

CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

HOMENAJE A FERNANDO HINESTROSA
40 AÑOS DE RECTORÍA 1963-2003

Universidad Externado de Colombia

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

ISBN 958-616-811-5

© **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2003**
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948

Primera edición: octubre de 2003

Diseño de cubierta y composición: Depto. de Publicaciones,
Univ. Externado de Colombia
Impresión y encuadernación: CARGRAPHICS - impresión digital,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

En conmemoración de los 40 años del Rector de la Universidad Externado de Colombia, el Centro de Investigación en Política Criminal (CIPC) se suma a la celebración presentando los trabajos de investigación realizados en la Cátedra de Investigación Científica de los años 2002 y 2003

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
PRÓLOGO	21
CAPÍTULO PRIMERO INVESTIGACIÓN EMPÍRICA Y VICTIMOLOGÍA	
CONFLICTOS RELATIVOS A LA TERMINOLOGÍA: “SITUACIÓN PROBLEMÁTICA” VS. “CRIMEN” <i>Louk Hulsman</i>	27
DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS DESVINCULADOS DEL CONFLICTO ARMADO: COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY 180 DE 2001 SENADO <i>Ana María Díaz</i>	41
VICTIMIZACIÓN DE LA NIÑEZ POR EL CONFLICTO ARMADO <i>Cielo Mariño Rojas</i>	47
UNA REALIDAD SILENCIOSA: LOS EFECTOS DEL CONFLICTO EN LAS ORGANIZACIONES FEMENINAS <i>Pilar Rueda</i>	61
ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS DE LA CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL: PRÁCTICAS DE JUSTICIA Y PRÁCTICAS TERRORISTAS EN COLOMBIA. ESTUDIOS DE CASO SOBRE DESPLAZAMIENTOS MASIVOS EN COLOMBIA <i>Ángela Santamaría</i>	71

EL JUICIO ORAL COMO ALTERNATIVA DE JUSTICIA PENAL EN COLOMBIA <i>Piedad Luna</i>	95
ENCUESTAS DE VICTIMIZACIÓN <i>Centro de Investigación en Política Criminal–UNICRI</i>	101
CAPÍTULO SEGUNDO CRIMINOLOGÍA Y PLURALISMO JURÍDICO	
¿JUSTICIA INDÍGENA Y VÍCTIMAS DE ABUSO DE PODER? <i>Marcela Gutiérrez</i>	127
CINCO CAMBIOS CONSTITUCIONALES BASE PARA CONFIGURAR UN ESTADO MULTICULTURAL Y PLURIÉTNICO <i>Esther Sánchez</i>	149
MULTICULTURALISMO Y NIÑEZ INDÍGENA <i>Cielo Mariño Rojas</i>	169
PLURALISMO JURÍDICO, DESPLAZAMIENTO FORZADO POR LA VIOLENCIA Y DERECHO ANCESTRAL A LA TIERRA <i>Ángela Santamaría</i>	183
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RECONOCIMIENTO CULTURAL <i>Danny Marrero Avendaño</i>	199

INTRODUCCIÓN

No creo que haya posibilidad de transformar el mundo si no se le comprende y se le explica; es decir, si no comprendemos la realidad, es muy difícil que la transformemos o, por lo menos, transformarla de una manera más positiva¹.

Para introducir la Cátedra de Investigación Científica he considerado preguntarnos cual es el objetivo en Ciencias Humanas de la investigación² Científica en el ámbito de la transformación de la Política Criminal.

Dentro del contexto actual nacional y global, y teniendo en cuenta nuestra realidad socioeconómica³ y las actuales

-
1. FERNANDO SAVATER. *Ética, Política, Ciudadanía*, México, Grijalbo, 1998, p. 23.
 2. FERNANDO HINESTROSA. *Escritos varios*, Bogotá, Umaña Trujillo Impresores, 1983, Acto de clausura del Seminario celebrado en el Salón de Actos de la Usual 1.º de septiembre de 1978, p. 175. El doctor HINESTROSA expresa: “Pasando al terreno de la investigación, en primer término se precisó el significado de dicha actividad, distinguiendo, de un lado la verdadera investigación, caracterizada por su creatividad, de la investigación secundaria o trabajo de recopilación y divulgación, y de otro, entre la preparación para la investigación, con el conocimiento adecuado de los métodos y la adquisición de hábitos de análisis y crítica, y la formación de un ambiente propicio para la labor de quienes, con vocación, aptitud y experiencia hayan de dedicarse a ampliar las fronteras del conocimiento. Seguidamente se indicó que ambas tareas que han de ser interdisciplinarias, competen a la universidad con acento especial en la última, dentro de la cual es manifiesto el peligro de que el pensamiento emigre en solitud de campo adecuado para la reflexión y el trabajo metódico que le es indispensable.
 3. Documento de Colciencias sobre el marco conceptual de la Convocatoria a Grupos de Investigación 2002. Una tarea fundamental de Colciencias, dentro

políticas públicas, es importante identificar el objetivo central de la investigación: aprehender las realidades de una manera “integral” e identificar las *creencias endebles* que no dejan avanzar la comprensión y la claridad del conocimiento. Muchas veces dentro del mundo normativo y la realidad fáctica hay una gran distancia. Por esta razón, hemos constatado *desajustes* sobre el conocimiento preexistente y los nuevos significados que existen. Es importante tomar control y responsabilidad en el conocimiento y su evolución. Para precisar el conocimiento en un momento determinado (el interés sociológico en materia de realidad y conocimiento se justifica así inicialmente por el hecho de su *relatividad social*)⁴ es importante la comunicación, así como la interacción social de las personas involucradas en esa realidad, a través de la investigación⁵ y el descubrir. Sin embargo, es importante conocer el funcionamiento real de la ciencia, más que sus resultados, lo cual contribuye a comprender qué es la ciencia. Esta es la actividad de los investigadores que se interrogan y piensan, más que la acumulación de hechos y resultados, los procesos de construcción.

La cátedra de investigación científica se creó con el objetivo de estimular a los investigadores del Centro de Investigación en Política Criminal⁶ y a sus estudiantes de pregrado

de la misión que tiene de fomentar la ciencia y la tecnología en Colombia, es la de saber quiénes trabajan en investigación en el país, qué producen, cómo lo hacen, qué tipo de productos obtienen, a cuántos investigadores forman y, en general, cómo se desarrolla esta actividad. Esta información es esencial para sondear la investigación en el país y fuera de él, para organizar las políticas públicas frente al tema, para dirigir los recursos e incluso para argumentar frente al Gobierno Nacional y otras instancias la necesidad de éstos.

4. SAVATER. Ob. cit., p. 15.
5. *Pequeño Larousse Ilustrado*. “Investigar. Hacer diligencias para disturbar una cosa, registrar, indagar”, 1995.
6. El Centro de Investigación en Política Criminal está escalafonado por Colciencias en el año de 1997. Colciencias define un *grupo de investigación científica y/o tecnológica* como el conjunto de una o más personas que se reúnen para realizar investigación en una temática dada, formulan uno o varios problemas de su interés, trazan un plan estratégico para trabajar en él y producen unos

que pertenecen a las líneas de investigación a descubrir y confrontar mitos y creencias de la política criminal y buscar alternativas en el ámbito académico que puedan ser utilizadas como herramientas por los operadores de la política criminal.

Que quede claro. Estamos en un ámbito universitario en donde pensamos los procesos de construcción de las políticas criminales. Primero que todo, debemos partir de los conocimientos preestablecidos e interrogarlos sobre su validez, eficacia y respeto a los valores fundamentales. Base fundamental y empírica de la política criminal es verla y probarla ante procedimientos analíticos. En otras palabras, es inventarla y descubrirla. Y el mecanismo más importante es preguntarnos *sobre* la manera como ha sido construida, aplicada, y como saber que no sabemos. Tal como dice SCHELLER:

El hombre culto es alguien que sabe que no sabe, es aquel de la antigua y noble docta ignorancia, el que intuye que la realidad es infinitamente más vasta y misteriosa que lo que nuestra ciencia domina.

Para comprender la política criminal y sus construcciones debemos iniciar un proceso de experimentos para poder confrontar lo existente, y eso lo hemos aprendido con la sociología del conocimiento. Es claro que los procesos de construcción de las realidades en donde participamos activamente los comprendemos mejor y los explicamos de una manera consciente. Tal como dicen BERGER y LUCKMANN,

[...] la sociología del conocimiento deberá tratar de captar los procesos por los cuales ello se realiza de una manera tal que una realidad ya establecida se cristaliza para el hombre de la calle. En

resultados de conocimiento sobre el tema en cuestión. Un grupo existe siempre y cuando demuestre producción de resultados tangibles y verificables y tenga un plan de acción convenientemente expresado y formalizado.

otras palabras, sostenemos que la sociología del conocimiento se ocupa del análisis de la construcción social de la realidad⁷.

Para hablar de política criminal y de criminología debemos conocer la historia y el contexto actual de los sistemas penales y sus resultados. Además de lo anterior, es importante profundizar la investigación criminológica como ciencia *empírica* y fundamentada en *valores de un Estado social y democrático de derecho*. El objetivo de la investigación científica es darnos cuenta del *conocimiento*⁸ que tenemos acerca de la existencia o no de las políticas públicas, la *realidad*⁹ actual y la manera de *dudar* frente a la política criminal buscando cambios en el individuo y en el sistema.

Hablo de mitos como de creencias en el sentido de que creemos mucho sin bases científicas y con argumentos pseudoestructurados. Todos tenemos creencias frente a algo, y no invito a ser completamente escépticos. Pero sí invito a *analizar* las creencias endebles, peligrosas y, lo peor, cuando son base fundamental de las decisiones. Si rompemos con mitos es porque hay más información. O sea, debemos transformar los mitos (inherentes a informaciones que circulan en nuestro medio) siendo más reflexivos, desempeñando estrategias intelectuales y realizando buenas preguntas cuando reflexionamos a las creencias de uno o a las del medio circundante.

Si consideramos que las creencias que circulan deben ser racionalmente justificadas no debemos dejar que la gente diga cualquier cosa ni fortalecer con nuestro silencio la propagación de creencias injustificadas o peligrosas. Creencias en la Historia que causaron muchas víctimas y violaron los

-
7. PETER BERGER L. y THOMAS LUCKMANN. Define "conocimiento" como la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas, p. 15.
 8. *Ibíd.*, p. 13.
 9. BERGER y LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Argentina, Amorrortu, 1999. Entienden realidad como "una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición" (no podemos "hacerlos desaparecer"), *ibíd.*, p. 13.

derechos del Hombre. Un ejemplo histórico y de consecuencias nefastas fue la *Inquisición*, que con base en libros sagrados, intocables y de “autoridad” construyó lógicas irrefutables y también sin lugar a probarlas. Se crearon fantasmas y hasta brujas; quien estuviera en contra de esas creencias era un hereje. De lo anterior se colige que, teniendo en cuenta el momento histórico, no podemos aceptar mitos contruidos con abstracciones y afirmaciones radicales.

Menos mal la Suprema –autoridad central del Oficio Sagrado en Madrid– autorizó a SALAZAR el Inquisidor y sus ayudantes a llevar a cabo lo que hoy llamaríamos una investigación empírica mayor de las brujas vascas –en sus palabras, una extensa visita con un edicto de gracia para todos los miembros del secta del diablo– entrevistando a más de 1800 personas en la región, con más de 11.200 páginas de anotaciones. Creo que fue el primer estudio empírico de brujas. La mayor conclusión fue que no había ninguna prueba de brujería.

Es importante identificar el papel que pueden jugar los sentidos, las presunciones, las interpretaciones, la memoria y las “autoridades” implacables que nos dan una versión de la realidad interpretada en el ser humano.

Es cierto que las creencias nos dan un estado de calma y de satisfacción; la duda crea un descontento y una excesiva irritación. Pero es necesario evaluarlas y ser tenaces. Como decía GOETHE, “la experiencia corrige al hombre cada día”.

Igualmente, y en otra época, MONTAIGNE decía:

Hacer quemar a un hombre vivo sobre la base de conjeturas es atribuirles a ellas un gran valor. Ya que nuestras creencias guían nuestras acciones, nosotros debemos ser extremadamente prudentes antes de adoptar una creencia que nos llevaría a actuar de una manera peligrosa para nosotros o para otros. La creencia de la existencia de la brujería, de los medios para descubrirla y el juicio de los presuntos adeptos hizo muchas víctimas. El hecho de adoptar una creencia más que otra, sobre todo cuando se produce en toda una colectividad, puede tener a veces consecuencias desastrosas.

Para este fin hemos identificado algunas preguntas epistemológicas sobre la investigación científica en política criminal, los controles formales e informales y su incidencia en el conocimiento.

¿EL CONTROL FORMAL CONSTRUYE CIUDADANÍA
Y PREVIENE LA “DELINCUENCIA”?

El control penal y sus resultados han sido nefastos frente al futuro social e individual. No previene, no restaura, no restituye, no tranquiliza, no libera, no emancipa, no resocializa, no concilia, no comunica ni interacciona con nadie y no resuelve los conflictos. Es un sistema simple frente a lo complejo de los conflictos y a la interacción de las personas involucradas en un conflicto. Hablo de sistema: todas las instituciones formales e informales que lo conforman, tales como los tribunales, la policía, la prisión y los medios de comunicación, son un “conjunto” de sueños y de ilusiones.

Tal como diría THOMAS MATHIESEN, la ineficacia preventiva de la prisión se basa en un problema de *comunicación*¹⁰.

¿EL SISTEMA PENAL RESPETA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

El sistema penal ha creado en su historia principios rectores y normas abstractas y alejadas de la realidad. Los operadores de justicia y los que definen la criminalización no se confrontan y no investigan la realidad. Por esta razón, los principios y normas no tienen en cuenta la construcción de la realidad, sino es un sistema eminentemente esencialista, que le da prioridad más a la esencia que a la existencia de hechos reales.

Teniendo en cuenta nuestra historia y la diversidad cultural, existe el mito de que el derecho penal como sistema

10. Según el *Diccionario Larousse Ilustrado*, la comunicación es un enlace entre dos puntos, un proceso de producción y transmisión social de la información.

preventivo y represivo es la reacción normal frente a un evento y la única de las salidas es la prisión.

Frente al sistema penal y las garantías humanistas, observamos que la situación, no sólo de la víctima sino también del victimario, es degradante en lo que refiere a los derechos fundamentales. Si empezamos a observar los diagnósticos, dicen lo siguiente: hay impunidad, desconfianza e incredulidad frente a todo el sistema penal, sin tener en cuenta las vías alternativas al sistema represivo: sistema terapéutico, sistema educativo, compensación, conciliación, etc.

El derecho penal no trata todos los conflictos. Y cuando los trata no se desata el nudo gordiano creando relaciones, sino, al contrario, crea anomia y reproduce lo que se quiere combatir: la industria del crimen. El porcentaje de la población privada de la libertad pero que no ha sido condenada aún, puede ser utilizado como una aproximación a la eficiencia de la justicia. En efecto, señala el número de procesos que está todavía pendiente de resolución y por lo tanto es un indicador de congestión.

Al fin de los años 70, el decrecimiento había desaparecido, y durante los 80, las cifras aumentaron escandalosamente. Entre 1979 y 1993, las cifras de EUA incrementaron del 230 por cien mil al 532 por cien mil, las cifras canadienses del 100 al 125 por cien mil, las británicas del 85 al 95 por cien mil, las noruegas del 44 al 62 por cien mil, las holandesas del 23 por cien mil¹¹. Asimismo, en Colombia, la población penitenciaria crece, la tasa de hacinamiento lógicamente sube, la degradación institucional y la tasa de reincidencia son contraproducentes por las altas tasas demográficas y el alto uso del sistema penal.

La idea de resocialización en una institución cerrada y totalizante se opone a la idea de dignidad y derecho humano por su duración y sus consecuencias desocializadoras. El

11 CHRISTIE NILS. "El derecho penal y la sociedad civil, el peligro de la sobrecriminalización", en *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 56.

Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la desocialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización. La función de educación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición de entorpecer ese desarrollo según la Sentencia C-261 de 1996 de la Corte Constitucional.

La evolución de la población carcelaria y los gastos en una porción importante de los recursos adicionales se orientaron a construir cárceles de máxima seguridad cuyo costo fue muy alto y su razón de ser era diferente a la de aportar solución al hacinamiento. ELÍAS CARRANZA, director del ILANUD dice: "Cuando los motines y homicidios ocurren en forma alarmante, pensamos que es porque se trata de población violenta, pero está comprobado que, por ejemplo, los animales se vuelven violentos en espacios reducidos. Se está enviando cada vez más a prisión sin sentencia o con condenas que son cada vez más largas".

En la Sentencia T-596 de 1992, M. P. CIRO ANGARITA BARÓN, la Corte Constitucional de Colombia dice:

La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista de su comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos derechos suspendidos, otros limitados, como el derecho a la comunicación y a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud.

Asimismo en la sentencia T-153 de 1998 la Corte Constitucional declara:

Las inspecciones le permitieron a la comisión judicial llegar a la conclusión de que las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente inhumanas, indignas de una

persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso por los marginados.

De lo anterior podemos concluir que es difícil crear condiciones humanitarias para los seres humanos en sitios inhumanos y degradantes.

¿LA REACCIÓN DEL DERECHO PENAL ES LO NORMAL FRENTE A LA DELINCUENCIA?

Tal como lo comprobamos en las encuestas de victimología, el sistema penal reacciona excepcionalmente y no es lo normal. Para entender la cifra oscura de la criminalidad (*dark figure*), desde la perspectiva teórica y empírica de hechos que no se denuncian, y las percepciones diferentes de las personas frente a diferentes victimizaciones, fue importante entender las estadísticas no sólo oficiales sino las que no se conocen.

Además de las estadísticas de policía, de las encuestas de victimología, fue primordial la investigación cualitativa para comprender a los individuos en su realidad. Constatamos que lo que se clasifica como delito no siempre es percibido por la persona involucrada como delito. La gravedad o no de los hechos depende también de las interpretaciones y lógicamente de los diferentes contextos culturales. La Encuesta de 2000 de Victimología mostró los siguientes resultados:

1. No hay credibilidad en el sistema penal.
2. Victimización secundaria o terciaria.
3. Grado de conocimiento entre víctima y victimario.

La investigación en política criminal en la universidad es fundamental, pues nos ayuda a reconstruir los datos “inexistentes” de conflictos relevantes y a reconstruir con base en la realidad las teorías sobre los conflictos existentes y las reacciones o los controles formales o informales a esos conflictos.

– Creer en las utopías que seguramente en un momento van a ser realidad. Un artículo del criminólogo SEBASTIAN SCHEERER nos recuerda que “nunca hubo una gran transformación social en la historia de la humanidad que no se haya considerado como ilusoria, idiota o utópica por una gran mayoría de los expertos pocos años antes de convertirse en realidad”¹².

– Teniendo en cuenta a PIERRE BOURDIEU y su teoría globalizante de que todo está socialmente constituido, consideramos que las instituciones penales son otro sistema de selección con sus prácticas, hechos y discursos. No hay naturalidad ni conciencia en una predisposición a quedarnos en el *habitus*¹³ o *ethos*; en una homogeneidad económica, social y cultural no hay grupos y culturas con validez universal.

– ¿La búsqueda del conocimiento deber ser eminentemente objetiva? A pesar de la búsqueda y materialización de los principios de imparcialidad, justicia y equidad, existe también el principio de *diversidad* que tiene en cuenta que las realidades son objetivo-subjetivas. La sociedad hay que verla desde la óptica objetiva-subjetiva, desde adentro y desde afuera y sus interacciones. El individuo como la interacción es riqueza fundamental para conocer la realidad diversa, plural y compleja. La sociedad es heterogénea y sus decisiones deben tener en cuenta esas construcciones diferentes sin modelos preestablecidos. Acordémonos de MERSAULT, en *El extranjero* de ALBERT CAMUS, que su condena fue fundada en su

12. THOMAS MATHIESEN cita a SCHEERER, “I do not wish to think with moderation some material comments on a utopian perspective”, en *Medelingen...*, cit., 1986, pp. 107 y ss. “Hacia el siglo XXI: la abolición de la prisión, ¿un sueño imposible?” Presentación en la VIII Conferencia Internacional sobre Abolición Penal, 18-21 de febrero de 1997.

13. *Habitus*, según BOURDIEU: disposición que la gente adquiere no racionalmente. Se incorpora, y es lo que llama “la cultura se hace cuerpo”.

diferencia e identidad y no en un hecho que vulneraba a la sociedad, como lo fue un homicidio. Más importantes fueron los valores morales de una sociedad religiosa y autoritaria. La investigación cualitativa nos permite confrontar y complementar las cifras, y a través de relatos de vida, historias de vida y entrevistas nos permite conocer los momentos vivenciales y las reconstrucciones de cada individuo y de cada ser envuelto en sistemas o instituciones diferentes.

Tal como dirían BERGER y LUCKMANN, “en la situación cara a cara el otro se me aparece en un presente vivido que ambos compartimos. Sé que en el mismo presente vivido yo me le presento a él. Mi aquí y ahora y el suyo gravitan continuamente uno sobre otro, en tanto dure la situación cara a cara. El resultado es un intercambio continuo entre mi expresividad y la suya”¹⁴.

– Las creencias están unas unidas entre sí para que cada una se apoye en otra. Es importante, entonces, la evaluación del conjunto de creencias, y depende no solamente de las creencias que existen sino también de los lazos que existen entre ellas, el contexto, la interacción, etc.

¿Es posible separarse de las creencias y cómo? Es necesario que filtremos las creencias por *una balanza mental* y ser conscientes de que es necesario social y humanamente hacer una ruptura de creencias y mitos. Si construimos argumentos sólidos, empíricos, contextualizados, vemos las diferentes percepciones y no solo una.

En el caso de conflictos entre las creencias, la persona debe determinar el grado de fiabilidad de creencias que se oponen. Una vez realizado esto, la persona puede abandonar esa que le parece menos válida.

– El espíritu crítico: debemos dudar de algunos recuerdos (memoria), rechazar la presunción de verdad:

- Eventos antiguos.
- Eventos a los cuales asistimos en no muy buenas condiciones.
- Cuando creemos que perseveramos ciegamente en alguna creencia.

14. BERGER y LUCKMAN. Ob. cit., p. 46.

- Cuando sabemos que por nuevas informaciones adquiridas se hayan podido modificar o deformar.
 - Cuando nos acordamos de informaciones contradictorias.
 - Cuando después de investigaciones obtenemos información contradictoria.
- El espíritu de discusión: permite frecuentemente a cada uno de los participantes tomar conciencia de que algunas de las creencias deberían estar relacionadas entre ellas o que se oponen.
- Información ampliada: una buena experiencia de investigación desde el punto de vista del conocimiento es una experiencia que procura información fiable y pertinente, aporta elementos nuevos para introducirlos en nuestra balanza mental.
 - Aceptar que podemos fallar.
 - Participar en los procesos de construcción para así poder obtener conceptos íntegros, claros y transparentes y no solo desde una perspectiva de *mass media*, de una ideología, sino del saber.

Lógicamente, la posibilidad de participación ciudadana en las políticas públicas depende de la existencia de instituciones, así como de mecanismos que la legislen. La mayoría de los objetivos de una buena reforma del Estado se puede lograr con políticas sociales bien estructuradas y articuladas.

O sea, frente a una política criminal no humanista, homogénea y cerrada debemos:

a. Desarrollar una habilidad para explicar las cosas y no inventar y justificar dentro del mismo paradigma positivista cubriéndolo eufemísticamente de nuevas palabras con el mismo contenido de represión y punición.

b. Desarrollar la aptitud de bien razonar (saberes), distinguir las creencias que son racionalmente justificadas de las que no lo son, las autoridades fiables de las que no lo son, las acciones recomendables de las que no lo son.

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO

PRÓLOGO
UNA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
EN POLÍTICA CRIMINAL EN UNA FACULTAD
DE CIENCIAS JURÍDICAS

Una facultad en ciencias jurídicas tiene una doble tarea:

Formar juristas, o sea formar los estudiantes en el lenguaje jurídico, familiarizarlos con las “herramientas” de trabajo jurídico y hacer comprender cómo lo jurídico se encarna en lo social e interactúa con él.

Profundizar nuestros saberes sobre lo jurídico y su encarnación en lo social se refiere, de una parte, a los valores que juegan y se forjan en el proceso de encarnación, y de otra parte al aspecto fáctico: cómo trabaja verdaderamente la máquina jurídica (las organizaciones en las cuales el lenguaje es producido, como los ministerios, el parlamento, los tribunales etc.) Es importante conocer en qué medida corresponden las imágenes en la opinión pública sobre el funcionamiento y sus efectos en lo social, con lo que sucede realmente.

Tengo una gran experiencia con el desarrollo de la enseñanza y la investigación en las facultades de ciencias jurídicas, en varios países y continentes, y creo que hay muchas y buenas razones para sentirse insatisfecho con lo que sucede. Una gran parte de la enseñanza jurídica se parece a las enseñanzas de las facultades teológicas, al principio de la universidad, en la Edad Media: la interpretación de textos sagrados en un contexto vertical. La verdad de una proposición depende más del estatus del que habla que del contenido de su mensaje.

En una gran parte de las facultades jurídicas el fuerte de la enseñanza y de la investigación es sobre el “lenguaje” y las “herramientas”; *la encarnación del derecho en lo social y la ausencia de una congruencia entre lo que pasa en realidad y la opinión pública con relación a este tema está ausente como tema, o no recibe la necesaria atención.*

Los juristas que dejan las universidades no están preparados para el trabajo pluridisciplinario y de cooperación entre las diferentes profesiones que trabajan y los esperan en la realidad social. De esta manera, hay una gran necesidad de promover modificaciones importantes en las enseñanzas de las ciencias jurídicas. La edición de este libro muestra cómo una cátedra de investigación científica en política criminal puede jugar ese cambio necesario e interesante, esto es lo que ha buscado la Universidad Externado de Colombia en su Centro de Investigación en Política Criminal de la Facultad de Derecho.

Una cátedra moderna de política criminal puede ser definida como un observatorio académico sobre los procesos de criminalización. Se trata, de esta manera de un trabajo pluridisciplinario por excelencia. En un Estado de derecho la criminalización es, según la doctrina penal dominante y según los derechos fundamentales, un *ultimum remedium*. En este observatorio se trabaja en la órbita de los derechos humanos y del lenguaje penal: pero también debe estar en capacidad de conocer a fondo las posibilidades del derecho civil y del derecho administrativo, de jugar un rol en las áreas que son objeto del discurso de la criminalización.

De todos los problemas que se dan en el ámbito social sólo una pequeña parte se construye jurídicamente. Una gran parte se arregla por los directamente interesados sin intervención de juristas ni de otros profesionales.

Los expertos tienen un rol en los problemas judicializados, y en ellos más que los juristas son expertos de otras disciplinas (trabajadores sociales, contadores, psicólogos, antropólogos, etc...) los que intervienen. El observatorio sobre los procesos

de criminalización debe poder movilizar el saber de lo que sucede en el ámbito social.

