con el fin de darle alcance a la consulta más allá de lo meramente informativo, la Corte Constitucional estableció que el criterio que permite conciliar de manera efectiva ambos extremos, es el grado de afectación que se pueda generar a los grupos originarios con la decisión a adoptarse o implementarse. De esta forma, a través de la consulta se busca armonizar los intereses del grupo predominante con los intereses de pueblos indígenas, determinando la medida que resulte menos lesiva para estos últimos (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

Así las cosas, los procesos de consulta deberán plantearse teniendo en cuenta cada caso en concreto, con el fin de crear un espacio de diálogo y disertación entre iguales en medio de las diferencias, para que los agentes externos al grupo puedan explicar de forma concreta y transparente cuál es el propósito de la decisión a adoptarse o implementarse, y para que los pueblos indígenas puedan exponer sus preocupaciones, necesidades y puntos de vista frente a las mismas. Así mismo, los procesos de consulta implican la evaluación, con la participación de los grupos involucrados, de los impactos sociales, espirituales, culturales y ambientales de la decisión a adoptarse o implementarse, y que los resultados de dichas evaluaciones sean tenidos en cuenta como criterio fundamental para determinar el grado de lesividad que se podría causar con la medida (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

Ahora bien, en el evento en que se explore con la participación de los grupos originarios todas las alternativas, y que de dicho proceso resulte probado que todas amenazarían la existencia de los pueblos indígenas como grupos diferentes, ha considerado la Corte que prevalecerá la protección general de los grupos originarios (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

Adicionalmente, y en búsqueda de la efectiva garantía y protección de este derecho, mediante un proceso de preconsulta y/o postconsulta a realizarse de común acuerdo con el grupo originario involucrado, se debe definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta, así como las lenguas en las que se va a desarrollar y sus respectivos traductores, y se debe contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, admitiéndose, incluso, la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales

cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

Cómo ya quedó establecido, en el caso del Yaigojé Apaporis se debe señalar que la iniciativa de creación de un Parque Nacional Natural, surgió directamente de las Autoridades Tradicionales asociadas en Aciya. Estos Tradicionales, en ejercicio de su derecho a la libre determinación indígena, de manera autónoma y conforme a sus usos y costumbres, decidieron solicitar al MAVDT la creación de un área protegida sobre su territorio ancestral.

Así mismo, se debe señalar que esta iniciativa surgió como respuesta a la amenaza que representaba el interés minero sobre los yacimientos auríferos ubicados debajo de Yuisi, que se reitera, es el sitio más sagrado para los pueblos indígenas de la región. De esta forma, con el establecimiento de la figura del Parque, las Autoridades Tradicionales buscaban salvaguardar el patrimonio cultural material e inmaterial de los pueblos indígenas del Mirití-Apaporis, asociado a la conservación, uso y manejo de sus recursos naturales.

Quiere decir lo anterior que la decisión adoptada por Aciya, en ejercicio del derecho a la libre determinación indígena va dirigida única y exclusivamente a protegerse del impacto desestabilizador que sobre su integridad cultural podría generar una eventual explotación de oro sobre Yuisi. En ese mismo sentido, no se puede afirmar que con la decisión de crear un área protegida se busque restringir los derechos colectivos de los pueblos indígenas que conforman las comunidades del Resguardo, sino que va dirigida exclusivamente a salvaguardar su patrimonio cultural de una amenaza generada por agentes externos a los mismos.

De esta forma, se puede evidenciar que en el presente caso no se configuran los elementos esenciales de la definición del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, y que por consiguiente tal derecho no fue vulnerado. Esto por cuanto, se reitera, la iniciativa de crear un área protegida es el resultado de un ejercicio legítimo del derecho a la libre determinación indígena de los pueblos del Resguardo Yaigojé Apaporis, ejercido a través de sus Autoridades Tradicionales reunidas en Aciya, y dirigido a preservar los valores culturales de los grupos originarios de la región.

Admitir lo contrario sería tanto como afirmar que las Autoridades Tradicionales, en ejercicio del derecho a la libre determinación indígena pueden vulnerar el derecho de la comunidad a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado. No debe perderse de vista que el marco jurídico de protección de derechos colectivos de los pueblos indígenas debe ser leído en conjunto, por cuanto todos apuntan a la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural que estas

comunidades representan, y que la consulta es una forma de diálogo multicultural que sirve para armonizar intereses contrapuestos entre los grupos originarios y la sociedad predominante, y no un instrumento para controvertir decisiones adoptadas por las Autoridades Tradicionales.

Sin embargo, dado que se presenta un disenso al interior del Resguardo Yaigojé Apaporis en relación con la decisión de crear un Parque Nacional Natural, y teniendo en cuenta que, en últimas, el acto administrativo que crea el área protegida proviene de una institución ajena a los pueblos indígenas del Mirití-Apaporis, las partes involucradas adelantaron un proceso de consulta previa como garantía plena de protección de los derechos colectivos de los grupos originarios que serían cobijados por la medida. Esto obliga a confrontar el proceso adelantado con los elementos definitorios del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, para determinar si el mismo fue vulnerado.

Así las cosas, se tiene que el proceso de construcción del consentimiento de los pueblos indígenas del Yaigojé Apaporis se inició cuando las Autoridades Tradicionales, por iniciativa propia, de manera autónoma y conforme a sus usos y costumbre, solicitaron al MAVDT la creación de un Parque Nacional Natural sobre su territorio ancestral.

La participación de los grupos originarios del Mirití-Apaporis se garantizó durante todo el proceso de creación del Parque Nacional Natural, mediante un convenio de cooperación con el objeto de adelantar el trámite de declaratoria del área protegida sobre el territorio del Resguardo, suscrito entre la UAESPNN y Aciya, quien como ya se estableció, para ese entonces cumplía con los requisitos de representatividad de las comunidades del Yaigojé Apaporis.

Igualmente, se desarrolló un congreso en Centro Providencia, con la asistencia de los Capitanes del Resguardo y de funcionarios de la UAESPNN, donde realizaron una presentación sobre las implicaciones de crear un Parque Nacional Natural y presentaron el modelo de manejo, límites y fundamento jurídico del mismo. Con base en esa información, las Autoridades Tradicionales ratificaron su decisión de solicitar al MAVDT la creación del área protegida sobre el territorio del Resguardo, bajo la condición de que el mismo tendría un Régimen Especial de Manejo acordado entre la UAESPNN y Aciya.

En proceso de preconsulta, se acordó entre la UAESPNN y Aciya una propuesta metodológica para desarrollar el proceso de consulta previa con las comunidades. En esta se definieron los tiempos requeridos, los idiomas involucrados y el procedimiento a seguir, y se planteó un recorrido por las 19 comunidades con el fin de socializar los objetivos de conservación, gestión

y manejo del Parque y los límites del mismo, y un congreso de protocolización de la consulta a realizarse posteriormente en la comunidad de Centro Providencia.

Así mismo, se le solicitó al Grupo de Consulta Previa del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, certificar la presencia de grupos étnicos asentados dentro del polígono que fue formulado como área protegida y aprobar la propuesta metodológica acordada entre la UAESPNN y Aciya, obteniendo respuesta positiva y acompañamiento durante todo el proceso acordado.

Se realizó el recorrido programado por las 19 comunidades con la presencia de Aciya, la UAESPNN y funcionarios del Grupo de Consulta Previa, en el que se le informó a las comunidades que la inasistencia al proceso de protocolización no las eximía de la decisión que se llegase a tomar en relación con la creación del Parque, ya que la misma quedaba sometida al sistema tradicional de toma de decisiones adoptado por los pueblos del Resguardo.

Finalmente, y luego de las respectivas presentaciones del entonces Ministerio del Interior y de Justicia y de la UAESPNN, y que se resolvieran las dudas generadas, las Autoridades Tradicionales otorgaron su consentimiento libre, previo e informado, de lo que quedó constancia a través del Acta de Protocolización de la consulta previa.

En ese sentido, se evidencia que el proceso de consulta previa fue realizado siguiendo los lineamientos establecidos en la normatividad internacional, nacional y jurisprudencia constitucional, lo que resulta ser garantía suficiente para afirmar que no fue vulnerado el derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas del Yaigojé Apaporis.

4- EL PARQUE NACIONAL NATURAL YAIGOJÉ APAPORIS FRENTE A LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS DEL RESGUARDO.

La Constitución Política de 1991 reconoció la diversidad étnica y cultural de la nación, estableció la obligación en cabeza del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales, consagró el derecho a un ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica, impuso al Estado el deber de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y otorgó

protección constitucional a los Parques Naturales al definir que son de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable.

Este marco constitucional de protección se ve reforzado por el Convenio de la ONU sobre la diversidad biológica, que reconoce la estrecha dependencia entre los sistemas de vida tradicionales de los pueblos indígenas y sus recursos biológicos, y promueve el establecimiento de un sistema de áreas protegidas tanto para la protección de los ecosistemas naturales, como para el respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas que tienen estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica como estrategia de conservación.

Así mismo, la Conferencia de las Partes del Convenio de diversidad biológica aprobó el Programa de trabajo de áreas protegidas, el cual señala que el establecimiento, gestión y vigilancia de las mismas debe realizarse con la participación plena y efectiva de las comunidades indígenas y con respeto a sus derechos, y exhorta a los Estados a establecer áreas protegidas que beneficien a los Pueblos indígenas, respetando, preservando y manteniendo sus conocimientos tradicionales, y a establecer políticas e instrumentos, con la participación de los grupos originarios, para facilitar el reconocimiento legal y la administración eficaz de las áreas conservadas por estos pueblos, de manera que se logre el objetivo de preservar tanto la diversidad biológica, como la diversidad cultural.

Las áreas protegidas se encuentran reguladas por el Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente), que define el Sistema de Parques Nacionales Naturales como el conjunto de áreas con valores excepcionales que se decide preservar debido a sus características naturales, culturales o históricas. Así mismo, la norma establece que entre las finalidades del Sistema de Parques, se encuentra la de conservar valores sobresalientes de fauna y flora, paisajes o reliquias históricas, culturales o arqueológicas, para darles un régimen especial de manejo, fundado en una planeación integral, con principios ecológicos, y así evitar su deterioro por la alteración de los sistemas culturales de conocimiento y manejo asociados con los mismos.

Como quedó establecido, la figura elegida para el Resguardo Yaigojé Apaporis fue la de Parque Nacional Natural, puesto que contaba con ciertas características que encajaban dentro de su definición, tales como tener un área de extensión que permitiera su autorregulación ecológica, que sus ecosistemas no hubieran sido alterados sustancialmente por la intervención humana, y que la biodiversidad, complejos geomorfológicos y manifestaciones históricas o culturales

tuvieran valor científico, educativo, estético y recreativo. Así mismo, se eligió esta figura puesto que esta categoría de manejo admite la realización de actividades de conservación, recuperación y control, investigación, educación, recreación y cultura, entendiéndose esta última como las actividades tendientes a promover el conocimiento de los valores propios de una región.

