

INVESTIGARE

CENTRO DE INVESTIGACIÓN
EN POLÍTICA CRIMINAL

**El camino de la restauración,
la vía hacia la efectiva
reparación del pueblo
indígena Nasa y la sanción de
sus victimarios dentro los
Acuerdos de Paz en Colombia.**

- Carlos Gutiérrez Gallo

**El impacto del reclutamiento
en la educación y la identidad
cultural de las comunidades
indígenas**

- Omar David Muñoz Romero

**Derecho a la igualdad para
victimarios de delitos
sexuales en las tres fases de
criminalización**

- Lina Katherine Mesa Torres



UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

- 1-22** El camino de la restauración, la vía hacia la efectiva reparación del pueblo indígena Nasa y la sanción de sus victimarios dentro los Acuerdos de Paz en Colombia
- Carlos Gutiérrez Gallo
- 23-40** El impacto del reclutamiento en la educación y la identidad cultural de las comunidades indígenas
- Omar Muñoz Romero
- 41-65** Derecho a la igualdad para victimarios de delitos sexuales en las tres fases de criminalización
- Lina Katherine Mesa Torres

Directora:

Marcela Gutiérrez

Editor:

Angélica María Pardo

Comité editorial:

Marcela Gutiérrez

Ana Lucía Moncayo

Angela Marcela Olarte

Bibiana Ximena Sarmiento

Angélica María Pardo López

EL CAMINO DE LA RESTAURACIÓN, LA VÍA HACIA LA EFECTIVA REPARACIÓN DEL PUEBLO INDÍGENA NASA Y LA SANCIÓN DE SUS VICTIMARIOS DENTRO LOS ACUERDOS DE PAZ EN COLOMBIA.

CARLOS GUTIÉRREZ GALLO¹

RESUMEN:

El presente artículo presenta una propuesta para lograr, tanto la reparación de la comunidad indígena Nasa, como una sanción para sus victimarios, en el marco de los acuerdos de paz con las FARC - EP. Para ello, el artículo comienza con el estudio y análisis del daño sufrido por la comunidad Nasa dentro del conflicto armado colombiano. Posteriormente explica elementos importantes para los procesos transicionales tales como: la reconciliación, la justicia restaurativa, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación. Con base en lo anterior, se define el concepto de Sanción Reparación y se explican sus potencialidades en un proceso transicional. Reglón seguido, se desarrollan las similitudes entre la cosmovisión y la visión de justicia de la comunidad Nasa y el concepto de Sanción Reparación. Finalmente, con base en un análisis crítico de los acuerdos de la Habana, se plantea a modo de conclusión, la idea de la Sanción Reparación como una posible herramienta a utilizarse en la Jurisdicción Especial para la Paz con el objetivo último de perseguir una efectiva y adecuada reparación para la comunidad indígena Nasa.

Palabras clave: Justicia Transicional, Acuerdos de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, Justicia Restaurativa, Justicia Indígena Nasa, Sanción Reparación.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Correo: guti3rr3s@hotmail.com

1- INTRODUCCIÓN

El presente artículo es un resumen de la tesis de grado en Derecho: La “sanción reparación” como el mecanismo más apropiado e idóneo para reparar a la comunidad indígena Nasa y sancionar a sus victimarios en el marco del proceso de paz con las FARC – EP. Motivo por el cual, pueden encontrarse transcripciones de párrafos o ideas del capítulo I: Los indígenas dentro del conflicto armado colombiano, el capítulo II: La reparación y el capítulo III: Hacia la reconstrucción del tejido social: la sanción reparadora en el conflicto armado colombiano.

En Colombia se dio un proceso de paz buscando finiquitar un conflicto armado interno que ha afectado a la sociedad colombiana por más de 60 años. El gobierno y el principal actor armado del conflicto, las FARC - EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo), optaron por una solución dialogada que dio como resultado la firma de los Acuerdos de la Habana.

Esta investigación se reduce y enfoca exclusivamente en la situación de una comunidad étnica ampliamente afectada por las diversas violaciones cometidas con ocasión de la guerra: la comunidad indígena Nasa. Al igual que un sinnúmero de personas y minorías, esta comunidad detenta también la condición de víctima del conflicto, motivo por el cual, sus correspondientes derechos deberán satisfacerse en el marco de la jurisdicción Especial para la Paz de los Acuerdos de la Habana.

En este trabajo se da especial trascendencia al derecho a la reparación que no puede suplirse para estos pueblos en igual medida que a otras víctimas en razón de su diversidad social y cultural. Así pues, su trato y reparación en el proceso de paz no puede ser equiparado ni homogenizado.

El propósito de este trabajo es exponer, en primera medida, el daño que ha sufrido la comunidad Nasa como consecuencia de la fuerte presencia del conflicto armado en sus territorios. Esto permitirá explicar la condición de víctima de este pueblo, y su necesidad de ser integrados en el escenario de la reparación a las víctimas dentro del proceso transicional y los Acuerdos de paz.

Seguidamente será necesario abordar el tema de la reparación en el ámbito de la Justicia Transicional. La fundamentación de mecanismos y la complementariedad hacia la Justicia Transicional por parte de la Justicia Restaurativa será una finalidad primordial en esta parte.

Pero no solo se analizará este derecho desde la perspectiva de la Justicia Transicional. Otro de los propósitos fundamentales de este trabajo dentro de la noción de reparación, es destacar los instrumentos de carácter restaurativo existentes también en la justicia indígena, en este caso en la comunidad Nasa. De manera que se pretende no solo dar cabida al concepto de reparación desde una

perspectiva occidental, sino también poner de presente la existencia de mecanismos restaurativos de la justicia indígena que pueden nutrir y reforzar la efectividad de la Justicia Transicional.

Finalmente se desarrollará, para formular una propuesta a los problemas y planteamientos mencionados, el concepto de sanción reparación como un medio idóneo para el restablecimiento de los derechos de la comunidad Nasa, y de sanción para aquellos victimarios no indígenas, responsables del daño a esta comunidad. Tomando las anteriores ideas sobre reparación, se realizará una propuesta que propugne por la utilización preferente de mecanismos sancionatorios de corte restaurativo. En ese sentido, la sanción reparación se desenvolverá en un doble contexto que, por una parte, sancione y responsabilice del daño a los victimarios, y por otra, logre el restablecimiento de los derechos de esta comunidad de acuerdo a sus tradiciones y su cultura. Tomando en cuenta el Acuerdo de paz alcanzado, se buscará realizar un análisis crítico, respecto al enfoque allí adoptado en lo concerniente a las comunidades étnicas, víctimas del conflicto armado en Colombia.

La información recopilada y utilizada para la realización del presente artículo fue obtenida a partir de fuentes primarias (entrevistas), secundarias (informes, estudios académicos, libros y artículos) y legales (la normatividad y jurisprudencia nacional e internacional pertinentes).

CAPÍTULO I. EL PUEBLO INDÍGENA NASA EN EL CONFLICTO ARMADO

Las comunidades indígenas gozan de carácter especial como sujetos de protección del derecho en razón de su diversidad social y cultural. A nivel nacional, las comunidades se encuentran bajo protección especial del Estado Colombiano justificado en los principios constitucionales de pluralismo jurídico y el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural en Colombia, contenidos expresamente en el artículo primero y séptimo, respectivamente, de la Constitución Política². La Corte Constitucional, además, les ha otorgado una condición particular como sujetos de especial protección constitucional³, en razón de su frágil condición y la vulnerabilidad a la que han sido históricamente expuestos.

En el plano internacional también se ha hecho alusión a las comunidades indígenas como en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se refiere a la regulación y el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Adicionalmente, se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, normatividad que también busca promover y proteger los derechos de estas poblaciones.

² Para profundizar ver las sentencias T-1105 de 2008 y T – 523 de 1997 de la Corte Constitucional

³ Para profundizar ver las sentencias T-661 de 2015, T-235 de 2011, y, particularmente, el Auto 004 de 2009

De acuerdo con datos aproximados del censo del 2005 del Departamento Nacional de Estadísticas (DANE), existen 1.392.623 indígenas habitando en el territorio colombiano (DANE, 2007, pág. 37), cifra equivalente al 3,3% de la población total.

Los grupos indígenas son reconocidos formalmente como víctimas del conflicto armado interno tanto por el Estado como por las FARC – EP dentro del Acuerdo de la Habana en los capítulos Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto y Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación y No repetición.

En el auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional se evidencia la dimensión de las constantes vulneraciones en contra de estas comunidades en el conflicto armado interno. Esta providencia presenta la alarmante situación de 30 pueblos oficialmente reconocidos que se encuentran en peligro de extinción en razón de la violencia y el desplazamiento forzado. Allí, no sólo se reconocen expresamente las intensas violaciones a los derechos de estos pueblos, sino que también se ordenan medidas encaminadas a la protección de los mismos. El auto 004 (2009) señala:

Todos los que han tomado parte en este conflicto armado – principalmente los grupos guerrilleros y los grupos paramilitares pero también, en ocasiones, unidades y miembros claramente identificados de la Fuerza Pública, así como grupos delincuenciales vinculados a distintos aspectos del conflicto interno participan de un complejo patrón bélico que, al haberse introducido por la fuerza de las armas dentro de los territorios ancestrales de algunos de los pueblos indígenas que habitan el país, se ha transformado en un peligro cierto e inminente para su existencia misma, para sus procesos individuales de consolidación étnica y cultural, y para el goce efectivo de los derechos fundamentales individuales y colectivos de sus miembros. (Corte Constitucional, Auto 004, 2009, Pág. 4)

Ocupaciones, señalamientos, asesinatos selectivos, amenazas, confinamientos, violencia sexual y reclutamiento forzado (muchas veces de menores), son solo algunos de los vejámenes a los que han sido sometidas las personas de estas comunidades (Corte Constitucional, Auto 004, 2009).

El pueblo Nasa, también conocido como el pueblo Páez, se encuentra ubicado especialmente en la región de Tierradentro entre el departamento del Huila y el Cauca. Se concentran principalmente en los departamentos del Cauca (88,6%), el Valle del Cauca (3,8%) y Putumayo (1,7%). De acuerdo con el censo de 2005 del DANE, se determinó una población total de 186.178 personas pertenecientes a esta comunidad, es decir el 13,4% de la población total indígena en el territorio nacional.

De acuerdo al Auto 004 de la Corte Constitucional, la violación masiva y sistemática de los derechos resultado del enfrentamiento entre los grupos armados ha alcanzado y absorbido a los territorios del Cauca en donde reside la comunidad Nasa. De acuerdo a este seguimiento de la Corte, lugares como

Toribío y Tierradentro, hogar de esta comunidad, han presentado desapariciones, masacres, reclutamiento forzado, asesinatos selectivos, violencia sexual, señalamientos, desplazamiento forzado, detenciones arbitrarias, etc. por culpa del enfrentamiento entre guerrilleros, paramilitares y el Ejército. Se reporta además que el Departamento del Cauca es uno de los más afectados por las minas antipersonales y municiones sin explotar (Corte Constitucional, Auto 004, 2009).

A lo anterior se suman terribles acontecimientos como la masacre del Nilo en 1991 en donde fueron asesinados 20 indígenas o la masacre del Naya realizada en el 2001. Hechos irrefutables de la horrible violencia en el Cauca (Corte Constitucional, Auto 004, 2009).

Esta guerra se explica en gran medida de acuerdo a las mismas autoridades indígenas porque:

...históricamente, la región del norte del Cauca ha sido territorio de disputa entre los grupos armados y el Estado, que la consideran corredor hacia el Pacífico y se han instalado en las zonas montañosas para desarrollar allí acciones bélicas en la zona indígena (Entrevista citada por Corte Constitucional, Auto 004, 2009, Pág. 168)

Asimismo, los datos y cifras representan esta innegable y cruda realidad:

De los 1.869 asesinatos políticos contra indígenas registrados entre 1974 y 2004 en todo el país, a los pueblos del Cauca y sur del Valle les corresponde el 28,2%; el 60% de las 2.493 detenciones arbitrarias, el 27% de los secuestros y el 20% de las desapariciones forzadas. Una quinta parte de los hechos de violencia sexual, tortura y tratos degradantes, fueron contra indígenas de Cauca y Valle, y más de una cuarta parte de las amenazas individuales que corresponden al 31,4% se le hicieron a indígenas de este departamento. (Villa & Houghton, 2005, Pág. 85)

Se observa entonces que esta comunidad en particular debe detentar la calidad de víctima dentro del proceso transicional, pues existe un ostensible daño que debe ser objeto de una reparación integral. El pueblo Nasa representa un claro ejemplo de las tragedias de la guerra en Colombia, y correspondiendo el proceso de paz a un espacio y oportunidad para la reparación de las víctimas, debe dársele una apropiada participación a este pueblo para que sus derechos sean restablecidos de una manera satisfactoria y efectiva.

CAPÍTULO II. LA REPARACIÓN

Desarrollado el daño al que han sido sometidos varios pueblos indígenas, y la comunidad Nasa en especial, ahora se profundizará en la necesidad de la reparación como un presupuesto indispensable para lograr los propósitos de la justicia transicional en Colombia.

De acuerdo al Derecho Internacional en los procesos transicionales hay tres pilares fundamentales sustentados en los derechos básicos de las víctimas: el derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación. Todos han de satisfacerse o garantizarse en la transición hacia el nuevo estado de la sociedad.

Según el Informe Final del Relator Especial sobre la impunidad y Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Joinet, 1997) los Estados en proceso de transición tienen las obligaciones de:

“(1) la satisfacción del derecho a la justicia, (2) la satisfacción del derecho a la verdad, (3) la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas, y (4) la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición” (Uprimny, Saffon, Botero & Restrepo, 2006, Pág. 52).

En efecto, el derecho a la reparación es un aspecto indispensable para los propósitos de la justicia transicional. Las reparaciones pueden constituir vías de responsabilización frente a las víctimas y “pueden satisfacer necesidades candentes de vindicación, sin desatar venganza.” (Saffon, Minow, Crocker y Mani, 2011, Pág. 98). Premisa fundamental para edificar un mecanismo reparador que en lugar de Carlos Gutiérrez Gallo Revista Investigare. Número 4 - junio de 2018 castigar con penas a los victimarios busque otorgar sanciones y así cumplir con los estándares de justicia.

Este derecho es entonces especial, puesto que las víctimas dentro de la Justicia Transicional poseen la garantía de ser dignificadas, y si bien los mecanismos reparadores no desaparecen el daño causado, si buscan remediar y enaltecer los derechos de quien lo sufrió. Igualmente, debe resaltarse la flexibilidad de este derecho a la hora de materializarse. Con el mismo es posible que la modalidad para reparar a una persona o grupo en específico se adapte su intereses o necesidades particulares.

Pero no todo se trata exclusivamente de reparaciones materiales o de carácter económico. Adicional a esto, resultan trascendentales las reparaciones simbólicas que son una dimensión indispensable en el derecho a la reparación que persigue el restablecimiento efectivo de la dignidad de las víctimas y la reprobación ética y moral a nivel social de conductas violatorias de Derechos Humanos. Así lo han señalado algunos expertos sobre el tema:

En efecto, la eficacia de las reparaciones materiales y la sostenibilidad de las medidas de no repetición pueden llegar a depender, en buena parte, de reparaciones simbólicas que restablezcan la dignidad de las víctimas, que impongan una sanción moral a los responsables y envíen el mensaje claro y contundente de que los hechos cometidos no pueden ser justificados y de que sus víctimas deben ser reconocidas y reparadas (Uprimny, Saffon, Botero & Restrepo, 2006, Pág. 79).

Este es un concepto que resulta fundamental cuando hablamos de la reparación de pueblos indígenas como el Nasa, donde lo esencial muchas veces no resulta ser la reparación material sino la dignificación y el restablecimiento social y cultural de estos pueblos ancestrales (Gómez Valencia, 2015, Pág. 337).

LA JUSTICIA RESTAURATIVA, MECANISMO COMPLEMENTARIO Y AUXILIAR DENTRO DEL PROCESO DE PAZ

La justicia restaurativa se entiende como: “...un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario” (Uprimny y Saffon, 2005, Pág. 148).

Huelga aclarar desde ya que la justicia restaurativa no debe reemplazar elementos vitales y esenciales de la justicia transicional. Despreciar la retribución hacia conductas graves y totalmente reprochables dentro de una sociedad, deja un mensaje claro de impunidad que en nada contribuye a la posibilidad de reconciliar a una sociedad en transición. Por el contrario, cuando se satisface mediante procesos judiciales uno de los derechos inherentes a las víctimas como lo es la justicia, se respalda el planteamiento de que es posible reconciliar a las personas y así poder construir una nueva sociedad fundada en valores sólidos y permanentes. Sólo en la medida en que se adopte una posición enfocada en la reparación pero que no descarte los elementos de la justicia transicional, se podrá garantizar la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas en la transición social.

De manera que la justicia restaurativa no ha de sustituir los mecanismos ya existentes de justicia transicional, altamente aceptados y recomendados por la comunidad internacional, sino más bien complementar y potenciar tales instrumentos ya existentes, mediante la reparación de todas las posibles víctimas del conflicto. Esta posición posee grandes virtudes en la medida en que no descarta los demás instrumentos de la justicia transicional, sino que los complementa y en el mejor de los casos refuerza la efectividad de esos derechos. En ese sentido:

La Justicia Restaurativa actuaría en estas situaciones como un complemento importante de la Justicia Transicional que, lejos de pretender enfrentar los crímenes atroces cometidos con anterioridad a la transición, se encargaría de que ésta fuera estable y durable mediante el cubrimiento de los vacíos de justicia producidos por la transición y a través de la promoción de una cultura jurídica basada en el diálogo y en mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Los mecanismos restauradores servirían para impedir el surgimiento de nuevos gérmenes de violencia, que pudieran poner en peligro la transición alcanzada por la Justicia Transicional (Uprimny Yepes y Saffon Sanín, 2005, Pág. 150 y 151).

Lograr la reconciliación social y con ello la consecución de la paz, es sin duda el objetivo final en este tipo de procedimientos. A pesar de ello, también debe ponerse de presente que no se puede abusar de las aspiraciones de la justicia restaurativa, ni mucho menos establecerlas forzosamente. Si bien es cierto que la justicia restaurativa puede complementar y auxiliar a la justicia transicional en la búsqueda de la paz y la reconciliación mediante la reparación, no por ello puede esperarse que la misma constituya una garantía del éxito del proceso transicional. Esto dependerá en gran medida de la capacidad de las personas para perdonarse gracias a los instrumentos de la justicia transicional y restaurativa, y, además, de la habilidad de las mismas para que sin que exista una homogeneización de posturas o ideales, puedan llegar a un acuerdo común para reconstruir una nueva sociedad.

Por último, debe precisarse que el hecho de que en este proceso de reparación no se tome como centro de atención a quien perpetra la conducta delictiva, no implica que el victimario no asuma responsabilidad en el acto. En esta clase de justicia se propone igualmente una responsabilización del agresor, la cual se materializa en el reconocimiento de la reprochabilidad de su conducta, la reparación del daño, y la solicitud del perdón en aras de una posible reconciliación con la víctima. De esta manera, y dejando de un lado el tradicional paradigma del método punitivo, la justicia restaurativa propone soluciones más loables y encaminadas a la reconstrucción de los lazos sociales deteriorados. En ese sentido, ya no es la retribución al infractor el objetivo central de la justicia, sino más bien la restauración a futuro del equilibrio social mediante la reparación.