Así, esta Cátedra de Investigación Científica en Política Criminal juega un rol en todas las áreas del derecho (lenguaje, herramientas) (penal, civil, administrativa...), está en estrecha relación con la criminología, sociología, antropología del derecho, psiquiatría y psicología. Igualmente, puede iniciar un clima de pluridisciplinariedad y cooperación en la Facultad para tratar en conjunto, de una manera satisfactoria, este terreno olvidado de la “encarnación del derecho”.

Es un gran mérito de esta cátedra el que en sus investigaciones empíricas hayan involucrado estudiantes, al mismo tiempo que muchas de las investigaciones sean de carácter cualitativo. Es importante recalcar que en una investigación empírica se debe partir de la experiencia personal, como lo hacen los estudiantes de las líneas de investigación del Centro de Investigación en Política Criminal. Este trabajo tiene un doble esfuerzo: sirve al mismo tiempo para profundizar el saber y para formar juristas que saben y conocen sobre la “encarnación” del derecho en lo social.

octubre de 2003

LOUK HULSMAN
Profesor de la Universidad de
Rotterdam (Holanda)
Director Red Internacional
sobre Abolicionismo (RASPHIUS)

CAPÍTULO PRIMERO
INVESTIGACIÓN EMPÍRICA Y VICTIMOLOGÍA

CONFLICTOS RELATIVOS A LA TERMINOLOGÍA: “SITUACIÓN PROBLEMÁTICA” VS. “CRIMEN”

Louk Hulsman

I. UN DEBATE PÚBLICO EN CÓRDOBA

En octubre de 1996 tuve el privilegio de participar en un debate público sobre asuntos de seguridad en la ciudad de Córdoba (Argentina). Este debate fue organizado por una entidad voluntaria llamada El Ágora, que intenta motivar a los ciudadanos a expresar opiniones y desarrollar actividades sobre asuntos de interés público¹.

El debate se inició en grupos pequeños de diez a quince personas. Cualquier persona interesada en el tema podía inscribirse en dicho grupo. El Ágora designó un coordinador para cada grupo. Las preguntas tema de discusión durante la primera reunión de los grupos fueron: ¿En ocasiones se siente usted inseguro en esta ciudad? ¿En qué contexto, bajo qué circunstancias? ¿Qué se podría hacer para reducir al mínimo

1. CLAUDIA LAUB, socióloga argentina, quien trabajó durante mucho tiempo para el Ministerio de Asuntos Sociales en la provincia de Córdoba (Argentina), juega un papel crucial en esta organización. También está conectada con las actividades del Foro Europeo para la Seguridad Urbana. La conocí, precisamente, en actividades relacionadas con el Foro. La participación en dicho Foro fue en extremo fructífera, ya que me permitió lograr un mayor entendimiento de los asuntos tratados en este ensayo.

esos sentimientos de inseguridad? ¿Quién podría contribuir a ello, de qué manera?

En la primera ronda de discusiones, los participantes no hablaron como expertos, sino más bien comentaron su propia experiencia, así como sus sentimientos y sus propias opiniones como ciudadanos. Los participantes no trataron de alcanzar un consenso. Debían intentar identificarse con la diversidad de las experiencias, sentimientos y necesidades expresados en el grupo.

En las tardes, resumíamos en un gran esquema todas esas opiniones y posiciones expresadas en los grupos pequeños. En el marco preestablecido de este esquema obviamente teníamos intención de dar cabida a los comentarios sobre qué debíamos hacer con respecto a los delincuentes; sin embargo, esta sección quedó prácticamente en blanco.

La gente quería muchas acciones concretas que se pudieran clasificar en categorías de remediación y prevención, pero la esencia del debate oficial –el castigo para los delincuentes– sólo se tocó marginalmente. Para las acciones concretas sugeridas por los participantes en los grupos de trabajo no hubo un espacio natural, no había palabras en el idioma del debate oficial. Como era de esperar, todos los expertos que comentaron sobre el resultado de la discusión en los grupos de trabajo señalaron la sorprendente diferencia entre los dos idiomas.

II. LA ACADEMIA Y EL LENGUAJE SOBRE EL CRIMEN, LA JUSTICIA PENAL Y LA SEGURIDAD

Considero que hay una doble tarea para los académicos que trabajan en la materia del debate sobre el crimen y la justicia penal (quienes aprueban los valores críticos consagrados en la tradición académica²): i. describir y analizar los procesos de

2. Aquí me refiero en primer lugar al valor crítico académico consagrado en la expresión: ... No es *necesariamente* así: un valor crítico emancipatorio. Una parte

penalización de manera que se puedan evaluar sus consecuencias y su legitimidad; ii. tenderle una mano a la gente (profesionales y demás) que intenta manejar (bajo la perspectiva de remediar y/o prevenir) las situaciones problemáticas³ que son objeto de la criminalización secundaria o de las demandas de criminalización primaria.

Para ejecutar esa tarea es necesario construir un lenguaje. Este lenguaje no puede ser el mismo en el que se practica y legitima la justicia penal. Teniendo en cuenta que el uso de este lenguaje debe permitir evaluar la legitimidad de la justicia penal, a la luz de ciertos valores explícitos, es mejor que comencemos a formular dichos valores. Estos deben mostrarnos dónde y cómo mirar⁴. Así que empecemos a ver algunos valores explícitos.

III. VALORES

Debemos buscar un marco normativo en torno al cual se pueda movilizar un apoyo amplio, en este periodo histórico en las

muy importante de la producción académica se refiere a los valores que no son para nada emancipatorios.

3. Más adelante explicaré en detalle el hecho de que algunos aspectos de una situación puedan disparar procesos de criminalización (primaria o secundaria), pero esto no implica para nada que la situación sea problemática. Organizaciones como la policía, los juzgados, el ejecutivo y el parlamento se involucran en primer lugar en actividades criminalizantes porque es de su interés hacerlo o porque es visto como perjudicial el no hacerlo; lo mismo se aplica, en sumo grado, para los actores individuales dentro de estas organizaciones. En vista del lenguaje prevaleciente en el debate de la justicia penal (y en el debate político en general) es fácil para los actores individuales neutralizar *su propia responsabilidad por las consecuencias*.
4. *Dónde mirar*. En 1995, DEBUYST y PIRES publicaron un *Ensayo sobre la teoría del crimen*, (CHRISTIAN DEBUYST, FRANÇOISE DIGNEFFE, JEAN-MICHEL LABADIE y ÁLVARO PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime y la peine*, vol. 1, Des savoirs diffus a la nation de criminel-né, Bruselas, Montréal, Ottawa: de Boeck, PUM, PUO, 1995). Me impactó el que las personas que hablaban en las discusiones de grupo en el debate público en Córdoba estuviesen ausentes casi por completo de esta discusión. Era como si no existieran o no fueran relevantes para la discusión. Para mí –de acuerdo con mis valores–, nuestra búsqueda de la legitimidad de la criminalización debe empezar justo ahí.

sociedades (pos)modernas. El marco normativo se debe presentar con indicadores aplicables a sistemas sociales en los que los profesionales ocupan un lugar prominente y en los que muchos casos son manejados a nivel micro, como los sistemas educativos, el sistema médico y los sistemas jurídicos. El marco normativo presupone un acuerdo sobre el carácter secular y no-fundamentalista del Estado⁵. Los siguientes indicadores parecen satisfacer los requisitos ya mencionados⁶:

A. Respeto por la diversidad

1. Supuesto básico

La supervivencia depende del respeto por la solidaridad con *diversidad*. La diferencia entre las especies se ve amenazada hoy en día por nuestro orden social y técnico. Las diferencias entre las personas que viven en la misma *sociedad* son subestimadas en el discurso público.

2. Valores

Respeto por las diferencias entre las personas (e incluso en una misma persona a lo largo de su vida) y entre colectividades. Solidaridad con esas diferencias.

-
5. Quiero decir acuerdo sobre el hecho de que las estructuras estatales *deberían* ser seculares y no fundamentalistas. Todos serán conscientes del hecho de que este requisito no se satisface en absoluto en muchas áreas. Muchas prácticas del Estado aún son el modelo de religiones totalitarias y autoritarias.
 6. Las menciono aquí de forma *estenográfica* tal como las presenté anteriormente en FAUGERON y HULSMAN. "Le développement de la criminologie au sein du Conseil de l'Europe, état et perspectives", en F. TULKENS Y H. BOSLAY (eds.). *La justice pénale en Europe*, Bruxelles, 1996.

B. Las profesiones y las autoridades deben servir a los clientes

1. Valor

Las profesiones y las autoridades están ahí para la gente (en su diversidad). La gente no está ahí por la autoridad y la profesión. Esto implica que las autoridades y las profesiones, para ser legítimas, deben servir a los intereses de los clientes, teniendo en cuenta sus diferencias.

2. Supuesto básico

Las autoridades y las profesiones sólo son útiles a los intereses de los clientes, con sus diferencias, cuando estos clientes tienen *la facultad* de orientar sus actividades.

C. Validez de la reconstrucción

1. Supuesto básico

El menú no es la comida. El mapa no es el territorio. Un suceso que es objeto de un discurso o de cualquier forma de proceso de toma de decisiones siempre se reconstruye. La reconstrucción nunca es idéntica al suceso.

2. Valor

Al evaluar prácticas sociales, el primer aspecto para tener en cuenta es la calidad de la reconstrucción de un suceso o de un estado de cosas. ¿Es *válida* la reconstrucción? Las reconstrucciones de sucesos que pertenecen (también) al ámbito de un mundo vital, sólo son válidas si se basan en los significados de los actores principales en ese mundo vital. Este criterio proviene directamente de los valores y presupuestos básicos mencionados en *a* y *b*.

IV. CÓMO DEFINIR LA JUSTICIA PENAL

La justicia penal y la criminalización son procesos legales, pero ¿cuáles son los aspectos específicos de un proceso penal comparado con otras formas de justicia como la justicia civil? No es el hecho de que los actores, tales como los jueces o los legisladores, llamen a su actividad justicia penal o no. Eso es demasiado superficial. La Convención Europea para los Derechos Humanos formula requisitos especiales para los procedimientos penales. En algunos países se introdujeron procedimientos con una estructura muy similar a la del procedimiento penal, pero fueron llamados actos administrativos. La Corte Europea decidió que, a pesar de la denominación *administrativa*, los requisitos de los procesos penales se aplicaban también a estos procesos.

De esta manera debemos proceder también al evaluar el desarrollo de las prácticas de la justicia penal; tal vez los nombres que se den sigan siendo los mismos aunque la práctica cambie, o viceversa.

Considero conveniente representar la justicia penal con una conceptualización en la que se haga la distinción entre las agencias y los marcos de referencia en los que éstas funcionan. La justicia penal abarca un amplio rango de agencias que interactúan entre sí, dentro de un marco específico de referencia. Estas agencias (la policía, los juzgados, el ejecutivo, el parlamento, la universidad) están trabajando también con otros marcos de referencia (esto es cierto incluso para la cárcel); cuando trabajan con esos otros marcos de referencia, no pertenecen a la justicia penal.

Los que ahora son los marcos de referencia específicos constituyen el sistema de la justicia penal⁷. Hace una distinción entre la organización *cultural* y la *social* de una práctica. Encuentro útil esta diferencia para describir estos marcos de referencia.

7. JOSEPH GUSFIELD. *The Culture of Public Problems: Drinking Driving and the Symbolic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.

La organización cultural de la justicia penal se puede encontrar en su lenguaje específico. Este lenguaje fue desarrollado en la teología moral escolástica. Allí abarcaba dos aspectos: uno para atribuir acciones positivas a la gente (*virtudes*) y otro para atribuirle acciones negativas (*pecados*). Estas virtudes y pecados eran cuantificados y su cantidad permitía asignar a cada individuo un lugar en el cielo, el infierno o el purgatorio. El lenguaje de esta forma de teología moral *para los pecados* permaneció prácticamente sin cambios fundamentales en las doctrinas legales del derecho penal y el lenguaje *para las virtudes* se perdió. Esta organización cultural implica varias cosas:

- En el mundo del derecho penal, el castigo es visto como el pilar del orden social⁸;
- Para aplicar el castigo de manera justa, todas las transgresiones (pecados) se deben colocar en una escala con un estándar unidimensional de gravedad;
- Toda esta construcción se consideró originalmente universal, válida para todas las épocas y civilizaciones. Cuando Dios fue remplazado en esta construcción por el Estado (llamado sociedad), se tornó universal dentro de este Estado;
- Cada trasgresión (pecado) debe tener un nombre.

Para garantizar la *objetividad* y mantener la manejabilidad del sistema, la reconstrucción de sucesos que constituía la base para atribuir una trasgresión a un perpetrador se debía

8. Esta idea de que el castigo es el pilar del orden implica también la idea de que quienes cometen delitos especialmente graves no deben escapar al castigo: *esto es tan grave que no puede quedar impune*. En la práctica, sucesos con consecuencias realmente desastrosas como la limpieza étnica en Yugoslavia y África casi siempre quedan sin castigo. Además, según mi experiencia, la gente que encuentro (en Holanda y otras partes del mundo) usa el modelo social de castigo central para transgresiones de normas pequeñas y no tan importantes. Cuando estas cosas se vuelven importantes, la gente debe recurrir a formas muy distintas de regulación social: premio, conciliación, negociación. Esto no sólo es cierto en asuntos familiares, sino en general (relaciones de trabajo y de negocios, etc.).

limpiar, hasta donde fuera posible, de elementos subjetivos. El suceso se debía descontextualizar y reencuadrar, tanto en el tiempo como en el espacio. La reconstrucción del suceso también está congelada en el tiempo; se reconstruye *ex tunc* (como debía ser cuando el *perpetrador* cometía su *acto*), no en la forma en que se experimenta hoy (en el momento de la reconstrucción).

El lenguaje de la doctrina del derecho penal es profundamente diferente en este aspecto del derecho civil. A pesar de que el campo de sucesos con que se puede abordar es mucho más amplio que el de los sucesos que pueden ser criminalizados (actos ilícitos), no encontramos en el derecho civil una lista de formas prefabricadas de ilícito. En el derecho civil encontramos una cantidad limitada de principios y éstos son lo suficientemente abiertos para permitir a las partes involucradas en la disputa de un ilícito que reconstruyan de manera detallada y variada los sucesos que conforman la base del proceso ilícito. En la medida en que las partes estén de acuerdo sobre la reconstrucción del suceso, su definición es vinculante para el juez.

Para concluir, la organización cultural de la justicia penal es típica y desviacionista con respecto a la forma en que se reconstruyen las *realidades* y es *extremadamente* estrecha en cuanto al tipo de reacciones que sugiere a quienes toman las decisiones.

Ahora unas palabras sobre la organización *social* de la justicia penal. Sus aspectos específicos son la ausencia de clientes externos concretos⁹ y la complejísima división del trabajo entre las agencias y dentro de cada agencia por

9. El cliente *natural* de las agencias sería la persona injuriada. En otros procesos legales (civiles-administrativos) este es el caso. La persona injuriada es claramente el cliente y tiene el poder (sobre los profesionales) de orientar el procedimiento. Si no está satisfecho, puede detener el proceso. La parte citada al juzgado también se convierte en cliente y también tiene poder. En la justicia penal es diferente. Este aspecto se elabora aun más en FAUGERON y HULSMAN. "Le développement de la criminologie...", cit.

separado. Esta división del trabajo hace muy difícil para quienes toman las decisiones en las agencias el responsabilizarse personalmente por las consecuencias de sus decisiones.

Así definida, la justicia penal está en conflicto con todos los valores mencionados. Cuando organizaciones como la policía y los juzgados actúan según la lógica y el contexto de la justicia penal, dejan de tener un *cliente*. El único cliente real sería la persona que se sintió injuriada en un suceso problemático. Sin embargo, estas víctimas no son aceptadas como clientes, y no tienen el poder de orientar las actividades de las organizaciones de justicia penal en la dirección que desean. El derecho penal intenta desarrollar un patrón coherente de toma de decisiones, basado en la gravedad de los sucesos, independiente de la variedad y diversidad de las *víctimas*.

V. LA FIGURA OSCURA

Antes de determinar el tipo de lenguaje que necesitamos para completar la doble tarea que sugerí antes para los académicos críticos en este campo, aún debemos digerir una parte de la información que considero de la mayor importancia para el tema que nos ocupa. Sabemos desde hace tiempo ya que la criminalización de sucesos criminalizables es una excepción poco frecuente. Casi siempre esos sucesos se manejan de otra manera. La razón por la que se manejan de otras maneras no es tanto el bajo porcentaje de elucidación, sino el hecho de que la gente no moviliza a la policía, o si lo hace, quiere que la policía trabaje dentro de un marco de referencia no criminalizante. El hecho de que la criminalización de sucesos criminalizables sea excepcional desde el punto de vista de las estadísticas y las normas, agrega a la agenda un nuevo punto sobre la legitimidad de la justicia penal. El marco de referencia de la justicia penal no es una forma normal de interacción entre los ciudadanos y los profesionales. Muchas de las actividades que desarrollan los profesionales dentro de la justicia penal contradicen los requisitos de las convenciones de derechos humanos. Estas convenciones contienen excepciones con respecto a dichos

requisitos dentro de un enfoque de justicia penal, pero sólo si tal excepción es *necesaria en una sociedad democrática*¹⁰. Quién puede asegurar que *una excepción es necesaria*, cuando uno sabe que la criminalización es una excepción poco frecuente y que uno no tiene prácticamente ninguna idea sobre cómo se manejan esos sucesos por fuera de la justicia penal¹¹.

* * *

No es posible trabajar con las definiciones de la realidad producidas por la justicia penal¹². Según los valores definidos anteriormente, esas imágenes de la realidad son inválidas y no fiables. Esto implica que los académicos¹³ tienen que

10. Estas son las palabras usadas en la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

11. Muy interesante a este respecto es HANAK, STEHR, STEINERT. "Argernisse und Lebenskatastrophen", Bielefeld, AJZ, 1989, porque permiten también comparar entre situaciones problemáticas criminalizables y no criminalizables. Con frecuencia, la gente involucrada en los debates de la justicia penal está *poseída* a tal punto por los mitos e imágenes de este mundo, que no es consciente del hecho de que la ausencia de una reacción de justicia penal a un suceso criminalizable no significa para nada que dicho suceso no sea enfrentado (*quid non est in actu, non est in mundo*). Si hay una persona directamente involucrada, para quien un suceso criminalizable es problemático, dicha persona siempre abordará dicho suceso y podrá movilizar ayuda profesional y no profesional para hacerlo.

Un cierto número de estos sucesos será procesado a través del sistema legal, aunque en áreas no criminales (civil, administrativa, disciplinaria). Dado que la reconstrucción del suceso en esas otras áreas del derecho está organizada cultural y socialmente de otra forma, el suceso tendrá una apariencia diferente en un contexto de derecho penal.

12. Es conveniente distinguir en el campo de la criminalización entre los sucesos que son criminalizados con base en vigilancia retroactiva (robo, asalto) y aquellos criminalizados con base en vigilancia proactiva (beber y conducir, tráfico de drogas ilícitas). La construcción de situaciones (problemáticas) es diferente en las dos áreas. Por motivos de espacio me he limitado en este texto a conceptualizaciones y argumentos válidos para la primera categoría (vigilancias reactivas).

13. Lo mismo es naturalmente cierto para la gente *del común*, pero los académicos tienen aquí una responsabilidad especial: fueron académicos quienes desarrollaron la organización cultural de la justicia penal (su lenguaje), que oculta realidades a las que se refiere este lenguaje. Ellos juegan un papel especial en

reconstruir los sucesos por sí mismos, independientemente del sistema de justicia penal y de conformidad con los valores antes mencionados.

Así pues, debemos enfocarnos en primer lugar en aquellos directamente involucrados en el suceso y preguntarles qué pasó, cómo se sintieron o se sienten agravados por ello, a quién o a qué circunstancias atribuyen la responsabilidad del suceso, qué quieren hacer al respecto y / o qué quieren que otros hagan.

Esta *nueva* forma de reconstrucción, naturalmente, tiene que respetar las *dinámicas* del desarrollo de los sucesos para aquellos directamente implicados y su entorno. De esta forma se obtendrá también una idea sobre la variedad de formas en que se manejan los eventos criminalizables. Así obtendremos una idea de cómo se relacionan estas variedades con los valores antes mencionados¹⁴. Se dispondrá de nuevas imágenes sobre campos y áreas de situaciones problemáticas, y con base en esas nuevas imágenes, las personas directamente involucradas y las organizaciones públicas podrán desarrollar nuevas políticas.

La herramienta conceptual obvia para empezar con esta nueva forma de ver la realidad es reemplazar el *comportamiento criminal o criminalizable*, como el pilar de nuestro lenguaje profesional, por el concepto de *situación problemática*.

La introducción del concepto de *situación problemática* es una estrategia para formular algunas preguntas. La *primera*

el desarrollo de un nuevo lenguaje profesional que libere la diversidad de los directamente implicados.

14. Un ejemplo concreto: en HULSMAN FAUGERON. "Le développement de la criminologie...", cit., mencionamos un estudio sobre una práctica danesa en la cual las mujeres usan el derecho civil para reaccionar contra el comportamiento violento (y criminalizable) de los hombres contra ellas. El estudio muestra cómo en esta práctica los tres valores básicos mencionados en este artículo son respetados con un alto grado de satisfacción para las mujeres afectadas. Además, este procedimiento tiene la gran ventaja de no implicar la derogación de derechos humanos fundamentales (como se mencionó antes) con respecto a los hombres.

pregunta es: ¿quién piensa que esta situación (aún vagamente formulada) es problemática? Cuando tengamos la respuesta a esta primera pregunta, tendremos que hacer una distinción entre quienes respondieron. *En principio no estamos interesados en las respuestas de profesionales no involucrados directamente*¹⁵.

Para aquellos que podemos considerar más o menos directamente implicados¹⁶, tenemos un *segundo* rango de preguntas del tipo mencionado en la segunda parte de esta conclusión (¿Qué pasó? ¿Qué quiere uno?). Si las personas perjudicadas han adjudicado el suceso a un perpetrador y éste ha sido reconocido, sus respuestas a las posiciones de la persona perjudicada se convierten también en parte de nuestra reconstrucción.

-
15. Para evitar cualquier malentendido con esta proposición, caben dos aclaraciones: 1. Hablamos sobre el uso del concepto de *situación problemática* en el contexto de un debate sobre el crimen y la justicia penal: en otras palabras, en un contexto en el que los derechos humanos están en juego porque los poderes de restricción del Estado están implicados. En otros contextos, las opiniones de los expertos sobre el carácter problemático de una circunstancia no tienen que ser rechazadas necesariamente cuando no están representando a clientes concretos. 2. Permítasenos ilustrar el significado de la proposición con un ejemplo. En nuestro discurso *no* estamos preocupados por el hecho de que un texto legal (explícita o implícitamente) defina una situación como problemática; estamos interesados en opiniones concretas de aquellos involucrados en el problema. Esto implica naturalmente que no estamos interesados en las opiniones de fiscales públicos y oficiales de policía que se refieren simplemente al derecho. El derecho para nosotros no carece de problemas. El derecho hace parte del estado de cosas que debemos evaluar a la luz de nuestros valores explícitos.
 16. La diferencia entre quienes están directamente involucrados y quienes no lo están, es bastante clara en el área central del concepto, aunque en la periferia puede resultar bastante controversial; la diferencia tampoco es uniforme para las distintas prácticas a las que se debe aplicar el concepto (sociales-médicas, legales, administración pública, periodismo y otras especialidades de los medios). El investigador debe ser consciente de estas diferencias para la construcción de los indicadores necesarios. Como yo lo veo, la noción de *directamente involucrado* no se puede restringir en las prácticas legales a las personas naturales: las corporaciones y otras *colectividades* también pueden estar involucradas directamente. En el derecho civil se puede encontrar mucho material interesante para construir límites entre los directamente involucrados y los que no lo están.

Al actuar de esta manera liberamos la diversidad de las personas que se sienten molestas o perjudicadas¹⁷. También liberamos la diversidad de aquellos a quienes se les pide que intervengan en situaciones problemáticas (profesionales y no profesionales). Estas intervenciones se pueden concentrar en la reparación y/o la prevención. Pueden estar dirigidas a situaciones en los niveles micro, meso y macro¹⁸.

Al construir el nuevo lenguaje, empezando por el concepto de situación problemática, los académicos parecen ser capaces de completar la doble tarea que mencioné al principio de este ensayo: darles una mano a los profesionales y no profesionales que tratan de arreglárselas con situaciones problemáticas a las que se hace referencia en los debates sobre criminalización y un análisis y descripción de los procesos de criminalización que permita una evaluación en términos de valores explícitos.

BIBLIOGRAFÍA

- DEBUYST, CHRISTIAN, FRANÇOISE DIGNEFFE, JEAN-MICHEL LABADIE, P. ÁLVARO PIRES. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*, vol. 1. Des savoirs diffus a la nation de criminelné, Bruselas, Montréal, Ottawa, De Boeck, PUM, PUO, 1995.
- FAUGERON, C. y HULSMAN, L. "Le développement de la criminologie au sein du Conseil de l'Europe, état et perspectives", en F. TULKENS y H. BOSLAY (eds.), Bruselas, *La justice pénale en Europe*, 1996.

-
17. Liberar su diversidad es también una obligación legal en la perspectiva de los derechos humanos: la igualdad de la gente ante la ley tiene que basarse en el reconocimiento de su diversidad. Sin emancipación de la gente que se siente perjudicada y victimizada, la integración social sigue siendo una ilusión.
18. La liberación de las personas perjudicadas y de aquellos a quienes se les pide que intervengan en situaciones problemáticas ya se ha puesto en práctica en algunas políticas locales para promover la seguridad urbana. Se puede obtener información sobre estas prácticas en las publicaciones del Foro Europeo para la Seguridad Urbana, 38, rue Liancourt, 75014, París.

- GUSFIELD, JOSEPH R., *The Culture of Public Problems: Drinking Driving and the Symbolic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.
- HANAK G., J. STEHR y H. STEINERT. "Argernisse und Lebenskatastrophen", Bielefeld, AJZ, 1989.

**DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS DESVINCULADOS
DEL CONFLICTO ARMADO: COMENTARIOS AL PROYECTO
DE LEY 180 DE 2001 SENADO¹**

Ana María Díaz

En Colombia, cerca de 3.000 niñas y niños están en las filas de los grupos paramilitares y aproximadamente 2.000 se encuentran vinculados con las guerrillas². Muchos niños y niñas desvinculados del conflicto armado son actualmente privados de la libertad. El tratamiento de infractores de la ley penal que muchos jueces en el país están dando a los niños y niñas desvinculados del conflicto armado les niega a ellas y ellos la posibilidad de reconstruir sus vidas en condiciones de dignidad.

Los niños y niñas desvinculados³, por haber sido utilizados por parte de las guerrillas y los grupos paramilitares como instrumentos de guerra, se cuentan entre las víctimas

-
1. Por medio del cual se dictan disposiciones para la prevención, protección y atención integral de los menores de edad desvinculados de los grupos armados ilegales que participan en el conflicto armado interno.
 2. Instituto de Bienestar Familiar. "Esta guerra no es nuestra... y la estamos perdiendo", *Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES)*, Bogotá, n.º 27, del 26 de enero de 2000, p. 6.
 3. Los niños y niñas desvinculados son aquellos que se desvinculan de las guerrillas o los grupos paramilitares en alguna de las siguientes modalidades: a. han abandonado el grupo armado voluntariamente, b. el grupo armado al que pertenecían los ha entregado a las autoridades del Estado, c. han sido aprehendidos por alguno de los organismos de seguridad del Estado.

del conflicto armado y, por lo tanto, no deben ser tratados como infractores de la ley penal.