Tal consideración es reforzada por el Decreto 622 de 1977, que al establecer que no resulta incompatible la coexistencia de un Parque con un Resguardo Indígena, permite implementar un área protegida de este tipo sobre el territorio del Yaigojé Apaporis. Sin embargo, la misma disposición establece que cuando por razones de orden ecológico y biogeográfico haya de incluirse, total o parcialmente un área ocupada por grupos originarios dentro del Sistema de Parques Nacionales Naturales, se debe establecer un Régimen Especial de Manejo en beneficio de éstos, con el fin de respetar la permanencia de la comunidad y su derecho al aprovechamiento económico de los recursos naturales renovables, observando las tecnologías compatibles con los objetivos del área protegida.

Este Régimen Especial de Manejo es considerado por la UAESPNN como una estrategia de planeación concertada entre la autoridad ambiental y las Autoridades Tradicionales, que busca definir acuerdos sobre el uso, control y coadministración de los recursos naturales presentes en el área de traslape, los que deberán responder a un proceso social de conservación de la biodiversidad que integre y enriquezca culturalmente a los pueblos indígenas y que garantice la conservación de la biodiversidad y la supervivencia étnica y cultural de los grupos originarios presentes en el área (UAESPNN, 2012).

En el caso objeto de estudio, las Autoridades Tradicionales solicitaron al MAVDT la creación de un Parque Nacional Natural sobre el territorio del Resguardo, bajo la condición de que el mismo tendría un Régimen Especial de Manejo acordado entre la UAESPNN y Aciya, basado en la orientación de los tradicionales. Con este propósito, durante la protocolización de la consulta se acordaron ciertos aspectos que fueron incorporados a la Resolución que creaba el área protegida, y que servirían de lineamientos para el mismo.

De esta forma, se estableció que el manejo integral del área se haría por las Autoridades Tradicionales, que el Parque sería inscrito en el registro de matrícula inmobiliaria del Resguardo como una afectación de carácter ambiental especial, que la constitución del área protegida no afectaría la autonomía de los pueblos indígenas, que la función de conservación del territorio se iba a coordinar entre la Autoridad Indígena y la Autoridad Ambiental y que se respetarían las prácticas de cultivo, recolección, pesca y cacería propias de los pueblos indígenas.

Así mismo, se fijaron los objetivos de conservación, los cuales estarían dirigidos a proteger los valores culturales de los pueblos indígenas asociados a la conservación, uso y manejo del territorio, a contribuir a la conectividad de los ecosistemas, garantizando la integridad ecosistémica del área y el sustento de la reproducción social, cultural y económica de las comunidades, y a fortalecer el Sistema de Sitios Sagrados y rituales asociados, sobre los cuales se soporta el manejo y uso del territorio que hacen los grupos indígenas del “Complejo sociocultural del Mirití-Apaporis”.

De esta manera, la figura de Parque Nacional Natural cuya creación fue solicitada por las Autoridades Tradicionales del Yaigojé Apaporis, resulta ser un mecanismo efectivo para fortalecer los mecanismos de protección y conservación de los recursos naturales y sitios sagrados del Resguardo, y para salvaguardar el patrimonio cultural material e inmaterial de los pueblos indígenas Makuna, Tanimuka, Letuama, Cabiari, Barazano, Yujup-maku y Yauna asociados a la conservación, uso y manejo de los mismos.

Así mismo, con esta figura no se vulneran los derechos de las comunidades del Mirití-Apaporis a la libre determinación indígena, a mantener y desarrollar sus propias instituciones, al desarrollo propio, a los territorios ancestrales y a los recursos naturales que se encuentran en ellos, puesto que los mismos no son incompatibles con los objetivos de conservación definidos para el área protegida implementada y su ejercicio quedará garantizado a través del establecimiento del Régimen Especial de Manejo, cuando el mismo sea definido.

CONCLUSIONES

En la presente investigación se estudió el marco jurídico de derechos colectivos de los pueblos indígenas existente a nivel nacional, y se analizó un caso en el que las diferentes visiones culturales de desarrollo y bienestar enfrentadas, giran en torno al ejercicio, garantía y protección de los mismos. El objetivo fue examinar el alcance y contenido de este tipo particular de derechos humanos. Si bien a lo largo del documento se consignaron los resultados del estudio y análisis realizado, es necesario que, a modo de conclusiones, se sinteticen los principales resultados obtenidos durante el proceso de investigación, los cuales se expondrán siguiendo el orden temático ya definido.

- a. Existe un conflicto entre las comunidades del Resguardo Yaigojé Apaporis agremiadas en Aciya y en Acitava, en relación con la creación de un área protegida sobre su territorio ancestral. Aciya considera que con el Parque se salvaguardó su patrimonio cultural. Acitava considera que con el mismo se vulneró el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado y se restringió el libre ejercicio de todos sus derechos colectivos.
- b. El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas implica para estos grupos el derecho a la autonomía en relación con sus asuntos internos y a la participación en la vida política y administrativa y en los procesos de adopción e implementación de decisiones de los Estados a los que hacen parte.
- c. En virtud del derecho a la autonomía, los indígenas tienen el derecho a conservar y desarrollar sus propias instituciones, a perseguir libremente su desarrollo, a sus tierras y territorios ancestrales y a los recursos naturales que se encuentren en ellas.
- d. En virtud del derecho a la participación, los indígenas tienen el derecho general de participación en los órganos representativos y a ser consultados para obtener su consentimiento libre previo e informado, antes de la adopción o implementación de cualquier decisión que pudiese afectarlos directamente.
- e. Las Autoridades Tradicionales del Yaigojé Apaporis agremiadas en Aciya, ejerciendo su autoridad y funciones culturales, podían legítimamente solicitarle al MAVDT la creación de un área protegida sobre su territorio ancestral.
- f. La iniciativa sobre la creación de un Parque Nacional Natural surgió de las Autoridades Tradicionales. Debido a que la iniciativa es el resultado de un ejercicio del derecho a la libre determinación, no se configuran los elementos requeridos para garantizar el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, y por consiguiente, el mismo no fue vulnerado.
- g. El proceso de consulta previa fue adelantado por Aciya y delegados del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, contó con un proceso de preconsulta, se realizó un recorrido de socialización por las comunidades y se protocolizó en debida forma. Lo anterior resulta ser garantía suficiente para afirmar que no fue vulnerado el derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas del Yaigojé Apaporis.
- h. La figura de Parque Nacional Natural admite la realización de actividades relacionadas con los valores culturales de los pueblos indígenas. La normatividad establece que cuando se incluya un área ocupada por grupos originarios en un Parque, se deberá establecer un Régimen Especial de

Manejo en beneficio de éstos. De esta forma, con la creación del Parque no se vulneraron los derechos colectivos de los pueblos del Yaigojé Apaporis, puesto que su ejercicio no resulta incompatible con los objetivos de conservación propios esta figura.

A pesar de que su existencia física y cultural se encuentre constantemente amenazada por fenómenos de violencia e intereses económicos, existe en Colombia un contexto político, jurídico e institucional, que le permite a los grupos originarios el poder desarrollar plenamente su identidad cultural diferenciada asumiendo de manera autónoma el control de sus asuntos internos, y el poder participar de manera efectiva en la institucionalidad nacional y en los procesos de adopción e implementación de decisiones conforme sus propios usos y costumbres. De esta forma, los pueblos indígenas dejaron de ser un simple objeto de protección constitucional, para pasar a ocupar un rol importante en la definición y construcción del Estado Social y Democrático de Derecho establecido en la Constitución Política de 1991.

REFERENCIAS:

- Acitava. (13 de octubre de 2013a). Marcha Pacífica ¡Abajo el Parque Natural Yaigojé Apaporis! Obtenido de <http://www.youtube.com/watch?v=1zy0Vpubwt8>
- Acitava. (13 de octubre de 2013b). Rueda de Prensa: Tutela contra Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis. Obtenido de <http://www.youtube.com/watch?v=LoMeEZ6c28U>
- Acitava. (13 de octubre de 2013c). Manifestación indígena :”No mas a la explotación de recursos culturales por la fundación Gaia”. Obtenido de <http://www.youtube.com/watch?v=vAejcGLCtuw&feature=relmfu>
- Acitava. (13 de octubre de 2013d). Segunda manifestación Indígena: Tutela contra el Parque Natural Yaigojé Apaporis. Obtenido de <http://www.youtube.com/watch?v=9NAlqWAOnZs>
- Acitava. (13 de octubre de 2013e). Fraude: Parque Natural Yaigoje Taraira Vaupés. Obtenido de <http://www.youtube.com/watch?v=uoHRSORPO10>
- Anaya, J. (2005). Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Caracol Radio. (13 de octubre de 2013). Indígenas demandarán creación del parque Yaigojé-Apaporis. Obtenido de <http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/indigenas-demandaran-creacion-del-parque-yaigojeapaporis/20091206/nota/920609.aspx>
- Catastro Minero Colombiano. (13 de octubre de 2013). Obtenido de <http://www.cmc.gov.co:8080/CmcFrontEnd/consulta/listaResultado.cmc>
- Corte Constitucional de Colombia. (30 de mayo de 1994). Sentencia T-254. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (9 de junio de 1995). Sentencia T-603. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-603-95.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (18 de septiembre de 1998). Sentencia SU-510. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU510-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (4 de diciembre de 2009a). Sentencia T-903. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-903-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (30 de julio de 2009b). Sentencia T-514. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-514-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (3 de marzo de 2011). Sentencia T-129. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-129-11.htm>

Cosigo. (13 de octubre de 2013). Cosigo Resources Ltda. Obtenido de Machado-Taraira Gold Belt-Machado Project: <http://www.cosigo.com/s/Machado.asp>

de la Hoz, N. (2007). Diversidad cultural del sur de la Amazonia colombiana. En S. y. Ruiz, Diversidad biológica y cultural del sur de la Amazonia colombiana – Diagnóstico (págs. 257-306). Bogotá: Corpoamazonia; Instituto Alexander von Humboldt; Instituto Sinchi; Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

GNUD. (2008). Grupo de las Naciones Unidas para el desarrollo. Obtenido de Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf

MAVDT. (27 de octubre de 2009). Resolución N° 2079 del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial. “Por medio de la cual se declara, reserva, delimita y alindera el Parque Nacional Natural Yaigoje Apaporis”. Diario Oficial N° 47.517 (2009, 29 de octubre).

Ministerio del Interior y de Justicia. (24 de julio de 2009). Acta de Protocolización. Proceso de consulta previa de un área protegida del Sistema de Parques Nacionales Naturales en el Resguardo Yaigojé Apaporis.