LA RECONCILIACIÓN Y LA REEDIFICACIÓN SOCIAL MEDIANTE LA REPARACIÓN

Si bien la reparación es un medio para la satisfacción particular de las víctimas del conflicto con ella se debe buscar también la reestructuración de la sociedad afectada y fracturada y en dicha búsqueda es necesaria la participación no solo de los implicados en el conflicto, sino de la sociedad en general. Por eso, la presente investigación tomará aspectos esenciales de la “justicia restaurativa”, pero también tomará aspectos de la propuesta de “justicia reparadora” desarrollado por la profesora Rama Mani⁴ quién incluye a la sociedad como actor determinante para la reparación.

Para vincular a la sociedad la profesora Rama Mani construye el concepto de “sobreviviente”. De esta forma se toma en cuenta a las víctimas, pero también a los victimarios y a la sociedad en sentido amplio. De esta manera se “...abarca las necesidades diferenciadas y superpuestas de todas las personas de una sociedad determinada que han sobrevivido al conflicto y que ahora deben fundar juntas una comunidad política, sin importar el pasado de cada una de ellas” (Saffon, Minow, Crocker y Mani, 2011, Pág. 190 y 191).

⁴ Especialista en paz y seguridad, investigadora asociada del Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Oxford, consejera del Consejo para el futuro del mundo, fundadora del Teatro de la Academia de Transformación, y autora de los libros: *Beyond Retribution: Seeking Justice in the Shadows of War* y *Responsibility to Protect: Cultural Perspectives in the Global South*.

Así pues, la justicia reparadora es mucho más amplia que la justicia restaurativa ya que no se limita a la reparación de la relación entre la víctima y el victimario sino del todo el tejido social en general.

Se observa entonces que esta propuesta de justicia no se centra, como la tradicional justicia retributiva, en cómo sancionar al victimario sino más bien en restablecer los intereses vulnerados de todas las partes del conflicto y de la sociedad, es decir, de los “sobrevivientes”. De esta manera, el factor restaurador en la noción de una justicia reparadora de este tipo requiere del acercamiento de todos los sobrevivientes del conflicto para participar en los mecanismos reparadores que faciliten e impulsen la construcción de la paz.

En la medida en que se fomenta una justicia más incluyente y equilibrada, que no manipule los beneficios, ni prefiera tan solo los intereses de una o unas de las partes, se permite la posibilidad de construir un entorno propicio para la reconciliación social. Huelga resaltar que una reparación que responda a todos los intereses de las partes del conflicto y de la sociedad en general constituye un pilar fundamental de la justicia transicional sólida.

En efecto, aplicar una justicia de corte reparador en un proceso de transición es mucho más prometedor en términos de reconciliación y posconflicto que el enfoque común de priorizar el castigo y el victimario antes que la reparación integral para la sociedad. Por lo anterior, la presente investigación hace énfasis en la reparación, porque esta puede ser un factor determinante a la hora de restablecer los derechos de las víctimas del pueblo Nasa, sancionar a sus victimarios y optar por mecanismos que faciliten la reconciliación.

LA SANCIÓN REPARACIÓN

La *sanción reparación* se compone precisamente de dos elementos básicos: la sanción y la reparación.

El primero de ellos entendido desde una perspectiva jurídica como “...la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado” (García Maynez, 1958, Pág. 295). Este concepto implica la atribución de determinada consecuencia cuando se cumple con la realización de un supuesto, que en este caso se refiere al incumplimiento de un deber. Quien no observa las prescripciones establecidas en las leyes o normas se encuentra sujeto a recibir una sanción por su conducta. En consecuencia, se busca que la persona se responsabilice por la infracción cometida con su conducta y soporte determinada carga como consecuencia de ello.

A pesar de esto, la *sanción reparación* es un concepto que difiere de la definición jurídica de pena y

no debe ser confundida. La sanción no se reduce a la retribución punitiva como en la pena, sino a la contradicción de la conducta infractora por medio de la asignación de cargas o consecuencias jurídicas. En ese sentido, este mecanismo posee también pretensiones de una realización mínima de justicia que atienda a los estándares internacionales. De manera que la *sanción reparación* busca contribuir con el restablecimiento de la confianza y las expectativas sobre la ley y el derecho. Pero busca asimismo rechazar y responsabilizar jurídicamente por actos que atenten contra la dignidad e integridad de la sociedad. Esto con el ánimo de establecer tanto ética como moralmente la desaprobación de tales situaciones, y de esta manera prevenir en un futuro su reaparición.

En segunda medida, la reparación es la base fundamental de la *sanción reparación*. Las víctimas de este proceso tienen el derecho a ser reparadas y este derecho debe ser garantizado plenamente por el Estado. No obstante, la utilización de estos mecanismos busca que no sea solo el Estado quien tome participación en estos deberes, sino que también sea el propio victimario el que se encargue de la efectiva restauración de los derechos de quien afectó. Se pretende entonces que el responsable comprenda y asuma la gravedad de su conducta y que seguidamente se responsabilice por la reparación del daño que ha causado. De esto se sigue que el objetivo de la *sanción reparación* aparece como una imputación del daño, que se materializa en la atribución de una responsabilidad que se traduce en la reparación.

El victimario si bien no asume su responsabilidad en este escenario con una pena, si lo hace mediante la adopción de medidas que busquen restaurar a las víctimas. Con esto se responde a las exigencias de las víctimas desde una perspectiva de justicia restaurativa y no retributiva. No se acude a la responsabilización por medio del castigo, sino por medio del deber de reparar, que resulta mucho más beneficioso y útil no solo para la víctima, sino también para la comunidad y la sociedad en general.

Debe señalarse además, que el escenario exclusivo en donde cobra vida esta propuesta de *sanción reparación* para la comunidad Nasa es el de la transición social. En estos casos encontramos que los procesos transicionales deben ceñirse a las pautas o reglas establecidas por el Derecho Internacional. Lo que no significa que los Estados están limitados absolutamente puesto que tienen la posibilidad de diseñar su propio proyecto de Justicia Transicional. De manera que la *sanción reparación* podría ser perfectamente compatible con estos escenarios, siempre y cuando se respeten los principios y preceptos del Derecho Internacional:

...las pautas de justicia (...) constituyen directrices importantes que deben ser atendidas por los órganos políticos a la hora de adelantar la negociación. Sin embargo, tales directrices no contienen una fórmula que permita concretar en detalle el contenido y alcance de los derechos que deben ser respetados en todo acuerdo de paz. En efecto,

corresponde al Estado definir, por ejemplo, el sistema concreto de reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos, así como las normas que regulan los procesos judiciales que deben adelantarse o las estrategias de reconstrucción de la verdad (Botero Marino y Restrepo Saldarriaga, 2006, Pág. 50).

En un contexto de finalización del conflicto armado en Colombia y de justicia transicional, la propuesta de sanción reparadora puede aparecer como un instrumento útil y deseable para la realización de justicia ante aquellos responsables de conductas constitutivas de crímenes de guerra, de lesa humanidad o violatorias de Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, cometidas en contra del pueblo indígena Nasa. Propuesta que no se limitaría únicamente a este aspecto sancionatorio porque intenta abarcar el ámbito de la reparación por medio de la utilización de medidas que simultáneamente a la sanción busquen reparar y restablecer idóneamente la dignidad, conforme a las exigencias de justicia de cada comunidad.

CAPÍTULO III. LA SANCIÓN REPARACIÓN PARA LA COMUNIDAD NASAS.

LA SANCIÓN Y LA REPARACIÓN EN LA JUSTICIA INDÍGENA NASAS

Corresponde ahora adentrarnos en el ámbito concreto de la justicia indígena Nasa, que como se verá integra en su gran mayoría elementos de carácter eminentemente restaurativo. Con el propósito de compaginar con los temas anteriores expuestos y desarrollar la propuesta de este trabajo, corresponde abordar el sistema de justicia particular y la cosmovisión del grupo étnico estudiado.

Así pues, encontramos en un principio que lo injusto dentro de esta cultura es concebido como una perturbación de la armonía de la comunidad, o, en otras palabras, como un desequilibrio en las fuerzas que rigen la vida, la comunidad y la naturaleza. Esto en razón de que sociedad y naturaleza son conceptos que dentro de su cultura no existen el uno sin el otro, pues

...aunque los Nasas diferencian empíricamente naturaleza y sociedad jamás las conciben separadamente sino en interacción y, a veces, como superposición; aunque son distintas son idénticas, están compuestas de las mismas fuerzas positivas y negativas, son el continuo de la vida (Gómez Valencia, 2015, Pág. 339).

Esta armonía tanto social como natural es una noción fundamental dentro de la cosmovisión de los Nasas y esta es precisamente la finalidad y el objetivo primordial de su concepción sobre la justicia. Frente a este proceso de justicia o armonización de la comunidad, Aida Marina Quilcue, Consejera de Derechos Humanos y Paz de la ONIC e integrante del pueblo indígena Nasa afirma: “Cuando hablamos del tema de la armonía es para que la gente se restablezca, no para que termine siendo un delincuente

más, y para ello, cada comunidad tiene su forma cultural de desarrollar los procesos de armonización.”⁵

Vemos entonces que esta justicia ya de por sí empieza a abordar un enfoque eminentemente restaurativo, en la medida en que se centra en el restablecimiento del vínculo social fracturado y no en la retribución punitiva individual para quien ha cometido el acto nocivo para la comunidad

Este proceder de la justicia Nasa muestra que el sujeto trasgresor se hace merecedor a una sanción que, a la vez que busca "compensar" materialmente el daño causado, se orienta a reingresar al trasgresor a las prácticas de reciprocidad y cooperación inherentes al trabajo y, al mismo tiempo, requiere una terapéutica ritual que restaure el equilibrio espiritual perdido (Gómez Valencia, 2015, Pág. 338).

Si bien el victimario se hace merecedor de una sanción, esta se encuentra encaminada más bien a la compensación del daño y a la reconstrucción de la armonía social desestabilizada con el hecho transgresor. Es por esto, que el acto de matar, por ejemplo, no se comprende de la misma manera que en el pensamiento occidental, pues en la comunidad este:

...es concebido como enfermedad, no a la manera de una patología biológica o social de un sujeto en particular (como se piensa en la sociedad occidental), sino como una enfermedad de la cultura inherente a los procesos naturales del ser humano y, por consiguiente, de los Nasa; por lo tanto, no es consecuencia de un acto voluntario del sujeto sino producto de los desequilibrios de las fuerzas "positivas y negativas" que dan y quitan la vida (Gómez Valencia, 2015, Pág. 343).

De manera más concreta respecto a las sanciones o prácticas culturales a la hora de aplicar justicia en la comunidad, cada cabildo tiene autonomía jurisdiccional hay un gran número de resguardos en los cuales existe diversidad normativa en cuanto a procedimientos, sanciones y faltas.

Así pues, y siguiendo el contenido del libro de Herinaldy Gómez Valencia: “Justicias Indígenas en Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político”, encontramos que hay algunos de los rituales, medidas y sanciones comunes dentro del pueblo Nasa: el “Kupathnxi – Kupanthkwe” o asegurar – Calabozo, que tiene como objetivo la prevención ya sea de riesgos por parte del victimario contra la comunidad, o de posibles riesgos contra él; el Trabajo Comunitario o “Xha’çxha mhinás” una de las tradiciones más utilizadas cuando se perturba el equilibrio y la armonía dentro de la comunidad; “Peçxuknxi” o Fuede, una de las sanciones más tradicionales contra aquel que rompe la armonía del pueblo, este particular castigo tiene sin embargo dos formas de sanción: “La primera es tangible, es decir tienen una representación material y una segunda que es intangible es decir no tiene representación material pero si es simbólica” (Gómez Valencia, 2015, Pág. 392); y el “Us phuthnxi”: soplar, el cual es un acto ritual

⁵ Entrevista a Aida Marina Quilcue.

que busca alejar los espíritus negativos, las enfermedades controlables y las personas que desarmonizan la comunidad.

En consecuencia, el fundamento filosófico de la búsqueda de la armonía y el equilibrio social basado en la reparación a la víctima o la restauración antes que el castigo o retribución al victimario son acepciones de la justicia que contribuyen indiscutiblemente a la reconstrucción del tejido social. Incluso, en circunstancias como los procesos de justicia transicional, estos aspectos pueden propender por la satisfacción real del derecho a la reparación de las víctimas. Este escenario es bastante deseable pues con él se persigue la posibilidad obtener la reconciliación social y la reedificación de una nueva sociedad.

POSIBILIDADES PARA LA *SANCIÓN REPARACIÓN* EN LOS ACUERDOS DE PAZ.

Debe señalarse que esta propuesta de *sanción reparación* se hace para la justicia transicional. En Colombia existe pluralidad de sistemas jurídicos en razón de la diversidad cultural del país y en virtud de esto la justicia ordinaria no podría arrebatar la jurisdicción de la indígena o viceversa. Pero el escenario en el que nos encontramos es de otro tipo. En razón de la excepcionalidad y especialidad del Acuerdo de Paz, la competencia en este tipo de circunstancias la ejerce de manera excepcional la Justicia Transicional, la cual no puede ser reemplazada, ni por la ordinaria, ni por la indígena.

Tomando ya concretamente los Acuerdos de paz, encontramos que en el Acuerdo sobre las víctimas y la Jurisdicción Especial para la Paz, la *sanción reparación* podría caber como un mecanismo para la responsabilización del daño, que conforme a lo establecido allí se enmarcaría dentro de lo que se denominó como *Medidas de reparación integral para la construcción de la paz*. Las cuales son:

...medidas que buscan asegurar la reparación integral de las víctimas, incluyendo los derechos a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición; y la reparación colectiva de los territorios, las poblaciones y los colectivos más afectados por el conflicto y más vulnerables, en el marco de la implementación de los demás acuerdos. Con este fin, se fortalecerán los mecanismos existentes, se adoptarán nuevas medidas, y se promoverá el compromiso de todos con la reparación del daño causado (Gobierno de Colombia - FARC-EP, 2016, Pág. 129).

Efectivamente existe la posibilidad para constituir un mecanismo que permita sancionar y que simultáneamente sea una medida de reparación integral:

Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades

(Gobierno de Colombia - FARC-EP, 2016, Pág. 130).

No obstante, debe puntualizarse que el contexto de la presente propuesta se desenvuelve exclusivamente en el ámbito de los delitos no amnistiables, ni indultables. Motivo por el cual, no es del caso el estudio específico de aquellos casos no seleccionados por la JEP (Jurisdicción Especial para la Paz).

Respecto a las sanciones aplicables para aquellos responsables de conductas violatorias de Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario dentro del Acuerdo, encontramos el numeral 60 del SIVJRNR (Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y No Repetición). Allí se presenta de manera general las posibles sanciones. A estos mecanismos se les concedió un carácter restaurativo y en la medida en que son caracterizados de esta manera, la función de estas sanciones no puede catalogarse exclusivamente en el ámbito punitivo. Conforme a este numeral se tiene que:

Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del SIVJRNR mediante declaraciones individuales o colectivas (Gobierno de Colombia - FARC-EP, 2016, Pág. 164).

En el mismo documento del Acuerdo encontramos también las llamadas *sanciones propias*, impuestas cuando se ha reconocido la verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. Estas *sanciones propias*, que consistirán en restricciones efectivas de libertades y derechos, con una duración mínima de cinco años y máxima de ocho años, tendrán también componentes reparadores y restauradores. Es decir, los victimarios presentarían proyectos que buscarían cumplir con el carácter restaurativo de las sanciones. Proyecto que será "...detallado, individual o colectivo, de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas" (Gobierno de Colombia - FARC- EP, 2016, Pág. 172). Para estos proyectos se establecen una serie de actividades no exhaustivas que podrán realizarse en zonas tanto rurales como urbanas.

No obstante, debe precisarse que no resulta coherente limitar la creación de proyectos de reparación al ámbito exclusivo de los victimarios o responsables como lo hace el Acuerdo. Esta situación conforme a los principios allí concertados no resulta consecuente máxime cuando el mismo Acuerdo de Paz resalta el carácter central de las víctimas dentro del mismo. Por el contrario, en los planteamientos de la *sanción reparación*, la participación de quienes van a ser reparados debe ser

crucial y significativa. En especial cuando estamos hablando de una comunidad étnica que posee una cultura distinta y un medio de satisfacción de los derechos afectados diferente al existente en el sistema de justicia tradicional.

Así pues, se infiere que la *sanción reparación* puede ser acogida en el proceso transicional en Colombia, al ser este un mecanismo de sanción y reparación, que además cumple con las características de las sanciones previstas en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Adicionalmente, el Acuerdo de Paz tiene una sección dedicada exclusivamente a los pueblos étnicos del país. Ahí se les reconoce la condición de víctimas y la necesidad de atender sus derechos afectados teniendo presente siempre su cultura y cosmovisión. De esta forma se busca dotar el Acuerdo con una perspectiva étnica y cultural que responda a las necesidades particulares de estos pueblos, y que también respete y dignifique sus derechos. En este apartado se habla sobre el diseño de mecanismos, conforme a una perspectiva étnica y cultural: “En el diseño de los diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales acordados respecto a los pueblos étnicos se incorporará la perspectiva étnica y cultural” (Gobierno de Colombia - FARC-EP, 2016, Pág. 209). Esto resulta sustancial en razón de que lo que se busca con esta propuesta es una compaginación entre el sistema transicional y el indígena, mediante la utilización de elementos propios de este último que puedan reparar conforme a la cultura y tradición del pueblo.

Se observa también que esta sección resalta un principio de coordinación y articulación que deberá existir entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Indígena. Una muestra de la expresión de este principio se podría encontrar con la *sanción reparación*, que precisamente puede articular ambos sistemas. El Acuerdo de Paz establece que podrán realizarse “...trabajos, obras y actividades, los cuales no podrán ser incompatibles con las políticas públicas del Estado en la materia siempre que las anteriores sean acordes con las tradiciones y costumbres étnicas y culturales de las comunidades...” (Gobierno de Colombia - FARC-EP, 2016, Pág. 173). Sin embargo, debe señalarse que en este caso también aplica la exclusión, estipulada en las *sanciones propias* del Acuerdo de Paz, de que los únicos que pueden presentar propuestas de este tipo son los victimarios.

Efectivamente, existe la participación de las víctimas indígenas mediante la consulta a sus representantes (contemplada en el Acuerdo). No obstante, tal intervención se reduce exclusivamente a una simple opinión sobre los proyectos y no a una decisión fundamental en la

escogencia y creación de los mecanismos para reparar. Desde la perspectiva de la justicia reparadora y/o restaurativa las comunidades son los sujetos más idóneos para plantear cómo podrían ser reparados de acuerdo a sus tradiciones y cultura.

En conclusión, la participación de las víctimas en la creación de estos mecanismos ha de ser fundamental e indispensable si lo que se pretende es cumplir con una efectiva y plena reparación. Si bien la justicia indígena no despoja de su competencia a la Justicia Transicional, sí la nutre y la fundamenta con medidas apropiadas para reparar y sancionar conforme a la cultura y tradiciones del pueblo. La utilización de mecanismos provenientes de las mismas comunidades es acorde con los principios de pluralismo jurídico y de articulación y coordinación de las distintas jurisdicciones. Así pues, la *sanción reparación* aparece como un mecanismo idóneo de restauración para la Justicia Transicional pero sí éste es inspirado y edificado desde la justicia indígena.