Se sostiene que los niños y niñas desvinculados son víctimas del conflicto armado por varias razones: en primer lugar, la decisión de participar en un conflicto armado, por la magnitud de sus consecuencias, debe ser tomada por una persona adulta y plenamente capaz; en segundo término, la situación de abandono de los derechos económicos, sociales y culturales de la niñez en el país es tan grave, que es difícil establecer linderos entre la vinculación voluntaria y la forzada. Al respecto, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres señaló en el informe sobre su visita a Colombia lo siguiente⁴:

Cuando los grupos armados tratan de aumentar sus efectivos, los niños de las zonas rurales⁵ y de grupos urbanos económicamente desfavorecidos se convierten en una presa fácil para el reclutamiento. Los grupos armados prometen a los niños educación y posibilidades de un futuro mejor. No es fácil establecer la diferencia entre el reclutamiento voluntario y el forzado. En general los niños se ven obligados a alistarse por la pobreza y la violencia.

Dado que la legislación actual tiene grandes vacíos en torno al tratamiento jurídico que debe darse a la niñez desvinculada del conflicto armado, se considera muy importante la expedición de una ley que busque la prevención, protección y atención integral a los niños y niñas desvinculados del conflicto armado. Este fue el espíritu del proyecto de ley presentado por el senador RAFAEL ORDUZ MEDINA en el Senado de la República. Este proyecto respondía a las recomendaciones de diferentes instancias de protección a los derechos humanos y fue elaborado concertadamente con la Defensoría del Pueblo y con varias organizaciones de derechos humanos.

4. Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/83/A.

5. Según el ICBF, el 95% de los ex combatientes son campesinos.

Sin embargo, el espíritu del proyecto originalmente presentado por el senador ORDUZ ha sido modificado sustancialmente. El texto aprobado en primer debate por la Comisión Primera del Senado de la República contiene modificaciones que desvirtúan por completo el objeto mismo de la ley que, según el artículo 1.º de la misma, no es otro que el de “dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para proteger, en un plano de igualdad, a todos los menores de edad que bajo cualquier condición participan en el conflicto armado interno”. Los motivos más graves de preocupación y las propuestas de modificación frente al texto aprobado por la Comisión Primera del Senado de la República son los siguientes:

Artículo 14. Resolución inhibitoria o cesación de procedimiento. Se podrá conceder la resolución inhibitoria o la cesación de procedimiento, según el caso, al menor de edad que se desvincule del conflicto interno armado, ya sea que se entregue voluntariamente a las autoridades, o sea capturado o mediante cualquier otra forma se separe de las hostilidades.

Parágrafo. No se aplicará lo dispuesto en este artículo, a los menores de edad que realicen conductas que configuren actos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión.

Propuesta:

Resolución inhibitoria o cesación de procedimiento. Se podrá conceder la resolución inhibitoria o la cesación de procedimiento, según el caso, al menor de edad que se desvincule del conflicto interno armado, ya sea que se entregue voluntariamente a las autoridades, o sea capturado o mediante cualquier otra forma se separe de las hostilidades.

Suprimir el parágrafo.

Justificación:

De acuerdo con las recomendaciones internacionales en la materia, todos los niños y niñas desvinculados del conflicto armado

deben ser restablecidos en sus derechos, el papel del Estado con respecto a todos ellos es “establecer políticas, mecanismos e instituciones especiales para la recuperación, reeducación, y preparación para reinsertar en la vida social a los niños y adolescentes que hayan participado como miembros de organizaciones armadas, sean estatales o no gubernamentales”⁶. De acuerdo con esto, la distinción hecha en el proyecto de ley viola el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 13 de la Constitución Política.

De acuerdo con el artículo 3.º del texto aprobado, se considera que los niños y niñas que participen en el conflicto en cualquier condición tienen la calidad de víctimas del mismo. Dicha calidad se les reconoce, entre otras razones, por el impacto negativo que produce en estos niños y niñas el haber sido sometidos a participar en crímenes como los descritos en el párrafo. Resulta entonces contradictorio que se les dé tratamiento penal a quienes ostentan la calidad de víctimas, cuando los actos en los que se ven forzados a participar son, por definición, abusos contra ellos mismos y forman parte del trato brutal y humillante al que se ven sometidos.

El criterio que debe primar para la aplicación del tratamiento penal no es la gravedad del acto cometido, sino el interés superior de la niñez. Se observa, por ejemplo, que la Corte Penal Internacional, bajo cuya responsabilidad estará la de juzgar los crímenes más graves y de mayor trascendencia para la comunidad internacional, excluye a los niños y niñas de su competencia.

Se propone excluir la figura de la resolución inhibitoria dado que, de acuerdo con el artículo 328 del Código de Procedimiento Penal, esta puede ser revocada aun después de ejecutoriada. Esto deja abierta la puerta para iniciar nuevamente procedimiento contra la niña o el niño.

6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Recomendación sobre la Erradicación del Reclutamiento y la Participación de Niños en Conflictos Armados. Conferencia de Montevideo 1999 [www.cidh.oas.org].

Artículo 17. *Revocatoria de decisión*. El auto inhibitorio o la cesación de procedimiento quedarán sin efecto alguno si el beneficiario cometiere cualquier delito doloso dentro de los dos años siguientes a su concesión. Esta condición se hará conocer en el acto que contenga la decisión correspondiente.

Si el menor de edad cometiera el delito al cual alude el inciso anterior, el juez de menores revocará la decisión y abrirá el proceso.

Propuesta:
Eliminar el artículo.

Justificación:

Este artículo viola el principio de la prohibición de doble incriminación (*non bis in idem*), reconocido en el artículo 8.º del Código Penal colombiano, que consiste en que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un hecho punible, respecto del cual se ha sido condenado o absuelto conforme a la ley.

Artículo 28. *Servicios integrales*. Los menores de edad que se desvinculen del conflicto armado y sean cobijados por el programa de protección tendrán derecho a recibir servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, educación, capacitación, vivienda y en general todos aquellos que permitan asegurar su bienestar físico y mental.

Propuesta:
Servicios integrales. Los menores de edad que se desvinculen del conflicto armado y sean cobijados por el programa de protección tendrán derecho a recibir servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, educación, capacitación, vivienda y en general todos aquellos que permitan asegurar su bienestar físico y mental.

Justificación:

El artículo establece una discriminación en contra de los niños y niñas no cobijados por el programa. Recibir servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, educación, capacitación, vivienda son derechos fundamentales de todas los niños

y los niñas en el país, no son beneficios de los cuales se pueda excluir un grupo de niñas o niños.

Conclusión

El reclutamiento de niñas y niños es en gran parte consecuencia de la desprotección estatal. De otra parte, este constituye un abuso del poder de las armas y un aprovechamiento de las circunstancias de pobreza y de falta de oportunidades de la niñez en el país, por parte de los actores del conflicto armado. Dicho abuso es considerado como un delito por la legislación penal colombiana⁷.

El bienestar de la infancia es una de las causas finales de la sociedad y el Estado. El papel del Estado debe ser entonces: garantizar a todos los niños y niñas en el país la plenitud de sus derechos; prevenir el reclutamiento y utilización de los niños y niñas en la confrontación armada; investigar, juzgar y sancionar a los adultos responsables del reclutamiento de niñas y niños; realizar acciones tendientes a la desvinculación de los niños y niñas de los grupos armados y garantizar a los niños y niñas desvinculados un tratamiento tal que les permita su recuperación integral y el disfrute de todos sus derechos.

Bogotá, 23 de julio de 2002.

7. El Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que el reclutamiento de menores de 15 años es un crimen de guerra (num. xxvi, art. 8.º).

VICTIMIZACIÓN DE LA NIÑEZ POR EL CONFLICTO ARMADO

Cielo Mariño Rojas

En el momento en que uno llega allá deja de ser niño, todo allá es adulto
Niña desvinculada del conflicto¹

Luego de doce años de la ratificación por Colombia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y de nuestra Constitución, con sus normas sobre protección integral de las niñas y los niños, nuestra legislación no ha dado el giro necesario para la adecuación de ese marco. Hay que reflexionar acerca de la construcción de nuevas maneras de pensar y sentir la niñez que hagan posible el cambio social y legislativo.

La situación de la niñez y la juventud en el conflicto es crítica. La cifra de niñez vinculada al conflicto, incluyendo milicias urbanas, puede alcanzar los 16.000 niños². La desvinculación de la infancia del conflicto es imperiosa, y que ésta sea acorde a los lineamientos que desde la perspectiva de la protección integral se deben realizar, es una necesidad impostergable frente a la efectividad de los derechos funda-

-
1. Entrevista n.º 5: Niña, 17 años, Casa Juvenil, Fase III, 8 de noviembre de 2002.
 2. JULIÁN AGUIRRE. "Programa de atención a víctimas de la violencia", en ICBF. *Grupo de Atención a Víctimas de la Violencia. Conflicto armado en Colombia: plan de capacitación a servidores públicos*, 2002, inédito.

mentales prevalentes de la infancia en este, como en todos los escenarios.

En un país en guerra la investigación tiene que centrar su atención en los diferentes escenarios donde ella se desarrolla y en las diferentes instancias que desde la institucionalidad trabajan alguna parte de esa realidad, como la de los adolescentes que se han alejado del conflicto, para determinar si son la concreción o no de la protección integral debida a la infancia.

Establecer si las políticas públicas frente a la infancia desvinculada, sus normas y prácticas, son acordes con las directrices que en la materia existen desde la protección integral, permitirá la proyección de políticas que se ajusten a ellas en los aspectos que lo necesiten.

I. DIFERENTES FORMAS DE VICTIMIZACIÓN DE LA INFANCIA EN TORNO AL CONFLICTO

La infancia, en el conflicto armado interno, ha estado presente desde hace mucho tiempo, pero sólo desde hace poco ha venido visibilizándose. En la medida en que se degrada el conflicto armado interno, el número de niños víctimas aumenta, tanto por las condiciones socioeconómicas, como por las constantes infracciones al DIH. Al dejar la guerra atrás, los jóvenes que se desvinculan de los diferentes grupos se encuentran con políticas criminales, como de atención, cuyos resultados se tienen que analizar para determinar si se cumple con los presupuestos de una real protección integral para la infancia.

La situación de la infancia respecto de la guerra atraviesa diversos momentos: el primero, antes de la vinculación, se relaciona con las condiciones de vulnerabilidad que determinan la vinculación, en la gran mayoría de los casos, de estos niños y jóvenes al conflicto; el segundo, dentro del conflicto, como parte de uno de los grupos que intervienen en él; y por último, como desvinculados del conflicto, cuya situación presenta dos partes, una frente al proceso que se les sigue y la

otra correspondiente a la medida que se les aplica (sin una escisión clara entre la medida derivada del proceso penal y la derivada del administrativo de protección que simultáneamente se le sigue), ambas como parte del subsistema de justicia penal juvenil que iría desde las definiciones normativas hasta las prácticas de privación de libertad³.

II. VICTIMIZACIÓN PRIMARIA

Las niñas y los niños han sido las víctimas más afectadas por el conflicto armado. En ellos quedarán las huellas indelebles de la guerra que vivieron.

El proceso de liberalización económica, financiera y comercial adelantado por el Estado colombiano ha generado un incremento alarmante de los índices de pobreza en el país. La lucha por la supervivencia es la primera batalla que tienen que dar 2'500.000 niños que deben trabajar en condiciones de alto riesgo. De los 16'722.000 niños colombianos más de 6'500.000 viven en la pobreza y más de un millón y medio⁴ viven en la miseria. Cifras como éstas ejemplifican la posición de Colombia "como el tercer país más inequitativo de América Latina, que es a su vez el área geográfica que denota la mayor desigualdad en la distribución en el mundo"⁵.

Frente a la infancia se han trazado planes y programas epidérmicos y coyunturales que no llegan a constituir una verdadera política pública dentro de la perspectiva de la protección integral. La ausencia de una política que haga

3. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ. "Adolescente infractor y derechos fundamentales: ¿Qué tipo de responsabilidad?", en *Conflictos familiares, su prevención y tratamiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 40.

4. BEATRIZ LINARES. *Estado de los derechos de la infancia colombiana a 1998*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1998, p. 1.

5. CAREL DE ROOY. "Niñez: la comunidad de paz prioritaria para Colombia", en *Niñez y conflicto armado en Colombia*. Memorias de los foros: Los niños y las niñas en la guerra e Infancia y desplazamiento forzado, convocado por organizaciones que trabajan con derechos de la niñez, 2.ªed., Bogotá, Programa Presidencial de Derechos Humanos, 2002, p. 26.

efectivos los derechos fundamentales prevalentes de los niños es causante de la desprotección de la infancia, dentro de la cual se encuentra especialmente vulnerable al conflicto.

“El interés superior del niño no ha sido aplicado frente a las políticas públicas en materia de la infancia, la prioridad en la destinación del gasto social en materia de educación y salud no se ha traducido en bienestar para nuestros hijos”, dice el informe no gubernamental presentado en el año 2000 ante el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas⁶.

La Constitución Política establece, en el artículo 350, que el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación; contrario a esto, el Estado, a través del Plan Nacional de Desarrollo, del anterior gobierno, “decidió duplicar el presupuesto para la defensa nacional recortando recursos para el sector social y los subsidios para las poblaciones más pobres y vulnerables”, anota el informe no gubernamental citado⁷. De la misma manera, en el actual Plan Nacional de Desarrollo, Ley 812 del 26 de junio de 2003, la destinación de recursos para la política mal llamada social se ve desfavorecida frente a la política, mal llamada, de seguridad.

Es ésta la primera forma de victimización, la ocasionada por la ausencia del Estado que expone a la niñez al conflicto, situación que hace inherentemente forzado, en la mayoría de los casos, el reclutamiento por las condiciones económicas y sociales que lo rodean.

III. VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

En el conflicto armado las niñas y los niños se ven afectados por la guerra, como población civil o como combatientes.

6. Informe Alternativo de ONG ante el Comité de los Derechos del Niño. Coordinación ERNESTO DURÁN, del Observatorio sobre Infancia de la Universidad Nacional de Colombia, p. 5.

7. Ídem.

A. Mínimos humanitarios

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es un conjunto de normas que establecen prácticas humanitarias mínimas, como excluir a seres indefensos del combate. Un principio del DIH es el de la distinción entre combatientes, quienes participan en las hostilidades, y no combatientes, quienes no participan o han dejado de participar en ellas. Estos últimos son, según el Protocolo II, 4. 1., “personas protegidas”⁸.

El numeral 2 artículo 214, de la Constitución Política prescribe: “En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”.

El Protocolo II, en su artículo 4. 3. se refiere a la *protección especial* que deben recibir los niños en el conflicto armado. Esta protección se refiere a los *cuidados* y la *ayuda* que deben recibir siempre. En particular se señala que se les debe proporcionar educación; se deben tomar las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias; se deberán trasladar temporalmente a los niños de las zonas de hostilidades. Respecto del reclutamiento, el literal c menciona: “Los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades; d.: “La protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c., han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados”.

Según el artículo 6.º del mismo Protocolo, no se podrá imponer la pena de muerte contra jóvenes que no hayan cumplido los 18 años en el momento de la infracción.

A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), en su artículo 38, establece:

8. Dentro de las personas protegidas por el DIH se encuentran la población civil, el personal de la salud y los religiosos; los que quedan fuera de combate por herida o enfermedad, detención o quienes hayan depuesto las armas.

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para niños.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas mayores de 15 años, pero menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del Derecho Internacional Humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por el conflicto armado.

El Protocolo Facultativo al artículo 38 de la CIDN modificó el aspecto etario, elevó la edad límite para el reclutamiento a 18 años, Protocolo que fue ratificado por Colombia el 10 de julio de 2003, por medio de la Ley 833.

B. Rodeados de guerra

Al ver las cifras sobre infracciones al DIH, se observa que se han agravado las condiciones de la niñez en la guerra. El número de eventos en los cuales ellos resultaron víctimas ha venido aumentando.

1. Víctimas directas de hostilidades

El promedio de víctimas de la población civil en los conflictos armados es del 90%⁹, y dentro de ellos un tercio corresponde

9. Cfr. IEPRI, CICR. *Conflicto armado y derecho humanitario*, 2.^a ed., Bogotá, Tercer Mundo, 1997, p. 52.

a niños, siendo los más vulnerables. En el plano mundial, en los últimos 10 años, según UNICEF, las guerras han dejado dos millones de niños muertos y diez millones con secuelas físicas o mentales.

Dentro de las personas protegidas, según el DIH, se halla en primer lugar la población civil, gozando de *especial protección* la niñez, tal y como lo señala el artículo 4. 3. del Protocolo II. El artículo 4. 2. a. y d. prohíbe, respecto de las personas de dicha población, los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental, y los actos de terrorismo. Además, el artículo 13 estipula que no puede ser objeto de ataque la población civil.

2. Minas antipersonales

Las víctimas de minas antipersonales son en su mayoría soldados, pero en algunos países el porcentaje de población alcanza el 30%, y de estos los niños son víctimas fáciles por las trabajos que realizan, sus juegos y su movilidad, un 85% de ellos mueren antes de llegar a un hospital.

El DIH prohíbe expresamente a todas las partes de cualquier conflicto armado el uso de armas de efectos indiscriminados, o que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, las minas antipersonales son ejemplos de este tipo.

3. Secuestro

Según la Fundación País Libre, las cifras de menores de 18 años secuestrados 1997/2000 son: 181 en 1997; 131 en 1998; 206 en 1999; 335 en 2000; 303 en 2001; 357 en 2002 (10 primeros meses); 201 en 2003 (9 primeros meses). Lo que demuestra un incremento de los secuestros que tienen por víctimas a niños.

El artículo 4. 2. c. del Protocolo II, señala que en todo tiempo y lugar está prohibido, respecto de la población civil, la toma de rehenes. Los secuestros extorsivos cometidos por los actores del conflicto armado constituyen toma de rehenes, en tanto se realizan “con ocasión y en desarrollo del conflicto

armado”, artículo 148 CP. Esta práctica realizada contra niñas y niños es especialmente grave, ya que estos gozan de protección especial dentro de la población civil.

4. Desplazamiento

Como “desterrados de su propia alma” califica el siquiatra FRANCISCO COBOS a las niñas y los niños víctimas del desplazamiento. En efecto, se trata de un desarraigo profundo, donde todos los vínculos se quiebran.

Según cifras de ONG que trabajan en el área de los derechos de los niños, en el período comprendido entre 1985 y 1999 la cifra de desplazados estaba en 1’600.000 personas, de las cuales un 70% eran menores de edad¹⁰. Hoy se estima que el número asciende a 2’500.000, según CODHES¹¹, lo que significa, con el mismo promedio, 1’750.000 niños y niñas que han dejado todo lo que constituía su entorno afectivo, cultural y social.

C. Atrapados por la guerra

1. Niños en grupos armados: reclutamiento

El reclutamiento es la forma de victimización, directa y crítica, a través de la cual la infancia se ve inmersa totalmente en el conflicto armado. La niñez es utilizada por los diferentes actores del conflicto, de manera que sus derechos, fundamentales y prevalentes, se desconocen, y se ignora la protección especial que en la guerra se le debe.

10. Informe no gubernamental, en UNICEF. *De menor a ciudadano. Implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe*, vol. 2, Bogotá, UNICEF, 2000, p. 74. Según este informe y para esa fecha: “En Colombia cada hora son desplazados 20 menores de 18 años”.

11. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, (CODHES), [www.codhes.org.co/bolet].

El artículo 4. 3. c. del Protocolo II establece: “Los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”.

El Protocolo Facultativo al artículo 38 de la CIDN establece como edad mínima de reclutamiento los 18 años.

Su realización es una forma de esclavitud a la luz del Convenio 182 de 1999, aprobado por Colombia por la Ley 704 del 21 de noviembre de 2001¹², que en su artículo 3. A., acerca de las *peores formas de trabajo infantil*, establece: “Esclavitud infantil (incluyendo la venta y tráfico de niños, unión obligada por deuda y *reclutamiento forzado en conflictos armados*)” (cursiva añadida).

Hay 300.000 niños y niñas involucrados en grupos armados en 41 países, según un informe de la Coalición para poner fin al uso de niños soldados¹³. En Colombia las cifras sobre la presencia de niñas y niños en grupos armados varían de acuerdo con la fuente. “Se estima que en las filas guerrilleras hay 6.000 niños y niñas entre los 15 y los 17 años de edad”¹⁴. Respecto de los grupos paramilitares, los menores de edad alcanzan el 50%, según la Defensoría del Pueblo¹⁵. La cifra de niñez vinculada al conflicto puede alcanzar, incluyendo a las milicias urbanas, como se anotó anteriormente, los 16.000 niños.

El artículo 14 de la Ley 418 de 1997 tipificaba el reclutamiento de niñas y niños en grupos guerrilleros o paramilitares: “Quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les propor-

12. Con fallo de constitucionalidad del 18 de julio de 2002.

13. Coalición para poner fin al uso de niños soldados, [www.child-soldiers.org].

14. Informe no gubernamental, en UNICEF. Ob. cit., p. 74.

15. Defensoría del Pueblo, Colombia. *El conflicto armado en Colombia y los menores de edad. Sistema de seguimiento y vigilancia: la niñez y sus derechos*, Boletín n.º 2 (mayo de 1996), Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2002, p. 11.

cionen entrenamiento militar, serán sancionados con prisión de tres a cinco años". En su párrafo se condicionan los beneficios jurídicos a la no incorporación de jóvenes a los grupos armados. El 24 de julio de 2001 entró a regir el nuevo Código Penal que en su artículo 162 tipifica el reclutamiento, con un incremento en la pena en los siguientes términos: "El que, con ocasión y en desarrollo del 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 quince (15) años y en multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mensuales vigentes", y aumenta así la sanción que traía la norma de 1997. Igualmente el Estatuto de Roma incluye entre los crímenes de guerra al reclutamiento de niños menores de 15 años.

IV. TERCER NIVEL DE VICTIMIZACIÓN

A. Desvinculación del conflicto

Es importante determinar si se da o no una real protección de la infancia dentro del marco de la protección integral¹⁶, en el momento de la desvinculación del conflicto. El evento negativo constituiría un tercer nivel de victimización.

Se deben analizar las formas que asume la institucionalidad en el escenario del adolescente desvinculado del conflicto armado interno, tanto en el proceso penal que se le inicia, como en la institucionalización fruto de las medidas impuestas, para ver si responden a la protección integral debida a esta franja de la población, vale decir, si es construc-

16. Art. 39 CIDN: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño."

tora de ciudadanía, o si, por el contrario, se construye y/o aplica desde una perspectiva asistencialista, limitadora de derechos.

Se parte de la consideración de esta franja de la población como víctima de la guerra, cualquiera sea la forma de vinculación al conflicto, condición que se desprende de normas de diferente orden y de las dinámicas mismas que asume el conflicto, que hacen de la niñez un instrumento de guerra.

Los derechos de la niñez han sido construidos desde el paradigma de la *situación irregular*, que nutre las prácticas existentes en el escenario de la infancia en Colombia y asume al niño como objeto de protección, distante del de la *protección integral*, modelo al cual se debe tender en coherencia con la evolución normativa que en el ámbito mundial se ha dado y que ve al niño como sujeto pleno de derechos. Se tendrá que ver dentro de cuál paradigma se han desarrollado las políticas frente a la niñez desvinculada del conflicto armado. Para ello se deben analizar los dos escenarios que la constituyen: de un lado el proceso penal, dentro de las formas que le adjudica el Código del Menor, título V, que como proceso no asume las formas que debería tener frente a los instrumentos y lineamientos internacionales que señalan las directrices en el campo de la responsabilidad penal juvenil¹⁷, y la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002, que determina las causales de extinción de la acción y de la pena frente a los desvinculados voluntariamente de grupos armados al margen de la ley, y de otro lado, la medida impuesta, preventiva o definitivamente, que asume una forma de institucionalidad cuyas características se deben investigar para conocer desde cuál perspectiva se construye, con cuál lenguaje se define, cómo la percibe el adolescente

17. Cfr. CIELO MARIÑO ROJAS. "Sistema de responsabilidad penal juvenil: concreción de derechos fundamentales", *Derecho Penal y Criminología*, vol. xxii, n.º 72, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

que la vive¹⁸; cuáles características, en suma, asumen las dinámicas que la implementan. Es necesario investigar estos dos momentos para saber si los adolescentes desvinculados del conflicto se encuentran o no frente a una política dentro del paradigma de la protección integral, o si por el contrario encontramos con formas de institucionalización que constituirían una tercera forma de victimización.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, JULIÁN. “Programa de atención a víctimas de la violencia”, en ICBF, Grupo de Atención a Víctimas de la Violencia. *Conflicto armado en Colombia: plan de capacitación a servidores públicos*, 2002, inédito.
- COALICIÓN PARA PONER FIN AL USO DE NIÑOS SOLDADOS, [www.child-soldiers.org].
- CODHES. Boletín, [www.codhes.org.co/bolet].
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Colombia. *El conflicto armado en Colombia y los menores de edad. Sistema de seguimiento y vigilancia: la niñez y sus derechos*, Boletín n.º 2 (mayo de 1996), Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2002.
- DE ROOY, CAREL. “Niñez: la comunidad de paz prioritaria para Colombia”, en *Niñez y conflicto armado en Colombia*. Memorias de los foros: Los niños y las niñas en la guerra e Infancia y desplazamiento forzado, convocado por organizaciones que trabajan con derechos de la niñez, 2.ª ed., Bogotá, Programa Presidencial de Derechos Humanos, 2002.
- DURÁN, ERNESTO (coord.) *Informe alternativo de ONG, ante el Comité de los Derechos del Niño*, Observatorio sobre Infancia, Universidad Nacional de Colombia.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. “Adolescente infractor y derechos fundamentales: ¿Qué tipo de responsabilidad?”, en *Conflictos familiares, su prevención y tratamiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

18. La forma como son percibidas por parte de la niñez desvinculada del conflicto dichas políticas, constituye el momento de su concreción en la historia de cada uno de ellos.

- IEPRI, CICR. *Conflicto armado y derecho humanitario*, 2.^a ed., Bogotá, Tercer Mundo, 1997.
- LINARES, BEATRIZ. *Estado de los derechos de la infancia colombiana a 1998*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1998.
- MARIÑO ROJAS, CIELO. "Sistema de responsabilidad penal juvenil: concreción de derechos fundamentales", *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXII, n.º 72, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- UNICEF. *De menor a ciudadano. Implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe*, vol. 2, Bogotá, UNICEF, 2000.

UNA REALIDAD SILENCIOSA: LOS EFECTOS DEL CONFLICTO ARMADO EN LAS ORGANIZACIONES FEMENINAS

Pilar Rueda Jiménez

Las reflexiones que quiero compartir con ustedes son producto del conocimiento casi casual de una realidad que día a día crece, y que sin embargo es desconocida y por lo tanto no ha sido atendida adecuadamente.