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

Semana.com. (13 de Octubre de 2013). El “Avatar” colombiano. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/avatar-colombiano/157077-3.aspx>

UAESPNN. (13 de septiembre de 2012). Parques Nacionales Naturales de Colombia. Obtenido de Régimen Especial de Manejo: <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/decide.php?patron=01.06110201>

UNESCO. (13 de octubre de 2013). Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Obtenido de Los conocimientos tradicionales de los

chamanes jaguares de Yuruparí:

<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00011&RL=00574>

von Hildebrand, M. (26 de julio de 2012). (C. Mendoza, Entrevistador)

ACCESO A LA JUSTICIA Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL ADULTO MAYOR EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO

DANNA VIVIANA SALGADO PERALTA

RESUMEN:

El desplazamiento forzado en Colombia es un fenómeno que por más de dos décadas ha generado, pobreza, inseguridad y desigualdad. Los efectos del mismo han traído consecuencias devastadoras para gran parte de la sociedad, siendo las personas mayores uno de los grupos más vulnerables por sus condiciones especiales. Lo anterior, de acuerdo a que este grupo de la población es el que más se resiste al desplazamiento, debido al arraigo que tienen a su lugar de origen, a su cotidianidad y a sus proyectos de vida. Es por ello que se hace necesario el establecimiento de mecanismos administrativos rápidos y efectivos que tengan en cuenta las condiciones de este grupo de personas, así como la garantía de un enfoque diferencial permitiendo un mayor acceso a la justicia y el restablecimiento de sus derechos. De esta manera, la investigación realizada giro en torno al establecimiento y la determinación de las verdaderas condiciones en las que se encuentran los adultos mayores en situación de desplazamiento, así como los principales problemas a los que se enfrentan para ejercer su derecho al acceso a la justicia, es decir, (i) las barreras impuestas por las autoridades para su inscripción en el Registro

Único de Población Desplazada, (II) la falta de conocimiento y la ausencia de programas de información, y (iii) El incumplimiento del Estado en la protección y garantía de sus derechos.

INTRODUCCIÓN

El desplazamiento forzado es una de las problemáticas humanitarias con mayor incidencia en Colombia. Muchas familias colombianas han tenido que soportar violencia, daños físicos y psicológicos, separaciones forzadas, destrucción de sus bienes y el abandono de sus hogares como única opción para defender su vida y la de sus familiares.

De acuerdo con el Sistema Informativo sobre Desplazamiento Forzado y Derechos Humanos SISDHES, “a diciembre de 2012, el acumulado de víctimas de desplazamiento forzado en Colombia ascendía a 5’701.996 desde 1985, de acuerdo con las estimaciones históricas de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES). En promedio anualmente 211.178 personas se han desplazado dentro del país. En los últimos 15 años este promedio asciende a la suma de 296.988 personas que cada año han sido desarraigadas de su territorio y de sus vínculos sociales, familiares y políticos, de su raíces culturales y de sus medios de sustento económico en la más agresiva dinámica de despojo, repoblamiento y reconfiguración de los territorios que se haya vivido en las últimas dos décadas en cualquier país” (CODHES, 2012, p. 12).

De acuerdo con la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, a través de la Red Nacional de Información, hay 249.023 personas mayores que se encuentran en situación de desplazamiento en el país, de las cuales el 51,2% son hombres mientras que el 48,8% restante son mujeres. (Informe especial de la Fundación Saldarriaga, 2012). Así mismo, y con base en la información obtenida se concluyó que en los departamento con los índices más altos de personas mayores en situación de desplazamiento son Antioquia (20,6%); Bolívar (9,1%); Magdalena (6,4%) y Cesar (5,4%).

De esta manera, se puede observar la cantidad de personas mayores desplazadas en Colombia, así como la necesidad de identificar las condiciones de vulnerabilidad en la que se encuentran este grupo de la población y los principales problemas a los que se enfrentan. Lo anterior, teniendo en cuenta que nos encontramos en un Estado Social de Derecho Democrático, el cual

implica el cumplimiento de los derechos fundamentales de todos, desde un enfoque diferenciador e integrador de los derechos, como límites al poder y motor de cambio de un Estado garantista.

1. Planteamiento del problema

Fue así, como para el desarrollo de esta investigación, se formuló el siguiente cuestionamiento: ¿existe un verdadero enfoque diferencial en las garantías que da el Estado a los adultos mayores, especialmente las de aquellos que siendo mayores adultos han sido víctimas del desplazamiento?

Para responder lo anterior, se hizo necesario analizar la situación en la que se encuentran las personas mayores desplazadas, así como las garantías que les son ofrecidas, en especial el acceso a la justicia, y si estas se ajustan a la condición particular de cada una de ellas. De esta manera, se tomaron como objetivos los relacionados a continuación.

2. Objetivos:

2.1. Objetivo general:

Determinar la efectividad que ha tenido el derecho de acceso a la justicia, a través de los mecanismos administrativos para el restablecimiento de los derechos del adulto mayor en situación de desplazamiento en Bogotá.

2.2. Objetivos especiales:

1. Analizar las condiciones sociales y económicas en las que se encuentran los adultos mayores desplazados durante los años 2010 a 2012 en Bogotá.

2. Identificar los mecanismos de protección de tipo administrativo ofrecidos por el Estado a las personas mayores en Bogotá.

3. Determinar el alcance que tiene el derecho al acceso a la justicia, a través de los órganos, mecanismos y procedimientos administrativos, para el restablecimiento de los derechos del adulto mayor en situación de desplazamiento.

Como se puede observar, se estableció como eje central de esta investigación la situación del adulto mayor y la garantía de su derecho al acceso a la justicia, abarcando dentro de este los mecanismos administrativos necesarios para el restablecimiento de los derechos de las personas que perteneciendo a este grupo de la población, tienen una situación particular: son víctimas del desplazamiento.

3. Metodología:

Esta investigación tuvo un carácter sociojurídico, el cual se caracteriza por el estudio de los diversos contextos a través del análisis de lo normativo y lo social, para comprender las dinámicas sociales que se generan en torno al derecho (Mariño Rojas, 2011, p.p.: 18 y 19). De esta manera, el método tomado para la realización de esta investigación fue el cualitativo, utilizando como medio para la obtención de información la entrevista.

Para la determinación de las condiciones en las que se encuentran los adultos mayores víctimas del desplazamiento, fueron utilizadas tanto fuentes primarias como fuentes secundarias. Como fuentes secundarias, se utilizaron los pronunciamientos jurisprudenciales dados por la Corte Constitucional en materia de desplazamiento, las legislaciones vigentes a la fecha de estudio y desarrollo de la investigación, las doctrinas desarrolladas por los Organismos Internacionales y las entidades gubernamentales encargados de la protección del adulto mayor en situación de desplazamiento, así como los informes e investigaciones realizados por universidades y fundaciones interesadas sobre la situación y los efectos del desplazamiento en este grupo de la población.

Por otro lado, como fuentes primarias se realizaron entrevistas en la ciudad de Bogotá entre los días 18 y 24 de noviembre del año 2012, a 20 personas de la tercera edad en situación de desplazamiento; entrevistas constituidas por 21 preguntas, las cuales tuvieron como principal objetivo conocer los efectos del desplazamiento, así como identificar las principales dificultades a las que se enfrentan estas personas para obtener la ayuda y la garantía de sus derechos por parte del Estado. Es así como el principal propósito de la metodología empleado para el desarrollo de esta investigación cumplió con su principal propósito, es decir, ir más allá de lo teórico, analizando la situación real en la que se encuentran este grupo de personas

1- MARCO TEÓRICO

El conflicto armado interno es uno de los principales problemas que, en la actualidad, enfrenta Colombia. Surge desde 1960 y su antecedente más inmediato lo encontramos en las guerrillas liberales, las cuales surgieron como resultado de la persecución política iniciada por el Gobierno del Partido Conservador. Una de las consecuencias del conflicto armado es el desplazamiento forzado, el cual a su vez genera para aquellas personas víctimas del mismo: pobreza, inseguridad, desolación y violencia.

Pero para analizar mejor la situación de estas personas es necesario preguntarnos ¿qué se entiende por desplazado?

Dentro de la normatividad establecida para la protección de las víctimas del desplazamiento encontramos la ley 387 de 1997, la cual en su artículo 1 determina lo que se debe entender por desplazado:

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

De esta manera, el desplazamiento trae consigo una vulneración masiva de los derechos. Es así como desde el año 2000, se ha evidenciado en los pronunciamientos de la Corte Constitucional su preocupación acerca de las precarias condiciones a las que se enfrentan las personas que son víctimas del desplazamiento en Colombia, de la siguiente manera:

No existe discusión acerca de que el desplazamiento forzado apareja una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar. Por una parte, es claro que estas personas tienen que abandonar su domicilio en razón del riesgo que observan para su vida e integridad personal, peligro que se deriva de las amenazas directas que les son formuladas o de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia. El desplazamiento forzado comporta obviamente una vulneración del derecho de los nacionales a escoger su lugar de domicilio, al igual que de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos, estas personas ven conculcados sus derechos de expresión y de asociación.

De igual manera, en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse, se presenta un atropello de los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, de los discapacitados y de las personas de la tercera edad. Además, todas las personas forzadas a abandonar sus lugares de origen sufren un detrimento en sus ya de por sí muy afectados derechos económicos, sociales y culturales, y frecuentemente son sometidos a la dispersión de sus familias (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1150 del 30 de agosto de 2000 con el Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 21).

De acuerdo a lo anterior, se pueden considerar como los principales efectos del desplazamiento: el riesgo de empobrecimiento y marginalidad, social, económica y política. Sobre ello señala la Corte Constitucional:

En efecto, debido a la masiva, sistemática y continua vulneración de derechos fundamentales de la que son objeto, estas personas se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad, exclusión y marginalidad, entendida la primera como aquella situación que sin ser elegida por el individuo, le impide acceder a aquellas garantías mínimas que le permiten la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales y, en este orden, la adopción de un proyecto de vida; la segunda, como la ruptura de los vínculos que unen a una persona a su comunidad de origen; y, la tercera, como aquélla situación en la que se encuentra un individuo que hace parte de un nuevo escenario en el que no pertenece al grupo de beneficiarios directos de los intercambios regulares y del reconocimiento social. Estas dramáticas características convierten a la población desplazada en sujetos de especial protección constitucional, lo cual debe manifestarse no sólo en el diseño de una política pública de carácter especial, sino en la asignación prioritaria de recursos para su atención, incluso por encima del gasto público social” (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-585 del 22 de julio de 2010 M.P Humberto Antonio Sierra Porto, p.25).

Por otro lado, se han venido estableciendo a nivel constitucional y jurisprudencial la necesidad de determinar y diferenciar las situaciones particulares de cada una de las personas que son víctimas de desplazamiento, es decir si son mujeres, niños, madres cabeza de familia o adultos mayores. Lo anterior, de acuerdo a que gran parte de las personas afectadas por el mismo, son aquellas a quienes conforme a sus condiciones particulares se les ha venido dando una protección especial.