REPARACIÓN COLECTIVA Y SIMBÓLICA PARA LA POBLACIÓN INDÍGENA NASA POR MEDIO DE LA SANCIÓN REPARACIÓN

Como se observó, la justicia indígena Nasa posee grandes rasgos de justicia restaurativa y el uso de mecanismos extraídos de su justicia es posible en el marco de los Acuerdos de Paz. En ese sentido, el contenido de los mecanismos de *sanción reparación* debe integrarse con medidas de carácter restaurativo que busquen responsabilizar a los victimarios en la reparación del daño causado y, además deben constituir un medio de expresión idóneo de la justicia indígena Nasa y sus intereses, en el marco de los Acuerdos de Paz. De esta forma podría lograrse una efectiva reparación y restablecimiento de la dignidad del pueblo Nasa.

Es importante aclarar que el derecho a la reparación que se propone no desde el ámbito individual sino desde el colectivo (Gutiérrez, 2017, pág. 138). De manera que el sujeto hacia el cual irán dirigidos los mecanismos de reparación lo constituye la colectividad entendida como unidad.

La *sanción reparación* tendría no solo el objetivo central de encontrar los mecanismos más aptos e idóneos para reparar, sino también el de procurar restablecer la dignidad de esta comunidad de la forma más efectiva. Para ello, resulta indispensable tomar en cuenta su identidad cultural, social y jurisdiccional a la hora de estructurar las medidas más apropiadas, tanto para sancionar a los agresores, como para responsabilizarlos en la reparación del daño que cometieron.

La *sanción reparación* no se enfoca en las tradicionales reparaciones indemnizatorias de carácter

monetario, sino más bien en la dimensión inmaterial y moral tanto del individuo como de la comunidad. No obstante, no puede negarse que en un mundo globalizado donde el contacto y la mezcla de culturas se ha vuelto la regla general, es posible que las reparaciones monetarias no resulten del todo infructuosas.

Por otra parte, se propone el concepto de reparación simbólica, el cual se enfoca en una dimensión psicológica tanto individual como colectiva. Aquí lo esencial no es tanto la restitución material del daño, sino más bien: el restablecimiento de la dignidad de las víctimas, la responsabilización de los victimarios, la construcción de memoria sobre lo ocurrido y la efectiva reconciliación social para evitar la repetición de lo ocurrido. En ese sentido, estas reparaciones “...deben buscar: (i) dignificar y reconocer a las víctimas, (ii) recordar la verdad de los hechos victimizantes y (iii) solicitar perdón y asumir la responsabilidad por parte de los victimarios” (Patiño Yepes, 2010, Pág. 55). En este escenario, nos estamos refiriendo a la utilización de mecanismos que simbólicamente representan dentro de la cultura y la cosmovisión Nasa, los mejores medios para reparar o restaurar.

Por esto la utilización de medidas de este tipo encaminarían positivamente la búsqueda hacia un posible restablecimiento de la dignidad de este pueblo. Esto en la medida en que se pretende enaltecer su cultura, sus costumbres, su justicia, su cosmovisión, y con ello a cada uno de sus miembros. En ese sentido, medidas de reparación colectiva, de carácter simbólico, y de justicia indígena serían las que mejor se acomodarían en el caso de la *sanción reparación* para la comunidad Nasa.

TRABAJO COMUNITARIO COMO UNA OPCIÓN DE REPARACIÓN PARA EL PUEBLO NASA

Finalmente, se propone el trabajo comunitario como una posible opción que se acomoda a los postulados de la *sanción reparación*. De acuerdo a la ya mencionada líder e integrante del pueblo Nasa Aida Marina Quilcue: “Los trabajos comunitarios son actividades de sentarse a pensar, de trabajar, de construir. Hay procesos comunitarios donde se trabajan los cultivos, pero no solo para una persona o familia sino para toda la comunidad.”⁶ El “*Xha’çxha mhinás*” o *Trabajo comunitario*, se utiliza entonces para restaurar la armonía perdida en la comunidad. Generalmente se impone la carga al responsable de trabajar en las parcelas de la comunidad o del cabildo durante un periodo. Aquí los sancionados son considerados como individuos que no se les enseñó a trabajar la tierra o que no recibieron el tratamiento debido por la autoridad espiritual. Además, el

⁶ Entrevista a Aida Marina Quilcue

trabajo tiene una connotación trascendental dentro de este pueblo pues es concebido como símbolo de bienestar y felicidad.

Esta labor se encuentra estrechamente vinculada a una noción simbólica que trasciende del ámbito material. Aquí la finalidad de este instrumento es corregir y contrarrestar los vicios que destruyen la armonía del pueblo, y en su lugar reemplazarlos por costumbres sanas y tradicionales que cultiven no sólo esta armonía, sino también el espíritu de quien es sancionado.

Este mecanismo no debe ser asimilado al de nuestras cárceles, pues el trabajo comunitario en los Nasa tiene una connotación que más que reparar materialmente, es un símbolo que personifica la identidad cultural y étnica del pueblo. Por otra parte, no aplica aquí la proscripción del trabajo forzado tanto a nivel nacional e internacional, pues se parte de la base que el sometimiento a la justicia transicional no es obligatorio. Quien decide someterse se acoge sus beneficios y sanciones.

Así pues, la *sanción reparación* además de desarrollarse mediante la utilización del trabajo comunitario en el caso de aquellos responsables ante la comunidad Nasa, puede acomodarse a los planteamientos del Acuerdo y presentarse como una posibilidad viable e idónea para la reparación y restablecimiento de la dignidad del pueblo. Este instrumento puede conducir a la consecución de tres objetivos: la reparación plena y efectiva del daño causado, la dignificación del pueblo por medio del enaltecimiento de su justicia y tradiciones, y la simultánea sanción de los responsables por medio de la aplicación de cargas responsabilizantes. Esto no implica que ésta sea la única vía para reparar idóneamente al pueblo Nasa. La presente propuesta constituye tan solo una posibilidad adaptable a las premisas de la *sanción reparación* y los Acuerdos de paz.

CONCLUSIONES

- La Justicia Restaurativa como noción complementaria a la Justicia Transicional puede realizar significativas contribuciones a la construcción de la paz y una nueva sociedad cimentada en la reconciliación. Si bien el aspecto restaurativo representa un componente fundamental dentro de los procesos de transición en una sociedad, no debe caerse en el error de reemplazar el derecho a la justicia por el derecho a la reparación.
- La reconciliación es un elemento fundamental para la reconstrucción de una nueva sociedad que pretende superar la guerra del pasado. Enfatizar en los aspectos reparadores y de restauración de

las víctimas y de la sociedad fortalece y garantiza la efectividad de un proceso de paz, para con ello contribuir finalmente con la búsqueda de la reconciliación social (Gutiérrez. 2017, pág. 67).

- El concepto de Justicia Reparadora propuesto por la profesora Rama Mani pretende lograr la reconciliación para que todos los diversos sujetos de la sociedad, por medio de la representación de todos sus intereses, logren incluso cooperar para la reedificación de una nueva sociedad cimentada en el respeto y la inclusión.
- El pueblo Nasa posee una justicia con elementos particularmente restaurativos. El trabajo comunitario y la realización de rituales encaminados al restablecimiento de la armonía perturbada dentro de la comunidad, son un ejemplo de ello. Por ello es apropiado y útil tomar de ella instrumentos de carácter restaurador en miras a los Acuerdos de paz. Máxime cuando una de las víctimas a reparar dentro del proceso transicional son precisamente las personas pertenecientes a este pueblo.
- La sanción reparadora surge como una propuesta encaminada a responder de la manera más efectiva e idónea a las necesidades de reparación del pueblo Nasa dentro del proceso transicional. Por una parte, busca responsabilizar del daño mediante la aplicación de sanciones que representen una carga de reparar a las

víctimas, procurando de esta manera dar una respuesta al derecho a la justicia. Por otra parte, se busca que las sanciones contribuyan a la reparación y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, de la manera más eficaz y apropiada.

- Dentro del documento de los Acuerdos de Paz alcanzados entre el gobierno y la guerrilla de las FARC, se dispone la existencia de mecanismos de sanción de carácter restaurativo. La sanción reparación pretende ser un instrumento que se acomode a estos por medio de estos mecanismos allí dispuestos. Con la disposición de estas medidas restaurativas allí, se abre la posibilidad de materializar la sanción reparación en la Jurisdicción Especial para la Paz, pues quienes sean sancionados con las denominadas sanciones propias (las cuales cumplen esta función reparadora o restaurativa) tendrán la posibilidad de presentar un proyecto de reparación a las víctimas ante el Tribunal Especial para la Paz.
- En el caso específico de la comunidad indígena Nasa, la sanción reparación se presenta una propuesta apta e idónea para reparar y restablecer al pueblo indígena en su dignidad. La sanción reparación se constituye en un medio óptimo para dignificar a las comunidades víctimas del conflicto en la medida en que se compone de mecanismos colectivos que simbólicamente buscan reparar a estos pueblos de acuerdo a sus usos y sus costumbres. Se enaltece la justicia y la identidad cultural con la utilización de medidas restaurativas que no se limitan a la reparación material, sino también al restablecimiento de la dignidad de estos pueblos conforme a su cultura.

- El trabajo comunitario en el caso específico de la comunidad Nasa, se presenta como una opción de materializar la sanción reparación en el marco de los Acuerdos de paz. Cumpliendo además con elementos del derecho a la reparación, este mecanismo pretende también responder al derecho a la justicia a través de la sanción a los victimarios, al imponérseles la carga de reparar el daño. Reparación que además se construye desde el ámbito simbólico, pues se enaltece la justicia de este pueblo y se busca restablecer su dignidad al ordenar que sus victimarios sean sancionados con medidas que realmente pueden tener un significado y una trascendencia para la comunidad. No obstante, no es esta la única opción, sino que son varias las alternativas que pueden plantearse conforme al ordenamiento jurídico, los Acuerdos de paz y los principios de la Justicia Transicional y Restaurativa.

RECOMENDACIONES

- En el actual Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición consagrado en los Acuerdos de Paz de la Habana se establecen una serie de disposiciones que pretenden la utilización de mecanismos de corte restaurativo dentro de las sanciones allí contempladas. La sanción reparación, en el caso específico de la comunidad indígena Nasa, víctima del conflicto armado, se presenta como uno de estos mecanismos que podría ser utilizado en la búsqueda de la reparación y el restablecimiento la dignidad de este pueblo conforme a su justicia y sus tradiciones.

- En la medida en que esta propuesta propende por la integración de aspectos sustanciales de la justicia indígena, como es el caso del trabajo comunitario, se restablecen los derechos y la dignidad de esta comunidad. En ese sentido, sería de gran utilidad la aplicación de la presente propuesta en el despliegue de la Jurisdicción transicional, puesto que con la misma se atiende fielmente a los postulados del Acuerdo que presentan a las víctimas como el objeto central del mismo. El empleo de estos mecanismos constituiría una aproximación al restablecimiento de la dignidad y a la reparación real y efectiva de la comunidad Nasa, pues con ellos se persigue que la justicia transicional se fundamente y se nutra de la propia justicia indígena para alcanzar tal objetivo de restauración.

- En el Acuerdo además se establece la posibilidad de presentar proyectos de reparación por parte de los victimarios, sin embargo, resulta injusto y desigual limitar o cerrar esta capacidad de proposición solamente a ellos. Aunque se afirma que el objeto central de los Acuerdos son las víctimas, esto no se ve materializado al excluir a las víctimas de la posibilidad de proponer los medios más idóneos y apropiados para ser reparadas. El tema se complica más aún cuando se trata de comunidades indígenas, donde sus concepciones de justicia y reparación son bastante diversas, haciendo indispensable la participación de las mismas en la construcción de la propuesta de

reparación. Así pues, debería abrirse la posibilidad de proponer y participar a las víctimas frente a cómo van a ser reparadas, y será el Tribunal quien acepte o disponga de tal proposición siempre y cuando esta se acomode a los principios y lineamientos de una justicia reparadora y/o restaurativa, señalados dentro de los mismos Acuerdos.

REFERENCIAS:

- García Maynez, E. (1958) *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa. Primera Edición.
- Gómez Valencia, H. (2015) *Justicias Indígenas en Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político*. Bogotá: Centro de Documentación Judicial CENDOJ.
- Gutiérrez Gallo, C. (2017) *La sanción reparación como el mecanismo más apropiado e idóneo para reparar a la comunidad indígena Nasa y sancionar a sus victimarios en el marco del proceso de paz con las FARC – EP* (Trabajo de grado). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Patiño Yepes, A. A. (2010) Las reparaciones simbólicas en escenarios de Justicia Transicional. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Vol. 21. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27292.pdf>
- Saffon, M. P. Minow, M., Crocker, D., Mani, R. (2011) *Justicia Transicional*. Bogotá: Nuevo Pensamiento Jurídico.
- Uprimny Yepes, R., Saffon Sanín, M. P. (2005) *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades en Rettberg, A. Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Ediciones Uniandes. Recuperado de: <http://www.sercoldes.org.co/images/pdf/Dilemasenjusticiatransicional.pdf>
- Uprimny Yepes, R., Saffon Sanín, M. P., Botero Marino, C. y Restrepo Saldarriaga, E. (2006) *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos.
- Villa, W., Houghton, J. (2005) *Violencia política contra los pueblos indígenas en Colombia 1974-2004*. Bogotá: Alto Vuelo Comunicaciones.
- Corte Constitucional. (26 de enero de 2009) Auto 004 de 2009. MP: Manuel José Cepeda Espinosa
- Entrevista a Aida Marina Quilcue, (15 de marzo de 2017). Consejera de Derechos Humanos y Paz de la ONIC e integrante del pueblo indígena Nasa. Bogotá D.C.

Gobierno de Colombia - FARC - EP (24 de noviembre de 2016). *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Quinto Acuerdo: Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz. Recuperado de: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.p>

EL IMPACTO DEL RECLUTAMIENTO EN LA EDUCACIÓN Y LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

OMAR DAVID MUÑOZ ROMERO¹

RESUMEN:

El presente artículo tiene como fin analizar de qué forma se ve afectada la identidad cultural de comunidades indígenas ante la vulneración del derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes indígenas en el marco del conflicto armado colombiano. Consecuentemente, en este artículo se habla de la condición jurídica de las comunidades indígenas en Colombia, de la importancia y el desarrollo que ha tenido su derecho a la educación y del impacto del reclutamiento de niños indígenas en la identidad cultural. Para dar cuenta de dicho impacto, además de la investigación bibliográfica, se realizaron algunas entrevistas a miembros de comunidades indígenas con unos resultados que nos llevaron a concluir que el reclutamiento de la niñez indígena se vive de manera colectiva y compromete directamente la identidad cultural y la posibilidad de trascendencia de las comunidades indígenas en nuestro país.

Palabras clave: Reclutamiento, niñez, comunidades indígenas, educación e identidad cultural.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Correo: Omar.mu94@hotmail.com

1- INTRODUCCIÓN

El conflicto armado interno que ha vivido Colombia durante más de 50 años ha dejado un sinnúmero de violaciones a los derechos humanos pese a estar protegidos por la Constitución Política de Colombia. Tal es el caso del derecho a la educación, parte de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) reconocidos dentro de nuestra Constitución, cuyo disfrute permite un acceso a un número mayor de derechos fundamentales, como la dignidad humana, el trabajo, la salud, entre otros.

Como consecuencia del conflicto armado interno, se ha producido un masivo reclutamiento de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), incluidos los pertenecientes a comunidades indígenas (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014, p. 120). La niñez indígena se encuentra en una posición de mayor vulnerabilidad frente al reclutamiento debido a las condiciones socio culturales de sus comunidades.

Son escasas las investigaciones acerca del impacto que tiene el reclutamiento en el derecho a la educación visto desde lo colectivo, desde la comunidad indígena y desde la preservación de la cultura. Razón por la cual, se estableció un planteamiento del problema y un objetivo general con la finalidad de profundizar el impacto que existe en la identidad cultural y en la educación de los pueblos indígenas a causa del reclutamiento de NNA.

La pregunta a responder será: ¿de qué forma la vulneración del derecho a la educación a causa del reclutamiento de NNA indígenas en el marco del conflicto armado afecta el derecho a la identidad cultural de las comunidades? Adicionalmente, el objetivo general es analizar de qué forma se ve afectada la identidad cultural de las comunidades indígenas ante la vulneración del derecho a la educación de los NNA producto del conflicto armado.

La metodología se desarrolló de acuerdo a dos tipos de fuentes: primarias y secundarias. En primer lugar, se realizaron 6 entrevistas a miembros de las comunidades indígenas. La principal finalidad de las entrevistas fue entender la perspectiva indígena frente al impacto que tiene el reclutamiento en la educación de las comunidades. Así mismo, se intentó establecer hasta qué punto se puede vulnerar la diversidad cultural como consecuencia del reclutamiento de NNA indígenas.

En segundo lugar, se analizaron fuentes bibliográficas, doctrina, jurisprudencia, normativa, así como investigaciones precedentes sobre el reclutamiento de los NNA en Colombia, la regulación del derecho a la educación de las comunidades indígenas, y las formas en que el reclutamiento afecta el derecho a la educación de las comunidades indígenas. El presente artículo contiene recortes de la Tesis de Grado denominada “El reclutamiento y su impacto en el derecho a la identidad cultural y la educación de las comunidades indígenas”, presentado como requisito de grado en la Universidad Externado de Colombia para obtener el título de abogado en la carrera de Derecho.

LA EDUCACIÓN COMO UN VEHÍCULO HACIA LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA CULTURA INDÍGENA

Derechos como la identidad cultural y la educación en Colombia gozan de una protección de carácter constitucional. Por un lado, los artículos 7 y 70 de la Constitución Colombiana protegen la identidad cultural por medio del acceso, el respeto e igualdad de la cultura en Colombia, y, por otro lado, el artículo 67 de la Constitución Política consagra a la educación como un derecho y un servicio en cabeza del Estado, la familia y la sociedad.

La identidad cultural, al estar consagrada en la Constitución Política, es protegida por el Estado por medio del acceso y el fomento de la misma. Tal como lo menciona el artículo 70 en su primer inciso, el principal mecanismo por el cual se fomenta la cultura es la educación dado que, en esencia, por medio del conocimiento y el aprendizaje es posible constituir una identidad nacional.

Son varios los autores y entidades que destacan la relevancia que tiene la educación en la vida de una persona. Entre ellos esta el profesor García, que define la educación como un “derecho habilitante para el ejercicio de otros derechos” (García E. M., 1998a, p. 14). En ese orden de ideas, el derecho a la educación se puede entender como una especie de intermediario, por medio del cual se capacita a una persona con la finalidad de garantizar el efectivo goce de sus derechos otorgados por la ley (García E. M., 1998b, p. 14).

Instrumentos Internacionales como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 29, también recalcan la importancia que tiene la educación en la personalidad y aptitud de todo NNA y cómo dichos aspectos aumentan la oportunidad de acceder a los derechos que se encuentran en cabeza de toda persona en virtud de la ley. Tal como lo expresa su literal A, “Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades” (CIDN, 1989, art. 29).

Como se ha dicho anteriormente, la educación es un derecho que da acceso a otros derechos, y la identidad cultural es uno de ellos. La educación en los pueblos indígenas ha sido primordial para poder conservar y transmitir la cultura que posee cada comunidad en las regiones de Colombia. En efecto, su educación usualmente contiene el conocimiento de la cosmovisión, las costumbres y las tradiciones que se transmiten principalmente de manera oral (Ramírez, Cortés, & González, 2012a, p. 10).

El decreto 1142 de 1978 y la resolución 3454 de 1984 del Ministerio de Educación, han fortalecido la idea de la educación indígena como un proceso educativo orientado al desarrollo cultural, socioeconómico y político de sus respectivas comunidades. Como consecuencia de estas disposiciones normativas, surge el concepto de la etnoeducación en Colombia (Patiño, 2004a, p. 10).