Este artículo recoge y busca mostrar, de una manera incompleta aún, algunas interpretaciones que sobre esta situación he elaborado. No se trata de una investigación profunda porque no existen estudios, ni datos sistematizados sobre esta problemática. Sin embargo, algunos casos regionales e información fragmentada a la que he tenido acceso, sustentan lo expresado en este artículo. Esta pequeña introducción es necesaria, sobre todo para mostrar la urgencia de que este tema se convierta en prioridad para las y los académicos, para las organizaciones sociales, las organizaciones de derechos humanos, el movimiento social de mujeres y para las entidades gubernamentales responsables de la protección de los derechos humanos. No debemos esperar a que la realidad sea más dolorosa y grave para buscar ponerle fin. Retomo aquí las palabras de CATHARINE MACKINNON: "Detrás de todo derecho está la historia de alguien, alguien cuya sangre, si uno lee con atención, escurre entre líneas"¹.

1. CATHARINE A. MACKINNON. "Crímenes de guerra, crímenes de paz", en STEPHEN SHUTE y SUSAN HURLEY (eds.). *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998, p. 88.

En Colombia, la situación de derechos humanos, lejos de mejorar, se ha deteriorado en el último año. Según cifras de la Comisión Colombiana de Juristas, de un promedio de diez víctimas diarias de la violación al derecho a la vida desde 1988, se aumentó en el año 2001 a casi 20 víctimas por día. Para el caso de las mujeres, la situación no es más alentadora: en 1998, cada dos días una mujer perdió la vida como causa de la violencia sociopolítica; para 1999, cada día y medio una mujer fue víctima de la violación al derecho a la vida; para el año 2001, cada día una mujer murió víctima de violaciones al derecho a la vida.

Esta realidad que ha sido evidenciada lentamente en cifras, no da cuenta de las agresiones particulares que sufren las mujeres como víctimas específicas del conflicto armado, a pesar de las evidencias que tenemos. Las agresiones conocidas por todos y todas de las que fueron víctimas las mujeres en Bosnia y en Ruanda, solo se hicieron visibles cuando ya era imposible ocultarlo. ¿Es necesario acumular tanto dolor para actuar y reconocer que la vulnerabilidad de las mujeres ante la violencia es mayor en situación de guerra? En Colombia estamos ante la posibilidad de evitar que la tragedia sea mayor y reconocer que la reducción de violaciones de derechos humanos abona el camino a la paz.

Hablar de los efectos del conflicto armado para las organizaciones femeninas implica reconocer que el incremento de las acciones armadas, de las violaciones de los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario afectan mayoritariamente a la población civil, y de una manera diferente a las mujeres.

Las confrontaciones armadas son el ejercicio extremo del poder (el poder de las armas), y en este ejercicio las diversas formas de discriminación y exclusión social se exacerban y se reproducen en todos los espacios públicos y privados de la vida social. Como lo ha mostrado DONNY MEERTENS en sus trabajos, "En todo acto de violencia se expresan, implícita o explícitamente, las representaciones culturales de quien es definido como el *enemigo* y de las relaciones sociales de las

cuales agresor y víctima forman parte”². Toda forma de violencia tiene una base ideológica que la sustenta, en la cual los agresores encuentran “justificación” para sus actos.

La condición de discriminación y subordinación de las mujeres es un elemento fundamental, que explica el tipo de agresiones de las que son víctimas en el contexto del conflicto armado, en el cual se desarrollan dinámicas y se fortalecen simbologías y prácticas orientadas a disputar o a conservar el poder.

Las violaciones a los derechos humanos de las mujeres están relacionadas con su condición y situación social, tienen un fuerte componente ideológico que busca degradarlas física y psicológicamente en su particularidad femenina, para ratificar no sólo el poder de las armas sino también el del hombre sobre la mujer. Las agresiones físicas, verbales, sexuales y psicológicas configuran específicamente la violencia que se ejerce contra las mujeres por parte de los hombres y en este caso de los actores armados, en su afán por debilitar el liderazgo femenino, o como mecanismo de intimidación para que las mujeres accedan a sus requerimientos (alimentación, información, etc.).

La pérdida de capital social femenino asociado a las múltiples violencias no ha sido estudiada aún. Los ataques a organizaciones políticas, sociales y gremiales con una clara intención de limitar o acabar la posibilidad de acción de estas organizaciones, han sido reconocidos nacional e internacionalmente cuando es evidente la decisión de exterminio; el caso de la Unión Patriótica es tal vez el más representativo por la magnitud de asesinatos de los que fueron víctimas hombres y mujeres de este partido (cerca de 3.000 militantes asesinados). Sin embargo, como lo muestran las cifras anteriormente mencionadas, del total de mujeres que fueron víctimas de la violencia sociopolítica, el 69.60 % corresponde a mujeres de las cuales se

2. DONNY MERTEENS. “Víctimas y sobrevivientes de la guerra: tres miradas de género”, *Revista Foro*, Bogotá, n.º 34, junio de 1988, p. 19.

desconoce su actividad (Comisión Colombiana de Juristas). En Colombia, día a día son asesinados hombres y mujeres de quienes no siempre se conoce su actividad política o social.

La frecuencia y el incremento de las agresiones dirigidas contra organizaciones sociales por parte de los actores armados, son algunas de las infracciones más frecuentes del Derecho Internacional Humanitario y hacen parte de la llamada guerra sucia que “[...] comprende aquellos juegos de estrategias y tácticas que usan el terror de la guerra y los abusos a los derechos humanos simultáneamente contra combatientes y no combatientes”³.

En el caso de las mujeres, los efectos de la violencia sobre sus actividades políticas y sociales tienen un costo mayor, si consideramos que su participación en los espacios públicos ha sido el resultado de un gran esfuerzo para enfrentar las costumbres inequitativas y excluyentes de los modelos sociales tradicionales. La distribución social del poder sigue siendo desigual entre hombres y mujeres. Sin embargo, las mujeres han logrado consolidar formas organizativas propias con las cuales han desarrollado actividades sociales y políticas, ocupando espacios hasta hace muy poco exclusivamente masculinos.

La participación política femenina en torno a procesos comunitarios, que buscan mejorar las condiciones socio económicas, las relaciones y la cohesión social de sus comunidades, es, en muchas ocasiones, una extensión de sus roles domésticos, en los cuales la preocupación por el bienestar de los más cercanos guía su quehacer. En los procesos locales, en los cuales la autogestión ha sido fundamental para el desarrollo socioeconómico de las comunidades, esta forma de hacer

3. CAROLYN NORDSTROM. “The Eye of the Storm: From War to Peace—Examples from Sri Lanka and Mozambique” (El ojo de la tormenta: de la guerra a la paz—ejemplos de Sri Lanka y Mozambique), en DOUGLAS FRY P. y KAJ BJORKQVIST (eds.). *Cultural Variation in Conflict Resolution (Variaciones culturales en la resolución de conflicto)*, New Jersey, 1997, p. 93.

política conlleva relaciones de solidaridad y confianza, que poco a poco se valoran como una alternativa política ante el desencanto de las prácticas tradicionales en las cuales los hombres han sido los actores mayoritarios.

En un estudio publicado por el proyecto Proequidad /GTZ, llamado *Los hombres y las mujeres opinan sobre identidad, poder y violencia*, en el cual se recogieron percepciones, de hombres y mujeres de diferentes estratos sociales, sobre las diferencias entre los liderazgos femeninos y masculinos, se puede ver una valoración positiva tanto de hombres como de mujeres, de las formas femeninas de hacer política en oposición a las formas tradicionales, que se identifican con prácticas masculinas.

Esta percepción parece ser compartida por los actores armados, quienes en su afán de controlar social y políticamente territorios en disputa, encuentran en las organizaciones femeninas un obstáculo no muy visible pero sí muy arraigado en las comunidades. La historia es la misma en cada zona: al incremento de las acciones armadas, que traen consigo graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, le siguen los procesos de cooptación o desplazamiento de líderes sociales. Primero son afectados los liderazgos públicos: organizaciones sociales y políticas que han tenido incidencia en el quehacer político regional, y posteriormente, cuando se asume que el control es total, aparecen las organizaciones femeninas, que frecuentemente no han tenido mayor figuración en los procesos políticos regionales, pero que han consolidado procesos de autogestión, y han construido redes sociales, importantes en las relaciones de la comunidad. Las formas en que los actores armados enfrentan este “obstáculo” son muy diversas, pero su sola existencia es una amenaza y una transgresión del deber ser, y como tal es tratada.

No son “enemigas dignas” a las cuales hay que convencer o eliminar, porque no se disputan cargos de elección popular, ni tienen grandes intereses económicos y políticos en la zona, son sencillamente como una “piedra en el zapato”, que dificulta el avance del control social y territorial. Por eso en ocasiones

se busca “convencerlas” de que lo que están haciendo solo les trae problemas. Tal fue el caso de una asociación de pequeñas productoras en el Cesar: las mujeres de esta organización fueron citadas a una reunión para informarles sobre los avances de un proyecto que ellas habían presentado a una entidad gubernamental. Cuando llegaron a la reunión se encontraron con hombres armados que les recriminaron estar perdiendo el tiempo en esas reuniones, descuidando a sus hijos y el hogar, y las responsabilizaron de los problemas de delincuencia juvenil en la zona: “sus hijos de ladrones y ustedes ni cuenta se dan por estar fuera de sus casas”; posteriormente les pidieron los carnés de la organización y los quemaron, con la advertencia de que si querían evitar problemas no volvieran a promover reuniones. Por supuesto, la advertencia fue contundente y las mujeres dejaron de reunirse.

En esta caso el capital social se perdió, las mujeres fueron forzadas a retornar al ámbito doméstico, con lo cual garantizaron su sobrevivencia mas no la disminución de la delincuencia juvenil.

Otros casos son menos afortunados y más dolorosos porque en el ejercicio de castigar la transgresión se afecta a las mujeres a través de sus hijos. En Arauca una dirigente de ANMUCIC, que también participaba del proyecto político de la UP, nunca hizo caso a los hostigamientos y amenazas que recibió para que abandonara sus actividades políticas, por el contrario, participaba más decididamente, hasta que su único hijo fue asesinado, como castigo por no escuchar primero las sugerencias y luego las exigencias para que abandonara toda actividad política. Con este asesinato consiguieron no sólo que esta dirigente se distanciara de sus actividades públicas, sino también que de por vida se sienta culpable del asesinato de su hijo.

Así podría continuar enumerando lo que con frecuencia se llaman “casos aislados”, pero que en realidad son prácticas sistemáticas en las cuales la discriminación está presente, no muy numerosas frente a la tragedia general que vivimos en Colombia, pero sí muy costosas para las mujeres que con

mucho esfuerzo han logrado traspasar la barrera de lo privado e insertarse en proyectos organizativos; y para las organizaciones femeninas para las cuales la formación y consolidación de liderazgos es costosa en términos de tiempo y de recursos.

El desplazamiento forzado del que son víctimas miles de familias en Colombia, también afecta a las organizaciones femeninas. Pero por las condiciones en que se produce no es visible. En las estadísticas y caracterización social de la población desplazada no es posible saber cuántas de las mujeres desplazadas pertenecían a una organización, existe información sobre familias en las cuales alguno de sus miembros desarrollaba actividades sociales, políticas o comunitarias.

Tampoco es fácil obtener esta información porque las líderes sociales que son desplazadas buscan el anonimato absoluto por temor a ser ubicadas, y no les faltan razones: Cuando MARÍA EMMA, la presidenta de ANMUCIC, recibió la notificación de que debía abandonar su finca, buscó refugio en el Amazonas, en un sitio bastante distante de su lugar de residencia, sin mayores problemas de orden público; pensó que allí podría continuar trabajando con las mujeres y vivir tranquila. No fue así: también la ubicaron en el Amazonas y por eso decidió salir del país.

Las mujeres desplazadas por razón de su actividad política, no acceden a la oferta institucional porque para ello deben registrar su caso; en estas circunstancias la responsabilidad de su sobrevivencia y la de sus familias recae en organizaciones que no cuentan con recursos para atender esta problemática. Lo paradójico de esta situación es que mientras para la mayoría de las mujeres desplazadas se ha identificado como un obstáculo para la participación su poca experiencia organizativa, en este caso es su experiencia política lo que les limita concertar su acceso a la oferta institucional.

Sin embargo, un aspecto positivo en todo esto es que las desplazadas continúan desde su situación desarrollando actividades propias de sus organizaciones y buscando alternativas autogestionarias que les permitan sobrevivir. Las organizaciones y sus compañeras de causa son su soporte.

Todas estas situaciones anónimas que día a día se repiten, en la misma proporción en que se incrementan las acciones de guerra, dejan graves consecuencias que en un balance general nos afectan a todas y todos, como bien lo define CAROLINE NORDSTROM: “Algunas de las más peligrosas formas de violencia son las menos visibles. La violencia física producida por la violencia sociopolítica es asombrosa. Pero ¿qué pasa cuando nosotros consideramos la destrucción de la identidad, la comunidad, la sociedad y la cultura que acompaña a la violencia física, los objetivos comunes de la guerra sucia buscan específicamente desestabilizar tanto a las personas (generalmente el oponente) como los procesos políticos (que tratan de resistir)? La violencia se ramifica social, política, económica y culturalmente y permea no solamente lo militar, también afecta toda la vida civil” (cfr. NORDSTROM, 1992a, 1992b).

Es importante reconocer que la construcción de la paz requiere de sociedades con organizaciones fuertes y altos niveles de participación. Lo paradójico es que mientras en Colombia se adelantan conversaciones encaminadas a lograr una negociación política del conflicto armado, simultáneamente se está destruyendo el tejido social que es necesario para la sobrevivencia de la sociedad civil y para el fortalecimiento de la democracia. En el caso de las organizaciones femeninas, el costo es muy alto y retrasa los avances en la consolidación de una democracia incluyente.

Es necesario, por lo tanto, desarrollar acciones de prevención y atención que reconozcan los efectos del conflicto armado para las mujeres y sus organizaciones, en la perspectiva de implementar políticas de prevención y atención de los mismos.

Una clara voluntad política al respecto implicaría también que las organizaciones de mujeres sean incluidas en los programas de protección, que se investiguen y castiguen los delitos de los que son víctimas las mujeres en razón de su actividad social, que en los acuerdos humanitarios con los actores armados se incluya expresamente la prohibición de limitar la participación y organización de las mujeres, que en

las agendas de negociación política del conflicto armado se incluyan las agendas propias de las mujeres, en fin, que se les trate como ciudadanas de primera categoría en un país que también les pertenece.

BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. "Panorama de los derechos humanos y del derecho humanitario en Colombia", Informe de avance sobre 1999, Bogotá, 2000.
- NORDSTROM, CAROLYNE. "The Eye of the Storm: From War to Peace—Examples from Sri Lanka and Mozambique", en DOUGLAS P. FRY y KAJ BJORKQVIST (eds.). *Cultural Variation in Conflict Resolution*, New Jersey, Lawrence Erlbaum, 1997.
- MACKINNON, CATHARINE. "Crímenes de guerra, crímenes de paz", en STEPHEN SHUTE y SUSAN HURLEY (eds.). *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998.
- PROEQUIDAD/GTZ. 2000. "Los hombres y las mujeres opinan sobre identidad, poder y violencia", Bogotá.

ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS DE LA CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL

ESTUDIOS DE CASO SOBRE DESPLAZAMIENTOS MASIVOS EN COLOMBIA

Ángela Santamaría

Investigadora del Centro de Investigación en Política Criminal,
coordinadora de la línea de investigación en victimología.

No todos piensan igual. Algunos de los nuevos desplazados ven cómo aún hoy, en el que fuera el coliseo de Quibdó, permanecen desde 1996 familias desplazadas de Riosucio, en el bajo Atrato, y cuando pasean por los barrios de la ciudad pueden encontrar las diferentes capas de desplazados..., los de Bagadó, los de Carmen de Atrato, los de Las Mercedes..., una lista interminable de campesinos y pecadores desadaptados en una ciudad que no es ciudad y en una vida que no es vida. Quibdó.

I. CONTEXTO

Colombia vive hoy un escalonamiento del conflicto armado interno sin precedentes: 35.000 hombres armados bajo banderas de izquierda y derecha llevan a cabo a diario prácticas terroristas. En los últimos tiempos, los colombianos hemos sido testigos del cambio de estrategia por parte de la guerrilla, específicamente de las FARC, quienes a través del despeje forzado de zonas, la urbanización de la guerra y las amenazas a alcaldes y gobernadores han intensificado la oleada terrorista. El ELN, debilitado militarmente, ha sido protagonista de múltiples secuestros de aeronaves y mantiene la práctica de

retenes en las carreteras y “pescas milagrosas”. Los grupos paramilitares conocen hoy la renuncia de uno de sus líderes, CARLOS CASTAÑO, quien anunció públicamente su retiro y rechazo al secuestro y las prácticas terroristas. En el mismo sentido, los grupos paramilitares viven una profunda desorganización y han sido los autores de aproximadamente 86 masacres en el último año. Para enfrentar las diferentes prácticas terroristas, la fuerza pública colombiana cuenta con aproximadamente 220.000 hombres, equipos donados por Estados Unidos y el apoyo de la comunidad internacional.

En este escenario sociopolítico, desde la línea de investigación en victimología se ha venido desarrollando un proyecto de investigación denominado “La perspectiva de la víctima, mujeres y etnia: una reconstrucción de las prácticas exorbitantes de la guerra: desplazamientos forzados colectivos”. Este proyecto ha contado con la participación de estudiantes e investigadores, buscando el fortalecimiento de la investigación en la Facultad de Derecho de esta universidad. El objetivo de este escrito es presentar los resultados parciales de la investigación realizada por la línea de victimología del Centro de Investigación en Política Criminal, sobre desplazamiento forzado masivo indígena durante el primer semestre de 2002. Sin embargo, es importante aclarar que en este escrito me limitaré a presentar los resultados sobre la forma como las prácticas terroristas impactan el derecho en Colombia, desde el escenario del desplazamiento forzado masivo como escenario donde convergen diferentes prácticas de justicia y prácticas terroristas. Para ello, se pretende llevar a cabo la reconstrucción de “casos paradigmáticos” del desplazamiento masivo forzado por la violencia, que permiten establecer elementos de reflexión sobre la problemática.

II. ALGUNAS PRECISIONES METODOLÓGICAS

El proyecto de investigación se ubica en el marco de la victimología, vinculando teorías, métodos y modelos explicativos de las ciencias sociales. Se pretende articular elemen-

tos empíricos y teóricos que posibiliten un análisis del derecho como práctica social en un contexto de guerra como el colombiano. Por ello, el análisis se ubica conceptualmente en la relación entre derecho y guerra, y específicamente pretende llevar a cabo una reconstrucción de las prácticas de guerra y su articulación con las prácticas de justicia en el marco del conflicto armado desde el desplazamiento forzado masivo. En el mismo sentido, este estudio pretende centrarse en el análisis de casos que constituyen violaciones masivas de derechos humanos para poblaciones vulnerables como campesinos, mujeres, indígenas y comunidades afrocolombianas. El objetivo de este tipo de estudios es la creación de espacios de discusión entre academia e instancias gubernamentales para consolidar reflexiones comunes destinadas a provocar reformas en el marco de la política criminal, la política de seguridad interna y las políticas de asistencia humanitaria para la población desplazada, y lograr incidir a través de la reflexión crítica en el planteamiento y la ejecución de la lucha transnacional contra el terrorismo.

Este análisis pretende reconstruir las prácticas jurídicas en medio de los debates entre usuarios del sistema, operadores jurídicos, víctimas, organizaciones sociales, instancias gubernamentales, académicos y defensores de derechos humanos. Esta multiplicidad de miradas nos permite tener una aproximación de la articulación entre prácticas de justicia y prácticas terroristas en un contexto tan complejo como el colombiano.

III. ESTUDIOS DE CASO: LA HACIENDA BELLACRUZ: PRIMER DESPLAZAMIENTO FORZADO POR LA VIOLENCIA EN COLOMBIA ANTES DE LAS NEGOCIACIONES CON LAS FARC, REALIZADO POR GRUPOS PARAMILITARES

En el año de 1989, por lo menos 1.000 campesinos, 250 familias pobres del Cesar ocuparon la hacienda Bellacruz, de 25.000 hectáreas, en los municipios de Pelaya, La Gloria y Tamalameque. Desde el año de 1989, CARLOS ARTURO MARULANDA

RAMÍREZ solicita la instalación de un puesto militar en la hacienda; desde ese momento la comunidad de Bellacruz sufre sistemáticas violaciones de derechos humanos. El 14 de febrero de 1996 tiene lugar el primer desplazamiento masivo, con el desalojo de esta comunidad, la quema de las viviendas, la destrucción de cultivos, hurtos, desapariciones forzadas, golpes y malos tratos a los campesinos¹. Un grupo de por lo menos 40 paramilitares fuertemente armados hace presencia en todas y cada una de las parcelas acompañado del entonces administrador de la hacienda Bellacruz, y otorga a la comunidad un plazo de cinco días para que abandone la tierra y se aloje a por lo menos 100 kilómetros de distancia. Durante los diferentes procesos llevados a cabo, la familia MARULANDA, propietaria de los terrenos, afirma que este desalojo corresponde a la recuperación de unos terrenos que estaban en poder de la guerrilla. En este desplazamiento tuvieron lugar prácticas terroristas como torturas, ya que golpearon a adultos y niños, con palos, fusiles y con un rejo con nudos; a las personas que tenían el cabello largo se lo cortaban con machete; quemaron y destruyeron las escuelas, sus muebles y material didáctico; insultaban a las personas y los obligaban a señalar a sus líderes y dirigentes cuyos nombres traían en una lista. Estas acciones ocurrieron entre los días 14 y 19 de febrero, y la mayoría de los campesinos sale antes del día 19 del mismo mes, plazo en el que regresarían para asesinar a los que no se hubieran ido. No se presentaron enfrentamientos ni persecución al grupo paramilitar, autor del desplazamiento mientras las comunidades campesinas eran sometidas permanentemente a retenes.

Sin embargo, un funcionario del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), regional de Valedera, afirmó que no hubo desalojo, sino que la comunidad abandonó volunta-

1. Tomado de documentos de trabajo del colectivo JOSÉ ALVEAR RESTREPO, apoderados de las víctimas ante la jurisdicción nacional, en los procesos penales, las demandas agrarias, procesos disciplinarios, procesos ante la justicia penal-militar y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

riamente el territorio, esto a pesar de que el señor FRANCISCO RODRÍGUEZ, funcionario del Incora de Pailitas, fue también víctima de los golpes y amenazas de muerte por este grupo paramilitar, ya que se encontraba trabajando en ese momento en cercanías del predio.

Como consecuencia de los hechos acaecidos entre el 14 y el 21 de marzo de 1996, se firman acuerdos entre las autoridades incluyendo al Ministro de Gobierno y los campesinos desplazados, para garantizar el retorno y realizar un estricto control para evitar la presencia paramilitar. Así es como el Gobierno se compromete a efectuar inspecciones para verificar las acciones de la Fuerza Pública, realizar investigaciones sobre los hechos denunciados, solicitar la presencia permanente de la Cruz Roja Internacional, proporcionar radios de comunicaciones para las veredas de la hacienda Bellacruz, y el Incora se compromete a solucionar el problema de la adjudicación de tierras en dos meses. El 3 de abril de 1996, asesinan a tres campesinos en una explosión, entre ellos a un miembro de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC) y a ALBERTO G. GARCÍA, adjudicatario del Incora en Bellacruz. Posteriormente, el 13 de abril de 1996 se fija la fecha para el retorno de las 170 familias a la Casa Campesina de Pelaya por 10 días, fecha en la cual retornan 59 campesinos que permanecían en la sede del Incora en Bogotá. En mayo de 1996 son asesinados dos campesinos que estaban en la Casa Campesina de Pelaya esperando la reubicación (EDISON DONADO y el profesor JAIME LAGUNA). Durante la misma época, los paramilitares impiden a los topógrafos la medición de tierras para el proceso de retorno.

El 6 de junio, ante la imposibilidad e incapacidad del Gobierno Nacional de cumplir con lo pactado a través de los acuerdos, se firma un nuevo acuerdo. El Incora se compromete a reubicar en él término de 90 días a los campesinos mediante la compra de parcelas por esa entidad, y los campesinos, ante los asesinatos y la falta de garantías, desisten de la posibilidad de retorno a la hacienda Bellacruz. En agosto de 1996 se intenta la reubicación en el municipio de La Mesa

(Cundinamarca); esta propuesta fracasa por la oposición de la gobernadora LEONOR SERRANO DE CAMARGO, quien mediante comunicados públicos les dice a los alcaldes de los municipios de este departamento que no tenían por qué recibir a los desplazados de Bellacruz, que esto causaría problemas de orden público y que por lo tanto había que impedir que se asentaran en ese departamento.

El 28 de septiembre de 1996 asesinan a los hermanos ELISEO y EDER NARVÁEZ. ELISEO NARVÁEZ CORRALES fue uno de los campesinos que se desplazaron durante los días 8 y 9 de abril de 1996 en una comisión interinstitucional con las autoridades del Gobierno Nacional, cuyo propósito era verificar las condiciones de seguridad para el retorno de los desplazados. En diciembre de 1996 los campesinos se trasladan y reubican en los predios de La Miel, en el municipio de Ibagué, en la finca Cábmulos, en la zona de lo que fuera Armero.

El desplazamiento forzado de la hacienda Bellacruz se realizó según los campesinos por orden de CARLOS ARTURO MARULANDA para dejar la tierra disponible y ubicar en ella a campesinos “masetos” que apoyan el paramilitarismo, como en efecto ocurre posteriormente con el repoblamiento de Bellacruz de “campesinos” que cultivan y colman las parcelas abandonadas forzosamente por sus legítimos poseedores.

A. Desplazamiento forzado indígena: el caso del Alto y Bajo Naya

Como lo muestra el estudio realizado por Codhes, el desplazamiento forzado por la violencia invisibiliza intereses particulares y disputas más concretas. En el caso de los pueblos indígenas, aparece una superposición de formas de gobernabilidad indígena –formas de gobierno propio– e intereses económicos de la guerra; como lo muestran diferentes investigaciones sobre el tema, el mapa de los territorios indígenas coincide en Colombia con los territorios designados para grandes proyectos de infraestructura, por su biodiversidad, la riqueza del subsuelo, las condiciones para desarrollar cultivos ilícitos y el tráfico de

armas. El desplazamiento forzado indígena no es una práctica de guerra homogénea, sino que, por el contrario, posee una compleja lógica de funcionamiento. Por parte de los pueblos indígenas se dan múltiples respuestas, dando lugar a diversos procesos migratorios y poblamiento indígena. El desplazamiento indígena se lleva a cabo preponderantemente dentro de los territorios indígenas. Las comunidades indígenas buscan a través de esta estrategia reducir los efectos del control ejercido por los actores armados. En un primer momento, es posible ubicar el desplazamiento intraétnico fuera del territorio propio, pero dentro de territorio indígena. Este tipo de desplazamiento se realiza hacia una comunidad del mismo pueblo indígena que proporciona *zonas de refugio* para las comunidades en situación de desplazamiento. En este escenario, median acuerdos políticos, culturales y económicos de acuerdo con la capacidad de absorción comunitaria de las comunidades receptoras y según su nivel de integración. También hacen parte de este tipo de desplazamiento los éxodos transfronterizos.