De acuerdo con la Constitución Política de 1991 las personas de la tercera edad tienen una protección especial. En efecto en su artículo 46 , se establece el deber no solo del Estado sino también de la sociedad en general de proteger y asistir a las personas de la tercera edad. Así mismo, en el ámbito internacional encontramos que durante la última década, la preocupación de la comunidad internacional respecto de la situación de las personas de edad se ha reflejado de forma gradual en la adopción de políticas internacionales específicas que la abordan desde la perspectiva de los derechos humanos. Estas políticas, fueron promovidas por organismos internacionales y regionales para orientar sus propias actividades, así como para involucrar a los Estados y otros actores implicados en la suerte de las personas mayores. Es así como, debemos preguntarnos ¿Cuáles son las condiciones a las que se enfrentan aquellos

grupos de la población que siendo desplazados por la violencia, son adultos mayores? ¿Existe, por parte del Estado, algún enfoque diferencial en el desarrollo y aplicación de las políticas públicas dirigidas al restablecimiento de sus derechos?

Pues bien, sobre este punto el derecho al acceso a la justicia adquiere gran importancia. Lo anterior, entendiéndolo como el derecho de prestación a cargo del Estado para atender en el sistema de justicia las demandas individuales y colectivas de solución de conflictos y de goce y disfrute de derechos (Cuervo, 2005, pp. 5-8).

Así mismo se ha establecido internacionalmente y para ello traigo a colación la convención Americana sobre derechos humanos de 1969, la cual indica lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida con personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 25, numeral 1).

En Colombia, en el artículo 229 de la Constitución Política de 1991 se hace referencia a la administración de justicia como derecho fundamental, y así lo establece el constituyente al indicar: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”. Igualmente, la Corte Constitucional analizar esta garantía y determinar su alcance establece en la Sentencia T-295 de 2007, identifica el concepto de este derecho en tres pilares:

El acceso a la administración de justicia tiene tres pilares que lo conforman, a saber, i) la posibilidad de acudir y plantear el problema ante el juez competente, ii) que el problema planteado sea resuelto y iii) que tal decisión se cumpla de manera efectiva (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-295 del 26 de abril de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis, ¶ 3.1.3).

Ahora bien, si por el derecho al acceso a la justicia entendemos la posibilidad de acudir ante un juez y plantear un determinado problema, este se convierte, a su vez, en un mecanismo corrector, es decir un recurso para hacer frente a las deficiencias del Estado, el mercado y la sociedad.

Ya en el caso en concreto, que es el desplazamiento y las condiciones a las que se enfrentan los adultos mayores víctimas del mismo, el derecho al acceso a la justicia se convierte en la

principal garantía para el restablecimiento de sus derechos. Para lograr lo anterior, dentro de la aplicación de este derecho encontramos la necesidad de tratamientos diferenciales para aquellas personas a las que se les dificulta el acceso a la justicia de manera efectiva y oportuna, ya sea por la falta de recursos económicos o por sus condiciones particulares.

Es así como, con base en la protección que merecen las personas en esas condiciones y su derecho al acceso a la justicia, la comunidad internacional en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada el 4 de marzo del 2008 en Brasilia, creó las “reglas de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”. En ella se estableció lo siguiente:

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Cumbre Judicial Iberoamericana, 4 de marzo del 2008, p.24).

En ese sentido, se establece como factor de vulnerabilidad la edad de las persona y con base en ello, señala:

El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia (ídem, 6).

Del mismo modo, se establece como situación de vulnerabilidad el estado de victimización de una persona, como a continuación se indica:

Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal”.

Y ya en el caso concreto, es decir en las personas víctimas del desplazamiento, se plantea lo siguiente:

También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de

los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocidas.

Por otro lado, el derecho a la justicia se puede realizar por dos vías: la judicial y la administrativa. Dentro del desarrollo de esta investigación se analizó la segunda vía es decir la administrativa, determinando con ello las políticas públicas establecidas por el Gobierno para el restablecimiento de los derechos los adultos mayores, así como la idoneidad y efectividad de los mecanismos administrativos creados para afrontar esta problemática.

Pues bien, dentro de las disposiciones legales que consagran los mecanismo jurídicos para la atención y protección de la población desplazada por la violencia, encontramos la Ley 387 de 1997 y el Decreto 2569 de 2000. En ellas, se establece la responsabilidad por parte del Estado de “formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia”.

Es así como, en el caso de las personas en situación de desplazamiento son obligaciones del Estado, como de las autoridades a su cargo (i) informar sobre sus derechos a las víctimas de desplazamiento y de otros delitos; (ii) acompañarlos efectivamente para que puedan hacer valer sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral; (iii) denunciar ante las respectivas autoridades judiciales la ocurrencia de tales delitos para que se inicie la investigación penal respectiva; y (iv) adoptar las medidas necesarias para proteger efectivamente los bienes abandonados por la población desplazada. (Corte Constitucional. Sentencia T-1135 de 14 de noviembre de 2008. M.P: Manuel José Cepeda Espinoza).

Sin embargo, ante la carencia de mecanismos particulares para restablecerles los derechos de los adultos mayores, en el Auto 006 se señaló:

Por todo lo expuesto, se advirtió que la ausencia de un trato diferencial para los discapacitados y los ancianos, que merecen protección reforzada, “se presume como un acto en sí mismo de discriminación en contra de esta población, pues lleva a que la condición de desigualdad y desprotección a la que se ve expuesta se perpetúen. En consecuencia, frente a esta presunción las autoridades tienen la carga de la prueba para desvirtuar lo contrario (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Auto 006 del 26 de enero de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza, p. 54).

Es por ello, y así lo explica la Corte Constitucional, que con el fin de aliviar ese estado acentuado de marginalidad e indefensión de víctimas del desplazamiento interno, en el auto recién citado

se impuso a las autoridades que conforman el SNAIPD el deber de establecer, dentro de sus programas y procedimientos ordinarios, dos presunciones constitucionales que garanticen la protección reforzada a las personas que, además de ser desplazadas, sean discapacitadas.

La primera de ellas, la presunción constitucional de vulnerabilidad acentuada de las personas desplazadas de la tercera edad, para efectos de su acceso a los distintos componentes del SNAIPD y de la valoración integral de su situación por parte de los funcionarios competentes para atenderla; y la segunda, La presunción constitucional de prórroga automática de la ayuda humanitaria de emergencia a favor los adultos mayores desplazados, hasta que se compruebe su plena estabilización socio económica, directamente o gracias a sus familias.

De esta forma, la Corte impone unos deberes reforzados para las autoridades que tienen a su cargo la protección de los desplazados, ya que en virtud de estas presunciones, Acción Social o el órgano que haga sus veces tiene el deber de guiar y acompañar a ese grupo poblacional, que goza de una especial protección reforzada, para que pueda acceder a las ayudas establecidas en la Ley 387 de 1997, en especial las que garantizan el suministro y prórroga de la AHE, la provisión de subsidios para arriendo, la adecuada cobertura de servicios de salud y, en general, el acceso a los mecanismos de reparación a las víctimas de la violencia”.

No obstante de ello, (Gómez & Duque, 2009 p. 187) frente a estos grupos de la población especialmente vulnerables por sus condiciones especiales de indefensión, la Corte Constitucional ha enfatizado en la ausencia de un enfoque específico o diferencial en el diseño y atención en la política pública para la atención integral de estos grupos de la población social, que permitan identificar y proveer a sus necesidades específicas. Evidenciándose con lo anterior, como una de las principales dificultades que tienen las personas de la tercera edad, es la falta de aplicación de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Directriz de Enfoque Diferencial para el Adulto Mayor en el establecimiento de mecanismos y programas para el restablecimiento de sus derechos, Así como la falta de interés por parte del Estado sobre las implicaciones del envejecimiento y los efectos del desplazamiento en los hombres y mujeres mayores, agravando con ello su condición de extrema vulnerabilidad.

2- RESULTADOS OBTENIDOS CON LA INVESTIGACIÓN

Como se expuso en un principio, al hablarse sobre la metodología utilizada para el desarrollo de esta investigación, una de las principales herramientas utilizadas, para la búsqueda de respuestas y obtener un mayor acercamiento a este grupo de personas, fue la entrevista.

Las entrevistas tuvieron como principal objetivo, identificar a este grupo de personas mediante la determinación de sus condiciones particulares, así como el establecimiento de los principales problemas a los que se enfrenta al ser víctimas de desplazamiento. Para ello, a cada uno de las personas se les hicieron 20 preguntas, dentro de las cuales se encontraban: edad, lugar de desplazamiento, nivel escolar, a que se dedicaban antes del desplazamiento y ahora, consecuencias del desplazamiento, entre otras.

De esta manera, el trabajo de campo realizado para el desarrollo de esta investigación, logro obtener y evidenciar los principales problemas a los que se enfrentan los adultos mayores: (i) las dificultades para lograr inscribirse en el Registro Único de Población Desplazada; (ii) la falta de mecanismos y actividades de información sobre los procedimientos necesarios para obtener ayuda por parte del Estado y; (iii) el incumplimiento por del Estado para la garantía y protección de los derechos de las personas mayores.

1. Las barreras impuestas por las autoridades del Estado para realizar la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada (RUPD)

Uno de los requisitos más importantes creados por la Ley, es la inscripción de este grupo de personas en el Registro Único de Población Desplazada (RUPD). Lo anterior, con base en el Decreto 2569 de 2000, el cual establece la necesidad de inscribirse dentro del mismo para lograr acceder a las políticas públicas dadas por el Gobierno a las personas víctimas de desplazamiento.

De esta manera, si una persona se halla en circunstancias de hecho que dan lugar a la situación de desplazamiento, según la Corte Constitucional, tiene derecho a ser inscrita en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD-, en la medida en que dicha inscripción es un requisito para acceder a los beneficios que la Constitución y la Ley reconocen a quien está en tal circunstancia, pero no para demostrar la condición de desplazado. Convirtiéndose de esta manera el RUPD en un mecanismo adecuado para la canalización de la ayuda humanitaria de emergencia y para el diseño y ejecución ordenada de políticas públicas en la materia (Corte Constitucional. Sentencia T-328 del 04 de mayo de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño).

Sin embargo, a pesar del derecho que tienen las personas en situación de desplazamiento a estar inscritas en el RUPD, encontramos en varias de las jurisprudencia de la Corte, la vulneración de este derecho así como la imposibilidad de las personas desplazadas de poderse registrar, debido a las barreras impuestas por las autoridades que tienen la inscripción a su cargo.

Este hecho se vuelve más común en las personas de la tercera edad, las cuales en su mayoría no se encuentran registrados, precisamente por las dificultades que los mismos tienen para hacer todo el procedimiento dispendioso que se debe realizar para obtener su inscripción.

2. La falta de conocimiento y la ausencia de programas de información

En principio, debemos recordar que las personas que son víctimas del desplazamiento, tienen el derecho de obtener toda la información que sea necesario para poder de esta manera acceder a la justicia y restablecer los derechos que le fueron vulnerados como consecuencia de esa situación. Y así lo señala la Corte Constitucional, en la Sentencia T-159 de 2011:

Una de las obligaciones que se ha establecido para los organismos estatales encargados de velar por la protección de los derechos de los desplazados por la violencia hace referencia al deber de suministrar información pertinente, eficaz y oportuna a estos grupos de especial protección. Este deber mínimo de información del Estado, es necesario para identificar cuáles son las circunstancias específicas de su situación individual y/o familiar, sus necesidades particulares, destrezas y conocimientos, con el fin de poder brindarle una alternativa de subsistencia digna y autónoma que le permita iniciar o continuar con un proyecto de vida sostenible. Lo anterior necesariamente implica un compromiso perentorio para las autoridades competentes atender sus necesidades con un grado particular de diligencia y celeridad. El Estado debe asegurarse de brindar las garantías oportunas para que los desplazados cuenten con la información necesaria para hacer valer sus derechos” (Corte Constitucional, Sala Octava de revisión, Sentencia T-159 del 10 de marzo de 2011. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto, p. 27).