La etnoeducación consiste en un proceso mediante el cual, no solo se transmite la tradición de una cultura, sino también la construcción de identidades de carácter universal. El movimiento indígena del Cauca, en los años 70, propuso que la educación fuera “bicultural” con el fin de promover la protección y recuperación de la cultura indígena, por medio de la enseñanza de la lengua nativa en las escuelas (Ramírez, Cortés, & González, 2012b, pp. 40 - 41). Tal como lo afirma un miembro de la comunidad Nasa, la etnoeducación busca proteger las costumbres y tradiciones ancestrales de los pueblos étnicos en Colombia.

El decreto transitorio de educación, donde nos da la oportunidad de crear los tipos de educación que cumplan con las necesidades que las comunidades a nivel nacional requieran... Se está tocando en particular el cuidado y la pervivencia de los valores culturales como lo es la lengua, las manifestaciones artísticas, y todo ese tipo de cosas que hacen de la identidad en este caso de la comunidad nasa del norte de Cauca²

La Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) en su artículo 55 define el concepto de etnoeducación como el aprendizaje de los grupos que poseen una costumbre, lengua y tradición propias de su pueblo; ligado al ambiente, a un proceso social y cultural siempre respetando sus tradiciones y creencias. Por otro lado, el artículo 56 de la Ley General de Educación y el artículo 2 del decreto 804 de 1995 mencionan los principios que componen la etnoeducación. Entre ellos se encuentran la integralidad, la interculturalidad, la diversidad lingüística, la participación comunitaria, la flexibilidad y la progresividad³. Dichos principios buscan fortalecer la identidad por medio del conocimiento y la socialización, incentivar la protección y el uso de la naturaleza, promover el uso de lenguas vernáculas, la capacitación del docente, y la investigación en todos los ámbitos de la cultura (Ley general de educación, 1994).

Es importante aclarar que la etnoeducación no se limita a la enseñanza de una sola cosmovisión y una sola lengua, sino que, debido a la cantidad de pueblos indígenas que existen en Colombia, tiene una gran diversidad de lenguas y cosmovisiones pertenecientes a los grupos étnicos. Sirva de ejemplo, las zonas indígenas del Cauca donde existen indígenas guambianos, paéces, yanacanas, etc. Al tener tanta diversidad cultural, llegan a formar una multiculturalidad. (Ramírez, Cortés, & González, 2012c, p. 45).

Si bien existe una continua discusión sobre los recursos más idóneos para transmitir el conocimiento y la cosmovisión de los pueblos indígenas, el saber ancestral es la principal forma en que se desarrolla los procesos etnoeducativos. La mayor parte de sus conocimientos son inculcados por medio de la música, la cultura material, la naturaleza, los rituales, la historia, los mitos y la cosmovisión que los rige (Patiño, 2004b, p. 43). Frecuentemente, los sabios, los

² Richard. Miembro de la Comunidad Nasa, director de la orquesta de los guardas de Huellas Caloto en el Cauca. Entrevista realizada el 18/03/17.

³ Ver Decreto 804 (1995), artículo 2, para un análisis mas exhaustivo de los principios que componen la etnoeducación

ancianos o los chamanes cuentan historias o relatos tradicionales a los NNA durante las fiestas, ritos y reuniones de la comunidad con el fin de preservar los valores de su pueblo y construir la identidad cultural en los más jóvenes. Dichas narrativas destacan la cosmovisión del pueblo, con relatos sobre sus antepasados, los dioses y la naturaleza (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014a, p. 134).

Para entender en mayor medida la importancia que tiene la etnoeducación en las comunidades indígenas, se puede realizar una especie de comparación entre la educación occidental y la indígena. La pedagogía que utiliza el sistema occidental consiste en la constante asistencia del estudiante a una institución, en la cual encuentra un programa educativo establecido y desarrolla una serie de habilidades que le permitirá desenvolverse mejor en un ámbito profesional. Mientras que las comunidades indígenas tienen su propia forma de aprendizaje que se enfoca en la enseñanza de las tradiciones y costumbres de su respectiva comunidad, tales como la cosmovisión y la filosofía que tienen del mundo. Cabe mencionar, además, que el conocimiento se adquiere por medio de la práctica, dado que éste es sagrado y no se masifica. En fin, la educación indígena no solo puede ser vista como una mera comprensión de un conocimiento, sino que también juega un papel fundamental en la supervivencia y la trascendencia de toda una cultura, y como consecuencia, permite el goce efectivo del derecho a la identidad cultural (Ramírez, Cortés, & González, 2012d, p. 30).

Esbozada la relevancia que tienen los procesos etnoeducativos en las comunidades indígenas y el papel fundamental que juegan frente a la supervivencia y trascendencia de estas comunidades, se infiere que el derecho a la identidad cultural se encuentra ligado al derecho a la educación. A través de la etnoeducación, las comunidades transmiten su cultura, tradiciones y, garantizan en últimas, su propia existencia. Sin embargo, existen obstáculos que impiden el debido desarrollo del derecho a la identidad cultural.

El conflicto armado, y más en concreto, el reclutamiento forzado ha impedido el adecuado desarrollo de los procesos etnoeducativos. Por ende, a continuación, se analizará la regulación alrededor del reclutamiento forzado en Colombia y qué impacto ha tenido en el derecho a la educación de los pueblos indígenas. Del mismo modo, en el último capítulo se analizará el impacto que tiene el reclutamiento de NNA en la educación indígena, y cómo a raíz de dicha afectación es vulnerado el derecho a la identidad cultural.

EL RECLUTAMIENTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO

Con la finalidad de entender la regulación que han surgido a razón de las prácticas violatorias de derechos humanos en los conflictos armados internos se analizarán los instrumentos internacionales relacionados y su importancia.

El incremento de conflictos internos en países africanos y latinoamericanos, y la ausencia de una disposición general de carácter internacional que los regulara, incentivó a los Estados del mundo a ratificar instrumentos internacionales. Esto con la finalidad de brindar una mayor protección y garantía jurídica a sus habitantes y así, regular las prácticas violatorias de derechos humanos que efectuaban los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML en adelante).

Colombia ratificó diversos instrumentos internacionales con la finalidad de prohibir las prácticas violatorias de derechos humanos en su territorio. Entre dichas prácticas se encuentra el reclutamiento ilícito, que ha sido declarado internacionalmente como un crimen de guerra. Así, por ejemplo, ratificó el Estatuto de Roma que prohíbe expresamente la participación de toda persona menor de 15 años en actividades de carácter bélico (1998, Estatuto de Roma, art. 8). También, ratificó la Convención de Ginebra con una regulación más estricta, dado que establece que la utilización de NNA en el conflicto armado no debe predicarse tan solo de las actividades bélicas, sino las actividades de cualquier índole llevadas a cabo en los GAOML y así mismo, prohíbe el ingreso de NNA de manera voluntaria a las fuerzas armadas.

La legislación nacional también considera el reclutamiento como un acto delictivo en virtud del artículo 162⁴ del Código Penal Colombiano. Su tipificación inició en el año 1997 por medio de la ley 418 artículo 14 que reguló el reclutamiento ilícito. Más adelante fue modificada en el año 2004 por el artículo 14 de la ley 890 que aumentó su punibilidad, y para el año 2010, por el artículo 5 de la ley 1421, se dejó vigente el párrafo que hacía referencia a la eliminación de todo beneficio que otorgaba dicha ley si los grupos armados incorporaban menores de 18 años en sus filas (Ley 1421, 2010, art. 5). Cabe decir que el reclutamiento no solo ha sido prohibido por disposiciones legales de carácter nacional e internacional, sino que existen unas disposiciones adicionales en las comunidades indígenas que rechazan su práctica, tal como lo afirma un miembro de la comunidad Ceiba.

Tenemos una cultura diferenciada donde se dice en nuestro derecho consuetudinario [sic] es prohibido y no se permite que nuestros niños sean reclutados, por nuestra cultura, porque un pueblo no puede amenazar a sus propios pueblos. Además que nosotros manejamos nuestra justicia indígena donde nuestros niños [sic] es prohibido reclutar⁵.

El reclutamiento es una práctica que se ha perpetuado en Colombia. Además, se ha expandido de zonas rurales a urbanas y se ha extendido a grupos sociales que gozan de una protección especial, dadas sus características étnicas, sociales y culturales. La práctica del reclutamiento ilícito ha

⁴ Artículo 162. Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁵ Irene. Miembro de la Comunidad Ceiba, directora de la jurisdicción especial indígena y miembro de la OPIAC de la Amazonía colombiana. Entrevista realizada 07/03/17.

llegado a los asentamientos de las comunidades indígenas. Su presencia ha generado una conmoción en todos sus integrantes y ha alterado el funcionamiento de instituciones propias como la educación, la cultura y la cosmovisión.

El número de miembros indígenas reclutados es considerable si tenemos en cuenta que son minorías étnicas. De acuerdo con el Consejo Regional Indígena del Vaupés (CRIVA), para el año 2002, la suma de jóvenes indígenas reclutados era una cifra mayor a los 1.000, con una edad promedio de 15 años (Aya, 2011a, p. 33). A su vez la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) determinó que para el año 2010, alrededor de 500 NNA de comunidades indígenas habían sido reclutados (tomando en cuenta solo los casos que se habían denunciado) (Aya, 2011b, p. 33).

La ubicación geográfica de sus comunidades representa una desventaja porque allí no existe un poder estatal que garantice la protección de sus derechos. De acuerdo con las investigaciones de la Defensoría del Pueblo la Guajira, Magdalena, Chocó, Cauca, Nariño y Putumayo son los departamentos que tienen un alto índice de reclutamiento de NNA y, de igual manera, son los territorios con mayor presencia de grupos étnicos y comunidades altamente vulnerables (Defensoría del pueblo de Colombia , 2014b, p. 106).

La presencia de grupos armados en asentamientos indígenas se debe principalmente a las ventajas estratégicas que proporciona el territorio. Algunas actividades que generalmente se desarrollan en el territorio son el narcotráfico, el tráfico de armas, drogas, contrabando, movilización de dinero en efectivo y la inversión de grandes capitales en su territorio. Igualmente, la expansión que ha tenido el narcolatifundismo hacia zonas con alto potencial de valorización de tierras ha conmocionado a las comunidades indígenas (Ramirez, Cortés, & González, 2012e, p. 17).

Las comunidades indígenas no son ajenas a las problemáticas sociales que existen en la población colombiana. De acuerdo con las investigaciones hechas por miembros de la comunidad existen altos niveles de pobreza y por lo menos el 70% de los niños indígenas vinculados al conflicto confesaron no tener oportunidades para salir adelante (Aya, 2011c, p. 36). Razón por la cual, gran parte de ellos fueron fácilmente seducidos por los incentivos que les proporcionaron sus reclutadores para ser parte de sus filas.

No obstante, algunos autores consideran que las características socioculturales de los NNA indígenas también acrecientan el interés de los grupos armados en reclutarlos. Así, por ejemplo, algunos consideran que los NNA indígenas pueden ser engañados más fácilmente que los niños y niñas colonos en razón de su “enajenación cultural”⁶ con los tipos de engaño que los GAOML les aplican (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014c, p. 110). Sumado a ello, los GAOML

⁶ El término “enajenación cultural” utilizado por el autor de la cita es inadecuado, dado que desconoce la dignidad de los grupos étnicos y el derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural, tal como lo resalta la Sentencia C-139/96 de la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 1996, p. 6.)

también tienen en cuenta en los NNA indígenas aspectos como su profundo conocimiento de la selva y la fuerza que los caracteriza, encontrándose culturalmente y físicamente adaptados a las condiciones ambientales de las zonas apartadas del conflicto armado (Aya, 2011d, p. 39). Siendo a la vez, las personas que menos desertan de los grupos armados de acuerdo al registro de los datos, teniendo los promedios más altos de permanencia en los mismos, quizá por el temor a ser asesinados o castigados por intentar huir (Observatorio del bienestar de la niñez, 2013, p. 10).

Realizando una sumatoria de los factores de vulnerabilidad que poseen los NNA de las comunidades indígenas, se determinó que tienen 674 más posibilidades de ser reclutados por un grupo armado, en comparación con otros NNA de la nación (Springer, 2012, p. 23). Por otra parte, de acuerdo a un estudio realizado por la Defensoría del pueblo, el 92% de las situaciones de riesgo corresponden a la población indígena (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014d, p. 124).

Los NNA pertenecientes a un pueblo indígena comparten gran parte de los factores que favorecen el reclutamiento en general y padecen otros factores que aumentan su vulnerabilidad. La ubicación geográfica de sus viviendas, los intereses que sus territorios generan, las habilidades individuales y la ausencia del Estado en sus zonas, contribuye a que el reclutamiento en las comunidades indígenas se dé con mayor frecuencia.

Las condiciones de vida de un NNA durante su permanencia en un grupo armado son nefastas. La forma en que es adoctrinado un NNA por los GAOML, trae como consecuencia la deshumanización y desmoralización de su persona, tanto así, que pueden crear afectaciones psicosociales.

EL DERECHO EDUCACIÓN Y EL RECLUTAMIENTO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO

La violación del derecho a la educación es otra de las graves consecuencias del reclutamiento de NNA indígenas.

Circunstancias como las campañas cívico – militares, el homicidio de maestros, la utilización de las escuelas como campamento militar y la imposición de ideas o el adoctrinamiento en las escuelas, no permiten un desarrollo óptimo del derecho a la educación y siembran un sentimiento de zozobra en la comunidad que no permite a los niños continuar con su educación.

Así mismo, existe una afectación adicional grave cuando se viola el derecho a la educación. Como se explicó en el primer capítulo, la finalidad de la educación en las comunidades indígenas es transmitir saberes ancestrales y cosmovisiones. Ejercicio que se realiza día a día. Así, por ejemplo, el trabajo, los rituales, las reuniones comunales, entre otros, son algunas de las formas en que no solo se transmite la sabiduría de un pueblo, sino que además se forma la identidad cultural y se

conserva el legado de toda una comunidad. En efecto, este proceso esencial de identidad cultural queda interrumpido cuando hay violaciones al derecho a la educación de NNA indígenas.

Hay una afectación en la educación a través de la oralidad y en particular, en las cuatro maneras en que se “educa” por medio de la oralidad en las comunidades indígenas.

En primer lugar, se afecta la etnoeducación; entendida como un proceso de formación mediante el cual se construye una identidad colectiva, con la finalidad de inculcar el amor a la cultura propia, enseñando de una forma permanente en todas las etapas de su vida la importancia que representa pertenecer a su respectiva comunidad.

La educación indígena se basa en un principio que se llama la colectividad, la especialidad y la reciprocidad, a partir de ello se construyen los currículos y los módulos de formación los cuales... que [---- ----] aquel niño indígena o niña indígena aprenda a valorar primero su entorno cultural donde vive, su tierra, su organización y en todas las etapas de su vida heee... por decir la infancia o adolescencia, en su primaria, en su secundaria, y en su universidad, siempre tenga una identidad cultural propia⁷

Frecuentemente, la presencia de los grupos armados en los establecimientos educativos y los mecanismos de persuasión que utilizaban como las campañas cívico – militares, interrumpían el proceso de formación por medio del cual los niños indígenas construyen su identidad cultural, y no solo eso, existe una alta posibilidad de que deserte un numero significativo de NNA indígenas.

En segundo lugar, se afectan las festividades o reuniones comunitarias que son otra forma en la que se transmite el conocimiento en los pueblos indígenas. Frecuentemente, los ancianos o las autoridades indígenas cuentan historias o relatos tradicionales a los NNA durante las fiestas, ritos y reuniones de las comunidades con el fin de preservar los valores de su pueblo y contribuir a construir la identidad cultural en los más jóvenes. El saber ancestral es inculcado por medio de la música, la cultura inmaterial, la naturaleza, los rituales, los mitos, que resaltan la importancia de sus antepasados, dioses y la conexión con la naturaleza. Por eso es de gran importancia que el niño haga parte de esas celebraciones.

Existe centros educativos que puedan manejar las autoridades indígenas, como en el pueblo Kamsá donde la educación la imparte maestros indígenas de la propia comunidad, pero también hay otros procesos de educación de forma natural que se dan por la sola interacción de padres e hijos, por así decirlo en las familias que varía dependiendo de las familias por ejemplo yo soy de Kamsá pero viví mis primeros 8 años en Bogotá y luego en Sibundoy..., los valores como kamsáo me los enseñaron mis papas⁸

⁷ Nelson. Miembro de comunidad indígena Nasa, que acompaña autoridades indígenas del Cauca. Entrevista realizada el 12/03/17.

⁸ Leandro. Miembro de la Comunidad Kamsá, asesor para asuntos técnicos del despacho del ministro de justicia. Entrevista realizada el 13/03/17.

La irrupción violenta por parte de los grupos armados en sus fiestas culturales, la imposición de normas en la población, los toques de queda y los obsequios entregados directamente son algunos de los acontecimientos que han incidido drásticamente en la educación que se transmite de forma oral de generación en generación. Como consecuencia de ello, no se permite la continuidad de ritos y costumbres de la comunidad y se interrumpe la comunicación entre los más jóvenes con los más ancianos, que generalmente poseen un mayor conocimiento de la cultura propia.

En tercer lugar, se afecta a la educación en el hogar. La educación indígena inicia allí. Incluso, algunos miembros de las comunidades afirman que se da antes de su nacimiento en el momento que los padres comienzan a transmitir la lengua nativa a la persona dentro del vientre. Usualmente, la madre es quien transmite la lengua de la respectiva cultura, aunque a veces se introduzcan palabras provenientes del castellano con el fin de facilitar a los niños su proceso de adaptación, por ejemplo, para poder estudiar en una institución “occidentalizada”.

La educación propia (...) desde que comienza en el vientre de la madre como la cultura Sikuani, cuando la madre hace las actividades culturales. El niño va aprendiendo, lo mismo cuando nace, el papá lo lleva a las prácticas por medio de ‘Catumarres’ y la primera experiencia es la observación, no existe preescolar, nadie se afana por los años o la edad de entrar a la escuela o el colegio, sino es la familia que toma la decisión de que él ingrese al mundo occidental⁹

Al igual que las anteriores formas de educación que son transmitidas por medio de la oralidad, la educación dentro del hogar se ha visto afectada por el reclutamiento de los grupos armados, ya que los niños son arrancados de sus familias, separados de las mismas y alejados de las comunidades.

Por último, aunque no es una forma de oralidad propiamente dicha, se afecta la observación, que es un medio que usan las comunidades indígenas para enseñar. A medida que el niño crece, aumenta su curiosidad por el origen de las cosas tales como los “por qué” o “para qué” de la vida. La educación natural impartida en las familias y comunidades indígenas tiene como objeto la formación de la identidad cultural en una persona. Esto con la finalidad de inculcar el conocimiento de generación en generación y así mantener la tradición, la cultura y las costumbres.

El niño va aprendiendo, lo mismo cuando nace, el papá lo lleva a las prácticas por medio de ‘catumarres’ y la primera experiencia es la observación¹⁰

⁹ Beiman. Miembro de la comunidad indígena Sikuani, Trabaja en la ONIC con sede en Bogotá. Entrevista realizada el 21/04/17.

¹⁰ Beiman. Miembro de la comunidad indígena Sikuani, Trabaja en la ONIC con sede en Bogotá. Entrevista realizada el 21/04/17.