En este escenario, los *desplazamientos extraterritoriales* representan una de las situaciones más problemáticas, pues se trata de la salida de población indígena hacia las cabeceras municipales y las ciudades. Se da entonces en la dispersión de las familias indígenas, con pocas posibilidades de integración económica, política y cultural. Persiste, además, el desplazamiento disperso o gota a gota, que es consecuencia de acciones violentas selectivas, en comunidades donde la cohesión social es débil. El éxodo simple desorganizado se caracteriza por la salida masiva de población indígena frente a agresiones sostenidas por parte de los actores armados, lo cual genera la fragmentación sociopolítica y cultural de las comunidades indígenas. Por otro lado, es necesario hablar del éxodo organizado múltiple (indígenas, colonos y afrocolombianos). Uno de los casos paradigmáticos de este tipo de desplazamiento es el del Alto y Bajo Naya (Cauca y Valle), tras la masacre realizada entre el 10 y el 16 de abril de 2001 en el norte del Cauca y el suroccidente del Valle del Cauca. Finalmente,

aparecen los *desplazamientos horizontales*, que constituyen migraciones hacia ecosistemas similares, y *desplazamientos verticales* hacia sectores en los que es preciso transformar los circuitos y redes de sostenibilidad alimentaria, de salud y, sobretudo, la reproducción simbólica de la comunidad. Los *desplazamientos transversales* constituyen desplazamientos hacia lugares distantes del ecosistema a través de redes conocidas².

El tratamiento del desplazamiento indígena en Colombia posee especificidades frente al desplazamiento de campesinos, pues como lo muestran HARVEY DANILO SUÁREZ y DIEGO HENAO: la contradictoria posición del Estado-Nación colombiano frente a los pueblos indígenas, con el reconocimiento por un lado de *derechos en los libros*, pero su *desconocimiento en la práctica*, lo hace ver como incapaz de garantizar la realización de los derechos que reconoce. Se trata de la celebración de contratos simbólicos, del reconocimiento simbólico de derechos en medio de la violación sistemática de derechos.

Retomando la categoría de eficacia simbólica de MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, es posible aplicarla al caso del desplazamiento forzado por la violencia, pues frente a violaciones sistemáticas de derechos, el sistema jurídico en Colombia colapsa, se retuerce y no puede sino expedir normas, regulaciones que poseen tan solo eficacia simbólica, la cual se traduce en la promulgación de una legislación muy sofisticada pero inaplicable. Ante un Estado deslegitimado, inexistente en muchos lugares del territorio nacional, ante la aparición de múltiples paraestados y parajusticias, el Estado acude al dispositivo normativo-simbólico con el fin de oponer a la lógica de la guerra un *corpus* de normas desprovisto de recursos institucionales y soluciones reales.

2. DANILO SUÁREZ y DIEGO HENAO. *El desplazamiento forzado indígena en Colombia. La ley del silencio y la tristeza* [www.codhes.org.co/boletin].

IV. PRÁCTICAS POLÍTICAS DE LAS ORGANIZACIONES DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS Y MOVIMIENTOS SOCIALES COLOMBIANOS

a. *De la negociación política a la inserción en la globalización de la lucha contra el terrorismo*³. Con el Gobierno de ÁLVARO URIBE VÉLEZ, las diferentes organizaciones defensoras de derechos humanos ven con temor cómo ante la nueva política de seguridad internacional impuesta por Estados Unidos el Gobierno Nacional, la comunidad internacional y los actores armados se insertan en la *lucha contra el terrorismo global*. En este contexto, la labor de las Naciones Unidas –aun de la Asamblea General– aparece muy debilitada ante el Consejo de Seguridad. La aplicación de la nueva política de seguridad nacional, las políticas del Ministro del Interior para la consolidación de una *justicia de excepción* a través de la figura del *Estado de conmoción interior*, la intención de otorgar poderes especiales a la Fuerza Pública, la urbanización del conflicto según el modelo de Barrancabermeja y su réplica en ciudades como Medellín y Cali, los proyectos para reducir las competencias de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el desmonte de la Defensoría del Pueblo y de la Red de Solidaridad Social, la crisis de la Fiscalía General de la Nación, la declaración realizada por la Unión Europea sobre la naturaleza terrorista de las organizaciones armadas del conflicto y la descalificación de la ONU como mediadora por parte de la guerrilla, muestran la imposibilidad de una salida negociada del conflicto y la firma de acuerdos humanitarios a corto plazo.

-
3. Es importante resaltar que para consolidar esta información se hizo un ejercicio de observación participante durante el seminario convocado por la coordinación de organizaciones sociales y defensoras de derechos humanos de Colombia –Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos– durante los días 31 de junio, 1.º y 2 de julio de 2002. Se participó en todas las actividades de la coordinación como talleres, trabajos en grupo, comisiones y plenarios. En el mismo sentido, hubo conversaciones informales con líderes sindicales (CUT), líderes de movimientos afrocolombianos y líderes de los movimientos indígenas (ONIC).

b. La globalización de la resistencia desde los movimientos sociales. En el caso de América Latina en países como Ecuador, Bolivia y Brasil, alrededor de los movimientos sociales de mujeres, etnia, raza y campesinos surge una correlación de fuerzas que muestra la consolidación de una experiencia latinoamericana de transformaciones culturales. El eje que debe articular estas movilizaciones en espacios de resistencia es la reflexión sobre las condiciones en que los diferentes países entran al ALCA. Esta lucha globalizada desde los movimientos subalternos se articula en torno a la defensa de los derechos humanos, y, en el caso colombiano, del Derecho Internacional Humanitario. Lo que Colombia debe mostrar es que su conflicto armado es una más de las expresiones del conflicto social que viven los países latinoamericanos, y que los pueblos, las organizaciones sociales y las organizaciones de derechos humanos deben articular sus acciones en una doble acción de resistencia frente al conflicto social y la regionalización del conflicto armado que pretende llevar a cabo Estados Unidos, a través de la militarización de la región. Una posibilidad de acción, como lo he afirmado a lo largo de este documento, es la necesidad de generar una campaña de denuncia y de presión ante los pueblos de los países del centro, para que a su vez estos generen presiones al interior de sus sociedades. En este contexto, es necesario generar espacios académicos de reflexión, redes de apoyo e intercambio Norte-Sur, Norte-Norte, Sur-Sur, con el fin de generar todas las acciones colectivas necesarias para superar la crisis humanitaria que vive Colombia, y que tiene –y tendrá– repercusiones en la región.

c. Mecanismo de control ciudadano contra el terrorismo vs mecanismos de control formal contra el terrorismo. En este escenario, aparecen dos tipos de acciones frente a la globalización de la lucha contra el terrorismo: 1. Los mecanismos informales de control a través de las acciones y campañas de denuncia ante los pueblos y los estados de la comunidad internacional. 2. La inserción por parte del Gobierno Nacional en la lucha global contra el terrorismo, el surgimiento de la Corte Penal Interna-

cional y la jurisdicción universal en donde las infracciones al Derecho Internacional Humanitario pueden ser juzgadas y las víctimas reparadas.

El surgimiento de la jurisdicción universal con la Corte Penal Internacional posibilita para Colombia soluciones ante la crisis de la justicia y la impunidad que vive el país; se trata de la posibilidad de que los combatientes respondan por involucrar a la población civil en las prácticas de guerra. La conclusión del encuentro de todas las organizaciones defensoras de derechos humanos del país es la necesidad de conformar un movimiento amplio de derechos humanos, que trascienda la denuncia por violación de derechos políticos y civiles, y pueda articularse con los movimientos antiglobalización de la región y del mundo, generando una verdadera presión ante la comunidad internacional que muestre la expresión política, social, cultural y jurídica del conflicto armado y social interno, y su articulación con el conflicto social de los países periféricos⁴. Una de las lecturas globalizantes del conflicto armado colombiano consiste en que las estrategias utilizadas por el Gobierno Nacional, las prácticas terroristas como el desplazamiento forzado por la violencia son medidas preparatorias para el ALCA. En el mismo sentido, la violación de derechos económicos, sociales y culturales, los bajos niveles de escolaridad, el aumento en el gasto militar, los bajos niveles de calidad y de asistencia en materia de salud, representan el caldo de cultivo para la agudización del conflicto social y armado en Colombia, y la amenaza permanente del recurso armado en los países latinoamericanos. En el mismo escenario, los líderes de los movimientos indígenas, los movimientos de mujeres, los mo-

4. Los movimientos sociales colombianos y las organizaciones civiles deben trascender la mirada interna del conflicto armado y social, para insertarse en movilizaciones que generen un verdadero impacto como el Foro Social Mundial, el cual contó con la asistencia de aproximadamente 60.000 personas. Los representantes de Brigadas de Paz hicieron énfasis en que Colombia debe desarrollar su capacidad política de movilización de la opinión pública internacional (Foro Social Colombia y Foro Social Mundial).

vimientos obreros y los movimientos campesinos afirman que lo que está en juego, al igual que en otros países, es un problema de soberanía nacional, a través de la injerencia permanente de Estados Unidos, frente a la política de seguridad y la lucha contra el terrorismo. En este contexto, es necesario sensibilizar a la región, a sus gobiernos, academias y pueblos con el problema de la diáspora y sus consecuencias económicas, sociales, políticas, jurídicas y culturales para Colombia y los países de la región. Sin embargo, ante esta agenda tan compleja, en el país se observa un gran fraccionamiento entre los movimientos sociales que pretenden reclamar algún tipo de especificidad de género, raza, etnia, clase o edad. Por todo lo anterior, es necesario que las academias promuevan una reflexión sobre los costos del control formal transnacional del terrorismo y la necesidad de pensar y consolidar redes ciudadanas, académicas y de los pueblos, pues a nivel nacional las organizaciones sociales están sitiadas en sus mismas comunidades⁵ y su capacidad de movilización es mínima.

-
5. Las diferentes comisiones de la coordinación insistieron en la necesidad de generar movilizaciones del tipo de la caravana del Sur de Bolívar de agosto de 2001 para apoyar a las comunidades de resistencia del Sur de Bolívar. En esta caravana participaron miembros de diferentes organizaciones sociales nacionales e internacionales, a lo largo de tres rutas y sitios de concentración que representan la lucha histórica en la región del Magdalena Medio. En los lugares de concentración hubo asambleas populares de las comunidades en resistencia, actos culturales y políticos en los que la comunidad hizo denuncias y presentó a la caravana los diferentes procesos de resistencia. De la misma forma, es necesario que las diferentes organizaciones utilicen espacios de denuncia como el *Tribunal Internacional de Opinión*, que sesionó en Barrancabermeja del 14 al 16 de mayo de 1999. La sentencia del Tribunal Internacional de Opinión (TIO) de Barrancabermeja declaró culpable al Estado colombiano por acción, por omisión y por la impunidad en la masacre de 7 personas y la desaparición de 25 más, ocurridas el 16 y 17 de mayo de 1998 en el sector nororiental de esta ciudad. “El TIO sesionó entre el 14 y 16 de mayo de 1999 a solicitud de la Asociación de Familiares de las Víctimas de la masacre, así como de más de 500 ONG locales y nacionales. Contó con la participación de siete jueces internacionales presididos por el filósofo italiano GIULIO GIRARDI, quienes escucharon las declaraciones de siete mujeres testigos de la masacre paramilitar y la acusación de la fiscal francesa, SOPHIA NAURA. El TIO se realizó como se había proyectado, a pesar de las críticas y los fuertes pronunciamientos de rechazo por parte de varias instancias

Frente a la problemática concreta de los pueblos indígenas, y concretamente frente a las prácticas de guerra como el desplazamiento forzado por la violencia, necesariamente aparece el conflicto de reconocimiento de derechos culturales⁶ vs

del Gobierno, así como de los cortes de líneas telefónicas que sufrieron algunas ONG convocantes en los días previos y durante los tres días de sesiones". El fallo del T10 sostiene que el Estado colombiano es culpable por acción en dicha masacre, pues "los testigos oculares han ofrecido suficiente información fiable mediante la cual pueden ser identificados algunos de los agresores como miembros del ejército y/o de la policía. Algunos de los testigos se han referido a oficiales del ejército como colaboradores activos de la acción criminal". Frente a la actuación por omisión, el T10 consideró que el Estado es coautor de la masacre no solo por la "no actuación de sus agentes", sino por la "dejación de sus deberes de protección de los ciudadanos". El ejército y la policía, según el fallo, permitieron la libre movilización y la salida de la ciudad de los paramilitares con los 25 desaparecidos y no hicieron nada para detener la acción a pesar de haber escuchado los disparos y haber sido requeridos por los familiares y amigos de las víctimas. Finalmente, el Tribunal declaró responsable al Estado por la impunidad en que se encuentra el hecho y por la lentitud y la ineficacia de las autoridades judiciales; subrayó que el único detenido fue dejado en libertad dos meses después de que el fiscal encargado del caso tuviera que salir del país por graves amenazas contra su vida. Este grado de impunidad no sólo atenta contra el principio de la justicia sino que abona el camino para nuevos actos de estas mismas características, agregó el T10. El fallo culmina reiterando que el delito de desaparición forzada no cesa hasta tanto se reintegren a sus familiares "a las personas vivas o sus restos mortales". Además, el T10 brindó once recomendaciones, entre las cuales se insta al Estado colombiano a: identificar a los autores de esta masacre, desvincular a los miembros de las Fuerzas Armadas relacionados con este tipo de crímenes de lesa humanidad, declarar ilegales y desmontar los grupos paramilitares, juzgar en tribunales civiles a los militares investigados por delitos fuera del servicio, indemnizar a los familiares de las víctimas de la masacre y brindarles la asistencia psicológica que requieran. Hacen un llamado vehemente a respetar a los defensores de derechos humanos y divulgar el fallo del T10 en publicaciones nacionales e internacionales y a través de los medios de comunicación. Este fallo corrobora las sentencias emitidas por dos tribunales que sesionaron en Toronto y Montreal (Canadá), durante los cuales el jurado subrayó que "Canadá posee jurisdicción para procesar y sancionar a funcionarios del Gobierno colombiano quienes participaron o consintieron estas matanzas y masacres" (Ver *Actualidad Colombiana*, 263). Luego de la lectura del fallo, el presidente del T10 manifestó que si en Colombia no se permite hacer justicia a los responsables "de la barbarie que está ocurriendo, debemos pensar en un Tribunal Penal Internacional ad hoc" para este país.

6. Como por ejemplo la categoría de pueblo, libre determinación, autonomía, participación, suelo-subsuelo-sobresuelo, la naturaleza inalienable, inembargable e imprescriptible de los territorios indígenas.

una normatividad transnacional como la que se está consolidando para la entrada de Colombia y los países de la región al ALCA. En este sentido, los gobiernos de la región desarrollan procesos agroindustriales para la llegada de las multinacionales a los países. Lo anterior implica, necesariamente, la necesidad de reformas constitucionales, tributarias, agrarias y mineras que entran en pugna con las conquistas de derechos culturales de los pueblos indígenas colombianos y de la región⁷. Por esta razón, como lo afirman las organizaciones sociales de indígenas, campesinos y derechos humanos en la segunda reunión de presidentes de América del Sur en julio de 2002, en el marco del ALCA es necesario que las organizaciones se unan y exijan garantías a sus gobiernos para la construcción de una “comunidad latinoamericana de naciones donde las relaciones comerciales sean un medio para conseguir estándares de desarrollo humano sostenibles que eliminen progresivamente la pobreza y sus causas estructurales, aseguren una calidad de vida digna a las personas, promoviendo la justa y equitativa redistribución de la riqueza”⁸. En este contexto, una de las temáticas que articula los intereses de la región es el tema de la paz y la seguridad en la región. En este sentido, las organizaciones muestran la necesidad de que los gobiernos sudamericanos construyan y fomenten a través de mecanismos y asistencia mutua, la paz y la seguridad de la región y especialmente de Colombia. De esta forma, los pueblos de la región escuchan con preocupación la opción de los gobiernos regionales por la solución militar del conflicto social y político colombiano bajo el amparo de seguridad de las Naciones Unidas y de

-
7. Protocolo de investigación, sobre la intervención de ARMANDO VALBUENA en el Seminario convocado por la Coordinación Colombia, Europa, Estados Unidos en Bogotá del 31 de julio al 2 de agosto de 2002. ARMANDO VALBUENA es uno de los líderes más importantes del movimiento indígena en Colombia, actualmente es el presidente de la ONIC.
 8. Pronunciamiento de las organizaciones sociales, indígenas, campesinas y de derechos humanos ante la segunda reunión de presidentes de América del Sur, Guayaquil, julio 26 y 27 de 2002.

la Junta Interamericana de Defensa. En el mismo sentido, la asistencia militar de Estados Unidos a Colombia, la vinculación de la insurgencia y las fuerzas paramilitares con el narcotráfico, las masacres, los asesinatos de los líderes sociales, los secuestros y los desplazamientos forzados masivos deben llevar al Gobierno y a los gobiernos de la región a pensar en una salida negociada del conflicto armado⁹. En medio de la discriminación contra las mujeres, los adultos mayores, los niños, los pueblos indígenas y los afroamericanos, los gobiernos no realizan una intervención suficiente para garantizar los derechos fundamentales, por lo que las organizaciones exigen el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. En este sentido, la participación de la sociedad civil en los diferentes foros promovidos por los gobiernos de la región resulta fundamental. Se requiere, además, un firme compromiso de todos los gobernantes de la región para contribuir a poner término a la grave crisis humanitaria y de derechos humanos en Colombia, y la búsqueda de soluciones democráticas para la superación de la crisis política y económica de la región. De esta forma, es posible observar cómo es necesario diseñar un agenda común que permita contrarrestar frente al tema que nos convoca, una política migratoria impuesta por los estados receptores que violan sistemáticamente los derechos humanos de la población desplazada a través de programas operativos de hostigamiento y acoso por parte de los agentes del Estado, en medio de las detenciones y deportaciones masivas, la explotación laboral debida a la situación migratoria irregular y la discriminación por la nacionalidad o el origen étnico.

Frente al tema de las prácticas terroristas y las prácticas de justicia, es necesario que se consolide una posición congruente por parte de la región frente a la lucha contra el terrorismo.

9. Ídem.

Aunque de manera radical las organizaciones sociales de la región condenan los actos terroristas, en el mismo sentido, observan con profunda preocupación como Estados Unidos impone en la región y en el mundo de forma unilateral los controles formales del terrorismo, a través de la globalización de la *lucha contra el terrorismo*. Por esta razón, las organizaciones de la región deben posibilitar el ejercicio de derechos como el derecho a solicitar asilo y a la no devolución, el derecho a un juicio justo y el derecho a la libertad de asociación, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Internacional de Derechos Humanos a partir de una globalización de la resistencia desde los grupos subalternos.

Un buen ejemplo de este tipo de resistencia civil es la participación de las organizaciones sociales de la región en las mesas de concertación para la entrada de los países de la región al ALCA¹⁰.

V. UNA MIRADA DESDE LAS PRÁCTICAS JURÍDICAS DE LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS

a. Concepciones de los apoderados de las víctimas. Los apoderados de las víctimas en el campo de los derechos humanos afirman que la aguda y sistemática violación de los derechos humanos en Colombia a través de prácticas terroristas como la desaparición forzada, los asesinatos selectivos, las masacres, las torturas, detenciones y los allanamientos arbitrarios ejecuta-

10. En las mesas de concertación participan organizaciones como la Asociación Americana de Juristas (AAJ, Rama Ecuador), la Asociación Hispano-Ecuatoriana Rumiñahui, la Asamblea Permanente de Derechos Humanos (APDH del Ecuador), el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), el Centro de Documentación de Derechos Humanos "Segundo Montes Mozo S.J" (CSMM), el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (CDH), la Confederación Única Nacional de Afiliados al Seguro Social Campesino (Confeunassc), Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), Red de Derechos Humanos y Sindicales de la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (REDHS-CEOSL), la Red Nacional de Trabajadores de la Energía Eléctrica-ENLACE, entre otras.

dos por los diferentes actores armados del conflicto han provocado desplazamientos forzados de personas y familias. En el mismo sentido, el desarrollo del conflicto armado a través de las modalidades de operativos militares indiscriminados por parte del ejército (bombardeo, ametrallamientos, ataques desproporcionados, quemas de viviendas y cultivos, control y registro de personas y de la movilización, presión sobre la sociedad civil a colaborar con las Fuerzas Armadas), como parte de la lógica de la guerra contrainsurgente, ha generado desplazamientos forzados y ha sido utilizada para legitimar el proyecto paramilitar, sus estrategias de repoblamiento y el desplazamiento definitivo de habitantes de las zonas campesinas.

La conclusión de los apoderados de las víctimas frente a la violación de derechos civiles y políticos es que ante las graves violaciones a los derechos humanos en Colombia, como masacres, desapariciones forzadas, torturas y asesinatos, se ratifica lo afirmado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la proclamación de Teherán, en cuanto a que “la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”. Puesto que Colombia se caracteriza por tener uno de los más altos índices de violación de derechos civiles, sociales y políticos, es indudable que existe alguna relación entre el incumplimiento de los derechos económicos y sociales y la violación de los derechos civiles.

b. *Frente a la categoría del desplazamiento forzado.* Como lo muestran algunos documentos de trabajo de uno de los colectivos de abogados que desarrollan su práctica jurídica en el ámbito de los derechos humanos, “la cifra de desplazados por razones políticas de 1980 a 1993 supera las 500.000 personas. Esta población es en su mayoría campesina, aunque también son afectados miembros de organizaciones populares, líderes cívicos, indígenas, religiosos, activistas de derechos humanos, militantes políticos y maestros. Las principales víctimas resultan ser las mujeres, los niños, los jóvenes

y los ancianos. Es importante resaltar que sólo hasta el año de 1997, con la Ley 397, aparece la Ley del Desplazamiento Forzado y sólo hasta la Reforma del Código Penal en el año 2000, es tipificado como delito”.

En la demanda que el colectivo de abogados JOSÉ ALVEAR RESTREPO instaura contra el Estado colombiano por su acción u omisión, en el caso del desplazamiento forzado de los campesinos de Bellacruz, entre los hechos denunciados se hace énfasis en la situación de la mujer, pues en palabras del accionante:

[...] es urgente mirar la situación que se presenta con las mujeres desplazadas con la violencia económica o política, convertidas en cabezas de hogar o madres de sus hermanos menores al quedar huérfanos. No hay salidas concretas para propiciar el retorno a sus tierras. Las mujeres sufren problemas como el de la violencia, por ser las primeras víctimas de agresiones físicas de un porcentaje de 18,8%; 30,4% de agresiones verbales y un 8,8% de abusos sexuales. Por lo general estas situaciones no se denuncian por el estrecho marco donde conviven víctimas y agresores. Uno de cada cinco hogares está dirigido por una mujer y casi la totalidad de estas mujeres dirigen los hogares sin cónyuge conviviente, es decir, encabezan las llamadas “familias incompletas”¹¹.

Para los abogados que trabajan en el ámbito de derechos humanos, el tema del desplazamiento forzado es muy problemático, puesto que si las instancias de decisión fallan un solo caso sobre responsabilidad del Estado y reconocen indemnizaciones en esta vía, ante los millones de desplazados del país, se iniciaría una cascada de reclamaciones. Por otro lado, por problemas de seguridad y de orden público, las diferentes demandas agrarias han sido abandonadas, los apoderados amenazados, y frente al tema de la responsabili-

11. Colectivo José Alvear Restrepo. Ob. cit., p. 5.

dad de las autoridades es también muy complicado el reconocimiento de responsabilidad del Estado o de los grupos armados, pues no se concibe el problema del desplazamiento como un problema de violación de derechos humanos y no existe ninguna efectividad por vía de los controles formales.

VI. PRÁCTICAS “GLOCALES” DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

En un primer momento, es importante resaltar la directiva presidencial sobre estrategia contra el terrorismo, en el marco del “Camino hacia la paz y la estrategia contra el terrorismo” (2 de mayo de 2002), dentro de la cual quiero resaltar la tercera estrategia que busca emplear y fortalecer los instrumentos internacionales en la lucha contra el terrorismo. Para su desarrollo se pretende impulsar en el Congreso de la República el trámite de instrumentos internacionales relacionados con la lucha contra el terrorismo y con el blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito, a través de la globalización de la lucha de Estados Unidos contra el terrorismo, posibilitando la injerencia de este país en la política de seguridad y política criminal. Por esta razón, la directiva presidencial pretende hacer “un seguimiento detallado de todos los procesos de negociación de nuevos instrumentos internacionales sobre terrorismo, lavado de activos y confiscación de bienes, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, sustancias químicas y estupefacientes, con el propósito de optimizar la lucha contra el terrorismo”¹².

En el mismo sentido, se capacitará a la totalidad del cuerpo diplomático en el exterior, con el fin de que se adelante un programa agresivo de denuncias que sensibilice a los gobiernos y a la comunidad internacional ante los cuales están acreditados, de tal manera que se comprometan a combatir el comercio ilícito de armas para los grupos terroris-

12. Directiva presidencial.

tas del país y se restrinja o se niegue el apoyo económico y político.

A MODO DE CONCLUSIÓN

a. *El derecho de desplazados es una negación del derecho desde el derecho.* Una de las limitaciones al reconstruir prácticas de justicia, prácticas políticas y prácticas de la guerra en casos concretos frente al tema del desplazamiento forzado, es el límite que impone el derecho moderno desde “adentro”, en la medida en que no posibilita la adjudicación de derechos a una población flotante. En este sentido, la filósofa H. ARENDT articula a la decadencia del Estado-Nación el fin de los derechos del hombre. La categoría que la autora escoge como objeto de análisis para probar su hipótesis es la categoría de *refugiado*. Esta figura, que nace como encarnación del hombre de los derechos, contemporáneamente entra en crisis. Se trata de una figura que aboga por la existencia de un ser humano como tal, la cual decae cuando los hombres se ven enfrentados por primera vez a “hombres que habían perdido toda cualidad y relación específicas, excepto el puro hecho de ser humanos”¹³. Es así como en el sistema del Estado-Nación los derechos sagrados e inalienables del hombre aparecen desprovistos de cualquier protección y de cualquier realidad desde el momento mismo en que ya no es posible configurar los derechos de los ciudadanos de un Estado. De acuerdo con lo anterior, es necesario que los estudios victimológicos superen las “proclamaciones gratuitas de valores metajurídicos eternos”¹⁴. Es así como para GIORGIO AGAMBEN y H. ARENDT el debate teórico debe darse entorno a la categoría de refugiado o desplazado¹⁵, pues

13. *Ibíd.*, p. 161.