De esta manera, podemos afirmar que el Estado, tiene la obligación de brindar información precisa y con participación del interesado sobre las alternativas de subsistencia digna a las que puede acceder, con el fin de definir sus posibilidades concretas para emprender un proyecto de estabilización económica individual o colectivo, con miras a generar ingresos que les permitan subsistir autónomamente al núcleo familiar.

No obstante de ello, por las condiciones de las personas en situación de desplazamiento, así como en muchos casos su bajo nivel de escolaridad, el acceso a cualquier tipo información sobre su condición y situación se vuelve una tarea difícil, haciendo que el desplazado tenga menos posibilidades de adquirir la información necesaria para hacer valer sus derechos ante la justicia, y mucho más en aquellos que se encuentran en mayor situación de debilidades manifiesta.

3. El incumplimiento del Estado en la protección y garantía de los derechos

Un tema que es necesario abarcar dentro del desarrollo de esta investigación, hace referencia a la inoperancia de las políticas públicas desarrolladas por el Estado para el otorgamiento de soluciones a la situación de desplazamiento de las personas de la tercera edad y la garantía de los derechos a la vida digna, la igualdad y la salud.

3.1. Incumplimiento del Estado frente al derecho a una vida digna

En primer lugar, se analizó la efectividad del derecho a una vida digna, entendiendo con ello los derechos a una vivienda en condiciones dignas y al mínimo vital. De acuerdo con las respuestas dadas por los adultos mayores entrevistados se obtuvo como resultado que de las 20 personas que se entrevistaron, 17 de ellas sentían que no tenían unas vidas dignas; porcentajes que dan cuenta del incumplimiento por parte del Gobierno de este derecho cuya garantía es indispensable en la vida de un ser humano.

Es así como, dentro de las repuestas dadas por las personas mayores desplazadas al preguntárseles sobre si consideraban que tenía una vida digna, las respuestas fueron las siguientes:

No, perdí todo lo que tenía y ahora me toca vivir de lo que me da la gente.

No, porque no tengo donde vivir y siempre me toca salir a pedir para que no me echen a mí ni a mi hermano..

De igual forma, al preguntársele a un adulto mayor víctima del desplazamiento sobre sus condiciones de vida en la capital, este contesto:

Soy muy viejo para estar vendiendo cigarrillos hasta tan tarde de la noche los fines de semana.

Ahora bien, si entendemos la vida digna como la garantía que tienen las personas a vivir en condiciones apropiadas para su desarrollo y subsistencia, ello también abarcaría la forma en que cohabitan este grupo de personas con sus familias. Lo anterior, debido a que muchos de ellos fueron desalojados de sus hogares junto con sus familiares y llegaron a Bogotá a vivir todos en una misma habitación. Ello, se logra observar en la siguiente respuesta:

No tengo una vida digna, vivimos en una misma pieza 5 personas, no puedo trabajar porque nadie me da empleo porque no tengo experiencia, solo me dan trabajo en las casa de familia.

Con base en estas respuestas, se podría concluir que las personas mayores desplazadas en Colombia, no obtienen las garantías que debe brindar el Estado (como una de sus principales

obligaciones), aumentando con ello su grado de vulnerabilidad, victimizándolos aún más y permitiendo sobre ellos una mayor descremación.

3.3.2 Incumplimiento del Estado frente al derecho a la salud

Por otro lado, dentro de las entrevistas realizadas, también se logró evidenciar la falta de efectividad y las condiciones tan mediocres en que se le ofrece el derecho a la salud a este grupo de personas.

Lo anterior, se logra evidenciar en las entrevistas realizadas a este grupo de personas, al obtener que 15 adultos mayores, de los 20 que fueron entrevistados tienen algún problema de salud después del desplazamiento. Es así como, al preguntárseles sobre si se sentían bien de salud algunas de las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

No, desde el momento que deje mi tierra me siento más cansado, y me duelen las piernas.

“No, me dan calambres en las piernas, de pronto es porque me toca desde las 8 de la mañana hasta las 9 de la noche de pie .

No, sufro de depresiones al ver que ya no tengo la familia unida como antes.

Como se puede ver, dentro de los principales efectos del desplazamiento se encuentran las complicaciones de salud de las personas que son víctimas del mismo. Sin embargo sus condiciones de salud se afectan aún más con posterioridad al desplazamiento, debido a la indiferencia por parte de las autoridades estatales para el otorgamiento de las garantías necesarias y especiales que contemplen no solo los mecanismos de accesibilidad y disponibilidad de la prestación de servicios de salud, sino que también estos abarquen las circunstancias particulares en las que se encuentran las personas que son víctimas del desplazamiento.

3.3. Incumplimiento del Estado frente al derecho a la igualdad

Por último, se analizó el derecho a la igualdad de los adultos mayores en situación de desplazamiento. La igualdad en esta materia, parte del punto de comprender la gravedad de la condición en la que se encuentran este grupo de la población desplazada, precisando un trato específico y especial para el goce efectivo de sus derechos, mediante la realización de acciones y mecanismos de operación que mejoren la intervención del Estado para la protección de estas personas.

Sin embargo, este enfoque diferencial no ha sido aplicado dentro del establecimiento de políticas públicas. Lo anterior, se evidencia en los resultados obtenidos al preguntárseles a este grupo si se siente igual o más capaces que otros, estos responden:

No, porque es muy difícil encontrar trabajo (...) porque estoy en una ciudad nueva, donde no tengo trabajo y no encuentro ayuda del gobierno.

“No, quisiera trabajar en lo único que sé para que la gente me vea como la persona trabajadora que siempre he sido”.

No, por mi edad en ningún lado me dan trabajo porque creen que no soy capaz de hacer las cosas.

De esta manera, podemos observar como las personas de la tercera edad en situación de desplazamiento tienen un sentimiento de inferioridad frente a las otras personas. Ello debido a que una de las principales razones para la creación de un enfoque diferencial, es el análisis de estas personas, sus principales necesidades, de las cuales como se logro demostrar se encuentra el trabajar y seguir siendo útiles en la sociedad; lo anterior, dentro de un margen de lo posible y en atención al establecimiento de programas de desarrollo acorde con sus condiciones especiales.

CONCLUSIONES

1. La situación en la que se encuentran los adultos mayores en situación de desplazamiento, evidencia un alto grado de discriminación y vulnerabilidad que agrava sus condiciones de existencia. Lo anterior, se constata en el trabajo de campo realizado en esta investigación.
2. El Estado no ha otorgado los instrumentos necesarios para el tratamiento del acceso a la justicia en el ámbito administrativo, ni para el restablecimiento de los derechos de las personas de la tercera edad en situación de desplazamiento.
3. Las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los adultos mayores en situación de desplazamiento demuestran el incumplimiento por parte del Estado del otorgamiento de las garantías necesarias para el restablecimiento de sus derechos a la vida, a la dignidad y a la igualdad.

4. De acuerdo con la investigación realizada, se puede concluir que los principales factores que hacen ineficaz el derecho al acceso a la justicia, son la falta de efectividad en la aplicación de mecanismos administrativos que faciliten la posibilidad de obtener el apoyo por parte del Estado, a través del otorgamiento de una debida información y de medidas de acción que tengan como objetivo principal mejorar las condiciones del adulto mayor, mediante la creación de políticas públicas dirigidas específicamente a las personas mayores en situación de desplazamiento.

5. En Colombia, los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de desplazamiento no han tenido la debida aplicación por parte de las Entidades Gubernamentales. Tanto así, que si bien dentro de los mismos se estableció la necesidad de crear enfoques diferenciales para los sujetos de especial protección, los adultos mayores que hacen parte de este grupo no han recibido los tratamientos adecuados y necesarios para el otorgamiento de soluciones a su condición particular.

RECOMENDACIONES:

1. Se hace necesario la creación de planes y programas administrativos, que tengan como finalidad la implementación de políticas públicas acordes con las situaciones particulares de las personas de la tercera edad. Es por esto que, es deber del Estado reforzar las garantías que tengan como finalidad el otorgamiento de manera efectiva del derecho a la salud y a la igualdad en sentido material de este grupo de personas.

2. Se deben adoptar medidas efectivas, oportunas y de fácil acceso para que este grupo de personas pueda hacer uso de su derecho al acceso a la justicia y obtener el restablecimiento de sus derechos fundamentales, como el de la vida digna, la salud y la igualdad.

3. Es necesario la superación de los riesgos y vacíos de protección que ha venido observando la Corte Constitucional mediante la inclusión de herramientas de información, cobertura, disponibilidad y acompañamiento, cuyo principal objetivo sea satisfacer las necesidades básicas de este grupo de personas.

4. Para el desarrollo de una política pública eficaz, en materia de restablecimiento de derechos para los adultos mayores en situación de desplazamiento, es indispensable la implementación de mecanismos administrativos que den solución a los principales problemas a los que se enfrentan este grupo de personas, es decir la dificultad para la suscripción en el RUPD, la falta de

información y la inaplicabilidad de un enfoque diferencial acorde con las condiciones particulares de este grupo de la población.

REFERENCIAS:

ACNUR. (2011). Directriz de enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de las personas en situación de desplazamiento con discapacidad en Colombia. Bogotá: CMS Communication & Marketing Solutions.

ACNUR (2011). Directriz de enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de las personas mayores en situación de desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá D.C.

CODHES. (2011). Boletín No. 77: ¿Consolidación de qué? Recuperado el 12 de marzo de 2012. Bogotá D.C.

CODHES. (2011). Boletín No. 78: Boletín informativo de la consultoría de los derechos humanos y el desplazamiento. Recuperado el 12 de marzo de 2012. Bogotá D.C.

CODHES. (2012). Boletín No. 79: Desplazamiento crecientes y crisis humanitaria invisibilizada. Recuperado el 29 de junio de 2013. Bogotá D.C

CODHES. (2013). Documento No. 26: La crisis humanitaria en Colombia Persiste. Informe desplazamiento forzado 2012. Recuperada el 8 de julio de 2013. Bogotá D.C

Cuervo, J. I. (2009). Lineamientos de política pública para el acceso a la justicia de personas de escasos recursos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fundación Saldarriaga Concha. (2011). Política Nacional de Envejecimiento y Vejez. Revisión de algunas leyes y otras normas latinoamericanas a favor de la población adulta.

Fundación Saldarriaga. (2012). La violencia contra las personas mayores, una realidad que se puede transformar con atención y oportunidades para la productividad. Bogotá.