Si las comunidades indígenas transmiten su cultura por medio de la observación, la etnoeducación, las fiestas y la familia, contextos como el conflicto armado y, en concreto, prácticas como el reclutamiento de NNA, tienen un impacto devastador en su respectiva comunidad. Estas pues, impiden que todas ellas sean aprovechadas por los NNA para aprehender y preservar sus prácticas cotidianas, como también su legado histórico y cultural.

La educación ha sido vulnerada porque hay pueblos donde los niños no le permiten ir a estudiar por miedo de que los actores armados los recluten como pasa en la selva donde yo vivo, no hay presencia del gobierno... hay muchas afectaciones a nuestros niños por este tema de mantener la cultura, después eso sería ver las rutas de su reintegración para ver como reconstruyen sus saberes¹¹

La afectación que tiene la educación de los NNA indígenas a causa del reclutamiento no queda solo en no poder acceder al conocimiento de su comunidad, sino que, además, se afecta el derecho que tienen los indígenas y todo habitante en Colombia a la identidad cultural.

EL IMPACTO QUE TIENE EL RECLUTAMIENTO ILÍCITO EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Si contrastamos Como anteriormente se ha dicho, el reclutamiento ilícito no sólo trae como consecuencia una serie de afectaciones de carácter social y psicológico, sino que también la educación y la identidad cultural (con una mayor relevancia para la comunidad indígena) se ven afectadas. No transmitir el conocimiento de su cultura impide el libre desarrollo de su identidad cultural. Los miembros de los pueblos indígenas describen el reclutamiento como una práctica infame y perversa que atenta no solo contra el niño y su familia, sino contra toda una colectividad. Así lo afirma Richard miembro de la comunidad Nasa.

Es criticable desde todo punto de vista e inhumana el hecho de que hagan que niños que están viviendo procesos de construcción, en medio de una sociedad que a veces nos absorbe, de un concepto neoliberal que no nos permite ser lo que verdaderamente somos, sean obligados a ser parte de una guerra injusta que no tenemos por qué estar dentro de ella.¹²

Para poder entender la afectación a la identidad cultural de los pueblos indígenas, debemos tener en cuenta que, a causa de su cosmovisión, han desarrollado un pensamiento unitario con todos los miembros de la comunidad y como consecuencia de dicha unificación, han sido catalogados como sujetos de carácter colectivo. La Corte Constitucional en sentencia T 001/94 reconoció lo que sigue.

¹¹ Irene. Miembro de la Comunidad Ceiba, directora de la jurisdicción especial indígena en el tema de justicia indígena, y miembro de la OPIAC de la Amazonía colombiana. Entrevista realizada 07/03/17.

¹² Richard. Miembro de la Comunidad Nasa, director de la orquesta de los guardas de Huellas Caloto en el Cauca. Entrevista realizada el 18/03/17.

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. (Corte Constitucional de Colombia, 1994, p. ¶30)

Tal como lo expresa Leandro Shinye Jamiroy perteneciente a la comunidad Kamsá.

Los pueblos indígenas se entienden como sujetos colectivos de derecho y no como una montonera de personas como sucede en sociedades como las comerciales que es un grupo de personas con el fin de crear una persona jurídica, sino como un sujeto colectivo de derecho que es un solo sujeto que está compuesto por varias personas.¹³

Las comunidades indígenas al ser consideradas como sujetos de carácter colectivo, proporcionan una identidad a las personas que lo conforman, y una extracción de sus miembros da como resultado un desmembramiento colectivo. Prácticas como el reclutamiento vulneran la construcción social al punto de fragmentar el tejido social de toda una comunidad, en donde no solo sale perjudicado el menor sino también todo su conglomerado social (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 2011a, p. 83).

Para ilustrar mejor, Leandro Jamiroy menciona la importancia de la educación en el tejido social de la comunidad.

La educación, vista desde un punto de vista natural, se da principalmente entre padres e hijos o adulto y niños, es un proceso que se da de forma recíproca, en el cual cada uno de los miembros hacen parte del tejido social, entonces en cualquier momento con la afectación de solo una persona ya los procesos educativos se rompen, por que una persona no puede ser experta en algo pero debe tener un conocimiento que otro no tenga, y como son tejidos sociales de poblaciones tan cercanas, que muchos de los pueblos indígenas incluso se manejan por clanes y cada uno de los miembros es muy importante¹⁴.

El reclutamiento ocasiona un daño a la vida de relación colectiva y consecuentemente una dificultad para acceder y perpetuar la cultura de origen. Cuando la víctima ostenta la calidad de indígena, el acceso a la cultura es la principal consecuencia negativa que se origina por el daño a la vida de relación (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 2011b, p. 328). Por medio de una metáfora, Leandro Jamiroy reafirma cómo el reclutamiento de un miembro de la comunidad afecta a los demás.

¹³ Leandro. Miembro de la Comunidad Kamsá, asesor para asuntos técnicos del despacho del ministro de justicia. Entrevista realizada el 13/03/17.

¹⁴ Leandro. Miembro de la Comunidad Kamsá, asesor para asuntos técnicos del despacho del ministro de justicia. Entrevista realizada el 13/03/17.

Uno podría hacer la comparación como con un ramo de uvas donde uno tiene el ramo y hay están todas las uvitas, que son partes de la comunidad indígena y cuando se arranca uno de ellos, pues se transforma tanto el ramo de uvas como el niño que sería una de esas uvitas, porque no va a tener línea directa con su pueblo y partir de ahí no va a tener la oportunidad de recibir todo el tema de principios de valores, la formación, los nutrientes de todo el tema de educación si lo queremos ver así. Cuando separa a un niño del pueblo indígena además de privarlo de la posibilidad de estar con su pueblo y todo lo que puede heredar en materia de identidad cultural, al pueblo también se lo modifica, ese ramo de uvas también queda distinto, y el pueblo va perdiendo parte de sus miembros, y cualquier parte que falte hace que se empiece a romper esa conexión social que existe entre todos¹⁵

De manera que, la afectación de uno de los miembros de la comunidad es un daño que se vive en unidad, al ser uno solo. Pero existe una repercusión mayor cuando el reclutamiento toma como víctima a un NNA, y es el aspecto de la temporalidad tal como lo menciona Leandro Jamioy.

Con los niños el tema que se afecta es el tema de la temporalidad, porque los que son adultos... pues tienen un ciclo vital, (que) se espera que sus conocimientos quedan heredados en las siguientes generaciones, pero cuando se cercena la nueva generación, se comienza a restringir al grupo étnico la oportunidad de perdurar en el tiempo. Lo que se afecta es la posibilidad de transferir los conocimientos y de transformar el conocimiento¹⁶

El reclutamiento de NNA afecta los procesos educativos de la comunidad, y, además, vulnera la perdurabilidad del grupo étnico. El conocimiento de los mayores generalmente se transmite a las siguientes generaciones, y, por lo tanto, una reducción importante de los NNA indígenas a causa del reclutamiento disminuiría la cantidad de personas que van a continuar la siguiente generación. Por consiguiente, se debilitaría su herencia cultural y su legado, constituyendo un grave riesgo a la supervivencia de los pueblos étnicos.

El reclutamiento y la utilización de NNA indígenas además de vulnerar al individuo y sus derechos, comienza a obstaculizar la supervivencia de las propias comunidades, por la pérdida de los miembros que van a relevar y ser la nueva generación, al ser ellos los encargados de prolongar el ámbito político, social y cultural de su respectiva comunidad. El debilitamiento de las instituciones sociales propias de las comunidades indígenas disminuye los cimientos sobre los que se va a regenerar las nuevas generaciones futuras de la comunidad (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014e, pp. 128 - 131). Tal es el caso de la comunidad indígena Nukak Maku, quienes azotados por el reclutamiento, decidieron declararse en vía de extinción dada la extracción de los NNA de su pueblo que portan una identidad única que los diferencia de los demás (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 2011c, p. 396).

¹⁵ Leandro. Miembro de la Comunidad Kamsá, asesor para asuntos técnicos del despacho del ministro de justicia. Entrevista realizada el 13/03/17.

¹⁶ Leandro. Miembro de la Comunidad Kamsá, asesor para asuntos técnicos del despacho del ministro de justicia. Entrevista realizada el 13/03/17

Según la Corte Constitucional son veinticuatro (24) los grupos indígenas que se encuentran en peligro de extinción, de acuerdo al auto 004 del año 2009. Sin embargo, la Organización Nacional de Indígenas de Colombia afirma que son alrededor de 65 pueblos en todo el territorio nacional los que están en peligro de extinción (Aya, 2011e, p. 5). Tomando en cuenta que actualmente en Colombia existen 102 pueblos, más de la mitad de las comunidades indígenas que existen en Colombia están amenazadas por la práctica del reclutamiento en sus territorios (Aya, 2011f, p. 5).

Es pertinente mencionar que la afectación que causa el reclutamiento no termina con la desvinculación del indígena. Cuando un miembro de la comunidad inicia su reinserción al grupo, presenta una serie de dificultades que obstaculizan su reintegración. El primer obstáculo, es la dificultad de ser aceptado por la comunidad. Existe una fuerte discrepancia entre las comunidades indígenas al determinar si una persona que fue reclutada por un grupo armado puede regresar a su respectiva colectividad. Algunos miembros de pueblos indígenas afirman que el indígena por el hecho de ser retirado y separado de su comunidad no deja de ser indígena y puede retomar sus tradiciones y cultura de su pueblo nativo.

La posibilidad de que un niño que sea separado de su núcleo familiar o grupo étnico, no lo priva de que puedan aprender de nuevo las costumbres más adelante ni tampoco la priva de poder auto reconocerse como indígena ni que la comunidad lo reconozca como tal¹⁷

En cambio, otras opiniones de miembros indígenas catalogan a la persona que ha sido extraída de su entorno como “blancos”, ya que consideran su extracción como la pérdida de su identidad como miembro indígena.

Algunos no son aceptados por que la gente piensa que son un peligro para la comunidad, muchas veces son sacados de sus territorios, cuando quieren volver no los aceptan¹⁸

Cuando alguien se mete a matar a las armas el mismo pueblo lo va expulsando, ya no es bien recibido y lo destierran. Así es en el pueblo Arhuaco, conozco dos casos que no volvieron, pero la gente ya lo tiene fuera de la comunidad cuando son adultos, pero es distinto cuando hablamos de niños que han sido forzados y que son tan pequeños inocentes que no saben qué rumbo agarrar¹⁹.

El segundo obstáculo que presentan los NNA indígenas desvinculados es el proceso de reintegro al cual son sometidos. La reinserción en las comunidades indígenas es un tema complejo, además de tener una incertidumbre sobre su aceptación o negación al reingreso de la comunidad, cuando

¹⁷ Leandro. Miembro de la Comunidad Kamsá, asesor para asuntos técnicos del despacho del ministro de justicia. Entrevista realizada el 13/03/17.

¹⁸ Beiman. Miembro de la comunidad indígena Sikuaní, Trabaja en la ONIC con sede en Bogotá. Entrevista realizada el 21/04/17.

¹⁹ Uaira. Miembro de la comunidad Arhuaca, estudiante de la Universidad Externado de Colombia. Entrevista realizada el 18/04/17.

se permite su regreso, el proceso que continua es fuerte, exhaustivo y toma mucho tiempo, pues los miembros de la comunidad lo realizan con el fin de extraer toda la “maldad” que existe en su ser y así recuperar su identidad cultural.

En las comunidades cuando va a ver nuevamente se mira la jurisdicción especial indígena que es propia, que es el acompañamiento del guía espiritual (el mamo, el cinchi) todos tienen un guía espiritual mayor, se hace acompañamiento con la autoridad política como el cabildo gobernador y se lleva a la persona, por adivinanza, por ejemplo, entre los arhuacos se adivina cuanto tiempo tiene que pagar de pena y después le comienzan hacer una limpieza espiritual personal y hacen un trabajo con esa persona de forma casi especial, el mamo hace acompañamiento, su familia, si tiene hijos, su mujer, toda la familia lo acompaña. Y después de eso ya hay una etapa donde comienza hacer trabajos comunitarios, tiene que ir demostrando el cambio que ha tenido y la reflexión, porque el indígena piensa mucho llegar al interior de la persona y, mejor dicho, que vuelva a nacer o renacer²⁰

En ocasiones el proceso de reintegración a la comunidad es más largo si se trata de un NNA que estuvo mucho tiempo alejado de su comunidad, pues debe volver a “renacer”. En otras palabras, debe aprender los valores y principios de su cultura, porque de lo contrario, se convierte en una amenaza a la comunidad por la posibilidad de “contaminar” a los demás. Generalmente, las personas desertan del proceso debido a la dificultad que presenta su reinserción y prefieren “occidentalizarse” e iniciar una nueva vida lejos de su comunidad, con toda la pérdida de identidad cultural que ello implica.

Por último, el tercer obstáculo que presentan las personas indígenas luego de su desvinculación son las condiciones psicosociales en que llega la persona para poder enfrentar el proceso del “renacer” cultural. Los daños psicosociales provenientes de su reclutamiento, tales como la ansiedad, la agresividad de su lenguaje y la dificultad de comunicarse con los demás, complica su reintegro en la comunidad. Es fundamental tener en cuenta que la comunicación vía oral es la principal forma en que se transmite la cosmovisión y conocimiento de una comunidad. Por lo tanto, una afectación a la comunicación impide realizar en óptimas condiciones una reflexión profunda para reencontrarse a sí mismo.

La supervivencia de las comunidades indígenas se encuentra en vilo. De la misma forma como los conquistadores fomentaron el exterminio de las comunidades indígenas en un pasado por medio de la guerra y la religión, actualmente el reclutamiento ilícito de NNA es otra forma de acabar con su identidad cultural. La utilización de NNA indígenas en el marco del conflicto armado extingue poco a poco la rica diversidad cultural que existe en Colombia. Una actuación tardía por parte del Estado podría ocasionar la supresión de un pedazo de nuestra historia y de muchas culturas que han perdurado desde miles de años antes de la conquista.

²⁰ Uaira. Miembro de la comunidad Arhuaca, estudiante de la Universidad Externado de Colombia. Entrevista realizada el 18/04/17.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La educación es un derecho que da acceso a otros derechos. Sin embargo, en las comunidades indígenas la educación va mucho más allá convirtiéndose en un pilar fundamental que permite conservar y transmitir la cultura, la cosmovisión propia y las costumbres del grupo étnico de referencia. Proceso que se impide cuando una niña, niño o adolescente indígena es reclutado.
- El impacto que sufren las comunidades indígenas por el reclutamiento de sus niños y niñas se manifiesta en aspectos como la imposibilidad de llevar a cabo su educación natural, la cual se transmite por medio de la oralidad y la permanencia en la comunidad de origen.
- En las comunidades indígenas, la afectación de uno de sus miembros causa un daño que se vive en unidad, es decir como sujetos de carácter colectivo. Es por eso que las consecuencias del reclutamiento de niños y niñas indígenas son irreversibles pues afectan el pensamiento unitario que se deriva de la cosmovisión indígena.
- Si se quiere garantizar el derecho a la identidad cultural en Colombia, el derecho y los derechos deben ser estudiados desde la mirada de los pueblos indígenas y no desde la mirada occidental, la cual ignora las particularidades de dichos pueblos y la posibilidad de mantener su propia cultura.
- Las comunidades indígenas que llevan a cabo procesos de reintegración con miembros que han sido víctimas de reclutamiento deben tener en cuenta las condiciones psicosociales en que llegan dichas personas y, asimismo, brindar un mayor acompañamiento durante todo su proceso para evitar así deserciones en el proceso de la reintegración.

REFERENCIAS:

- Alviar García, E. (2016). *Constitución y Democracia en movimiento*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.
- Aya, F. Y. (2011). Reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes indígena, en el marco del conflicto armado interno en Colombia. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado Colombia.
- Corte Penal Internacional. (10 de Noviembre de 1998). *Estatuto de Roma*. Roma, Italia.
- Defensoría del pueblo de Colombia . (2014). *Prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la política pública con enfoque étnico*. Defensoría del pueblo de Colombia. Bogotá D.C: ISBN.
- García, E. M. (1998). *De la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Unicef.
- García, E. M. (1998). *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*. Bogotá: Temis.

- Jimenez, A. M. (2009). *El delito invisible*. (A. Delgado, Ed.) Bogotá, Colombia : UNICEF.
- Observatorio del bienestar de la niñez. (2013). *Reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por GAOML: una mirada a sus factores del riesgo según género*. ICBF. Bogotá: UNICEF, USAID & ICBF.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (20 de Noviembre de 1989). *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN)*.
- Patiño, P. E. (2004). *Estado del arte de la etnoeducación en Colombia con énfasis en política pública*. Ministerio de educación nacional. Bogotá: Ministerio de educación.
- Ramirez, T., Cortés, P., & González, O. (2012). *Educación en comunidades indígenas del nororiente del Cauca* (1ª Edición ed.). Popayán, Colombia: Universidad del Cauca.
- Springer, N. (2012). *Como corderos entre lobos* . Bogotá, Colombia : UNICEF .
- UNICEF. (Marzo de 2016). *Infancia en tiempos de guerra: ¿Los niños de Colombia concernan al fin la paz?* Recuperado el 27 de Enero de 2017, de La infancia en peligro
- :
- file:///Users/omar/Downloads/UNICEF%20CHILD%20ALERT%20COLOMBIA%20ESPANOL%2019%2003%2016%20%20FINAL.pdf

NORMATIVA CONSULTADA

- Bogotá, Colombia. Congreso de la República de Colombia. (8 de Febrero de 1994). Ley general de educación. *Ley 115 de 1994* .
- Bogotá, Colombia. Congreso de la República de Colombia. (21 de Diciembre de 2010). Ley 1421 de 2010. *Por medio de la cual se prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006*.
- Bogotá, Colombia. Ministerio de Educación Nacional. (22 de Enero de 1976). Decreto Número 088 de 1976. *por el cual se reestructura el sistema educativo y se reorganiza el Ministerio de Educación Nacional*.

Acción de tutela de la Comunidad Indígena de Chenche Socorro de Coyaima contra el INCORA,
Sentencia No. T-001/94 (Corte Constitucional 13 de Enero de 1994).

Sentencia del "ALEMAN", 110016000253200782701 (TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA DE JUSTICIA Y PAZ 16 de Diciembre de
2011).

DERECHO A LA IGUALDAD PARA VICTIMARIOS DE DELITOS SEXUALES EN LAS TRES FASES DE CRIMINALIZACIÓN

LINA KATHERINE MESA TORRES¹

RESUMEN:

Esta investigación se centra en las violaciones al derecho a la igualdad para victimarios de delitos sexuales. Estas personas se han visto en una posición de vulnerabilidad respecto a este derecho, motivo por el cual, el presente artículo busca analizar las principales manifestaciones de desigualdad en las tres fases de criminalización. El artículo se encuentra dividido en cuatro partes: la primera incluye el marco jurídico del derecho a la igualdad; la segunda desarrolla el derecho a la igualdad en la fase legislativa, la cual incluye el populismo punitivo y la imposibilidad de acceder a beneficios judiciales como principales problemas para la protección de este derecho; la tercera abarca la fase judicial; y por último, la cuarta comprende los problemas trascendentales en la fase penitenciaria y la imposibilidad de garantizar programas de resocialización acordes con las necesidades del pospenado. Dentro de los resultados se encuentran los testimonios de algunos victimarios de delitos sexuales que han confirmado la clara vulneración de sus derechos.

Palabras clave: personas privadas de la libertad, derechos fundamentales, delitos sexuales, victimarios, derecho a la igualdad, estigmatización.