14. *Ídem.*

15. El término refugiado es entendido en el ámbito de los derechos humanos internacionales en un sentido muy restringido, dejando por fuera la mayor parte de situaciones masivas de migración forzada. Es así como los pocos derechos que les son otorgados son violados abiertamente. Estos derechos han

esta categoría fue construida como el escenario de encarnación de los derechos del hombre, y, sin embargo, es precisamente en esta figura en donde se da la crisis radical del concepto.

b. *La negación del derecho desde el derecho da lugar al surgimiento de sistemas sociales paralelos.* En el contexto actual aparece el fenómeno acumulativo del desplazamiento respecto de las posibilidades reales que tiene el Estado de dar una respuesta efectiva. Por esta razón la problemática tiende de “desestatizarse” y son las redes sociales las que terminan haciéndose cargo de las comunidades. Sin embargo, paralelamente a la solidaridad social aparece una correlativa estrategia de culpabilización de las víctimas, a través de un proceso de criminalización, pues los desplazados sufren un injusticiamiento en el plano político y se termina considerando a esta comunidad de personas como sujetos indeseables, que empobrecen las estéticas de las ciudades y que son la materialización de la negación de la ciudadanía.

Por todo lo anterior, la hipótesis que termina validándose en este estudio empírico es que el derecho de desplazados constituye una negación de derechos desde el derecho. En escenarios límite de integración social como el colombiano, el derecho es llevado a sus límites y colapsa ante la crueldad de

evolucionado a partir del Derecho Internacional Humanitario, e implican las siguientes obligaciones por parte de los estados, frente a los refugiados y desplazados: derecho a la vida, a la propiedad, al abrigo, a la alimentación, a la atención médica básica, a la práctica de la religión, a la no discriminación, etc. Es importante resaltar que aduciendo razones de seguridad nacional, los refugiados son confinados por los estados en campos o centros de detención, en los cuales, además de la ausencia de libertad, de movimiento y acceso al mundo exterior, son objeto de condiciones humanas degradantes. “En varios países, los refugiados y las personas en busca de asilo eran mantenidas en campos cerrados, de acuerdo con una política determinada de antemano. Rodeados de alambres de púas y vigilados por la policía y personal armado, eran obligados a permanecer en tales campos hasta que fuesen establecidos en algún otro lugar o devueltos a sus respectivos países de origen. Muchos han sido mantenidos en tales campos durante más de una década. Dichas circunstancias han producido una tensión severa en los habitantes de los campos y han dado lugar a varios brotes de violencia”. Informe del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (1991).

la guerra, volcándonos a la relación entre derecho y guerra, legitimando la opinión pública del país que afirma que el derecho y la política tienen un límite y que hoy es necesario, retomando a WEBER, seguir la política por otros medios.

BIBLIOGRAFÍA

- ASSIES, WILLEM. "La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos?", texto preparado para el curso post-congreso, *Identidad, autonomía y derechos indígenas: desafíos en el Tercer Milenio*, 18 al 22 de marzo de 2000, Arica (Chile).
- BAXI, UPENDRA. *The Future of Human Rights*, Nueva Delhi, Oxford University, 2002.
- BLAIR, ELSA. *Conflicto armado y militares en Colombia. Cultos, símbolos e imaginarios*, Universidad de Antioquia-Institutos de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia-CINEP, 1999.
- BOURDIEU, PIERRE; JEAN CLAUDE CHAMBODERON y JEAN CLAUDE PASSERON. *El oficio del sociólogo*, Presupuestos epistemológicos Bourdieu Pierre, Buenos Aires, Gedisa, 1990.
- BOURDIEU, PIERRE; JEAN CLAUDE CHAMBODERON y JEAN CLAUDE PASSERON. *Homo Academicus*, París, Editions de Minuits, 1984.
- BOURDIEU, PIERRE; JEAN CLAUDE CHAMBODERON y JEAN CLAUDE PASSERON. *Cosas dichas*, Buenos Aires, Gedisa, 1988.
- BOURDIEU, PIERRE; JEAN CLAUDE CHAMBODERON y JEAN CLAUDE PASSERON. *El sentido práctico*, Madrid, Taurus, 1991.
- BOURDIEU, PIERRE; JEAN CLAUDE CHAMBODERON y JEAN CLAUDE PASSERON. *The Field of Cultural Production*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.
- BOURDIEU, PIERRE y L. J. D. WACQUANT. *Respuestas. Por una antropología reflexiva*, México, Grijalbo, 1995.
- BOURDIEU, PIERRE y L. J. D. WACQUANT. *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Barcelona, Anagrama, 1997.
- BOURDIEU, PIERRE (dir.). *La miseria del mundo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BOURDIEU, PIERRE (dir.). *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclée, 2000.
- BOURDIEU, PIERRE (dir.). *Los usos sociales de la ciencia*, Buenos Aires, Nueva Visión SAIC, 2000.

- BOURDIEU, PIERRE. "Elementos para una sociología del derecho", en Pierre Bourdieu y Gunter Teubner. *La fuerza del derecho*, Bogotá, Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre, 2000.
- GÓMEZ, PACO. *Los muertos no hablan*, Bogotá, Aguilar, 2002.
- KALDOR, MARY. "Las nuevas guerras", en *Violencia organizada en la era global*, Barcelona, Tusquets, 2001.
- LARA, PATRICIA. *Las mujeres en la guerra*, Bogotá, Planeta: 2000.
- LOZANO, JORGE. *El camino hacia una categorización del desplazado como sujeto especial de derechos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.
- OSORIO PÉREZ, FLOR EDILMA y FABIO LOZANO. "Referencias bibliográficas sobre desplazamiento", *Cuadernos de Desarrollo Rural*, n.º 41, Bogotá, Universidad Javeriana.
- REYSOO, FENNEKE. *Hommes armés, femmes agueries. Rapports de genre en situations de conflict armé*, Berna, Comision Nationale Suisse pour l'Unesco, 2001.
- ROJAS, EDUARDO. *Conflicto armado y desplazamiento*, Bogotá, Universidad Central, 1998.
- ROJAS, MARÍA CRISTINA. *Mujeres desplazadas: el caso de Barrancabermeja*, Bogotá, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Universidad Pontificia Javeriana, 1998.
- SÁNCHEZ, ESTHER. "Aproximaciones desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas", en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. II, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Colciencias, ICAN, Universidad de Coimbra-CES, Siglo del Hombre, 2001.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y MAURICIO GARCÍA. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, Universidad de Coimbra, 2001.
- SUÁREZ, DANILO y DIEGO HENAO. *El desplazamiento forzado indígena en Colombia. La ley del silencio y la tristeza*, [www.codhes.org.co/boletin].
- URIBE DE HINCAPIÉ, MARÍA TERESA (dir.). *Desplazamiento forzado en Antioquia*, 10 tt., Bogotá, Secretariado Nacional de Pastoral Social, 2001.

EL JUICIO ORAL COMO ALTERNATIVA DE JUSTICIA PENAL EN COLOMBIA

Piedad Luna Ortiz

Coordinadora Justicia y Prisión-CIPC

INTRODUCCIÓN

Atendiendo la necesidad de formular alternativas que resuelvan el estancamiento, la falta de celeridad y garantías en los procesos penales, es útil reconocer la necesidad de apropiarse y desarrollar un *sistema paralelo y complementario de oralidad*.

Una buena fórmula es instaurar el proceso del juicio oral y público dentro de las aplicaciones formales de nuestra justicia.

Plantear la oralidad como esencia ética; principio semántico de la comunicación humana; búsqueda imperfecta de la verdad a través de silogismos; sustancia epistemológica; observar el tiempo como elemento probatorio y la respuesta del mundo tecnológico a un proceso ancestral.

I. LA ORALIDAD COMO ESCENCIA ÉTICA

Principio semántico de la comunicación humana. Lenguaje por excelencia en donde se manifiestan directamente todas las apprehensiones y limitaciones de cada persona.

Búsqueda imperfecta de la verdad a través de silogismos. Todo intercambio oral que pretenda el interés de revelar, tendría un perfecto tamiz a través de la dialéctica del silogismo.

El tiempo como elemento probatorio. Debemos alejarnos y tratar de superar la conciencia arraigada en la sentencia popular “la justicia cojea, pero llega”, para darle paso a la justicia pronta, que implica una idea mucho más cercana al concepto de derecho.

Sustancia epistemológica. Todo proceso de oralidad que pretenda impartir justicia mediante procesos metodológicos, acaricia el objetivo epistemológico.

Respuesta del mundo tecnológico a un proceso ancestral. La tradición filosófica lindada por la ética del derecho, debe hoy aparecerse en los estrados con todas las implicaciones y los recursos de la modernidad, como elemento insustituible.

II. PUNTO DE PARTIDA

En reiteradas oportunidades y en diferentes latitudes destacados autores han afirmado que la oralidad es el único medio eficaz que permite hoy otorgar efectiva vigencia a los principios políticos que nutren el proceso penal en un Estado social y democrático de derecho.

Se pretende por ello presentar un vistazo a los diferentes esfuerzos que se han adelantado en Colombia, y un panorama de la doctrina extranjera, resaltando logros y errores y las causas de los mismos.

La presentación de presupuestos de orden filosófico (fundamentos del racionalismo; punto de vista ético-antropológico, entre otros), técnico, humano, organizacional y económico que garantizan la efectiva implementación y puesta en marcha de la oralidad y los principios afines: intermediación, publicidad, concentración, contradicción, igualdad, celeridad y eficiencia, garantizando los derechos fundamentales.

La línea de investigación de justicia y prisión en desarrollo del tema investigado presenta el siguiente desarrollo:

- Gestores.
- Presupuestos filosóficos.

- Presupuestos organizacionales.
- Presupuestos técnicos.
- Presupuestos económicos.

A. Gestores

Un proyecto aislado de la Fiscalía General de la Nación, en procura de comenzar el proceso oral recibió patrocinio internacional a través del Plan Nacional de Capacitación, involucrando en su primera etapa a funcionarios judiciales –fiscales, jueces, magistrados, investigadores. Lastimosamente, desacuerdos entre OPDAT y la Dirección del Plan Nacional de Capacitación de la FGN con sus funcionarios encargados impidieron la continuidad.

Similar situación vivió la Judicatura, a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Evaluadas las diferentes experiencias y los esfuerzos por estas instituciones, se logró diagnosticar que no alcanzaron los objetivos propuestos por diversos factores: la falta de programación y proyección a mediano y largo plazo; la falta de recursos económicos y financieros que dieran sostenibilidad a los mismos; no contar con el recurso humano –funcionarios realmente convencidos del proceso de cambio que se iniciaba bien al interior de la propia institución o mas allá, interactuando con funcionarios pares de otras instituciones.

Sin embargo, el factor más importante es que se constituyeron en esfuerzos aislados que si bien en algunas de las etapas alcanzaron a tener un concurso interinstitucional, no lograron sostenerse.

Por lo anterior, y viendo la necesidad de avanzar hacia una puesta en marcha de un proyecto sostenible que respete los principios constitucionales de un “debido proceso público sin demoras injustificadas”. En contra de las prácticas escrituristas, ritualistas y formalistas de los funcionarios judiciales.

El diseño del Proyecto se inicia en 1998, en el Programa para la Modernización de la Administración de Justicia de USAID, por conducto de la oficina de representación (MSD), debiendo espe-

rar su puesta en marcha tan sólo en el año 2000, una vez se cuenta con una nueva legislación penal y la ambientación requerida dentro de todas las instituciones participantes.

Funcionarios de alto perfil jurídico de la Judicatura, Fiscalía General de la Nación, Procuraduría y Defensoría del Pueblo, integrando un Comité Operativo, son los encargados de reglamentar y dar las pautas que garanticen que la estrategia propuesta para la aplicación de la oralidad en el proceso penal sea eficaz.

Así, el 1.º de diciembre de 2000, en virtud del Convenio suscrito entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID), para la modernización del sector justicia colombiano, se suscribió un convenio interinstitucional para la implementación de la oralidad en el proceso penal, entre los representantes del Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, y la USAID. (Informe al Congreso de la República 2000-2001 Rama Judicial del Poder Público, p. 110).

Compromiso que se ratifica con la firma de un nuevo convenio el 23 de enero del 2002, donde se integra la Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad, integrada por el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, el Presidente de su Sala Administrativa, el Presidente de la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General de la Nación, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo. Comisión Interinstitucional que ha emitido su Reglamento, en donde se acuerdan las reglas de organización y funcionamiento de la misma. Se instituye también: un Comité Técnico y Asesor, una Secretaría Técnica y la Asistencia Técnica del Comité por delegados de los Proyectos de Justicia de USAID y OPDAT.

Sin embargo, son muchas las incidencias que un proyecto como este trae consigo, en diferentes niveles y entornos. Son varios los elementos que deben contemplarse para garantizar su éxito, innumerables los intereses que se tejen a su alrededor.

¿Qué reto implica y representa la oralidad en la justicia penal?

¿Estaremos frente a un proyecto que busca diseñar y aplicar un “sistema acusatorio”? ¿O estaremos frente a una propuesta que aplicará la oralidad como parte de un todo de principios garantistas?

¿Están nuestras instituciones realmente preparadas para asumir una estrategia que revitalice el proceso penal en busca de su efectividad?

¿Qué rol participativo deberán cumplir los funcionarios judiciales, la sociedad jurídica, la sociedad civil y académica para apoyar el proceso que se ha iniciado?

¿Se han proyectado los resultados de tal inversión en sus diferentes dimensiones?

¿Se han diseñado los indicadores requeridos para medir la gestión y el impacto de las actividades en las diferentes etapas de su desarrollo?

B. Presupuestos filosóficos

La fenomenología pareciera distraer el concepto de oralidad. Pero dentro del litigio la verdad conceptual involucra un principio epistemológico.

Todo precepto avalado por la razón distingue al símil de la analogía y por lo tanto la prueba resultado del ejercicio científico asoma inconfundible pero respaldada del verbo.

Si SPENCER procurara armar el espejo roto de T. S. ELIOT en una sala de audiencia, perdería el caso por oprobio. Toda lógica e imagería deben acudir a la palabra.

ENCUESTA INTERNACIONAL DE VICTIMIZACIÓN

*Centro de Investigación en Política Criminal y UNICRI
Universidad Externado de Colombia*

Colombia: Coordinadora Nacional: Marcela Gutiérrez.
Encuestadores: Estudiantes de Criminología de la Universidad Externado de Colombia.
Experto en estadística: Enrique León Queruz.
Investigadora: Cielo Mariño Rojas.
Asistente de Investigación: Ana Lucía Moncayo.

I. DATOS GENERALES

A. Introducción

El objetivo general de las encuestas de victimización realizadas en la ciudad de Bogotá en el año 2000 es determinar la existencia y los motivos de la cifra oscura de la criminalidad, esto es, la criminalidad que no denuncia el ciudadano a las autoridades públicas o privadas, respecto de una serie de infracciones a la ley penal representativas de diferentes tipos de bienes jurídicos. Se indagó, al lado de delitos contra la propiedad o contra la integridad personal, que suelen ser percibidos comúnmente como infracciones, otros cuya percepción no es uniforme, ya porque no se la vea como tal o porque se le trate de ocultar, como la violencia doméstica y las infracciones que vulneran bienes jurídicos colectivos. Las

infracciones a la ley penal sobre las cuales se realizó la encuesta fueron:

- Delitos contra el patrimonio económico.
- Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.
- Delitos contra la integridad personal: lesiones personales.
- Delitos contra la familia: violencia intrafamiliar.
- Fraude al consumidor.
- Corrupción.

Los objetivos específicos de esta investigación son:

- Identificar el grado de victimización de las mujeres en delitos u ofensas sexuales.
- Determinar el porcentaje de denuncia en los delitos que consagra la encuesta de victimología.
- Identificar los motivos y el porcentaje de no denuncia, esto es, determinar la cifra oscura de la criminalidad en los delitos que son objeto de la encuesta.

1. Descripción de las características sociodemográficas de Bogotá

La encuesta de victimología se realizó en la ciudad de Bogotá, capital de la República de Colombia.

Bogotá se encuentra situada en el centro geográfico del territorio nacional a 2.640 metros sobre el nivel del mar, en el borde oriental de la sabana de Bogotá.

La ciudad de Bogotá cuenta con una población cercana a 6'865.997 habitantes y representa el 15% de la población del país. La tasa de crecimiento poblacional promedio de la ciudad en los últimos años ha sido de 22.65%¹. La población crece día a día de manera dispersa debido a circunstancias políticas, sociales, económicas y de orden público que generan procesos

1. Disponible en [www.dane.gov.co].

migratorios y desplazamientos forzados incontrolados de otros municipios y departamentos del país.

Como capital de Colombia, Bogotá es el más importante centro de negocios y de gobierno del país; sede de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

A partir de la Constitución de 1991, Bogotá ha sido categorizada como Distrito Capital, por ser capital del departamento de Cundinamarca y de Colombia.

La nueva tendencia constitucional que definió y reorganizó el Estado colombiano tiene como pilar fundamental la descentralización y la autonomía territorial, razón por la cual, dentro de la organización político-administrativa de Bogotá, se encuentran varias autoridades distritales encargadas de garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito. La principal autoridad distrital, es el Alcalde Mayor, jefe de la administración local y representante legal del municipio, quien es elegido por mayoría ciudadana para un período de tres años. Otra de las autoridades distritales es el Concejo Distrital, corporación administrativa elegida igualmente por mayoría ciudadana para el mismo período del Alcalde Mayor.

El territorio distrital se ha dividido en 20 localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes. Cada localidad cuenta con una Junta Administradora Local, que se encarga de distribuir las partidas globales que el presupuesto anual del Distrito les asigna. La Junta Administradora Local es elegida popularmente, para un período de tres años.

Es importante señalar que el Distrito de Bogotá también se encuentra dividido en estratos socioeconómicos, que van desde el número 1 al 6, correspondiéndole al primero la clase social baja de la ciudad.

La metodología utilizada por el Departamento Nacional de Planeación Distrital en el proceso de estratificación socioeconómica de Bogotá está conformada por cuatro grandes aspectos: actualización cartográfica, zonificación, características de las viviendas, su entorno inmediato; y la conformación

de estratos. De esta manera, las tarifas de servicios públicos están vinculadas al estrato socioeconómico en que resulten clasificados los usuarios².

Las personas que se ubican entre los estratos socioeconómicos 5 y 6 poseen una mayor capacidad económica y se ubican al norte y nororiente de la ciudad, mientras que las personas de estratos 1 y 2 pertenecen a la clase social baja y se ubican generalmente en el sur; los estratos 3 y 4 representan a las personas que tienen ingresos económicos medios y por lo general se encuentran en los sectores central, occidental y noroccidental.

2. Sistema de justicia penal

El sistema de justicia penal colombiano es *sui generis*, por cuanto acoge y participa de características tanto del sistema inquisitivo como del sistema acusatorio.

El procedimiento penal colombiano acoge una de las características propias del sistema acusatorio, y es la separación entre acusación y juicio (salvo excepciones taxativas). Por ello, el proceso penal se divide fundamentalmente en dos etapas: la primera denominada investigación o instrucción, adelantada por la Fiscalía General de la Nación, y la segunda denominada juzgamiento, realizada por los jueces de la República.

Le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con los artículos 250 de la Constitución Política y 114 del CPP:

- Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores de la ley penal ante los juzgados y tribunales competentes.
- Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento.
- Tomar las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

2. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-25297, del 25 de mayo de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

- Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.
- Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial.
- Velar por la protección de las víctimas, los testigos e intervinientes en el proceso. Entre otras.

Durante la etapa de investigación, el funcionario instructor se encarga de ordenar y practicar las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación, especialmente sobre los siguientes aspectos: si se ha infringido la ley penal; quién o quiénes son los autores o partícipes de la conducta punible; los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal; las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la conducta; las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía, sus condiciones de vida; y los daños y perjuicios de orden material que causó el conducta punible (art. 331 CPP).

La instrucción de la investigación se caracteriza por ser escrita y reservada. Durante ella, el funcionario instructor tiene la posibilidad de ordenar la captura e imponer las medidas de aseguramiento, entre ellas la detención preventiva del sindicado (características propias del sistema inquisitivo).

Una vez el funcionario instructor profiera Resolución de Acusación y esta se encuentre ejecutoriada, adquieren competencia los jueces encargados de la etapa de juzgamiento. A partir de este momento, el instructor, en este caso la Fiscalía, adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección del proceso.

En el juzgamiento, la función decisoria le corresponde al juez como representante del Estado colombiano. El mencionado funcionario tiene amplias facultades para impulsar el trámite del proceso, hacer las averiguaciones correspondientes y darle dinámica al mismo, sin perjuicio del impulso que le puedan dar las partes.

En la etapa del juicio se da paso a la oralidad y la publicidad (características del sistema acusatorio), así como también a la contradicción de la prueba; hay debate público, se recibe y analiza la prueba allegada en la investigación por la Fiscalía. Los sujetos procesales tienen la posibilidad, en esta etapa, de solicitar pruebas y el juez también puede de oficio ordenar la práctica de las mismas; hay una sentencia que debe ser pública.

3. La Policía Nacional

Según la Constitución Política (art. 216), la Fuerza Pública estará conformada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. De la misma forma, la Constitución Política establece (art. 218) que es un cuerpo armado de naturaleza civil, “cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”, de donde se deduce que es un mecanismo preventivo de protección de los derechos humanos. Ha dicho la Corte Constitucional al respecto: “la Policía Nacional como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial” (Sent. C-024 del 27 de enero de 1994).

La Constitución Política asigna a la policía la obligación de cautelar la libertad de las personas y los derechos que de ella se deriven, por tanto los derechos, libertades y garantías deben estar ligados a la actividad de la policía.

El fin primordial de la Policía Nacional es el “mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas. Se confirma así el esencial papel de tutela de la libertad que es propio de la policía judicial y que por lo mismo se pone en acción cuando el individuo se enfrenta al poder punitivo de Estado” (C. C., Sent. C-034 del 8 de febrero de 1993).

B. Descripción de la muestra

En esta investigación se realizaron 1.014 encuestas de victimología en la ciudad de Bogotá, por los estudiantes de cuarto año de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Las 1.014 encuestas de victimología fueron distribuidas a un grupo de 35 estudiantes (mujeres y hombres), quienes participaron activamente en el proyecto de investigación. Dichas encuestas fueron realizadas a personas mayores de 16 años, 50% hombres y 50% mujeres.

Para efecto de análisis se conformaron cuatro grupos de edades:

- 1.^{er} grupo: 25 años o menos.
- 2.^o grupo: 26 a 40 años.
- 3.^{er} grupo: 41 a 55 años.
- 4.^o grupo: 56 o más años.

Con el fin de que las encuestas representaran la realidad socioeconómica de la ciudad de Bogotá, se tuvieron en cuenta los estratos en los que se divide la misma, previo estudio y análisis del Proceso de Estratificación realizado por el Departamento de Planeación Nacional (DPN). En dicho proceso, Bogotá se divide en 6 estratos sociales, de la siguiente manera:

- Estratos 1 y 2. Representan la clase social baja y corresponden al 37 % de la población de la ciudad.
- Estratos 3 y 4. Representan la clase social media y corresponden al 53 % de la población de la ciudad.
- Estratos 5 y 6. Representan la clase social alta y corresponden al 10% de la población de la ciudad.

Se trató, al máximo, de aplicar los anteriores porcentajes a la muestra; es así como de las 1.014 encuestas realizadas, equivalentes al 100% de la muestra, 364, es decir, el 35.9% correspondieron a la clase social baja, estratos 1 y 2, realizadas en las

localidades de Santafe, San Cristóbal, La Candelaria, Los Mártires y Suba; 545 encuestas (53.7%) correspondieron a la clase social media, estratos 3 y 4, realizadas en las localidades de Chapinero, Teusaquillo, Fontibón, Usaquén y Engativá; y 105 encuestas (10.4%) correspondieron a la clase social alta, estratos 5 y 6, realizadas en la localidad de Usaquén.

C. Técnica de recolección de datos

– El equipo de encuestadores estaba conformado por 35 estudiantes de la cátedra de Criminología de la Universidad Externado de Colombia.

Durante el mes de abril de 2000, a los estudiantes se les ofreció la debida capacitación, por medio de sesiones grupales en las que se explicaron los objetivos de las encuestas, los canales de información, las normas básicas para el diseño de las mismas; se realizaron sesiones de preguntas y respuestas, demostraciones, etc.; en general, se les brindó la información necesaria con el fin de que efectuaran correctamente las encuestas.

Los estudiantes fueron divididos de acuerdo con la clase social que le correspondía entrevistar. A cada clase social pertenecían diversas localidades, a cada una de éstas se le asignó un número determinado de encuestadores, dependiendo de la extensión y la cantidad de habitantes de la misma. Cada grupo de encuestadores tuvo un coordinador (estudiante) encargado de que los demás llevaran a cabo las encuestas en las localidades asignadas, a la muestra escogida y en general observando que se cumpliera con las normas básicas enseñadas, con el fin de obtener resultados óptimos en la recolección de datos.

– El cuestionario se realizó en idioma español; sin embargo, su digitación fue traducida al inglés.

– La recolección de datos por parte de los estudiantes se efectuó durante abril y mayo de 2000. En el mes de junio del mismo año, se realizó el respectivo control, la supervisión y depuración de la información obtenida.

– Durante los meses de julio y agosto se realizó la digitación o el ingreso de datos, utilizando el *software* proporcionado por UNICRI.

– En el mes de septiembre se realizó un proceso de crítica y control a la información obtenida.

– En los meses de octubre y noviembre se realizó el análisis de datos y los cuadros y comentarios sobre índices de victimización.

– En el mes de diciembre de 2000 se efectuó el informe anual, que contiene el análisis de los datos recolectados en esta investigación.

D. Índice de respuestas y de nuevas entrevistas

Se realizó una muestra total de 1.068 encuestas, clasificadas por estratos socioeconómicos de la ciudad de Bogotá, de acuerdo con la estratificación anotada:

– 364 encuestas, es decir aproximadamente el 35.9%, corresponderían a la clase social baja, estratos sociales 1 y 2.

– 545 encuestas, aproximadamente el 53.7%, corresponderían a la clase social media, estratos sociales 3 y 4.

– 105 encuestas, es decir el 10.4%, corresponderían a clase social alta, estratos sociales 5 y 6.

Fueron rechazadas 54 encuestas en el proceso de crítica por no estar debidamente contestadas y diligenciadas, razón por la cual la muestra total es de 1.014 encuestas.

Las encuestas 599, 718 y 537 hacen parte de las 54 encuestas que fueron rechazadas por presentar inconsistencias; dichas encuestas no se han podido eliminar del *software* porque este no lo permite.

II. VIOLENCIA SEXUAL

La sexualidad nos permite relacionarnos de una manera específica con el mundo, percibirlo de un modo particular, va mucho más allá del conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan cada sexo, como tradicionalmente podría ser definida. Las maneras de pensar y sentir lo femenino y lo masculino están atravesadas por el significado del amor y el deseo, por la importancia que para nosotros tenga; significados y formas de pensar y sentir que se han interiorizado en procesos de socialización dentro de la historia específica de cada cual. La construcción de los géneros es histórica, cambiante³.

La posibilidad o represión de las diversas expresiones de sexualidad será la posibilidad o represión del ser que a través de dicha sexualidad se manifiesta. En nuestra sociedad lo femenino y lo masculino se han construido alrededor de ideas y valores que han limitado su desarrollo. Las prácticas dentro de las cuales se manifiesta lo femenino han revestido formas violentas, al interior de espacios familiares y sociales, reduciendo las posibilidades de su exteriorización. La violencia sexual contra mujeres y niñas es parte de una violencia más extendida que la nutre y refleja la percepción que de lo femenino tiene la cultura en que ésta se manifiesta, y representa, simboliza, la violencia contra lo femenino.