Centro de investigación en política criminal. (2011). Estrategias metodológicas en la investigación sociojurídica. Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Auto 006 del 26 de enero de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1150 del 30 de agosto de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-585 del 22 de julio de 2010 M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-295 del 26 de abril de 2007, M.P. Álvaro Tafur Glavis.

Corte Constitucional. Sentencia T-1135 de 14 de noviembre de 2008. M.P: Manuel José Cepeda Espinoza

LA VÍCTIMA Y SUS DERECHOS EN COLOMBIA

LINA MARÍA RODRÍGUEZ BARÓN

RESUMEN:

Habiendo ya la Víctima salido de su ostracismo y cobrando un papel protagónico en la ciencia penal y sus ciencias auxiliares, es menester analizar cuáles son las condiciones para el reconocimiento de esta condición, así como su rol dentro del escenario procesal, siendo éste donde se materializa el derecho sustancial, y también los mecanismos, previstos tanto por el derecho interno, como por el internacional, para la satisfacción de sus intereses y pretensiones.

INTRODUCCIÓN

La evolución del concepto de la víctima comenzó como un elemento más del recorrido criminal (dogmática penal) hasta su reconocimiento como sujeto de derechos (victimología) en los instrumentos internacionales de derechos humanos, jurisprudencia internacional, y la irradiación del cambio de óptica del tratamiento de la víctima y de sus derechos en el ordenamiento jurídico interno en Colombia. En un primer momento la víctima fue olvidada en los estudios teóricos tanto en el derecho penal como en la criminología clásica. Estas disciplinas consideraron al sujeto pasivo de la acción

punible como “el perjudicado”, es decir, aquel individuo que veía directamente lesionados sus derechos y bienes durante el iter criminis. Sin embargo, la dogmática penal quedó corta en la explicación de la víctima, ya que, centró sus estudios en los fines de la pena, la política criminal, y en los derechos del sindicado (Laurrauri, 1993, pág. 54).

Paralelamente a la criminología positivista, surgió la victimología positivista, definida por Benjamín Mendelsohn, “como la ciencia que se propone estudiar la personalidad de la víctima en su totalidad, es decir, la analiza desde el punto de vista biológico, psicológico y social, con la finalidad de llegar a una profilaxis victimal” (Pérez Pinzón & Pérez Castro, 2006, pág. 148). Esta primera corriente de la victimología se caracterizó porque su ámbito de estudio era solamente centrado a las relaciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del hecho criminal común y consideraba también al lesionado como responsable del iter criminis (Pérez Pinzón & Pérez Castro, 2006, pág. 154).

La aproximación de la victimología tradicional puede resumirse en tres puntos, según Peters (1988, pág. 107): el primero, la creación de clasificaciones de la víctima basadas en las “variables psicológicas y sociológicas”; el segundo la inclusión de todos los fenómenos y circunstancias (sociales, históricas, económicas, y antropológicas) que generan la victimización, así por ejemplo, la natalidad, el aumento demográfico y la contaminación; y el tercero, la clasificación de la víctima basada en la culpabilidad del sujeto pasivo en el momento de la causación del hecho criminal, asignándole a ésta un papel causal y estático ligado a las relaciones con sus victimarios (Laurrauri, 1993, pág. 56). En esta medida, se puede señalar que la victimología tradicional partió de un marco de estudio de la víctima muy restringido con relación a los derechos lesionados, por lo que este estudio se apartará de esta concepción de análisis.

Por tal razón se tiene como objetivo general: Identificar el manejo de la víctima en el proceso penal en Colombia.

Para lograr el objetivo anteriormente referenciado cabe destacar que fijaron los siguientes objetivos

específicos:

- Analizar las diferentes corrientes de la dogmática penal
- Verificar el concepto de víctima en la victimología
- Determinar los derechos de la víctima en la regulación jurídica interna e internacional.

En cuanto a la metodología utilizada, es importante señalar es parte del fruto de una investigación de naturaleza sociojurídica, es decir aquella que con una perspectiva jurídica tiene en cuenta la realidad social y las distintas relaciones sociales.

Igualmente se utilizó el método cualitativo, es decir, se parte del estudio de la realidad, y del análisis de las actitudes, percepciones, emociones y acciones de los sujetos involucrados en la problemática escogida, en éste caso, relacionada con la tortura. En palabras de Ana Lucía Moncayo (2011, pág. 71) el énfasis de éste enfoque se da “en el análisis de lo individual y concreto, por medio de la comprensión o interpretación de los significados intersubjetivos de la acción social (desde el punto de vista del actor social). O en palabras de R. Stake (1995: xi), en la particularidad se investiga para comprender las variadas y complejas relaciones existentes en la realidad, por lo tanto que suele ser más descriptiva que la metodología cuantitativa.

Para el desarrollo de ésta investigación sociojurídica se utilizó las fuentes primarias y secundarias bibliográficas, igualmente entrevistas a académicos, funcionarios (entre ellos médicos legistas) y víctimas de torturas con el fin de indagar sobre el conocimiento de casos de la jurisprudencia internacional y nacional, especialmente la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1- MARCO TEÓRICO

El Estado colombiano continuamente actualiza su ordenamiento jurídico, no dejando atrás lo referente a la promoción y garantía de los derechos humanos con base en el desarrollo actual del Derecho Internacional de Derechos Humanos, por lo tanto, fue menester introducir la noción de víctima como reconocimiento de esta como sujeto de derechos e igualmente la verdad, la justicia y la reparación como sus derechos.

A continuación se traza brevemente la evolución del concepto de víctima tanto en instrumentos internacionales y nacionales, como la referencia sobre este concepto en los tribunales internacionales e internos, así:

Normatividad internacional:

La primera noción de víctima en el derecho internacional la dio la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que adopta “La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder” .

Esta Declaración se fundamentó en la existencia de miles de personas sustraídas de sus derechos, que no poseían herramientas para la reivindicación de los mismos ante los Estados y la comunidad internacional, por lo tanto, fue de manifiesta urgencia tal reconocimiento, al igual que el de los mecanismos para su protección, con dos fines: poner en práctica lo dispuesto por la Declaración, y reducir la victimización. Además, la citada declaración dentro de su texto reconoció dos clases de víctimas: víctimas de delitos y las víctimas del abuso del poder. Es importante señalar que se analizará lo concerniente a los derechos de las víctimas de delitos, por ser la tortura una violación de los derechos humanos.

En las últimas décadas dentro de la ONU se ha desarrollado el contenido de los derechos de las víctimas mediante la elaboración de distintos informes, por parte de relatores especiales (Louis Joinet, Theo Van Boven, Cherif Bassiouni, entre otros), sobre la situación que padecen las mismas. Dichos relatores fueron clave en la construcción del “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” y los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, [en adelante “principios sobre reparaciones”] y lograron el reconocimiento de los derechos de las víctimas en tres grandes bloques de derechos: verdad, justicia y reparación.

Dichas directrices básicas determinan el tratamiento humano y digno que deben implementar los Estados, las organizaciones internacionales, la sociedad civil y demás entes en la búsqueda de mecanismos que propugnen por el bienestar físico, emocional y psicológico de la víctima y sus familiares, al igual que frente a los derechos a su intimidad y seguridad. Situación que se traduce respecto del Estado en una doble obligación expresada, primero, en brindar a la víctima y su familia un tratamiento comedido, humano y digno; y segundo, en implementar dentro de su ordenamiento jurídico disposiciones que les protejan y restablezcan sus derechos como sujetos de especial protección, tanto en los procedimientos administrativos como en los judiciales, para evitar la impunidad y una posible revictimización .

La jurisprudencia internacional:
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como Corte competente según el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Consejo de Europa, 1950) reconoció a la víctima como sujeto legitimado para presentar la acción por hechos violatorios a los derechos humanos.

No obstante, en este Convenio no se estableció el concepto de víctima, razón por la cual ha sido el Tribunal quien se ha encargado de construir dicho concepto en virtud de la legitimación en la causa, es decir el derecho de interponer directamente acción ante el Tribunal, y por lo tanto, el reconocimiento de la víctima como un sujeto procesal, como lo plasmó en la sentencia del Caso Gorraiz contra España .

El reconocimiento de la figura de la víctima como sujeto de derechos se ha plasmado en varias decisiones del Tribunal, como por ejemplo en el caso de Inze contra Austria de 1987 , en el cual se afirmó que en el contenido del artículo 34 de las leyes sucesorales austriacas se debe entender la palabra víctima, como aquella afectada directamente por un acto u omisión; o por encontrarse inmersa en una posible violación, incluso en los eventos en los que aún no hay una efectiva lesión. Posición que ha sido ratificada en varias decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como los casos: Amur contra Francia , Siliadin contra Francia , entre otros. También contempla la extensión del concepto de víctima a aquellas personas que tienen alguna relación inmediata o vínculo íntimo con el sujeto directamente lesionado por el actuar o abstención , en especial los familiares.

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en desarrollo de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 (San José de Costa Rica), le dio a la víctima estatus de sujeto de derechos, tomando como noción de víctima las reflexiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, profundizó en la determinación de los criterios para establecer la presencia de una víctima indirecta de acuerdo a lo resuelto en el caso Bámaca Velásquez contra Guatemala o en el Caso de los Niños de la Calle contra Guatemala, entre otros.

Entonces, el propósito del reconocimiento de la víctima como sujeto de derechos se expresa en los derechos de verdad, justicia y reparación, que tienen como objetivo el devolverle el goce y la protección de los derechos y libertades a la víctima. Derechos que han sido desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos así:

El derecho a la justicia ha sido considerado como el derecho de la víctima a que el Estado investigue los hechos violatorios de los derechos humanos, juzgue y sancione a los responsables de dichos hechos, para evitar la impunidad y lograr por ésta vía una reivindicación de sus derechos.

El derecho a la verdad ha sido considerado como la potestad que tienen las víctimas y la comunidad de conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió la violación

de los derechos humanos. Este derecho tiene dos ámbitos, uno individual y otro colectivo. Sobre éste derecho se profundizará más adelante.

En cuanto al derecho a la reparación es de anotar que éste se traduce en los mecanismos utilizados por el Estado para cumplir la obligación internacional de devolver el goce de derechos y libertades a la víctima que ha sido afectada, por medio de varias medidas entre ellas: la restitución, la compensación, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y la garantía de no repetición, entre otras.

Reconocimiento legal actual:
Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se agregó a la producción de la normatividad jurídica colombiana la protección efectiva de los derechos humanos, como elemento indispensable para la creación, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, incluyendo el ámbito penal.

El Congreso de la República de Colombia reformó la Constitución Política de 1991 por medio del Acto Legislativo No. 3 de 2002 y cambió la naturaleza del proceso penal de inquisitiva a una acusatoria, al igual que surgieron nuevas figuras como la del juez de control de garantías para la efectividad de los derechos del imputado, y sobre todo se rescata “a las víctimas como protagonistas principales del Sistema Penal a través de su intervención activa y desformalizada en el proceso y la garantía de la búsqueda de una respuesta efectiva y real de las necesidades y expectativas que surgieran como consecuencia de la comisión de la conducta punible” (Sampedro, 2010, pág. 64).