¹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Correo: linamesa88@gmail.com

1- INTRODUCCIÓN

Formalmente las personas privadas de la libertad gozan de las mismas garantías que los demás grupos sociales del país. El Estado tiene la carga de realizar todas las actuaciones necesarias para la protección de este grupo en particular. La Corte Constitucional ha definido este concepto como Relación Especial de Sujeción. Sin embargo, las personas condenadas por delitos sexuales se han visto en una posición de vulnerabilidad respecto al derecho a la igualdad en las tres fases de criminalización. Por esta razón, el problema no depende solamente de la crisis penitenciaria, sino que abarca otros ámbitos, como el populismo punitivo, la presión social de la comunidad y de los medios de comunicación, así como la estigmatización intra-mural y extramural que se ha manejado respecto a estos delitos.

El tema de los delitos sexuales ha sido muy controvertido a nivel social, y más aún, cuando estos van dirigidos a quebrantar los derechos de niños, niñas y adolescentes. Razón por la cual se han dado airados pronunciamientos por parte de la sociedad solicitando mecanismos más represivos para los victimarios de estos delitos. Dentro de las propuestas más reiteradas a los casos de delitos sexuales se encuentran: la cadena perpetua, la castración química y/o la muerte del agresor.

Por esta razón, el problema de la presente investigación se centró en las constantes violaciones al derecho a la igualdad de los victimarios de delitos sexuales en las tres fases de criminalización. Además, se analizó el desarrollo normativo y jurisprudencial de los beneficios judiciales y administrativos que gozan los demás internos con respecto a los condenados por delitos sexuales. Asimismo, para el desarrollo de la presente investigación se realizaron entrevistas a internos condenados por delitos sexuales en la cárcel la Picota. Estos contaron de primera mano cómo es la situación para ellos dentro y fuera de la cárcel, cómo es el trato hacia ellos, si existe discriminación intra-mural, y si hubo respeto al derecho de defensa y al principio de inocencia durante la etapa de enjuiciamiento.

El presente estudio se encuentra estructurado de la siguiente manera: la primera parte del artículo contiene el marco de referencia sobre el derecho a la igualdad de los victimarios de delitos sexuales con relación a los demás condenados que se encuentran purgando una pena en prisión. En esta parte se resaltaron principios, reglas y procedimientos que ha desarrollado la jurisprudencia para determinar cuándo una medida se vuelve discriminatoria y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad.

La segunda parte desarrolla de manera individual cada una de las tres fases de criminalización. Esto, haciendo énfasis en el desarrollo normativo y jurisprudencial para comprender el alcance de los derechos y garantías que tienen las personas condenadas por delitos sexuales. El lector podrá ejercer un punto de vista crítico y comparativo entre la legislación nacional e internacional y la realidad constatada en las cárceles colombianas respecto a este grupo en particular. En síntesis, la presente investigación busca exponer las inconsistencias presentadas entre las actuaciones legislativas y jurisprudenciales frente a la realidad vivida por las personas privadas de la libertad en calidad de sindicados o condenados por delitos sexuales.

DERECHO A LA IGUALDAD PARA VICTIMARIOS DE DELITOS SEXUALES EN LAS TRES FASES DE CRIMINALIZACIÓN

1- MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Respeto a la igualdad, Aristóteles (trad. en 1570) expresó que “*hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual*”. No obstante, aun cuando el ideal es que se mantenga un grado de proporcionalidad en el tratamiento de un grupo social frente a otro, es claro que este derecho debe ser ampliamente desarrollado, teniendo en cuenta que esta regla no es de carácter absoluto. El ordenamiento jurídico nacional e internacional ha creado una serie de directrices capaces de determinar cuándo un caso es desigual pero constitucional.

Para iniciar, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante PIDCP- señala que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Al respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social [Subrayado fuera de texto].

La recopilación hecha por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – en adelante OCACNUDH - concluyó que los conceptos de igualdad y de no discriminación son complementarios. Si bien no son idénticos, si están estrechamente vinculados por los efectos que ostentan en materia de Derechos Humanos:

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación consagrados por el artículo 26 del PIDCP se aplican no solo a los derechos a las personas, sino también a las obligaciones que la ley impone a los miembros de la sociedad (O'Donnell, 2004, pág. 964).

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - en adelante CCPR- considera que el término “discriminación” abarca toda situación que implique “distinción, expulsión, restricción o preferencia frente a motivos de raza, color, sexo (...) o de cualquier otra condición social” (CCPR, 1989, párr. 7) que implique el menoscabo o impedimento en el goce efectivo de sus derechos. A pesar de lo anterior, el CCPR también consideró que un trato diferenciado no viola el PIDCP si está basado en criterios razonables y objetivos (O'Donnell, 2004, pág. 931).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH- estableció que una distinción implica discriminación cuando:

- a) Hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares;
- b) La diferencia no tiene justificación objetiva y razonable;
- c) No hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Marcelino Enríquez et al vs. Argentina, 2000)

Como se logra observar, existen a nivel internacional reglas claras y precisas para determinar en qué casos una medida se vuelve discriminatoria del derecho a la igualdad a la luz de los principales tratados ratificados por los Estados parte. En materia nacional, la Corte Constitucional creó un “*test de razonabilidad*” en aras de identificar tratos desiguales e injustificados. Así pues, la jurisprudencia desglosó esa fórmula clásica del derecho a la igualdad en dos, para efectos de determinar cuándo un tratamiento diferenciado es inconstitucional:

- a. Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.
- b. Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual (Corte Constitucional, Sentencia C-022, 1996, pag. 8).

Además, la Corte Constitucional señaló que un trato desigual no necesariamente tiene que ser inconstitucional, sino que existen casos en que el mismo puede no vulnerar el principio de igualdad. Para esto, el interesado en mantener el trato diferente deberá demostrar que:

- (1) el trato desigual es adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido;
- (2) es necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y
- (3) que es proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato (Corte Constitucional, Sentencia C-022, 1996, pag 10).

Dichas reglas deberán ser aplicadas al caso concreto, y para el presente estudio, será determinante identificar si estas reglas se cumplen a cabalidad para los victimarios de delitos sexuales. Colombia otorgó la potestad de hacer el juicio de diferenciación en cabeza de los jueces constitucionales, quienes serán los encargados -con base en los elementos facticos y jurídicos-, de determinar si un tratamiento desigual se adecúa a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos.

Hasta el momento se hizo una introducción al derecho a la igualdad, observando las reglas procedimentales en materia nacional e internacional. En virtud de lo anterior, se tiene carga tanto argumentativa como probatoria para considerar que el trato diferenciador es constitucional. Por esta razón, en el próximo acápite se abordará la aplicación del derecho a la igualdad en el ámbito político-criminal.

2- EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS TRES FASES DE CRIMINALIZACIÓN

El derecho a la igualdad se encuentra presente en las tres fases de criminalización: la fase legislativa, la fase judicial y la fase penitenciaria. La fase legislativa o criminalización primaria se encarga de la promulgación de leyes a nivel nacional, y será el Congreso quien tiene la potestad de determinar las condiciones en que una persona deba cumplir su pena privativa de la libertad. La fase judicial o criminalización secundaria es la responsable de estudiar el caso concreto, determinando cual será la sanción por la conducta ilícita del sujeto activo. Por último, la fase penitenciaria o criminalización terciaria se encarga de la ejecución de las sanciones penales y de las medidas restaurativas en el caso a tratar (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Además, cada fase cuenta con un ente de control capaz de vigilar el proceso correspondiente de cada entidad. En la fase legislativa será la Corte Constitucional mediante demanda de inconstitucionalidad, la encargada de determinar cuándo una ley va en contravía a la Constitución Política -sobre todo en materia de derechos humanos-. La fase judicial será controlada respecto a sus decisiones por sus superiores jerárquicos. Y la fase penitenciaria será vigilada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Congreso de la República, la Contraloría General de la Nación, y la Procuraduría General de la Nación, entre otros (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, 2018).

Fernando Tocora (1990) señala que si bien los actos considerados delictivos varían de una sociedad a otra, es claro que por el inmenso número de conductas que podrían describirse como ilícitas, solo cierto número es efectivamente tipificado por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, ciertos delitos son objeto de un seguimiento y regulación más estricto por parte de la comunidad y de las autoridades estatales.

Por este motivo, se entrará a estudiar más a fondo cada una de las fases de criminalización, haciendo énfasis en la problemática vivida por los victimarios de delitos sexuales en materia de derechos humanos. Asimismo, se incluirán entrevistas realizadas a algunos victimarios de estos delitos, los cuales se encuentran purgando su pena privativa en el centro carcelario “La Picota²” en Bogotá.

² El complejo carcelario “La Picota” fue construido en el año 1936 bajo el gobierno de Alfonso López Pumarejo. Esta cárcel se encuentra ubicada en Bogotá DC y es considerada como una de las cárceles más grandes y con mayor hacinamiento de Colombia.

2.1- DERECHO A LA IGUALDAD EN LA FASE LEGISLATIVA

La fase legislativa está comprendida por el órgano encargado de expedir leyes. Si bien los legisladores tienen la potestad de regular ampliamente una materia, les está vedado transgredir normas constitucionales. La Corte Constitucional afirmó que durante el respectivo proceso legislativo, el órgano regulador deberá respetar la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos, así como los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, razonabilidad, y de finalidad de la pena (Corte Constitucional, Sentencia C-647, 2001). El problema es que independientemente de su contenido, está normativa desde el momento de estar promulgada se convierte en ley penal con perjuicio de su carácter obligatorio para todo el territorio nacional. Lo anterior, sin importar si la misma contiene normas contrarias a la Constitución Política o a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos (Corte Constitucional, Sentencia C-936, 2010).

La Comisión Asesora de Política Criminal en Colombia recalcó la importancia que tiene el órgano legislativo en la formación de la política criminal³ en el país. Concluyó que todas las decisiones o actuaciones tomadas en relación a la función sancionadora de leyes estarán bajo el control de constitucionalidad para determinar si son acordes o no a los lineamientos constitucionales (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 17).

La Corte Constitucional señaló además que la función legislativa debe respetar el principio de culpabilidad, el cual tiene la siguiente característica: “el derecho penal es de acto, por lo que se castiga a la persona “por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente” (Corte Constitucional, Sentencia C-365- 2012, pág. 21).

Respecto a la proporcionalidad de la pena, la Corte Constitucional señaló que:

La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. (Corte Constitucional, Sentencia C-559, 1999, pág. 27)

Daniel O'Donnell (2004) considera como otro factor influyente en la determinación de la razonabilidad de una diferenciación legislativa, la relación con otras disposiciones legislativas relativas a los derechos y las obligaciones de las mismas categorías de personas (pág. 944). Verbigracia, la prohibición de disponer de beneficios judiciales y penitenciarios para victimarios

³La Corte Constitucional en Sentencia C-646 (2001), definió la política criminal como: “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole”.

de delitos sexuales a menores de edad, se encuentra consagrada en el Código de Infancia y Adolescencia, y no en el Código Penal o el Código Penitenciario y Carcelario, como debería ser.

Por este motivo, las principales manifestaciones de desigualdad en la fase legislativa son: penas excesivamente altas sin razones sociológicas o científicas que permitan inferir que, con mayores penas, será menor la tasa de criminalidad en el país; y, por otro lado, la tendencia constante a prohibir derechos a los condenados por estos delitos, generando como consecuencia una inestabilidad jurídica para estos sujetos. A continuación, se estudiará una de las principales causas de desigualdad en materia legislativa.

2.1.1. POPULISMO PUNITIVO

El populismo punitivo hace alusión a la utilización del Derecho Penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales. Dicho de otra manera, el populismo punitivo busca a partir de la creación de ideas dentro de la sociedad, generar un sentimiento colectivo, en el que se vea la pena como método de solución de conflicto y de disminución del delito, aunque el trasfondo de esta aparente solución sea sacar partido en sus intereses particulares y convertir el tema penal en un instrumento que permita alcanzar aspiraciones políticas (Murgas, s.f.).

Respecto a los mitos que se han generado para justificar las medidas adoptadas en el marco del populismo punitivo, cabe resaltar que según Muñoz(2009):1) no existe certeza de que a mayores penas, será menor la comisión de delitos, 2) el hecho de que una persona se abstenga de cometer delitos puede obedecer a motivaciones de tipo moral o ético, no necesariamente jurídicas, y 3) respecto a ciertos individuos que padecen patologías del tipo psicopatía o sociopatía, es difícil pensar que una conminación penal como la prisión perpetua los haría desistir de su empresa criminal

En Colombia, la tendencia constante de mantener un estado punitivo como regla general para todos los delitos cometidos -algunos considerados hasta triviales-, ha generado consecuencias directas como el hacinamiento carcelario en el país⁴. La violación masiva de derechos humanos permite deducir que además del aumento carcelario para victimarios de delitos sexuales, íntimamente relacionado con el populismo que se ha venido manejando en Colombia respecto de estas conductas, se ha optado por privar a estos sujetos de prerrogativas que sí se ofrecen a los demás internos de los centros penitenciarios. Por este motivo será necesario recalcar algunos ejemplos de populismo punitivo en el país respecto de los delitos sexuales.

En primer lugar, el incremento punitivo manejado desde el Código Penal de 1936 hasta el presente ha sido marcado por una fuerte incidencia del populismo sin atender a justificaciones científicas o socio-jurídicas que permitan su inclusión en el sistema penal. Por ejemplo, en

⁴ Discutido en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional. A modo de ejemplo, se encuentran las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013. Además, según informe presentado por el Instituto Penitenciario y Carcelario del país –INPEC- a 31 de diciembre de 2017, el hacinamiento carcelario se encontraba en un 45,67 %.

materia de delitos sexuales, el artículo 317 del Código Penal de 1936 había tipificado esta conducta con una sanción de 2 a 8 años de prisión; luego, el artículo 298 del Código Penal de 1980 fijó la sanción de 8 a 20 años, y por último, el artículo 205 del Código Penal del 2000 tipificó la conducta de 8 a 15 años, es decir, hubo una reducción en los máximos comparados con la legislación anterior. Sin embargo, este artículo fue modificado por el art. 1 de la Ley 1236 del 2008 el cual aumentó la pena de 12 a 20 años.

En segundo lugar, respecto a los delitos sexuales, el Código de Infancia y Adolescencia (2006) –en adelante CIA-, en su artículo 48 había establecido que las personas condenadas por delitos contra la libertad, integración y formación sexual de menores de edad, debían ser publicadas en medios electromagnéticos por lo menos una vez a la semana. La norma citada prescribía lo siguiente:

En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, "Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales", cuando la víctima haya sido un menor de edad.

Como consecuencia de la norma citada, el Consejo de Bogotá expidió el Acuerdo 280/2007 denominado “Muros de la infamia” que pretendía dar cumplimiento a lo ordenado por el CIA. El Consejo de Bogotá, arguyó que la publicación haría parte de la reparación a que tienen derecho las víctimas de esos delitos. Por último, sostuvo que es un exabrupto pretender que los derechos fundamentales de los condenados prevalecen sobre los derechos de los menores (Corte Constitucional, Sentencia T-111, 2008).

Dichas medidas no respondían a una política criminal garantista del principio de igualdad frente a los demás internos de los centros penitenciarios, toda vez que se estaría permitiendo un castigo de carácter social para los condenados por este delito, además de discriminatorio y violatorio de los fines de la pena que proclama la resocialización del reo.

Por este motivo, la Corte Constitucional entró a indagar sobre la Constitucionalidad del segundo inciso del artículo 48 del CIA. La Corte estudió en su momento varios puntos referentes a la viabilidad de la norma con relación a la proporcionalidad e idoneidad de la misma. Entre los argumentos de la Corte se encuentra que: a) sí implica un trato inhumano o degradante a las personas que han sido condenadas por delitos sexuales, b) sí se viola el principio de igualdad frente a los demás condenados de los centros penitenciarios; y c) sí afecta el Derecho al buen nombre de los victimarios de delitos sexuales (Corte Constitucional, Sentencia C-061, 2008, pág. 40).

La Corte además criticó que, si la intención del legislador es disuadir a futuros infractores en potencia, no existe motivación de carácter biológico, sociológico y psicológico que fundamente el anexo de este párrafo dentro del proyecto de Ley. Otro rasgo importante, es que no se logra ver cómo con la divulgación de las personas condenadas por delitos sexuales se pueda proteger

la integridad del menor. Esta medida no cumple con el objetivo de disminuir las cifras de delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores, teniendo en cuenta que, en el momento de ser publicada la foto y el nombre, la persona aún se encuentra purgando su pena -que muchas veces excede los 10 años-, de tal forma que no se estaría cumpliendo con el objetivo del supuesto castigo social impuesto por el CIA. Por las razones anteriormente expuestas, la alta Corte decidió declarar la inexecutable del artículo en cuestión.

En tercer lugar, en el año 2008, la excongresista Gilma Jiménez adelantó un proyecto de ley para que se incluyera en el marco legislativo colombiano cadena perpetua para “los delitos de homicidio doloso, violencia y explotación sexual, maltrato severo y secuestro, cometidos contra menor de 14 años de edad, o menos, con discapacidad física o mental” (EL TIEMPO, 2012, párr. 6). La iniciativa del proyecto comenzó a cursarse el 15 de junio del respectivo año, pero por errores procedimentales la Corte Constitucional la devolvió al Congreso para su corrección. No obstante, dicho proyecto se cayó cuando era estudiado en el tercer debate ante la cámara de representantes por ser considerada “populista”. De igual forma, Yohana Jiménez, hija de la exsenadora Gilma Jiménez, adelantó nuevamente la propuesta mediante referendo⁵ para incluir cadena perpetua para los victimarios de delitos sexuales en el 2017. No obstante, el mismo se cayó por no haber cumplido con las firmas en el tiempo pactado por la Registraduría Nacional de Estado Civil.

Proyectos de ley como el adelantado por la excongresista o su hija, solo demuestran la falta de fundamentos jurídicos para sancionar normas en el marco de un Estado Social de Derecho. Este tipo de proyectos lo único que busca es extralimitarse en su poder legislativo. Con la declaración de estas actuaciones se viola claramente los Derechos Fundamentales de las personas privadas de la libertad, no solo porque resulta afectado el victimario sino, además, su núcleo familiar y allegados⁶.

Para concluir este acápite cabe mencionar que, cuando al ser humano se le impone una pena, vista desde la pena privativa de la libertad, pero también desde la pena de sufrimiento al interior del centro de reclusión, y además se le amenaza con ahondar el castigo al límite, no puede estar siendo educado para la libertad (Tocora, 1990, pág. 183).

2.1.2. IMPOSIBILIDAD DE GOZAR O DISPONER DE BENEFICIOS JUDICIALES Y/O ADMINISTRATIVOS.

⁵ El referendo es un mecanismo de participación ciudadana que, en Colombia, está regulado por la Ley 134 de 1994. El artículo 3 de esta ley define referendo como la "convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica, o derogue o no una norma ya vigente".

⁶ La CIDH ha establecido entre los principios más importantes los deberes de procesar y condenar a los responsables, así como el deber de "prevenir estas prácticas degradantes". Ha establecido que en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerde o declare sobre lo ocurrido (O'Donnell, 2004).