En la cultura latinoamericana, determinadas formas de conflicto son ancestrales, pero su reconocimiento tiene una historia breve. Todas las formas de violencia que al interior de la familia (y el trabajo) se ejercían, y aún se siguen ejerciendo (y dentro de ellas la violencia sexual), forman parte de las prácticas sociales que se asumen como propias.

3. Las manifestaciones de la sexualidad son cambiantes, "producto de las propias formaciones socio-culturales del hombre, más que de una naturaleza humana establecida biológicamente". PETER BERGER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998, p. 70.

Dentro del escenario familiar patriarcal, el padre de familia ejercía violencia contra la mujer y los niños, como parte de sus derechos, en el entendimiento de que aquel era un escenario privado donde podía realizar cualquier tipo de violencia contra aquellos que le pertenecían. Estas relaciones violentas han sido muy claras respecto del niño en tanto hemos heredado formas de asumir la infancia de un derecho romano que permitía al padre disponer totalmente de sus hijos pues le pertenecían. De hecho, el infanticidio fue una práctica extendida y aceptada hasta finales del siglo XIX. Las prácticas de castigo, que incluso se extendían a la escuela, reflejaban estas percepciones: relaciones verticales, represivas, entre padres e hijos, maestros-alumnos, eran parte de sus dinámicas.

Las relaciones se han construido en términos de dominación y subordinación, desconociendo la igualdad de derechos que la mujer tiene, sin mencionar la calidad de derechos fundamentales y prevalentes que cualifica a los derechos de la infancia. Tales formas de relación son el reflejo y a su vez reproducen concepciones ajenas a un universo de derechos predicables de todos los individuos, que se encuentra dispersa en lo social, desde la organización del Estado o del mundo productivo hasta las prácticas de socialización en la familia y la escuela. Todo ello se manifestará en el mundo simbólico, en las representaciones, en el lenguaje.

Las prácticas de socialización discriminatorias hacen que la percepción de la violencia cotidiana, sutil, se dificulte. Valoraciones negativas de la mujer son parte de los mensajes de los medios de comunicación, y en general de un conjunto de valores que sigue presentando a la mujer como cosa, y en tanto cosa, las características físicas de una estética banal y frívola se imponen. La socialización de la mujer se sigue dando en clave de domesticación, señalándole con ello competencias restringidas. La dependencia económica es causa y efecto de un ciclo que se perpetúa.

Pero esta lectura no sólo se admite hacia el pasado, son múltiples los diagnósticos en materia de violencia contra la

mujer en escenarios privados; la Defensoría del Pueblo la describe en estos términos: “La violencia es empleada en familias organizadas en forma autoritaria y jerárquica, en las que el poder es ejercido por los considerados como “más fuertes”. La sociedad ha asignado este papel a los hombres [...] algunos pretenden dominar a quienes han sido definidos como débiles por razones físicas, económicas o sociales: mujeres, niños y niñas, ancianos y ancianas, o personas con algún grado de discapacidad. Estos últimos asumen su subordinación y generalmente desarrollan mecanismos pasivos de defensa”⁴. La violencia contra la niñez deja al año dos millones de niñas y niños maltratados en sus hogares, 850 mil en forma grave. De 1.000 niñas y niños, 361 sufren algún tipo de maltrato. Diariamente mueren, en promedio, 7 niñas y niños por homicidio⁵.

El artículo 13 de la Constitución Política establece la igualdad y su concreción en la exclusión de todo tipo de discriminación por razones, entre otras, de género, y, además, una protección especial respecto de “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”, comprendiendo dentro de ellos las niñas, los niños, adultos mayores y discapacitados. Inclusión de una protección especial que en las prácticas cotidianas, dentro de las esferas públicas y privadas, constantemente se desconoce.

En virtud de la Ley 57 de 1887, la mujer casada pierde su capacidad civil por el hecho de contraer matrimonio; la Ley 28 de 1932 le devolvió esa capacidad pero estuvo aún sometida a la potestad marital hasta 1974, con el Decreto 2820. Este Decreto igualmente otorgó la patria potestad conjunta –potestad parental–, siempre en términos de potestad sobre los

4. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Mecanismos de protección de la mujer víctima de la violencia intrafamiliar y sexual*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1995, p. 9.

5. Cfr. UNICEF. *La niñez colombiana en cifras*, Bogotá, UNICEF, 2002, p. 40.

hijos. Dentro de la potestad marital, la mujer era igualmente objeto de disposición del hombre. Se entendía que ella era incapaz y que debía estar sujeta a la potestad del marido, en reemplazo del padre.

Las palabras se resisten al cambio social, cuesta declinar al femenino. Las prácticas sociales se detienen en un lenguaje que las cristaliza. El lenguaje que es utilizado por los agresores sexuales es parte de un lenguaje más extendido que reduce lo femenino a un segundo lugar, lo excluye o lo define en términos de dependencia. El lenguaje legitima lo existente, contiene expresiones, chistes, palabras peyorativas que reflejan las percepciones dispersas en lo social y, a su vez, las reproducen dándolas como un hecho inmodificable.

La mujer víctima de agresiones –y que permite que se repitan estos comportamientos contra ella– se encuentra sujeta, la mayoría de las veces, a una dependencia económica y psicológica; se asume inferior, tiene una baja autoestima, una femineidad deformada, incapaz de reaccionar para su defensa.

Respecto de la definición de esfera pública o privada, la Corte Constitucional, en sentencia T-382 del 31 de agosto de 1994, dijo: “[...] La violencia familiar no puede ser considerada como un asunto netamente privado, que por su carácter íntimo se sustrae a las consecuencias del legislador y del juez”; no puede haber fronteras, límites que permitan el ejercicio de la violencia contra los que más merecen protección –las niñas y los niños– o contra quienes se han acostumbrado a esa violencia, han crecido con ella y la asumen como propia de sus formas de interrelación, las mujeres violentadas.

Al lado de esto, la cultura machista latina eleva a la categoría de valor la fuerza; en el ejercicio indiscriminado de sus aptitudes físicas, no afectivas, el hombre se reconoce como tal, en éstas se piensa débil, afeminado.

Estos dos elementos, el ejercicio del poder en el ámbito privado y la valoración positiva de la fuerza, hacen de los niños y las mujeres víctimas cotidianas.

Con el movimiento feminista surgido en diferentes países en los años 70, tomado como movimiento el “término que connota simbólicamente un ámbito de experiencia histórica y contemporánea a través del cual un grupo de sujetos *se habla y se reconoce*”⁶, la manera de pensar y sentir su propia experiencia se supo común, y la palabra, el poder de manifestarlo ha hecho que poco a poco se vaya reconociendo este conflicto social. Se redefine lo público y lo privado, no habrá feudos donde se puedan vulnerar derechos y restringir libertades arbitrariamente. Estos movimientos tienen el objetivo de tutelar los derechos compartidos, buscando abrirles espacios.

A. Violencia sexual

La violencia contra la mujer es el marco más amplio dentro del cual se inserta la violencia sexual. Debe ser entendida, tal como la define la Declaración sobre la Eliminación de Violencia contra la Mujer, de las Naciones Unidas, de diciembre de 1993: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”.

Dentro del marco normativo que a nivel internacional se ha ido desarrollando, fruto de los movimientos que con perspectiva de género se han dado en diferentes países, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belem Do Pará”, del 9 de junio de 1994, ratificada por la Ley 248 de 29 de diciembre de 1995, reconoce que “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifesta-

6. TAMAR PITCH. “Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale”, en AA. VV. *Innovazioni politiche e trasformazioni sociali degli anni 70. La riforma istituzionale*, Milán, F. Agnelli, 1983, p. 192.

ción de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres". Su artículo primero consagra: "[...] debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". El artículo 2.º establece: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual: b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro, acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar".

Para definir la violencia sexual, se tiene que acudir a los diferentes escenarios y manifestaciones. ARGELIA LONDOÑO propone: "Esta constituye todo acto o amenaza de acto que vulnere los derechos humanos de las personas, sus libertades y su dignidad en el terreno de la sexualidad y la reproducción"⁷; pero esta definición no incluye otras formas de violencia sexual que no llegan a la materialización, como la violencia verbal que tiene por objeto la condición femenina, que lesiona la dignidad humana y la construcción de una identidad plena: cuando ésta es constante en la infancia o adolescencia, e incluso a lo largo de la vida, producirá identidades negativas, baja autoestima. Presenta un espectro amplio: esta violencia sexual va desde la palabra hasta el acto que puede manifestarse en formas extremas como la prostitución forzada.

7. ARGELIA LONDOÑO VÉLEZ. "Violencia sexual: hacia una sexualidad sana", *Profamilia: planificación, población y desarrollo*, vol. 16, n.º 31 (junio de 1998), Bogotá, Profamilia, 1998, p. 7.

La Defensoría Pública ha definido la violencia sexual como un “acto que atenta contra la dignidad y la libertad de una persona mediante el uso de la violencia física, psíquica o moral, con el propósito de imponer una conducta sexual en contra de su voluntad. La violencia sexual es un acto agresivo con el que se busca degradar, expresar el dominio y el poder que alguien tiene sobre una persona”⁸.

B. Víctimas y encuestas de victimización

Según el Instituto de Medicina Legal, el mayor porcentaje de casos pertenece al género femenino: “[...] para 1999, esta proporción correspondió al 86%, lo que equivale a decir que por cada hombre agredido sexualmente se presentaban seis mujeres por la misma causa. Esta razón hombre mujer ha permanecido constante en los últimos años, pues durante 1997 y 1998 se observaba la misma razón, por cada 6 mujeres se atendía a un hombre”. Además, con relación a la franja etaria se estableció que en ambos géneros predominó el grupo de 5 a 14 años.

Pero como lo señala DIEGO MAURICIO CUELLAR APOLINAR: “El Instituto tiene un cubrimiento poblacional del 63% de los colombianos y aún así el consolidado estadístico de dichos procedimientos genera unos datos que hacen invisible el hecho violento intercambiándolo por lenguaje técnico”; señala además: “Analizar la estadística de posibles delitos sexuales implica reconocer los siguientes aspectos: en primer lugar, no se denuncian todas las agresiones sexuales sufridas en la cotidianidad; segundo, existe un sesgo de selección (la realidad que recibe el Instituto es tan solo una parte de la vivida y sufrida a diario, puesto que a los diferentes puntos de atención de este llegan algunas de las víctimas y sindicatos de delito sexual como actores de un proceso de investigación)”⁹.

8. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ob. cit., p. 14.

9. DIEGO MAURICIO CUELLAR APOLINAR. “Incertidumbre estadística y agresión sexual”, en *Forensis 2000: datos para la vida*, 2001, p. 98.

Las encuestas de victimización ofrecen luces y dan elementos para una lectura más cercana a la verdaderas dimensiones del problema. Con la puesta en evidencia de la real extensión que aportan las encuestas de victimización, se podrá exigir la igualdad que se proclama con la intensidad con que ha sido vulnerada. De esta manera se podrá afrontar la violencia contra los derechos sexuales de las mujeres, desde los derechos, y con perspectiva de género, atacando modelos de pensamiento y prácticas que vulneren su efectividad.

III. DATOS Y ANÁLISIS

Tasas de victimización

Según la encuesta de victimización, la tasa de victimización de las mujeres es del 26.38, esto es, una de cada cuatro de las mujeres entrevistadas fue víctima de violencia sexual tomando como periodo sólo los últimos cinco años, en lugares tanto públicos como privados. La encuesta se efectuó con personas mayores de 16 años, pero la tasa de victimización sería mayor si se incluyera a la infancia y la adolescencia femeninas, en tanto autores como ARGELIA LONDOÑO¹⁰ o la Defensoría del Pueblo señalan que todos pueden ser objeto de violencia sexual, “sin embargo, las víctimas más frecuentes son mujeres, niñas, niños y adolescentes”¹¹.

Esta violencia sexual se realizó más de una vez, tomando el último año, en un 34.6, lo que denota que dentro del porcentaje de mujeres agredidas sexualmente el comportamiento no resulta un evento aislado sino reiterativo en una alta proporción.

10. Según ARGELIA LONDOÑO, “más del 80% de las víctimas de delito sexual en el país son menores de 18 años”, de las cuales un ochenta por ciento correspondería a niñas. Ob. cit., p. 8.

11. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ob. cit., p. 14.

A la victimización de la mujer por violencia sexual, ya anotada, se suma otro tipo de violencias que se presentan en el ámbito público y privado, formuladas en términos de ataques o amenazas, situación que fue indagada a través de la formulación de las preguntas 22 y 22 a., se incluía en esta última, específicamente, las agresiones realizadas por alguien conocido. La tasa de victimización frente a las mujeres encuestadas por esta causa es de 19.69 por desconocido, más el 1.96 por conocido, que sumado con el 26.38, daría una tasa de victimización, por todo tipo de violencia, del 48.03. En relación con los hombres, la tasa de victimización, con todo tipo de violencia, es del 26.68 por parte de alguien desconocido, y de 1.89 por parte de alguien conocido, para un total de 28.57.

Dónde ocurrió la ofensa sexual

De 134 mujeres víctimas de ofensas sexuales, 5.97 sufrieron la agresión en su propia casa y 9.70 en el lugar de trabajo. En los escenarios privados se ejercen violencias que no trascienden ese ámbito por el poder, dentro de relaciones verticales y excluyentes, del agresor sobre la víctima, que posibilitan que permanezca oculto y una ausencia de control sobre este tipo de agresiones. El instrumento se aplicó a mayores de 16 años, pero, como se ha anotado, las víctimas más frecuentes de violencia sexual son precisamente niñas, niños y adolescentes, respecto de los cuales se posibilita la violencia por las formas de poder familiar y escolar que sobre ellos se ejerce. De la misma manera, quedaron por fuera de la encuesta manifestaciones de violencia sexual más amplias, ya que únicamente se tomó como tal las agresiones físicas, quedando por fuera el acoso, forma de violencia, tal como lo señala la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que se da en los lugares de trabajo e instituciones educativas.

Quién era el agresor

Dentro de las 20.15 mujeres que fueron agredidas por persona conocida, casi la mitad lo fue por alguien cercano. De acuerdo a esta proporción, de cada diez mujeres una sería victimizada por alguien de su grupo afectivo o laboral: pareja, pariente, amigo, correspondiendo a los compañeros de trabajo el mayor porcentaje, 38.5 dentro de este grupo.

Respecto del número de agresores, del total de las mujeres violentadas sexualmente, un 85.82% fueron agredidas por una sola persona, y el 8.21 por dos; en la muestra no se registró ningún caso de agresiones por tres o más personas.

Definición y gravedad del hecho

Del 100% de las mujeres que sufrieron violencia sexual, el 44.78 considera el hecho muy grave, mientras el 29.85% lo estimó medianamente serio y un 25.37 lo vio como de poca gravedad. Nos remitimos a lo dicho respecto de las percepciones, en tanto la valoración de la gravedad o levedad del hecho depende de la tolerancia o el rechazo que respecto de ciertos comportamientos se generen en el plano cultural. La pregunta 32. h. de la encuesta brinda un referente a dichas valoraciones. Según esta pregunta, el hecho se podía clasificar como violación o tentativa de violación, a las cuales corresponde un 9% del total, o como “abusos deshonestos” o “comportamiento ofensivo”, que suman el 85.1%. Estas dos expresiones pueden resultar un tanto ambiguas, pero denotan una franja de comportamientos que constituyen agresiones percibidas como significativas por la víctima.

Cruzando las respuestas dadas respecto de la gravedad y la definición del hecho, tenemos que la violación o la tentativa fue considerada siempre como un hecho muy grave, mientras que los “abusos deshonestos” fueron vistos en un 53.33% como muy graves, un 37.78 lo vio como medianamente grave y un 8.89 no lo consideró grave; y respecto del “comporta-

miento ofensivo”, se clasificó en porcentajes más o menos uniformes en cada una de las franjas.

La definición como delictivo de los diferentes tipos de agresiones alcanzó el 48.51 frente a un porcentaje del 35.82 que no lo calificó como tal; 15.67 % no supo cómo clasificarlo.

No denuncia

Según la pregunta 32. J., la tasa de no denuncia de las mujeres víctimas de agresión sexual es del 90.3 % frente a la tasa de denuncia del 5.2%; un 4.5% no respondió. La denuncia resulta excepcional frente al número total de eventos. La cifra oscura para este tipo de infracción sería entonces de más del 90%.

La cifra oscura está también condicionada a la percepción que se tiene sobre lo que se considera tutelable, al asumirse víctima o simplemente objeto de una conducta que se piensa inevitable en tanto “forma parte de una cultura específica”¹², y a la posibilidad de acudir a las instancias de justicia. Es así como en las estadísticas judiciales o la policía aparecen menos delitos contra las mujeres, menos delitos contra los trabajadores, menos delitos contra los marginados.

Por estrato social, tenemos que de la clase alta el 100% no denunció; en el estrato medio hubo una tasa de no denuncia del 92.11 frente a un 2.63 % que sí lo hizo (5.26 no dio respuesta); y en la clase baja se obtuvo la tasa más alta de denuncia: 11.63, frente a un porcentaje de no denuncia del 83.72 (4.65 no dio respuesta). Cruzando el nivel de escolaridad con la denuncia hecha o no, tenemos que corresponde al nivel universitario el porcentaje más alto: 52.07%.

12. PITCH. Ob. cit., p. 197.

Denuncio

Se indagó, con la pregunta 32 k., en el caso de respuesta afirmativa frente al denuncia, el porqué se hizo; aquí las respuestas más representativas fueron:

Quería que detuvieran / castigaran al autor, en un 42.9%; los delitos deben denunciarse, en un 28.5%; para que no ocurriera de nuevo, en un 28.6%. El ánimo vindicativo es el que en mayor medida motiva el denuncia.

Grado de satisfacción frente a la actuación de la policía

En las respuestas a la pregunta 32 l. relacionada con la insatisfacción frente a la policía, respecto del 5.22 % de quienes acudieron a ella, el 71.43 se mostró insatisfecho. De esta manera tendremos que sólo entonces frente a un 1.5%, aproximadamente, del total de infracciones, la intervención de la policía y de las demás instancias que a partir de ese momento intervienen es considerada como satisfactoria por las víctimas de la infracción. Este resultado es alarmante frente a los recursos económicos y sociales que demanda la justicia penal.

Por qué razón quedó insatisfecho

Los motivos de insatisfacción con base en esta pregunta fueron: No encontraron / detuvieron al autor, en un 60%; no hicieron lo suficiente, en un 20%; no se interesaron, en un 20%. Estas respuestas muestran la insatisfacción de las denunciantes en términos de ineficacia de las autoridades.

No denuncia

Se preguntó lo siguiente: ¿Por qué nadie denunció el hecho? El 22.3 % dijo que la policía no podría haber hecho nada / falta de pruebas; el 18.2 lo denunció a otros organismos públicos o privados; el 16.5% que la policía no hubiera hecho nada. Las

respuestas con mayor porcentaje, como se ve, reflejan la percepción que de la policía tienen las personas afectadas por este tipo de infracciones¹³, y la búsqueda de otras instancias para encontrar ayuda.

En relación con la pregunta de la ayuda recibida por parte de organismos especializados en caso de haber sido víctima del tipo de infracción que se estudia, las personas afectadas sólo en un 1.5% recibieron tal ayuda frente al 97.76 que no la recibieron, lo cual muestra la desprotección que las víctimas tienen frente a la agresión recibida, que puede darse, aparentemente, por el desconocimiento de organismos de ese orden en tanto frente a la pregunta de la posible utilidad de esos organismos para estos eventos, un 44% contestó que sí hubiera sido útil¹⁴.

BIBLIOGRAFÍA

BERGER, PETER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998.

CUELLAR APOLINAR, DIEGO MAURICIO. "Incertidumbre estadística y agresión sexual", en *Forensis 2000: datos para la vida*, 2001.

Departamento Nacional de Estadística, DANE. [www.dane.gov.co].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-25297, del 25 de mayo de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

13. En general, y frente a la labor que cumple la policía en su zona, los encuestados contestaron, en un porcentaje de 45.66, que creen que la policía no controla el delito. Que se corresponde con el porcentaje del 47.6% que está en desacuerdo con la afirmación de que la policía hace todo lo posible para ayudar y servir a las personas.

14. Existen mecanismos legales de protección, el primero de ellos se encuentra en la misma Constitución Política, artículo 42, inciso 3.º que establece: "cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley". Ejemplo de ello son las leyes 294 del 16 de julio de 1996, la 575 de febrero de 2000, relativas a violencia intrafamiliar. De la misma manera, la Ley 360 de 1997 estableció las Unidades Especializadas de Fiscalía con su Cuerpo Técnico de Investigación para los delitos contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana, que prestan una atención especial a las víctimas de agresiones sexuales. Pero tales intentos no han disminuido la violencia al interior de los grupos familiares.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Mecanismos de protección de la mujer víctima de la violencia intrafamiliar y sexual*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1995.

LONDOÑO VÉLEZ, ARGELIA. "Violencia sexual : hacia una sexualidad sana", *Profamilia: planificación, población y desarrollo*, vol. 16, n.º 31 (junio de 1998).

PITCH, TAMAR. "Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale", en AA. VV. *Innovazioni politiche e trasformazioni sociali degli anni 70. La riforma istituzionale*, Milán, F. Agnelli, 1983.

UNICEF. *La niñez colombiana en cifras*, Bogotá, UNICEF, 2002.

CAPÍTULO SEGUNDO
CRIMINOLOGÍA Y PLURALISMO JURÍDICO

¿JUSTICIA INDÍGENA Y VÍCTIMAS DE ABUSO DE PODER?

*Marcela Gutiérrez Quevedo**

INTRODUCCIÓN

Para este Congreso de Criminología consideré importante tratar el tema de la justicia indígena y los conflictos (positivos y negativos) que se puedan presentar con la justicia constitucional al tratar casos “penales”.

El título ha sido seleccionado porque la justicia indígena (autonomía de las autoridades, decisiones) en toda América Latina siempre ha existido independientemente de su reconocimiento constitucional, pues tiene elementos culturales ancestrales interesantes para manejar los conflictos fuera de los paradigmas burocráticos.

Y víctimas de abuso de poder, ya que la historia de los indígenas ha estado en permanente contacto con los actores violentos tales como los conquistadores, colonizadores e incluso libertadores y patriotas en donde el ser indígena era ser salvaje y sometido a la autoridad religiosa con el fin de asimilarlos e imponer los conceptos de cultura, territorio y justicia.

* MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO. Directora del Centro de Investigación en Política Criminal. Conferencia presentada en el Congreso Mundial de Criminología, Río de Janeiro, agosto de 2003.

Tal como lo dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “la mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos¹”.

Y el interrogante es porque la Corte Constitucional de Colombia (CCC) desarrolla la jurisdicción indígena reconocida constitucionalmente en aras de la protección de los derechos humanos (pluralismo cultural y diversidad étnica y cultural) de todos los ciudadanos colombianos con el fin de evitar el abuso de poder. Sin embargo, se presentan situaciones diversas para con los indígenas:

– La tierra, el patrimonio cultural y la jurisdicción indígena no se respetan siempre.

– En aras de la universalización de los derechos fundamentales se niega otro derecho fundamental como es el de la diversidad étnica y cultural. Existe la tendencia a generalizar todo y a tener creencias inamovibles para no confrontar la realidad y conocerla. Este concepto cerrado no deja comprender las opciones del diálogo transcultural y otros conceptos y categorías diferentes.

Así, tenemos como rumbo comprender el pluralismo con base en la diversidad étnica y cultural y el reconocimiento del otro en su diferencia e igualdad. Las preguntas son:

– ¿Cómo se materializa el principio del pluralismo cuando los sistemas profesionales están imbuidos de creencias

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la comunidad (MayagnaSumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Concepto del antropólogo RODOLFO STAVENHAGEN GRUENBAUM.

impositivas y etnocentristas? El lenguaje de esos sistemas no es neutro y favorece ciertos intereses creando una falsa “opinión pública”.

– Si en el área penal la burocracia y la violencia son elementos inherentes y estructurales del derecho, tal como lo desarrolla BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, nos haríamos la pregunta frente al otro elemento estructural del derecho: ¿en dónde queda la retórica² como la otra parte estructural del derecho? Consideramos que existen otras opciones y posibilidades, como ciertas justicias locales, justicias indígenas, en donde la retórica es un elemento esencial de la construcción y el entendimiento de los conflictos, dejando a las partes e inclusive a un mediador el crear e inventar soluciones pertinentes y reparadoras³ del hecho.

– Existiendo muchas vías para resolver los conflictos⁴, dependiendo del sistema cultural en donde se desarrollan, ¿por

-
2. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho*, Bogotá, Unibiblos, 1998, p. 20. El autor insiste en las diferentes relaciones y la gran importancia de la retórica. “[...] Existen tres componentes estructurales del derecho. 1. La retórica, 2. La burocracia y 3. La violencia: 1. La Retórica es una forma de comunicación y una estrategia de decisión basada en la persuasión o el convencimiento a través de la movilización del potencial argumentativo de secuencias y artefactos verbales y no verbales comúnmente aceptados. 2. La Burocracia es una forma de comunicación y una estrategia de decisión basada en imposiciones autoritarias por medio de la movilización del potencial demostrativo de procedimientos regularizados y patrones normativos. 3. La Violencia es una forma de comunicación y una estrategia de decisión fundada en la amenaza a partir de la fuerza física. Estos componentes estructurales no son entidades fijas, sino que varían internamente y en sus formas de articulación recíproca. Cada campo jurídico se distingue por las diferentes articulaciones de dichos componentes. Sin embargo, un campo jurídico complejo, como lo es el derecho estatal moderno, puede comprender diferentes articulaciones en diferentes sub-campos”.
 3. Para resolver un conflicto es posible en las comunidades indígenas wayúu que los palabreros hagan varias entrevistas, durante las cuales negocian con mucho respeto por la contraparte. Estas reuniones se llaman “putchi” (acuerdo o espacio de la palabra), y en muchas ocasiones al palabrero se le dice “putchijeechi”, que quiere decir “el palabra-mediador”. Pero el ejercicio de la palabra no está dado por su uso, sino, en especial, por la capacidad para “saber escuchar”.
 4. Es diferente política criminal (crimen y criminalización) de la resolución alternativa de los conflictos como la justicia indígena.

qué el discurso oficial tiende a hablar en términos de unidad y no de multiplicidad? Lógicamente, hay construcciones diferentes según los valores y la ideología⁵: liberal, igualitaria o autoritaria. Es así como hablamos de política “criminal” criminalizadora, política “criminal” descriminalizadora y de autogestión, política criminal fascista o integracionista o inexistencia de esa política “criminal” frente a eventos problemáticos que son tratados fuera de ese paradigma.

En fin la pregunta es si no existen parámetros únicos para resolver los conflictos, ¿qué prima cuando se encuentran dos ordenamientos jurídicos o dos sistemas culturales?