En los artículos 132 al 137 del Capítulo IV del Título IV del Código de Procedimiento de 2004, hubo una mayor organización y sistematización de criterios, que irradiaron a la figura de la víctima del delito, sus derechos, los mecanismos de protección a cargo del Estado a través de la Fiscalía y del juez, los mecanismos de información sobre el proceso y la forma de actuación dentro de él.

Si se analiza el concepto de la víctima dado por nuestro Código de Procedimiento Penal actual (artículo 132), se nota que hay una inclinación a los parámetros desarrollados por la victimología (como por ejemplo, el reconocimiento como sujeto de derechos de forma independiente a la identificación, individualización y derechos del sujeto activo del delito), por los instrumentos internacionales de los derechos humanos y por los valores, principios y normas dados por la Constitución Política de Colombia de 1991 con el objetivo de llegar a los fines estatales propuestos en su artículo segundo . Sobre éste particular el autor Sampedro señaló que

el Código de Procedimiento Penal de 2004 le dio “la oportunidad a la víctima de ser reconocida como un sujeto portador de derechos que tienen que ser garantizados por el Estado y por la sociedad como forma de restablecimiento a su buen nombre y a su honra” (Sampedro, 2010, p. 78).

Con la inclusión de la figura procesal del “incidente de reparación integral” se dio un reconocimiento de la reparación de la víctima del delito como parte esencial del proceso penal, luego de quedar en firme la sentencia condenatoria. El juez abrirá esta etapa procesal a petición de la fiscalía, del ministerio público o de la víctima, con el fin de determinar: el daño causado, la forma de reparación integral que la víctima desea y las pruebas que quiera hacer valer.

Con la Ley 975 de 2005 o “Ley de Justicia y Paz” se dio una regulación penal especial, cuyo objetivo fue la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, como lo anota Mora Insuasty (2008, págs. 21-22):

En este contexto se da el acercamiento y diálogo de estos grupos armados con el gobierno colombiano, y se formula un marco jurídico, que comienza con la expedición de la Ley 782 de 2002, por la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 y se modifica la Ley 548 de 1999, normatividad que permitió el otorgamiento de beneficios a los miembros de los grupos armados que entraron en negociación, que incluso se extendió con fundamento en el decreto (sic) 128 de 2003 a actuaciones de carácter administrativo que terminaron configurando una política de perdón y olvido a la mayoría de los miembros de grupos paramilitares, a través de la suspensión condicional de la ejecución penal, cesación de procedimiento, preclusión de instrucción o resoluciones inhibitorias que favorecieron a quienes comparecieron a los actos colectivos de entrega de armas. En este orden la Ley 975 se promulgó con carácter residual, esto es aplicable aquellos paramilitares que no pudieron ser incluidos en los beneficios de la Ley 782 y su decreto reglamentario (sic) 128 de 2003.

Otro motivo para la promulgación de la Ley de Justicia y Paz fue la presión nacional e internacional por la falta de reconocimiento de la víctima como sujeto de derechos en las anteriores leyes mencionadas. Por lo tanto, esta ley en su artículo quinto reconoció a la víctima (individual o colectiva) de los actos delictivos realizados por miembros de grupos armados al margen de la ley en dos categorías: la primera, la víctima directa (que también incluyó a los miembros de la fuerza pública) del actuar delictivo de los grupos al margen de la ley que “provocaron lesiones transitorias o permanentes expresadas en discapacidades físicas, emocionales, o sensoriales (auditiva o visual); o sufrimiento emocional; o pérdida financiera; o menoscabo de sus derechos humanos” , y la segunda categoría, la víctima indirecta, esto es el

cónyuge, o compañera (o) permanente, y familiares de primer grado de consanguinidad y único civil de la víctima directa que fue asesinada o desaparecida; y el cónyuge, o compañera (o) permanente, y familiares de primer grado de consanguinidad y/o único civil de un miembro de las fuerza pública.

En el capítulo noveno de la Ley 975 de 2005 se reconoció y reguló los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación de la víctima. Sobre los aciertos y los errores de la creación y la aplicación de esta ley hay diversos estudios que en gran medida desacreditan la efectividad de dicha Ley. Estos son algunos obstáculos y aciertos que se encontraron en relación a la efectividad de los derechos de la víctima de los ex miembros de los grupos armados al margen de la ley:

Aciertos ¹	Obstáculos ²
<p>1. Conocimiento y documentación sobre la conformación y el actuar de los grupos ilegales, con el fin de obtener, procesar y analizar información relacionada con cada organización criminal y así identificar hechos ilícitos³ que fueron archivados por falta de individualización o identificación del perpetrador.</p> <p>2. Información directamente recolectada de las víctimas en jornadas generales de atención de víctimas por parte de la fiscalía, realizadas en zonas donde tuvieron injerencia los grupos ilegales.</p> <p>3. Registro de 288.816⁴ presuntas víctimas en el Sistema de Información de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz (SIYP), y de esas 52.648 víctimas participaron en las audiencias de versiones libres.</p> <p>4. Realización de exhumación, obtención de información para identificación de cadáveres encontrados y consolidación del banco genético.</p> <p>5. Realización de jornadas de reparación por medio de la entrega de cadáveres identificados a sus familiares.</p>	<p>1. Impunidad por medio de la alternatividad penal (art. 3), que tiene como objetivo señalar una pena privativa de la libertad entre 5 a 8 años para motivar la confesión de todos los actos violatorios de derechos humanos, que se realizaron por pertenecer al grupo ilegal.</p> <p>2. Es un proceso residual del proceso de desmovilización del 2002 y tiene un ámbito de aplicación reducido porque solamente su normatividad se aplica a personas “vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos”⁵.</p> <p>3. Lentitud en la implementación de la estructura física y la asignación de funcionarios en la fiscalía.</p> <p>4. Obstaculización de la consecución de la verdad por parte de los integrantes de los grupos ilícitos por la extradición de estos.</p> <p>5. Falta de implementación de un programa efectivo para la protección de las víctimas y de los testigos.</p> <p>6. Falta de coordinación de los órganos estatales como la fiscalía, jueces y fuerza pública.</p> <p>7. Existencia de vínculos entre los grupos ilegales y varias instituciones del Estado, como funcionarios de la rama ejecutiva (nacional o local) o de la fuerza pública.</p>

¹ Fiscalía General de la Nación. Informe de la Audiencia Pública de Rendición de Cuentas 2009-2010. Bogotá: 2010.

² Coalición colombiana contra la tortura, 2009; Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado, 2009.

³ Fiscalía General de la Nación, 2010, pág. 33.

⁴ Se registraron al 1 de mayo de 2010 288.816 presuntas víctimas en el Sistema de Información de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (Fiscalía General de la Nación, 2010).

⁵ Artículo 2°, Capítulo 1°, Ley 975 de 2005.

Por varias décadas la sociedad colombiana ha reclamado al Estado colombiano mecanismos que den respuesta a las necesidades de paz y de reconciliación nacional. Y a pesar que ha habido promulgación de leyes y de decretos, siempre hubo resistencia a regular la condición de la víctima de acuerdo a los lineamientos internacionales aceptados obligatoriamente por el Estado, al momento de la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Actualmente, se enfrenta la violencia generada por el conflicto armado interno con la promulgación de la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, que tiene como objeto “establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones” de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. No obstante de tales objetivos, esta ley presenta una problemática de invisibilidad frente a la víctima y a sus derechos en el proceso judicial, como lo expresaron en su debido momento los ponentes de la misma de la fiscalía, del ministerio público o de la víctima. (Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz-INDEPAZ, 2008, pág. 1).

En el artículo 3° de la Ley de víctimas y de restitución de tierras se dio un amplio concepto de la víctima con las siguientes características:

A. No condicionó el reconocimiento de la calidad de víctima del conflicto armado interno a la individualización, aprehensión, investigación, juzgamiento y sanción del perpetrador; o a los posibles vínculos familiares que haya entre la víctima y su victimario.

B. Reconoció la condición de víctima del conflicto armado interno a aquellas personas que fueron lesionadas por hechos ocurridos desde el primero de enero de 1985 en el marco del conflicto armado, es decir, no cabe la aplicación de esta ley para las víctimas de delitos comunes.

C. Reconoció las medidas de satisfacción colectivas y las garantías de no repetición de los hechos violatorios de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario a las víctimas de hechos anteriores al primero de enero de 1985.

D. Estableció que el reconocimiento de la calidad de víctima del conflicto armado interno y sus derechos (a la verdad, a la justicia y a la reparación) no es ninguna forma de reconocimiento político de los grupos armados al margen de la ley.

E. Reconoció diversas clases de víctima directa y víctima indirecta.

F. Consideró como víctima directa a: “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de

Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”; y/o aquellas “ personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”; a los menores de edad reclutados por los grupos ilegales y que se desvinculen siendo menores de edad; al cónyuge, compañera (o) o parientes de miembros de grupos armados ilegales, por el daño causado en sus derechos.

G. Mantuvo el régimen especial de reparación económica de la fuerza pública cuando la víctima directa es un miembro de las Fuerzas Militares, y por medio de esta ley, se les reconoció el derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

H. Reconoció como víctimas indirectas: al cónyuge, compañera (o) permanente, parejas del mismo sexo y familiares del primer grado de consanguinidad y/o único civil (a falta de estos los ascendentes de segundo grado de consanguinidad) de las víctimas directas.

I. No reconoció la calidad de víctima indirecta al cónyuge, compañera (o) permanente o parientes de los miembros de grupos armados al margen de la ley, por los daños sufridos por un ex integrante de los grupos ilegales.

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la eficacia de la Ley 1448 de 2011, ha efectuado algunas observaciones para “contribuir al debate sobre la importancia y los desafíos de su implementación a la luz de la normatividad internacional”, así señaló: (i) presencia de discriminación hacia ex miembros de grupos ilegales porque no se les reconoció la condición de víctima, y por ende, un tratamiento diferencial y falta de efectividad en la reparación a sus víctimas en una posible indemnización administrativa; (ii) falta de coherencia con la situación real de los menores reclutados por los grupos al margen de la ley de víctimas. Porque dicha ley solamente los considera como víctimas, siempre y cuando, sean menores de edad (menos de 18 años) al momento de acogerse a la desvinculación

de los grupos al margen de la ley que los reclutaron. Esta premisa de la ley, supone equivocadamente que la permanencia del menor en el grupo armado ilegal a partir del día que cumplen 18 años es voluntaria y por lo tanto, tiene la posibilidad de dejar el grupo al margen de la ley (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, pág. 3).

1.3.2 Reconocimiento jurisprudencial. La Corte Constitucional de Colombia, con relación a los derechos de las víctimas ha desarrollado dos hipótesis a partir de la Constitución de 1991: la primera, la reparación de naturaleza pecuniaria como criterio de tratamiento de la víctima y sus derechos circunfiriéndose meramente a una naturaleza pecuniaria; y la segunda, la reparación integral.