Otra de las manifestaciones de violación al derecho a la igualdad en la fase legislativa es la imposibilidad de gozar de beneficios judiciales y penitenciarios. Estos beneficios son mecanismos sustitutivos de la pena de prisión o arresto para las personas que han sido condenadas por un hecho ilícito. La Corte Constitucional en el año 1998 había reconocido estos beneficios como un derecho que tienen todos los condenados sin exclusión ni discriminación (Corte Constitucional, Sentencia C-679, 1998). El problema es que frente a estos beneficios se han promulgado varias modificaciones a leyes con el objetivo de limitar o restringir su aplicación para victimarios de delitos sexuales generando como consecuencia una antinomia normativa⁷

En primer lugar, el artículo 146 del Código Penitenciario y Carcelario (1993)—en adelante Código Penitenciario— estableció que los beneficios administrativos son “los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaría abierta (...)”.

En segundo lugar, el capítulo tercero del Código Penal Colombiano del año 2000 señaló que los mecanismos judiciales sustitutivos de la pena privativa de la libertad son: “suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional, reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, prisión domiciliaria y vigilancia electrónica” (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014).

En tercer lugar, se encuentra el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia (2006). Este artículo dispuso que las personas que hayan sido condenadas por homicidios, lesiones personales o contra la libertad sexual del menor no podrán obtener beneficios judiciales ni administrativos mientras se encuentren purgando una pena privativa de la libertad⁸, razón por la cual deja sin efectos la regulación establecida en los dos códigos anteriormente mencionados. Con base en lo anterior, es claro que el trato que se le ha dado al manejo de los beneficios judiciales y penitenciarios en los tres códigos no ha sido unánime. Aunado a lo anterior, desde la promulgación de estos códigos se han presentado numerosos intentos de modificar las normas allí reglamentadas.

Es así que la Ley 1704 de 2014 anexó el artículo 103^a al Código Penitenciario (1993). Este artículo mantuvo una postura garantista en el sentido de procurar los beneficios administrativos

⁷ En el derecho se habla de la antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico pueda estar inspirado en valores contrapuestos o ideas opuestas. La antinomia significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir sino en eliminar una de las dos normas (Murillo, s.f.)

⁸ En el año 2008, se presentó una demanda de inconstitucionalidad sobre esta norma. Sin embargo, la misma solo buscaba declarar la inconstitucionalidad de 3 de las 8 causales de prohibición para otorgar beneficios y mecanismos sustitutivos a las personas condenadas por delitos sexuales entre otros. En consecuencia, la Corte Constitucional, quien es la encargada de conocer este tipo de demandas, decidió declarar exequible una de las causales y no pronunciarse respecto a las otras dos. Dando como resultado que el artículo en cuestión siga vigente (Sentencia C-738, 2008).

a todos los condenados que cumplan los requisitos para gozar dichos beneficios. El artículo en cuestión dispone lo siguiente:

Artículo 103A. Derecho a la redención. La redención de pena es un derecho que será exigible una vez la persona privada de la libertad cumpla los requisitos exigidos para acceder a ella. Todas las decisiones que afecten la redención de la pena, podrán controvertirse ante los Jueces competentes.

Sin embargo, en el año 2015 la Corte Constitucional conoció el caso de un interno condenado por delitos sexuales, quien había solicitado al Juez Primero de ejecución de penas y medidas de seguridad que le reconociera redención de pena por estudio y conducta ejemplar con base en dicho artículo, medida que fue efectivamente otorgada al solicitante. No obstante, el juez de segunda instancia decide dar aplicación al artículo 199 del CIA, desconociendo de esta manera la posibilidad de rebajar la pena privativa de libertad del interno. Por lo anterior, el solicitante decide demandar mediante Tutela ante la Corte Constitucional para que se pronunciara de forma definitiva respecto a la posibilidad de acceder a los beneficios judiciales y penitenciarios.

En el análisis de esta sentencia y frente a las contradicciones presentadas entre las dos normas, la Corte Constitucional realizó un estudio pormenorizado sobre la redención de penas a victimarios de delitos sexuales, teniendo en cuenta la incongruencia presentada entre los dos Códigos. La Corte concluyó que independientemente de la categoría que se le dé a la redención de pena, en términos de sí es un derecho o un beneficio, este es el único mecanismo que tiene el penado para alcanzar la resocialización. Además, es ineludible considerar que la imposición de sanciones más severas, la limitación o prohibición de acceder a subrogados penales, preacuerdos y/o cualquier otra institución jurídica permite alcanzar los fines de la pena. Por los argumentos anteriormente expuestos, la Corte decide conceder el derecho a acceder a los beneficios judiciales y penitenciarios al solicitante, amparando de esta manera, los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso y a la resocialización (Corte Constitucional, Sentencia T-718, 2015).

A pesar de esta Sentencia tan importante con relación a la garantía de derechos humanos, el Congreso en el año 2016 reguló nuevamente esta materia por la vía legislativa. Es así que el artículo 4 de la Ley 1773 modificó el artículo 68^a del Código Penal (2000) excluyendo de manera expresa la posibilidad de que ciertos delitos entre ellos los delitos sexuales pudiesen ser beneficiarios de los subrogados penales⁹.

Para el caso que nos compete, es claro que existe una discrepancia entre el Código Penal, el Código Penitenciario, el Código de Infancia y la Adolescencia y la postura de la Corte Constitucional plasmada en la Sentencia T-718 de 2015. Por este motivo será este órgano de control quien con posterioridad resolverá de nuevo toda contradicción presentada en temas de subrogados penales.

⁹ Aunque la ley versa sobre los ataques con ácido y agentes químicos, en el artículo sobre la exclusión de beneficios y subrogados penales se incluyó en sus efectos a más de 30 delitos del Código Penal, violando de esta manera, el principio de unidad en materia legislativa.

El problema de esta inestabilidad jurídica es que los fallos proferidos por los jueces de la República no han sido unánimes. Verbigracia, muchos jueces han decidido basarse en la prohibición de otorgar estos beneficios, incorporados en el CIA; y en otros casos, los jueces han concedido estos beneficios bajo los preceptos estipulados en el Código Carcelario. Para constatar esta grave problemática, fue necesario interrogar a los directamente perjudicados con esta medida. Del trabajo empírico realizado en la Cárcel “La Picota”, se les preguntó a los entrevistados: “¿(sí) los condenados por delitos sexuales deberían gozar de los mismos beneficios que tienen otros condenados?”. A lo cual ellos respondieron:

Sí, porque la gravedad del delito sexual es mayor, pero todos tienen derecho al acceso a la justicia, el descuento y la educación.

Sí, porque somos seres humanos y todos cometemos errores, de hecho, hay personas que por la edad ya no deberían estar aquí”.

No hay respeto por los derechos humanos, nosotros necesitamos todo como los demás.

La mayoría de entrevistados afirmaron la necesidad de tener acceso a programas que permitan la redención de la pena. Sin embargo, son conscientes de que los delitos sexuales han suscitado pronunciamientos desfavorables por parte del Congreso, lo que les ha restringido la posibilidad de acceder a ellos. Por este motivo, esperan que la Corte Constitucional tome la última palabra en cuanto a estos beneficios.

Igualmente, otro de los problemas que causó gran impacto al momento de realizar las entrevistas fue la gran cantidad de población adulta dentro del patio quinto de delitos sexuales. Lo anterior, como consecuencia de la excesiva dosificación de las penas y de la prohibición de tener beneficios administrativos y penitenciarios. El patio quinto se ha visto con un gran número de adultos mayores en condiciones de desprotección manifiesta. Respecto a este grupo en particular, dos de los entrevistados manifestaron que:

Las personas más vulneradas son los adultos mayores, quienes ya no se encuentran en condiciones para estar en un lugar de estos, ellos deberían tener derecho a un domiciliario o a libertad condicional

La semana pasada murió dentro de la cárcel un adulto mayor condenado por delitos sexuales. Él había solicitado prisión domiciliaria toda vez que su estado de salud era muy delicado. No obstante, la petición le fue negada porque la ley les había prohibido los beneficios judiciales y penitenciarios a los condenados por estos delitos.

En conclusión, la pena que purga una persona debe respetar los lineamientos relacionados con los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Esta pena a su vez deberá procurar el cumplimiento de los postulados constitucionales, otorgándole al condenado herramientas suficientes para que pueda alcanzar la resocialización. Todo lo anterior, conforme

a la función que tiene el Estado de proteger a las personas privadas de la libertad bajo la Relación Especial de Sujeción.

Hasta el momento vimos la incongruencia presentada entre todas las normas que se han expedido desde el año 1993 –con la expedición del Código Penitenciario- hasta el momento. El problema con esta falta de coherencia es que los más afectados son las personas condenadas por estos delitos, quienes se encuentran en una inestabilidad jurídica. Sin embargo, estas manifestaciones de desigualdad no solo se presentan en la fase legislativa, sino que, además, se encuentran presentes en la fase judicial, como se verá a continuación.

2.2. DERECHO A LA IGUALDAD EN LA FASE JUDICIAL

La fase judicial está constituida por los principios procesales o garantías procesales que enmarcan los requisitos del proceso penal para que la judicialización sea legítima ante el ordenamiento jurídico colombiano (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Los jueces y fiscales deberán respetar los lineamientos sobre política criminal durante la investigación criminal y el proceso penal, siempre fallando conforme a la ley y evitando cualquier violación a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Esta fase comprende derechos como el debido proceso, la presunción de inocencia y el acceso a la justicia. La Comisión Asesora en Política Criminal respecto a esta segunda fase, declaró que aunado a lo anterior, se deberán tener en cuenta los siguientes principios: a no ser procesado dos veces por el mismo hecho; el derecho de *favor rei*, entendido desde sus dos dimensiones: la resolución de toda duda a favor del sujeto pasivo de la ley penal y la interpretación de la ley en su favor; el derecho a no declarar en contra de si o de su familia; el derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico; el derecho a ser juzgado por el juez competente (dicho juez debe ser funcionalmente independiente e imparcial); y el derecho a un juicio público, entre otros (Comisión Asesora de Política Criminal, pág. 19).

En efecto, una de las garantías en la fase judicial es la presunción de inocencia y en virtud de esta, el acusado tendrá el beneficio de la duda hasta que se haya declarado culpable en juicio penal. El Comité de Derechos Humanos señala además que todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado del proceso (Comité de Derecho Humanos, 1984).

Respecto a esta garantía procesal, será necesario hacer mención a las medidas privativas y las no privativas de la libertad en el transcurso del proceso penal. Según el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, las medidas privativas de la libertad son: detención preventiva en establecimiento de reclusión y detención preventiva en residencia señalada por el imputado. Y según el mismo artículo, las medidas no privativas de la libertad son: la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica; obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada; obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe; obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, entre otras.

Además, el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 1760 de 2015 impone una carga probatoria sobre el solicitante de la medida cautelar, en el sentido de que, solo será procedente si se demuestra que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento. Para el caso que nos compete, dentro de esta etapa será necesario mencionar varios supuestos en que podría incurrir el juez, violando de esta manera los derechos procesales de las personas sindicadas por delitos sexuales.

El primero de ellos es la parcialidad con la que podría decidir el juez del proceso. Fernando Tocora (1990) considera que los principios de subjetividad y de idoneidad, hacen que las decisiones judiciales sean arbitrarias y sin posibilidad de realizar algún cuestionamiento. Así pues, el autor considera que, en razón del argumento de subjetividad, los jueces podrían manejar el proceso penal de manera parcializada y sin razones objetivas. Y conforme al argumento de idoneidad se podría inferir que la misma por el simple hecho de haber sido proferida por una autoridad judicial es idónea, sin necesidad de mirar los criterios que tuvo el juez para expedir dicho fallo. Si bien existen mecanismos de control para corroborar la veracidad de los fallos, estos deberán ser impugnados por la parte interesada. El problema surge cuando dicho fallo no es impugnado y adquiere el carácter obligatorio para sus partes, aun si el mismo es contrario a derecho.

El segundo problema son los medios de comunicación. Estos han constituido lamentablemente parte importante del proceso penal. Este es el caso de Rafael Uribe Noguera, quien fue condenado a 51 años y 8 meses de prisión en primera instancia por los delitos de feminicidio agravado, acceso carnal violento agravado y secuestro simple. No obstante, la Fiscalía considero insuficiente esta pena con base en tres supuestos: la condición de mujer, niña e integrante de un grupo social vulnerable de la víctima, por la condición socio-económica del victimario y porque “infligió violencia sobre el cuerpo de la menor, con el único objetivo de aumentar, para provecho suyo, el dolor y el sufrimiento de su víctima” (Juzgado 35 penal del Circuito, Exp. 281049, 2017). El fallo de primera instancia fue apelado ante el Tribunal Superior de Bogotá, con la intención de aumentar la pena al sindicado, hecho que fue concedido por el Tribunal, quien incremento la pena de 51 a 58 años de prisión (EL NUEVO SIGLO, 2017, párr. 3).

Si contrastamos la pena establecida en este caso (58 años) y la rapidez de la justicia para fallar comparada, por ejemplo, con uno de los mayores asesinos de la historia colombiana –Luis Alfredo Garavito- quien se encuentra en la cárcel “la Tramacúa” purgando una pena de 40 años por delitos de homicidio y acceso carnal abusivo en más de 200 casos, podremos observar la desproporcionalidad de las penas establecidas en los procesos. Respecto al caso de Uribe Noguera, EL TIEMPO publicó:

El desarrollo del caso, que sacudió al país por su crueldad y las condiciones tanto de la víctima como del victimario, es atípico, si se tiene en cuenta que otros procesos que están en el Tribunal Superior de Bogotá llevan varios años y ni siquiera tienen ponencia para fallo (EL TIEMPO, 2017, párr. 2).

Sin embargo, cabe preguntarse qué tiene de especial este caso comparado con los miles de casos igualmente aberrantes que se denuncian a diario en el país y, sobre todo, cuál es el fin último de estas penas tan altas. Desde el año 2002, el INPEC y la Defensoría del Pueblo señalaron la urgente necesidad de garantizar el anonimato de las personas sindicadas o condenadas por delitos sexuales para evitar este tipo de reacciones (Corte Constitucional, Sentencia T-958, 2002). En las entrevistas realizadas en la cárcel “la Picota”, dos internos manifestaron que:

Los medios de comunicación andan a la cacería de casos impactantes, esa es la razón por la cual no existen beneficios para nosotros y solemos ser bastante discriminados.

Allané cargos para evitar problemas de prensa.

Para finalizar, el tercer problema son las constantes violaciones a los derechos procesales de las personas sindicadas. La etapa probatoria constituye un elemento importante para el desarrollo del juicio penal. En los procesos penales se puede llegar a incurrir en faltas contra el debido proceso y el derecho de defensa del sindicado en materia probatoria. En efecto, múltiples casos de delitos sexuales han optado en las instancias judiciales por manejar el testimonio de la víctima como “*prueba reina*” para el enjuiciamiento del procesado.

A modo de ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia – en adelante CSJ- conoció el caso del señor Enrique Humberto Aldana, quien fue denunciado en el año 2005 por acceso carnal abusivo contra uno de sus hijos. La denuncia fue interpuesta por la menor en compañía de la exesposa del implicado y madre de la víctima. Inicialmente, el señor fue absuelto de los cargos que se le imputaban por deficiencia en la veracidad del material probatorio. Sin embargo, el fallo fue apelado y en segunda instancia, el Tribunal decide revocar fallo de primera instancia y a cambio condenar al sindicado a 70 meses de prisión. Finalmente, el fallo condenatorio fue recurrido ante la Sala Penal de la CSJ. En el estudio del caso, la Corte evidenció que: 1) el dictamen de medicina legal había declarado que la menor no había sido accedida carnalmente por su padre, y 2) el dictamen de psiquiatría señaló que la menor había mencionado que todos los hechos habían sido sugeridos por su madre. En consecuencia, la Corte señaló que las consideraciones del Tribunal daban prevalencia al testimonio de la menor, dejando sin ningún efecto los dictámenes realizados por los profesionales de la salud. Por este motivo, la CSJ decide absolver del cargo al señor Enrique Aldana por considerar que las pruebas recaudadas no demostraban la culpabilidad del sindicado (Corte Suprema de Justicia, Exp. 40876, 2013).

En otro caso de falsa denuncia por delitos sexuales, la Corte concluyó:

Cierto es, como se indica en los fallos, que en los casos en los cuales las víctimas de la violencia sexual sean menores, la declaración de éstas adquiere gran relevancia y constituye prueba de preponderante mérito persuasivo, pero esto no significa, en manera alguna que su dicho deba apreciarse aún con prescindencia de la totalidad de la prueba válidamente recaudada, como al parecer ha sido entendido por los juzgadores en el presente evento (Corte Suprema de Justicia, Exp. 32983, 2013).

Pese a lo anterior, estos no son los únicos casos presentados. Verbigracia, en las entrevistas realizadas en la cárcel “La Picota”, varios de los entrevistados afirmaron sobre el proceso de enjuiciamiento que:

CASO 1: No cometí el delito, un niño me dijo que le hiciera el amor, que yo le gustaba mucho y yo le dije que no, el pelado le conto a la mamá que yo lo había acosado sexualmente. Como a eso de las 9:00 pm, llego la policía a mi casa y me dijeron que quedaba arrestado por acceso carnal abusivo, me mencionaron mis derechos. La señora a los 4 meses fue a la cárcel y me dijo que estaba arrepentida y que iba a retirar la denuncia, pero la fiscalía le dijo que ya no se podía.

CASO 2: Vivía con una mujer de 17 años, y el papá no estaba de acuerdo con la unión. Los dos tuvimos una hija, yo tenía para ese entonces 28 años, el papa denunció ante la fiscalía por acceso carnal violento, pero yo pienso que él lo hizo porque quería que yo le entregara las escrituras de la propiedad que yo tenía. Mi mujer en este momento vive en mi casa en Antioquia. Hace un tiempo vino el papá a decirme que iba a levantar la denuncia, pero en la fiscalía le dijeron que, si la retiraba, él se iba para la cárcel.

CASO 3: Llevaron al menor donde el médico para que le hiciera exámenes y en los resultados salía que el menor no había sido violado. No sé porque estoy en la cárcel.

CASO 4: El proceso fue muy corto, de una vez acepté cargos, tuve defensor, la fiscal dijo que lo condenaran a 4 años, después dijo que era muy poquito que a 8 y después dijo no mejor a 12. La fiscal y el juez se pusieron a negociar con mi condena sin ningún tipo de procedibilidad. Además, se le dio la oportunidad al defensor de oficio para que recurriera y dijo que sin recursos.

Como estos casos, se han presentado continuamente procesos que han violado el debido proceso de la persona sindicada. Es claro que el testimonio del menor se ha convertido en la pieza fundamental del proceso penal sin considerar que el mismo podría ser espurio. Por esta razón, es imprescindible que el juez titular del proceso actúe de manera imparcial y racional en el momento de dictar fallo.

En conclusión, la criminalización secundaria presupone la obligación de garantizar los principios procesales del sindicado. Los jueces y fiscales tienen una amplia carga procesal en términos de garantizar los derechos fundamentales de una persona. No obstante, esto no siempre se cumple, lo que genera una cantidad innecesaria de condenados en los centros penitenciarios por hechos que no se cometieron. Es por esto que, para dictar fallo, es necesario tener todas las pruebas que permitan demostrar la culpabilidad.

Hasta el momento se han visto dos de las tres fases de criminalización. La fase legislativa en donde se vieron varios de los problemas que ha ocasionado el populismo punitivo, entre ellos, la excesiva dosificación punitiva y la privación de ciertos derechos como el del acceso a beneficios judiciales y penitenciarios. Por otro lado, en la segunda fase de criminalización o fase judicial, se vieron tres causas que podrían desencadenar en un juicio errado, a saber: la incidencia de los medios de comunicación, la parcialidad del juez para fallar y el manejo del testimonio de la víctima como prueba reina.

Finalmente, se hará referencia a la fase penitenciaria que para el caso en estudio es muy importante en aras de determinar cómo es el proceso de criminalización en esta etapa frente a los postulados constitucionales. En este punto se mencionará la importancia de desarrollar programas de resocialización que permitan la no reincidencia del condenado.

2.3. DERECHO A LA IGUALDAD EN LA FASE PENITENCIARIA

La fase penitenciaria comprende el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, el Ministerio de Justicia y los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Esta fase tiene por objeto el cumplimiento de la pena impuesta en la fase judicial y la “resocialización” del condenado. Si bien la Constitución y los Tratados Internacionales no desarrollan esta fase en su totalidad, frente a esta podemos encontrar múltiples documentos sobre la situación de las personas privadas de la libertad. Igualmente, este tema ha sido objeto de múltiples fallos internacionales, por el cual, las altas Cortes han tenido que ponderar derechos en pro de la comunidad carcelaria. A este punto, es dable aclarar que solo se manejará la situación de las personas que se encuentran purgando una pena en establecimiento carcelario.

A nivel nacional, el Estado colombiano se encuentra en una posición de garante frente a las personas privadas de la libertad, noción ya mencionada por la jurisprudencia como “Relación Especial de Sujeción” para hacer frente a los problemas subyacentes de los Centros Penitenciarios del país. Las cárceles en Colombia se encuentran en un Estado de Cosas Inconstitucional. Razón por la cual, la Corte ha tenido que estudiar en dos ocasiones la situación de las personas privadas de la libertad a nivel general.

En primer lugar, la Corte Constitucional en Sentencia T-153 de 1998 constató la violación masiva de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. La Corte considero que el hacinamiento, la corrupción, la deficiencia en materia de servicios públicos y la falta de oportunidades para una adecuada resocialización constituían un Estado de Cosas Inconstitucional. En la parte resolutive de la Sentencia se le ordenó al INPEC, al Ministerio de Justicia y al Departamento Nacional de Planeación elaborar y ejecutar un plan de construcción de centros carcelarios en todo el país, capaz de garantizarle una vida digna a los reclusos de los penales.

No obstante, aun cuando se dio cumplimiento a la sentencia anteriormente citada, en el año 2013, la Corte tuvo la necesidad de estudiar el caso de las prisiones en Colombia nuevamente. Así pues, mediante la Sentencia T-388, la Corte Constitucional declaró la situación de las

personas privadas de la libertad como un Nuevo Estado de Cosas Inconstitucional. La Corte concluyó que las decisiones tomadas en el año 1998 no eran suficientes para acabar con la violación masiva de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Por el contrario, se necesitaban cambios estructurales en el sistema penitenciario y no solo planes de construcción para aumentar la capacidad de las prisiones¹⁰. De esta manera, la Corte declaró que:

Las cárceles y penitenciarias están en un estado de cosas, que se han convertido en vertederos o depósitos de seres humanos, antes que instituciones respetuosas de la dignidad, de los derechos fundamentales de las personas y orientadas a resocializarlas. Esta grave afectación a la libertad, constituye una grave amenaza para la igualdad y para el principio de la dignidad humana (Corte Constitucional, Sentencia T-388, 2013, pág. 290).

Aunque estas sentencias son trascendentales en cuanto al desarrollo de los derechos de las personas privadas de la libertad, es necesario revisar otro de los problemas de esta fase. La fase penitenciaria no solo implica la actividad ejercida por los jueces de ejecución de penas, sino también los programas establecidos por el Código Penitenciario del país. El artículo 5 numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que los fines de la pena son la reforma y la readaptación social del condenado. A nivel nacional, el artículo 10 del Código Penitenciario (1993) señala que el tratamiento carcelario 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.

La resocialización, vista como fin último de la pena, ha sido considerada a lo largo de la cultura penitenciaria como el tratamiento carcelario a través del sistema progresivo de la sociedad. La Corte Constitucional al respecto manifestó que:

El sentido último de un sistema penitenciario y carcelario es lograr la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad. Al lado de la función retributiva de la pena, la resocialización ha de ser el principal objetivo de la reclusión, junto con la disuasión, la principal garantía de no repetición. Se pretende que la reclusión y la penitencia transformen a la persona que ha atentado gravemente la convivencia en sociedad, para que pueda regresar a vivir sin romper las mínimas reglas de armonía. Las limitaciones que la disciplina

¹⁰La Contraloría General de la Nación en la Sentencia T-388 de 2013 indicó que, a pesar de los aumentos de los recursos presupuestales destinados a desarrollar la infraestructura, los resultados esperados no se han logrado. Concluye la contraloría que, del presupuesto invertido, solo se logró disminuir en 12 puntos el porcentaje de hacinamiento Manifiesta de igual forma que el presupuesto invertido en la construcción de más cárceles, ha impedido la inversión de programas que permitan cumplir con el fin resocializador. Considera, además, la falta de coherencia entre las políticas penitenciarias y carcelarias, al no destinar los recursos necesarios para el fortalecimiento de estos programas.

impone a las personas reclusas, de hecho, encuentran su principal justificación en ser necesarias para lograr tal propósito. La resocialización es una de las principales garantías de no repetición para las víctimas y para los derechos de las personas en general (Corte Constitucional, Sentencia T-388, 2013, pág. 206).

Estas actividades deberán ser garantizadas para la adecuada resocialización del interno y, además, su inejecución, podría estar relacionada con efectos negativos en la salud física y mental.

Fernando Tocora (1990) sostiene que “en realidad la pena que se ejecuta es una pena mucho más infamante y dolorosa que la pena que prevén los códigos. Una es la pena escrita en el papel destinada a la resocialización o cuando menos a una retribución humanizada, y otra es la pena viva que se ejecuta entre muros de silencio y arbitrariedad” (pág. 170). De igual forma, este autor considera que es irónico creer que una persona va a resocializarse, si la misma se encuentra en encierro y en condiciones deplorables frente a la dignidad humana. Además, considera contradictorio el hecho de que una persona en condiciones normales de marginalidad frente a la sociedad siga el ejemplo de los altos dirigentes, cuando muchos de estos son los que continuamente infringen la ley.

Los programas de resocialización manejados en las cárceles colombianas demuestran la existencia de enormes falencias para el cumplimiento de estos fines. La Procuraduría General de la Nación resaltó que las principales razones por las cuales no se puede contar con un programa de resocialización adecuado son: 1) carencia de una clasificación de los condenados, 2) debilidades estructurales para dictar adecuadamente los diferentes programas –léase, artesanías, bisutería, aseo, lecturas, entre otras-, 3) cambios constantes en la dirección del INPEC que generan discontinuidad en la prestación del servicio, 4) falta de inversión para ejecutar los programas, y 5) el alto porcentaje de ociosidad por falta de capacidad en los programas (Sentencia T-958, 2002).

No solo los expertos en política criminal conocen sobre la inoperancia de estos programas de resocialización, sino que los mismos internos conocen su situación. En las entrevistas efectuadas en la cárcel “la Picota”, dos internos señalaron:

Es mentira, se resocializa el que quiere. Esto es como la universidad, en vez de resocializarse aprenden más mañas.

No, ni a los violadores ni a ninguna persona, la cárcel no sirve para resocializar.

Aunque los programas de resocialización en el país no estén cumpliendo con los objetivos propuestos, no significa que en general, este tipo de programas no sirvan. Por el contrario, se ha visto el desarrollo de varios países que han utilizado una serie de programas capaces de garantizarle al interno la posibilidad de purgar su pena y de reformarse para la vida en sociedad.

Este es el caso de España, que desde el año 1996 creó una base de datos con varios agresores sexuales, el cual tenía como objetivo evitar la reincidencia del paciente. No obstante, solo hasta

el año 2005, el Ministerio del Interior de España creó formalmente el “Programa de Control de la Agresión Sexual – SAC-” (Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya) II., 2009)

Este programa se desarrolló mediante dos etapas: la primera es la evaluación y la segunda es el tratamiento del agresor. Dentro de la segunda etapa se encuentra el tratamiento “A” de toma de conciencia que busca que el interno asimile la conducta delictiva con el objetivo de que disminuya el nivel de resistencia del propio comportamiento criminógeno. Y el tratamiento “B” de toma de control, en el cual se centra en la propia conducta delictiva del infractor a través de 6 módulos (Ministerio del Interior de España, 2006). Entre las conclusiones más significativas de este programa se encuentra la baja tasa de reincidencia, siendo nuevamente infractor solo el 4% de los alumnos que asistieron al programa SAC. Es decir, las cifras han sido bastante alentadoras respecto a la efectiva resocialización del pospenado (Entrecancelas, 2011).

Este tipo de programas también han sido adelantados por países como: Canadá, Reino Unido, Bélgica, Costa Rica, Chile. Además, un programa similar fue establecido en la Unión Europea para su implementación en los estados miembros (Corte Constitucional, Sentencia T-718, 2015). El desarrollo de un programa como estos en Colombia probablemente sería más efectivo que mantener medidas como la castración química o la excesiva dosificación punitiva como métodos para evitar la reincidencia en el país.

En conclusión, Colombia no puede seguir manejando los suplicios como forma de sanción penal. Por el contrario, es necesario que la concepción de castigo sea cambiada por garantías y programas que permitan al condenado retomar su vida en sociedad. Las penas altas y la prohibición de otorgar beneficios no sirven si al momento de salir existe una alta probabilidad de reincidencia. Por eso, Colombia necesita implementar programas de resocialización y no reincidencia como los adoptados en España y otros países europeos con resultados positivos en más del 90%.

En el desarrollo de este artículo, se observó la incongruencia normativa, judicial y penitenciaria respecto a las personas privadas de la libertad condenadas por delitos sexuales. Estas circunstancias han generado como consecuencia una desproporcionalidad y desprotección en las tres fases de criminalización respecto a los lineamientos sobre derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad se encuentran consagrados en la normatividad nacional e internacional. El Estado colombiano tiene una importante carga respecto a esta población, por lo que necesita tomar las medidas trascendentales para que derechos como la vida, la integridad física, la salud y el debido proceso no se restrinjan durante el cumplimiento de una sanción punitiva. Como se pudo observar a lo largo de la investigación, existen constantes violaciones de derechos fundamentales para las personas en modalidad de sindicados y condenados por delitos sexuales en el país. Si bien, el tema de delitos sexuales ha generado pronunciamientos airados por parte de la sociedad, es imprescindible que las garantías constitucionales sean igualmente respetadas para este grupo en particular.
2. En la fase legislativa se demostró que el populismo punitivo manejado en Colombia respecto a estos delitos existe, además de la antinomia normativa respecto a las diferentes leyes que han intentado limitar los beneficios judiciales y administrativos de las personas privadas de la libertad. Por esta razón, el cuerpo legislativo, necesita omitir de sus debates políticos cualquier argumento discriminatorio o que conduzca al estigma social al momento de legislar sobre política criminal. Esto teniendo en cuenta, que muchas de las leyes expedidas en los últimos años se han basado en un populismo punitivo sin atender los postulados de una política criminal garantista.

Por otro lado, es necesario hacer un llamado a la Corte Constitucional para que se pronuncie de manera definitiva sobre la posibilidad de otorgar beneficios judiciales y administrativos para los victimarios de delitos sexuales. Llegado el caso, declarar inconstitucional el artículo 4 de la ley 1773 de 2016 sobre la imposibilidad de gozar de beneficios judiciales y penitenciarios, por atentar contra los derechos de las personas privadas de la libertad y de los fines de la pena.

3. En la fase de investigación y judicialización, se mostró que los medios de comunicación, la parcialidad del juez y la deficiencia probatoria inciden de forma negativa en el proceso penal. Por este motivo, los jueces deben manejar los casos desde un punto de vista profesional, crítico e imparcial para evitar cualquier tipo de violación a los derechos fundamentales y a los derechos procesales del sindicado.
4. Respecto a la fase penitenciaria, se mostraron ineficiencias y fallas que hacen que el sistema de tratamiento y resocialización no cumpla con sus propósitos. Por ello, se debe reflexionar, no solo sobre los problemas jurídicos, sino también sociales y estructurales, y así incidir en la construcción de una justicia restaurativa, acorde a las necesidades individuales y sociales. Es así que, se sugiere adoptar programas de resocialización para

victimarios de delitos sexuales en Colombia, teniendo en cuenta que se han demostrado resultados óptimos con relación a los fines de la pena que pregonan el Sistema penal. Además, se considera necesaria una preparación académica en materia de política criminal para los miembros de las tres fases de criminalización, la cual permita entender la situación actual del país en materia carcelaria y las consecuencias que podrían generar las decisiones de los operadores de justicia en materia de derechos humanos y de hacinamiento carcelario.

REFERENCIAS:

Alviar García, E. (2016). *Constitución y Democracia en movimiento*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.

Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya) II. (2009). *Delitos sexuales y reincidencia: un estudio en las prisiones de cataluña*. Cataluña: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya) II.

Comisión Asesora de Política Criminal. (Junio de 2012). *INFORME FINAL: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Recuperado el 18 de Octubre de 2016, https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 3 de Octubre de 2000. Caso Marcelino Hanríquez et al vs. Argentina, CASO 11.784.

Comité de Derecho Humanos de las Naciones Unidas (1984). *Observación General No. 13*. Comentarios generales al Artículo 14 - Administración de justicia.

Comité de Derecho Humanos de las Naciones Unidas (1989). *Observación General No. 18 "No Discriminación"*.

Congreso de la Republica de Colombia. (8 de Septiembre de 2015). *PROYECTO DE LEY 171 DE 2015*. Recuperado el 10 de Abril de 2017, de INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE SENADO, 016 DE 2014 CÁMARA: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=171&p_consec=42734#_ftn4

Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). Recuperado el 5 de Diciembre de 2017, de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html

Corte Constitucional. 20 de Junio de 2001. Sentencia C-646 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. 20 de Junio de 2001. Sentencia C-647. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. 23 de Enero de 1996. Sentencia C-022 (MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

- Corte Constitucional.30 de Enero de 2008. Sentencia C-061, Expediente D-6821.
(MP: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. 2008).
- Corte Constitucional.20 de Mayo de 1997. Sentencia C-239 (MP:Dr. Carlos Gaviria Diaz.).
- Corte Constitucional. 4 de Agosto de 1999. Sentencia C-559 de 1999 (MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional.19 de Noviembre de 1998. Sentencia C-679 (MP: Dr. Carlos Gaviria Diaz).
- Corte Constitucional.23 de Julio de 2008. Sentencia C-738 (MP: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional.23 de Noviembre de 2010. Sentencia C-936 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional. 12 DE Febrero de 2008. Sentencia T-111 (MP. Jaime Córdoba Triviño).
- Corte Constitucional.28 de junio de 2013. Sentencia T-388 (MP:María Victoria Calle Correa).
- Corte Constitucional.24 de Noviembre de 2015. Sentencia T-718 (MP: Jorge Iván Palacio Palacio).
- Corte Constitucional.7 de Noviembre de 2002. Sentencia T-958 (MP: Dr. Eduardo Montealegre Lynett).
- Corte Suprema de Justicia.10 de Julio de 2013. Expediente 40876 (MP: Gustavo Enrique Malo Fernández).
- Corte Suprema de Justicia.21 de Octubre de 2013. Expediente 32983 (MP: José Leonidas Bustos Martínez).
- Entrevista realizada el 4 de agosto de 2016. (L. K. Mesa, Entrevistador) Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia.
- El derecho penitenciario como última fase en el proceso penal.* (s.f.). Recuperado el 13 de Septiembre de 2016, de <http://juiciopenal.com/derecho-penitenciario/el-derecho-penitenciario-como-ultima-fase-del-proceso-penal/>
- EL NUEVO SIGLO (2 de noviembre de 2017). “*Suben a 58 años condena al homicida Rafael Uribe Noguera*”. Recuperado el 5 de diciembre de 2017, de <http://elnuevosiglo.com.co/articulos/11-2017-suben-a-58-anos-condena-al-homicida-rafael-uribe-noguera>
- EL TIEMPO (2 de Abril de 2017). *Los 51 años de cárcel para Rafael Uribe: ¿fue una condena justa?*. EL TIEMPO. Recuperado el 6 de Abril de 2017, de <http://www.eltiempo.com/justicia/delitos/condena-contra-rafael-uribe-noguera-73968>
- Entrecancelas. (11 de Enero de 2011). *Violadores: Programa SAC*. Recuperado el 16 de abril de 2017, de <http://www.entrecancelas.com/2011/01/11/violadores-programa-sac/>

- Entrevista en la Cárcel "La Picota" realizada el 4 de Agosto de 2016. *Hacia la desinstitucionalización punitiva*. (M. G. Quevedo, Entrevistador) Bogotá, Colombia.
- García, L., & Herrera, M. C. (Junio de 2003). *El concepto de los daños punitivos o punitive damages*. *scielo.org.co*. Recuperado el 14 de Mayo de 2016, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100006
- Gil, R. E. (s.f.). Situación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las américas y obligaciones del Estado como Garante.
- Hulsman, L., & Bernat de Celis, J. (1982). *SISTEMA PENAL Y SEGURIDAD CIUDADANA: HACIA UNA ALTERNATIVA*. (S. Politoff, Trad.) Paris, Francia: Editions du centurio (Traducido por Editorial Ariel, S.A.).
- INPEC. (2018). *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-/Entes de Control*. Recuperado el 7 de Marzo de 2017, de <http://www.inpec.gov.co/web/guest/institucion/entes-de-control?inheritRedirect=true>
- Juzgado 35 penal del Circuito.29 de Marzo de 2017. Exp. 281049, 1100160000028201603772 NI 281049.
- Larrauri, E. (2007). *"Criminología Crítica Y Violencia De Genero"*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (Septiembre de 2014). *Subrogados Penales, Mecanismos Sustitutivos De Pena Y Vigilancia Electrónica En El Sistema Penal Colombiano*. (C. I. Consult, Ed.) Recuperado el 6 de Abril de 2017, de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/Cartilla%20Subrogados%20Penales.pdf>
- Ministerio del Interior de España. (2006). *El control de la agresión sexual: programa de intervención en el medio penitenciario*. Barcelona: Ministerio del interior - Secretaría General Técnica.
- Muñoz, J. A. (2009). *"populismo punitivo y una verdad construida"*.
- Murgas, C. P. (s.f.). *Populismo punitivo: incidencia actual en el contexto legislativo colombiano*. Recuperado el 21 de octubre de 2016, de <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/Populismo+punitivo,+incidencia+actual+en+el+contexto+legislativo+colombiano/f5645438-efbb-4c4f-83a5-cac6a6c945d5?version=1.0>
- O'Donnell, D. (2004). *Derecho internanal de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá, Colombia: Murillo Impresores Ltda.
- Populismo punitivo: incidencia actual en el contexto legislativo colombiano*. (s.f.). Recuperado el 24 de Septiembre de 2016, de <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/Populismo+punitivo,+incidencia+actual+en+el+contexto+legislativo+colombiano/f5645438-efbb-4c4f-83a5-cac6a6c945d5?version=1.0>

JusticiaelTiempo. (2012). “*Referendo de cadena perpetua para violadores de niños irá a la CIDH*”. EL TIEMPO. Recuperado el 16 de Mayo de 2016, de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11954662>

Tocora, L. F. (1990). *Política criminal en América Latina*. Ediciones Librería del Profesional.

Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.