Reparación pecuniaria

Antes y, en la primera década de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el reconocimiento en el proceso penal de la víctima se hizo a través de la figura jurídica de la “parte civil”, que se tradujo en el componente económico del proceso penal. Esta corriente que pregona por la naturaleza pecuniaria de la reparación del sujeto pasivo del delito perdió poco a poco espacio en la Corte Constitucional, a tal punto que se modificó la doctrina constitucional sobre la víctima con la sentencia de constitucionalidad C- 228 de 2002, que concluyó que el reconocimiento de la víctima y de sus derechos no van sólo ligados a una indemnización pecuniaria, sino que va más allá de esta, y que se compone por el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Esta nueva percepción constitucional tiene como fundamento los siguientes valores, principios y derechos constitucionales :

A. La definición de Colombia de ser un Estado social de derecho, connota una participación activa de las personas en las ramas del poder público, lo que se traduce en la autorización y en la protección de la intervención de la víctima en el proceso penal (Preámbulo y artículo 1º, Título 1º, Constitución Política de Colombia).

B. El deber general de las autoridades, y en especial de las judiciales, de propender por el goce efectivo de los derechos dados a los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos, de acuerdo al artículo 2º, Título 1º, Constitución Política de Colombia.

C. El mandato de integración al ordenamiento jurídico interno de los tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 93, Capítulo IV, Título I, Constitución Política de 1991). “Esto significa que, como esta Corte lo ha señalado, el inciso segundo del artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por

Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”. Y por lo tanto, se reconoció como reparación integral a la víctima del hecho punible: el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

D. El reconocimiento del derecho al acceso a la administración de justicia, el cual, se compone de unas medidas como: garantizar mecanismos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y obligaciones; garantizar la resolución de controversias en un término prudencial y sin dilaciones injustificadas; y reflejar en las providencias judiciales el respeto al debido proceso (artículo 229, Capítulo 1º, Título VIII, Constitución política de 1991).

E. Se reconoció que a partir del otorgamiento del derecho a intervenir la víctima en el proceso penal hay un efectivo respeto a la dignidad humana, en palabras de la Corte:

Las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de las víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor (C-228/2002, MP Manuel José Cepeda Espinosa & Eduardo Montealegre Lynett).

F. La Constitución Política de 1991 elevó a rango constitucional a la víctima (numeral. 4, Artículo 250, Capítulo VI, Título VIII, Constitución Política de 1991) al otorgar la función especial de protección de esta a la Fiscalía General de la Nación.

Reparación integral

Con la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo No. 03 de 2002, se cambió la naturaleza del proceso penal, de inquisidora a acusatoria, y desapareció la figura de la parte civil. La Corte Constitucional reafirmó la doctrina dada en la Sentencia de Constitucionalidad C-228 de 2002 sobre el reconocimiento constitucional de la víctima y sus derechos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, en varias sentencias, así:

En punto a la determinación del alcance de los derechos conforme a estándares internacionales, esta Corporación ha acogido los desarrollos que el derecho y la doctrina internacionales han efectuado en relación con los derechos de las víctimas en los delitos graves conforme al derecho internacional, haciendo extensivos sus principios y concepciones básicas, a las víctimas de los

delitos en general. Así ha señalado que, “las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial” (Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-454, 2006. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, fundamento 29).

Para la Corte Constitucional, la figura de la víctima se rige por las siguientes reglas decantadas a través de su jurisprudencia, así: (i) la existencia de una tendencia de protección universal a la víctima, que se fundamenta en el respeto de la dignidad humana traducida en la exigencia de un tratamiento digno a la víctima, a su participación en las decisiones que la afecten, y a obtener una tutela judicial efectiva para el goce de sus derechos; (ii) el reconocimiento de la calidad de víctima a través de la prueba de la existencia de un daño real, concreto y específico de cualquier naturaleza con el fin de tener legitimación de intervenir en el proceso penal, sin importar si el lesionado sea víctima directa o indirecta de un hecho punible; (iii) el reconocimiento de mecanismos de restablecimiento de los derechos no solo de naturaleza pecuniaria sino más allá, como los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral; (iv) la interdependencia y autonomía de los derechos de la víctima de un hecho punible traducidos ya que la víctima dentro del proceso penal puede estar interesada “en el establecimiento de la verdad o en el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización” (Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-516 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, fundamento 3.1); (V) la existencia de unos deberes de las autoridades estatales correlativos al reconocimiento de la víctima y sus derechos reflejados en la nueva dirección de las políticas estatales de protección y restablecimiento de derechos de la víctima de un delito, como por ejemplo la regulación expresa de las funciones de la Fiscalía General de la Nación (art. 250 y 251, Capítulo VI, Título VII, Constitución Política de 1991) dadas por el Acto Legislativo No. 3 de 2002, de solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias de protección y restablecimiento de derechos .

Sobre los derechos procesales otorgados a la víctima en el proceso penal, se reconocieron jurisprudencialmente algunos como: el derecho de la víctima de ser asistida en el juicio penal por un defensor técnico (abogado), el cual puede ser designado de oficio; y la aceptación de pluralidad de apoderados judiciales en la hipótesis de pluralidad de víctimas.

En cuanto al tema probatorio, se reconoció que la víctima puede: solicitar pruebas en la audiencia preparatoria en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía; solicitar la práctica de prueba anticipada al juez de control de garantías, y realizar observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y el total de las pruebas en la audiencia del juicio oral; solicitar exhibición de los elementos probatorios y evidencia física para conocerlos y estudiarlos; excluir, rechazar o inadmitir medios probatorios. Se destaca que la Corte consideró constitucional el límite del alcance jurídico de los derechos procesales de la víctima del delito en la audiencia del juicio oral, traducida en la imposibilidad de controvertir los medios probatorios, los elementos materiales y la evidencia física, así como también la imposibilidad de interrogar a los testigos y oponerse a preguntas que se planteen en la audiencia de juicio oral, ya que su participación directa implicaría una modificación esencial a la estructura del proceso penal acusatorio colombiano, convirtiendo a la víctima como un segundo acusador.

En síntesis, se resalta el trabajo de aplicación del principio de integración del orden jurídico internacional de derechos humanos al ordenamiento jurídico interno colombiano por parte de la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia, en relación al reconocimiento internacional de los derechos de las víctimas de derechos humanos. En especial las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales, reconocieron los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de las víctimas dentro del proceso penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008, págs. 233-238).

CONCLUSIONES

1- Se verificó el reconocimiento a la víctima como un sujeto de derechos, en especial a la verdad, a la justicia y a la reparación, como construcción del derecho internacional que repercute de forma directa al ordenamiento jurídico interno, en especial el colombiano.

2- Se constató la importancia que ha adquirido los derechos humanos desde los mediados del siglo XX por parte de la comunidad internacional, expresada en la creación de instrumentos y tribunales internacionales como parte del Derecho Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y por lo tanto, la obligación internacional de los Estados Miembros de observarlo al momento de la aplicación del derecho interno.

3- A pesar de las políticas estatales de aceptación e implementación de principios internacionales de protección a la víctima y sus derechos no ha parado los actos atentatorios a la víctima y sus derechos.

4- Hay poco interés político para la implementación efectiva de políticas homogéneas y serias de protección y acompañamiento a las víctimas en los procesos judiciales en la búsqueda del donde, cómo, por qué, quiénes y cuándo de los hechos de violación de los derechos humanos, y así lograr una reparación integral.

REFERENCIAS:

Amnistía Internacional. (2011 йил 7-Julio). EEUU y la guerra contra el terror. Retrieved 2011 йил 7-Julio from Amnistía Internacional: <http://www.es.amnesty.org/contra-terror-justicia/eeuu-y-la-guerra-contra-el-terror/tecnicas-autorizadas/>

Bámaca Velázquez Vs. Guatemala (fondo), C No. 70 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2000 йил 25-Noviembre).

Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal. (2011). Estrategias metodológicas en la investigación sociojurídica. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

C-228, C-228 (Corte Constitucional 2002 йил 24-julio).

C-282/02, C-282 (Corte Constitucional 2002 йил 3-Abril).

C-370/06, C-370/06 (Corte Constitucional 2006 йил 18-Mayo).

Case of Ayden vs Turkey, 57/1996/676/866 (European Court of Human Rights 1997 йил 25-September).

Case of Gorraiz Lizarraga and others Vs Spain, application No. 62543/00 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004 йил 27-Abril).

Case of Irland vs. United Kingdom, 5310/71 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1978 йил 18-Enero).

Case of Rannien Vs. Finland (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1997 йил 16-Diciembre).

Case of Siliadin Vs France, 73316/01 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25 de Julio de 2001).

Case of Tyrer vs. United Kingdom, 5856/72 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1978 йил 25-Abril).

Caso Bámaca Velásquez Vs Guatemala, Serie C No 70 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2000 de Noviembre de 2000).

Caso Barrios Altos Vs. Perú, C No 75 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001 йил 14-Marzo).

Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, c-140 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006 йил 31-Enero).

Consejo de Europa. (4 de Noviembre de 1950). La Agencia de la Onu para los refugiados. Recuperado el 13 de Septiembre de 2010, de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1249.pdf>

Consejo de la Unión Europea. (2001 йил 15-Marzo). Decisión Marco del Consejo . Retrieved 2010 йил 7-October from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:ES:PDF>

Código Penal y Código de Procedimiento Penal. (2008). Bogotá: Temis.

Código Penal y de procedimiento. (1980). Bogotá: Leyer.

Cómité contra la Tortura. (2009). Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la convención. Colombia. Ginebra: Organización de Naciones Unidas.

Defensoría del Pueblo. (2003-2007). Recuperado el 3 de Febrero de 2010, de República de Colombia: <http://www.defensoria.org.co/red/>

Fiscalía General de la Nación. (2006). Audiencia pública para la Rendición de Cuentas. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

Joinet, L. (1995). Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos).

ONU. (1975 йил 9-Diciembre). Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Retrieved 2011 йил 11-Julio from <http://www2.ohchr.org/spanish/law/tortura.htm>

Organización de Estados Americanos. (1948 йил 30-Abril). Retrieved 2011 йил 11-Julio from <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

Organización de las Naciones Unidas. (29 de Noviembre de 1985). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Recuperado el 9 de Septiembre de 2010, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm>

Organización de las Naciones Unidas. (1985 йил 29-Noviembre). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder. Retrieved 2010 йил 5-October from <http://www.uncjin.org/Documents/6comm/16s.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado el 28 de Febrero de 2010, de <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>

Organización de las Naciones Unidas. (1948 йил 10-Diciembre). Declaración Universal de Derechos Humanos. Retrieved 2010 йил 5-octubre from <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de las Naciones Unidas. (1997 йил 2-October). Documento de la ONU. Retrieved 2011 йил 6-October from La Administración de la justicia y de los derechos humanos de los detenidos: <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>

Organización de las Naciones Unidas. (2009). Historia de las Naciones Unidas. Retrieved 2010 йил 5-October from <http://www.un.org/es/aboutun/history/index.shtml>

Presidente de la República de Colombi. (1984 йил 1-Mayo). DECRETO No. 1038 de 1984. Por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República . Bogotá, D.C.