En consecuencia, y a partir de la normatividad internacional y nacional, describiremos y explicaremos lo siguiente:

- I. Dinámica del sistema penal.
- II. Dinámica de las justicias indígenas.
- III. Justicia occidental y justicia indígena.
- IV. Precedentes constitucionales.
 - A. Derecho a la integridad personal en la aplicación de las penas.
 - B. Legalidad del delito y de las penas y tradición ancestral.
 - C. Legalidad del procedimiento y debido proceso.

CONCLUSIONES

Normatividad internacional

Es importante el desarrollo normativo y la presión internacional. Lo anterior hace que los estados asuman un rol más activo en la protección indígena.

Existen tratados, informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, decisiones de la Corte Interamericana

5. DELMAS MARTY MIREILLE. *Modelos actuales de política criminal*, Colección Temas Penales, Serie A, n.º 4, Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

que reconocen los derechos que los estados nacionales no han reconocido.

La Declaración de Estocolmo de 1972 dice en su artículo 1.º: “El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente”.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes desarrolla la importancia de los grupos indígenas como patrimonio universal de la humanidad (1989) y trae una parte importante sobre *Tierras*⁶ y de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aun durante los estados de excepción.

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y el Proyecto de Convenio sobre la Diversidad Cultural de la UNESCO resaltan la importancia del principio de la alteridad y la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes a la occidental.

La Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992) y la Cumbre de Río 1992 explicitan la importancia de las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, pues desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales.

6. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia 31 de agosto de 2001. Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de estos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.

Normatividad nacional

La Constitución Política (C. P.) de Colombia de 1991 reconoce los derechos a la diversidad étnica y cultural, el respeto a sus lenguajes, a una educación bilingüe que afirme su identidad cultural, al carácter especial de sus tierras comunales y de resguardo y a sus patrimonios culturales. Un avance importante consagrado en la C. P. colombiana consiste en el reconocimiento del derecho de las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, según sus propias normas y procedimientos⁷.

La Ley 21 de 1991 reglamenta los derechos de los indígenas, a la vez que ratifica y hace ley nacional al Convenio 169 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes.

En los planes nacionales de desarrollo se orienta a consolidar los derechos de los pueblos indígenas garantizando su participación en la vida nacional.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) aprobó en 1995 el programa de apoyo y fortalecimiento étnico de los pueblos indígenas de Colombia, que involucra varias estrategias, incluida la articulación de la jurisdicción indígena con el sistema nacional.

En el Ministerio de Justicia se creó la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas para velar fundamentalmente por el derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad.

En 1996, por el Decreto 1397, el Gobierno creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural) con amplia representación estatal e indígena, fundamentalmente para concertar la programación de las acciones anuales de constitución, ampliación,

7. Informe de País. Colombia, 1999, capítulo x. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Tercer Informe sobre situación de los derechos humanos en Colombia.

reestructuración y saneamiento de resguardos, y saneamiento y conversión de reservas indígenas que se requieran de acuerdo con las necesidades de las comunidades indígenas.

En Colombia, con la C. P. se dio un vuelco al Estado monista para construir un Estado pluralista y respetuoso de los derechos de todos los grupos sociales. Igualmente, la Corte Constitucional, en aras de esa protección y ese respeto, ha desarrollado la jurisdicción indígena a través de revisiones de tutelas de sentencias sobre diversidad étnica y conflictos culturales. Veremos que el desarrollo realizado por este ente ha sido de gran importancia en América Latina, ya que ha “reconocido” –con dificultades– la autonomía e identidad de las diferentes autoridades indígenas.

El pluralismo jurídico destaca el principio de la diferencia y de la tolerancia con el otro: deja que la construcción de los hechos y sus reacciones existan no ontológicamente sino en los diferentes procesos descentralizados y contextos de la vida cotidiana. Sería el caso de las justicias indígenas y sus resoluciones de los conflictos.

Sin embargo, se presentan conflictos necesarios en donde la cultura occidental choca con la cultura indígena y quiere imponer conceptos etnocentristas y monoculturales, minando la libertad de autodeterminación y descentralización⁸ de los etnias indígenas.

En Colombia, con la Constitución de 1991 se quiso fortalecer esos conceptos y llevar a una verdadera práctica la autonomía indígena. Hay una coexistencia simultánea de ordenamientos jurídicos y culturales en un espacio y tiempo determinados sin dar preferencia a una concepción unitaria del Estado, sino, al contrario, a darle vida al Estado social y

8. LOUK HULSMAN. *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Barcelona, Ariel, p. 88. “Quien persigue o sugiere una política de descentralización o desinstitucionalización está animado, por su parte, de una confianza mucho más grande en los procesos de regulación social no formalizados ni centralizados, o menos formalizados y menos centralizados”.

democrático de derecho que no es una simple formalidad sino una invitación a la descentralización y a la participación.

Es interesante entender lo anterior en el ámbito de la justicia penal y de las otras, que existen reconocidas por los órdenes locales (indígenas), nacionales y transnacionales. Igualmente, se debe comprender en el marco de aplicación en donde la especificidad de las personas, de las interacciones y de los problemas solo se puede interpretar en su contexto y tiempo determinados.

– Frente a esta controversia de paradigmas, con la Constitución de 1991 se han implementado posturas intermedias de interpretación de las situaciones de justicia indígena. Es necesario saber cómo la Corte Constitucional colombiana y las autoridades indígenas han desarrollado el pluralismo jurídico en el marco de la resolución de conflictos.

Sin embargo, veremos que el reconocimiento y desarrollo de la justicia indígena tiene límites: los derechos fundamentales.

I. JUSTICIA PENAL

De acuerdo con los paradigmas positivistas y tradicionales penales se tiene como eje principal y único la política criminal inherente al sistema penal y al proceso de criminalización. En consecuencia, se parte de posturas esencialistas del derecho, sin dar lugar a construcciones que vengan de las personas involucradas en los conflictos. Existe una centralización del poder de definición y de ejecución de la ley penal frente al lenguaje criminalizador.

Esta política criminal del sistema penal existe en términos de represión mas no en términos de prevención y de la dignidad del ser humano. Se encuentran instituciones penales que lo único que reproducen es la violencia y nunca tienen en cuenta la víctimas de los hechos.

Los responsables de estos paradigmas son no sólo las instituciones formales sino los que definen las políticas penales y las ejecutan sin tener en cuenta las circunstancias y los hechos concretos.

Es así como BARATTA⁹ habla de la política criminal y de la criminología tradicional en donde el sistema penal existente y la práctica oficial son los destinatarios y beneficiarios del saber. La relación con el sistema es crítica; su tarea inmediata no es la de realizar las recetas de la política criminal, sino de examinar de forma científica la génesis del sistema, su estructura, sus mecanismos de selección, las funciones que realmente ejerce, sus costos económicos y sociales y evaluar sin prejuicios el tipo de respuesta que está en condiciones de dar y que efectivamente da a los problemas sociales reales.

Para la criminología crítica el sistema penal trabaja para sí mismo y no para los intereses exteriores. El saber deviene abstracto y no concreto como son las cosas humanas.

Las instituciones de justicia occidental detentan una concepción universalista y positivista por el manejo de un lenguaje estigmatizador¹⁰ que no deja observar la realidad de las personas e inventar opciones por las personas interesadas.

En las encuestas de victimología (Unicri: Colombia 2000) en donde se preguntaba sobre la victimización, sobre la percepción de los hechos, sobre el denunció o no de hechos, encontramos que hay relatividad en los conflictos y en las maneras de resolverlos, o sea, no existe un modelo de reacción.

1. No hay credibilidad en el sistema penal.
2. Victimización secundaria o terciaria.
3. Grado de conocimiento entre víctima-victimario.

En la encuesta de victimología realizada en Colombia observamos que frente a la victimización pueden existir diferentes reacciones. Existen ciertos eventos criminalizables que no son

9. ALESSANDRO BARATTA. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, 1982, p. 231.

10. HULSMAN. Ob. cit. "Lo que es posible en condiciones de libertad no lo es ya en el interior del régimen penal. Si se está dentro del sistema penal, no es posible ya cambiar de reacción. Y el discurso penal está conectado con la noción de gravedad. Se piensa que en los casos graves no es posible prescindir del sistema penal".

criminalizados. Las justicias formales tratan solo una parte de los eventos o situaciones problemáticos tratándole en un ámbito diferente del penal. Por eso es importante entender las políticas criminales en el ámbito occidental sin centrarnos en el concepto crimen sino en la justicia criminal y sus alternativas.

Para entender la cifra oscura de la criminalidad (*dark figure*) no solo desde la perspectiva teórica de hechos que no se denuncian, fue importante participar con investigadores y encuestados las percepciones diferentes de las personas frente a diferentes victimizaciones. Constatamos que lo que se clasifica como delito no siempre es percibido por la persona involucrada como delito. La gravedad o levedad de los hechos depende también de las interpretaciones y, lógicamente, de los diferentes contextos culturales.

El derecho penal no trata todos los conflictos. Y cuando los trata no desata el nudo gordiano del conflicto y nos deja en una estado anómico y petrificado. Lo real está por fuera de ese ámbito institucional y estereotipado.

Según diferentes investigaciones y diagnósticos, la política “criminal” occidental no cubre las expectativas de las personas involucradas en los conflictos, el sistema penal trabaja para sí mismo y no para sus clientes, quitándoles el poder necesario para manejar los conflictos.

II. JUSTICIAS INDÍGENAS

A diferencia del sistema penal, en los sistemas indígenas hay una gran cercanía entre las personas a través de la palabra y la conciliación en aras de proteger la víctima y buscar un arreglo de los conflictos comprendiendo y asumiendo la propiedad de sus conflictos.

Los indígenas wayúu observan el sistema judicial colombiano y venezolano con desconfianza, debido a lo dilatado e incierto de los procesos jurídicos; su sistema de castigos no garantiza que se dé una paz efectiva entre los grupos familiares enfrentados, ni restablece la dignidad de la parte ofendi-

da. Los establecimientos penitenciarios son percibidos como lugares de aislamiento social, de atiborramiento y de ocio, carentes de legitimidad.

Ciertos profesionales del sistema de justicia han desarrollado el multiculturalismo a través del diálogo intercultural y empírico. Sin embargo, como existen diferencias significativas, ha sido difícil dejar el sistema impositivo vertical de justicia penal. ROBERTS¹¹ sostiene que en el sistema jurídico occidental las partes enfrentadas deben acatar una decisión impuesta por una tercera parte, en tanto en el sistema de compensación tradicional la disputa finaliza sólo cuando hay consenso entre las partes. La decisión de un juez siempre supone la existencia de un ganador y un perdedor. En contraste, en un acuerdo entre grupos familiares wayúu, ambos son ganadores: quienes reciben la compensación aumentan sus bienes y sientan un precedente que debe ayudar a preservar la integridad física y moral de sus miembros en el futuro.

En el mundo indígena no existe la diferencia entre penal, civil, administrativo, etc. Entonces los conflictos pueden no ser conflictos clasificados con nuestra lógica, y la construcción se hace de una manera diferente y con intereses diferentes de acuerdo con su mundo y su cosmovisión. La realidad en el mundo (indígena u occidental) es más flexible según el poder y la autonomía que detentan las personas en sus conflictos. No es esencialista ni parte de la base de que los hechos son naturalmente "criminales" y artificiales. De esta manera, no se hablaría de política criminal sino de resolución de conflictos, pues obviaríamos la criminalización de las situaciones problemáticas, ya que el concepto de crimen no es el que guía la reacción sino más bien lo que guía es cómo ha sido vivido, experimentado y evaluado por las presuntas víctimas.

11. SIMON ROBERTS. *Order and Conflict*, Nueva York, Penguin Books, 1979, p. 21.

III. JUSTICIAS INDÍGENAS Y JUSTICIA PENAL

Frente a lo que implica la jurisdicción indígena y la justicia penal, vale la pena anotar que en las dos justicias los hechos que tratan son mínimos frente a lo cotidiano de los conflictos. Existe una alta cifra oscura¹² de hechos que no son conocidos por diferentes razones:

- Por considerarse hechos accidentales.
- Por provenir los hechos de una causa sobrenatural.
- Por encontrar que la reparación puede ser más fructífera fuera del sistema institucional y estereotipado.
- Por no querer sufrir un impacto negativo a nivel individual y colectivo.
- Por tener mejor poder de dominio del conflicto¹³.
- Por tener instancias de mediación más expeditas que la tradicional.
- Por no tener credibilidad en las instituciones formales
- Por tener más credibilidad en otras instancias menos burocráticas. (En la justicia indígena wayúu el palabrero es la persona que media los conflictos. Sin embargo, muchas veces se arreglan las situaciones a través de miembros de la familia más cercana).
- El Estado existe aparentemente. Tanto en el mundo indígena como en nuestras sociedades occidentales podríamos decir que son comunidades acéfalas, lo que deja desarrollar en algún sentido mecanismos propios y creativos de solución diferente de los conflictos y deja en el abandono el monopolio profesional de los conflictos.

-
12. LOUK HULSMAN y BERNAT DE CELIS. *Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel Derecho, 1984, p. 53. “La cifra oscura: muchas situaciones que responden a las definiciones de la ley penal no entran, de hecho, en la maquinaria. Desde hace varios decenios, la atención de los criminólogos se ha visto atraída por este fenómeno, llamado la cifra oscura de la delincuencia, aunque desde un enfoque que no era específicamente crítico del sistema”.
 13. En la justicia wayúu y en el transcurso de la querrela, no se escapa de las manos de los disputantes y su desenlace dependerá principalmente de la voluntad de ambas partes de llegar a un acuerdo o de optar por el enfrentamiento armado.

IV. PRECEDENTES CONSTITUCIONALES

Para ser más concreta, escogí sentencias con las que podemos reflexionar sobre el encuentro de la política “criminal” occidental con la resolución de los conflictos de las justicias indígenas, específicamente en lo que jurídicamente se conoce como el debido proceso, la legalidad de los delitos y las penas y el derecho a la vida y a la integridad personal.

Primero que todo encontrarán diversas sentencias en donde se quiere materializar el principio de la autodeterminación, la diversidad y tolerancia frente a las colectividades indígenas.

A. Derecho a la integridad personal en la aplicación de las penas

Frente a este punto existe el reconocimiento de la jurisdicción indígena en el artículo 246 C. P. en donde se acepta la autonomía indígena. El límite es que la autoridad y sus decisiones no vulneren la integridad personal de la etnia¹⁴, ya que según textos internacionales y nacionales la tortura y los tratos crueles y degradantes son rechazados.

De los textos internacionales están: el artículo 4.º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (esta prevé que no pueden ser suspendidos en ningún caso el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de la esclavitud). Por otra parte, la

14. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una etnia deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición se refiere a lo que se ha llamado conciencia étnica y la segunda se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de cultura (lengua, instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de rasgos compartidos).

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 2.º) y varias sentencias del tribunal Europeo o Corte Europea de Derechos Humanos.

La Corte ha sido muy clara en el respeto de los tratados internacionales y de los derechos fundamentales, pero también ha entendido (no siempre) que la diversidad étnica es otro derecho fundamental y que el diálogo intercultural es necesario para comprender las diferentes cosmovisiones y poder aplicar la normatividad a casos concretos en su especificidad y heterogeneidad. Reitera la Corte¹⁵ que la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales, pues no puede hablarse de protección de diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas, que es lo único que les confiere estatus para gozar de sus derechos fundamentales.

En la Sentencia T349/96¹⁶ se reconocen los elementos de la jurisdicción indígena, pero también se acepta que la pena denominada “cepo” no atentaría contra la integridad personal, ya que es un castigo de la comunidad, conocido por sus integrantes y necesario para la disuasión y reconstrucción social.

Dice así: “El análisis de la jurisdicción indígena muestra los cuatro elementos centrales: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional”.

Frente al caso concreto la Corte dice: “Frente a la integridad personal, al igual que con el derecho a la vida, la comunidad

15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 8 de agosto de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

embera-chamí prevé sanciones penales para los atentados contra la integridad personal y para las actuaciones irregulares de las autoridades frente a los infractores. La existencia de este mecanismo judicial hace improcedente la tutela.

Frente al cepo y la alegación de que es un trato cruel e inhumano, la Corte dice que esa pena hace parte de su tradición y que la misma comunidad, considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración.

En la Sentencia 523/97¹⁷ la Corte analiza y acepta con base en el diálogo intercultural (peritazgos antropológicos) una sanción purificadora (el fueite) y pacificadora de la comunidad, sin decir que es un trato degradante. Insiste en que no solo hay una manera de ver el mundo, sino muchas, de acuerdo con las diversidades culturales. En aras de la convivencia pacífica, le está vedado al Estado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que él mismo ha reconocido.

Dice así:

Una solución a conflictos interculturales es el diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una (maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía).

Frente al fueite¹⁸, expresa:

-
17. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 15 de octubre de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
 18. Según el peritazgo de la antropóloga ESTHER SÁNCHEZ, el fueite “consiste en la flagelación corporal con un “perrero de arrear ganado”, aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento pacificador.

[...] aunque produce aflicción, su sufrimiento no es causar sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, (el rayo).

La Corte no lo considera como una tortura y concluye que las sanciones, por su parte, no sobrepasaron los límites impuestos al ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas.

En la Sentencia 254 de 1994¹⁹ la Corte analiza el caso del destierro o expulsión de un indígena y de su familia hecho por las autoridades indígenas. En aras de la defensa de la integridad personal y física de los hijos rechaza la Corte la decisión indígena, ya que los parámetros occidentales no aceptan responsabilidades colectivas sino individuales. Sin aceptar que haya existido destierro, la corporación reitera que las sanciones impuestas al infractor deben guardar proporcionalidad con la conducta sancionada (hurto).

Las autoridades jurisdiccionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad en el uso del poder sancionador atribuido por la Constitución o la ley. No obstante este poder no es ilimitado, debe ser razonable y dejar intactos otros valores jurídicos protegidos por el ordenamiento.

Las sanciones o penas colectivas (familia) son contrarias al principio de que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa; adicionalmente, la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado y el respeto del principio de presunción de inocencia²⁰.

De lo anterior y en esta sentencia se tiene en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su

19. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 30 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

20. Según GUERRA CURVELO WEILDLER. *La ley en la sociedad wayúu*, p. 202, la aplicación de la legislación nacional impone usualmente a los indígenas wayúu sanciones de tipo individual por incurrir en conductas típicas dentro de aquella, pero que no constituyen quebrantamiento de normas sociales indígenas.

artículo 5-2 establece que “la pena no puede trascender la persona del delincuente, de manera que se deja a salvo el derecho a la integridad personal de quienes han sido ajenos al juzgamiento de conductas punibles cometidas por otro”.

B. Legalidad del delito y de las penas y tradición ancestral

En la Sentencia 349/96 la Corte rechaza conceptos jurídicos occidentales como la tipicidad y acepta los conceptos diferentes de culturas diversas. Frente a la legalidad en esta sentencia, la autoridad indígena impuso cárcel, en contravía a las sanciones tradicionales que se le han asignado al delito cometido por el actor (homicidio), que era de tres años de trabajo forzado y cepo.

En la Sentencia 523/97 se aclara también la importancia de la especificidad cultural de las sanciones y de los procedimientos e insiste en que lo importante es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.

Como lo señala la Corte en la Sentencia 523/97: “Frente a la adecuación del proceso implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad que se trate (ejemplo: el derecho de defensa no tiene que ser aquel contemplado por la normas nacionales o internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad)”.

C. Legalidad del procedimiento y debido proceso

En sentencias la Corte acepta conceptos flexibles de acuerdo con las culturas, sin caer en arbitrariedades y hechos intolerantes. Es por eso que la Corte habla de interpretaciones amplias, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una

completa distorsión de lo que ha propuesto el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta.

Igualmente, en la Sentencia 349/96 se insiste en la importancia de la previsibilidad de las actuaciones de la comunidad con el fin de evitar las arbitrariedades absolutas, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, y tampoco volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto toda cultura es esencialmente dinámica.

Esta sentencia (T349/96) explicita que las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, porque se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas.

A pesar de los avances existen retrocesos, pues el espíritu dogmático aparece inmerso en las decisiones. En la Sentencia 254/94 se reconoce el debido proceso como un derecho fundamental base de un sistema garantista:

El derecho fundamental del debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas que la realizan según “sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley” (246 C. N.). Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, estas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción.

21. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 25 de octubre de 2001, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

En la Sentencia 1127/2001²¹, y en contra de muchos precedentes jurisprudenciales, la Corte, a pesar de hablar de diversidad étnica, pluralismo y su protección, dejó en este caso en el limbo los valores culturales de la comunidad, ya que por proteger valores y sentimientos occidentales e individualistas se olvidó de maximizar la autonomía indígena y la autodeterminación.

En el salvamento de voto queda claro que el diálogo cultural no se dio y no se tuvo en cuenta el peritazgo antropológico que nos daba luces para comprender las diferentes maneras de ver el mundo y de poder coexistir pacíficamente:

Pese al concepto antropológico en el sentido de que para los paeces los valores culturales pesan más que los valores afectivos cuando se trata de medidas adoptadas para corregir una conducta atentatoria de sus normas y tradiciones, lo que justificaría en el caso una separación temporal de madre e hijo.

El debido proceso, dice esta sentencia, sin perjuicio de la autonomía reconocida constitucionalmente a favor de la jurisdicción indígena, comporta unas restricciones mínimas ligadas a la previsibilidad que debe informar el conjunto normativo y procedimental de dicha jurisdicción. Previsibilidad que al amparo de la racionalidad, la objetividad y la proporcionalidad no puede desatender los valores de cultura superior que precisamente aseguran y protegen la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo humano que invariablemente te forma a partir de los individuos como eres sociales que son.

CONCLUSIONES

A. Justicia restaurativa²²

Observamos que existen otras justicias, de comunidades indígenas en este caso, las que con su cosmovisión y su

22. Ver película: *Ver a través de los ojos*, Programa Diálogos de la Nación, Ministerio de Cultura, NOHORA RODRÍGUEZ, 2002.

relación integral con la naturaleza han desarrollado paradigmas de justicia restaurativa y de atención a la víctima y al victimario en posición de igualdad y pensando siempre en construir la armonía social, rechazando el castigo expiatorio y de represión pura y llana.

Así, frente a la ausencia de políticas preventivas o la presencia de una política “criminal” represiva creemos que la justicia indígena puede ayudar a construir y reconstruir conceptos jurídicos que reflejan mal las realidades de las personas involucradas.

B. Fortalecimiento de los grupos indígenas en su autonomía y en su justicia evitando tanto abuso de poder

Quisiera recalcar el poder de muchos representantes indígenas en el ámbito colombiano e internacional que han construido poder en sus comunidades y con los otros con el fin de fortalecer su cultura y su justicia de emancipación y de integración. Han retomado el lugar que les pertenece construyendo y consolidando su tejido social, ya que el objetivo de muchas justicias indígenas es además de fortalecer al individuo, fortalecer la comunidad. Entre el 1.º de enero de 1975 y el 31 de diciembre de 2000 los campesinos e indígenas protagonizaron 1.832 acciones y participaron en 104 luchas convocadas por organizaciones cívicas y en alianza con sectores urbanos. Es decir, 1.936 acciones de protesta campesina e indígena dan cuenta, en este ensayo, del desarrollo de la lucha social en el campo colombiano²³.

C. Diálogo intercultural

Frente a los mitos de la justicia occidental y poco óptima frente a los conflictos es importante rescatar el *diálogo*

23. En La Guajira los indígenas wayúu demandaban agua potable y el trazo de límites a su territorio, y denunciaban nocivos impactos ambientales provocados por Carbocol.

intercultural que muchas culturas indígenas en Colombia lo han implementado ancestralmente²⁴. Se fundamentan en reconocer la *diferencia* no sólo en el territorio sino en la alimentación, en la filosofía y en la justicia. Tal como lo diría el senador CARLOS GAVIRIA, es reconocer la diferencia y compartir con los que hacen cosas diferentes para poder saber los puntos de encuentro y desencuentro. La Nación es un concepto fundado en las diferencias culturales, no sólo indígenas sino de muchas clases, y no en la igualdad. Si se quiere rescatar el diálogo es para eliminar las discriminaciones por las diferencias y disminuir o erradicar esas desigualdades.

Por ejemplo, en la comunidad del norte de Colombia, los guajiros no tienen controles externos tales como la policía, sino que la columna vertebral de la comunidad es la palabra, la cual es respetada por los indígenas y por los mestizos. Al cumplir los compromisos, “tú estarás bien y tu familia también”. Se reliva la importancia del pago y del cumplimiento, pues todos ganan: el que recibe y el que paga, porque gana prestigio y paz para evitar ruinas y destierros.

Tampoco hay autoridades centralizadas, sino que existe el palabrero, o sea el que lleva la palabra al grupo y al tío materno del responsable del hecho, con el fin de aconsejar e insistir en que es mejor arreglar y *descentralizar* pues la ley occidental no arregla.

D. Diversidad cultural como derecho fundamental

La justicia indígena busca el equilibrio emocional y natural. Se busca armonizar y el bien social. Nunca quieren humillar con los castigos sino equilibrar las culturas. Por eso es importante rescatar este diálogo (interior-exterior) no solo para las diferentes culturas sino para los *conflictos en Colombia*²⁵, pues

24. Indígenas wayúu, paece, inga, nasa.

25. Senador CARLOS GAVIRIA.

se llega a acuerdos, se implementa el concepto de valores como la tolerancia y la diferencia frente al otro.

Los derechos humanos han sido proclamados y declarados a nivel mundial y a pesar de lo anterior siguen siendo vituperados y vulnerados por los países y hasta desconociendo la organización internacional²⁶.

En el ámbito de la justicia(s) es importante que el rumbo sea cada vez más construir derechos justos y equitativos. O sea, reconocer las diferencias sociales y económicas para así entender que es la felicidad de cada uno. Los derechos humanos en un mundo pluricultural son construidos a través de un diálogo multicultural con ese otro y queriendo conocer las señales del otro a través de la comunicación horizontal.

26. Guerra de Estados Unidos contra Irak.

CINCO CAMBIOS CONSTITUCIONALES BASE PARA
CONFIGURAR UN ESTADO MULTICULTURAL
Y PLURIÉTNICO SEMINARIO PREPARATORIO¹

Esther Sánchez Botero

Una semilla produce una planta del mismo tipo de la que produjo la semilla, pero nada de esta corresponde a la planta que se origina en ella; de suerte que es imposible derivar las propiedades o la estructura de la planta a partir de las correspondientes a las semillas, pues solo se puede hacer esta a partir de la historia de la semilla².

PRECEDENTES

En 1976, al llegar al Cauca, al sur de Colombia, propuse a mis alumnos de Antropología visitar el penal nacional ubicado en esa ciudad para jugar fútbol, cantar con los presos y compartir unos tamales, como manifestación de solidaridad y excelente medio de formación para quienes se aproximaban al mundo de la antropología. Allí conocí a un indígena quien me contó que

-
1. *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, 2002. Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador. Este trabajo sirvió de base para dictar el seminario taller preparatorio en la Universidad Externado de Colombia durante dos sesiones en el primer semestre de 2003.
 2. JAIRO IVÁN PEÑA. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*, Bogotá, Universidad Nacional, 1994.

era el asesino de ULPIANO CHOCUÉ, un brujo. Al preguntarle por qué estaba allí, me respondió: “¡No, señorita, no sé!”. Con esta frase, 20 años después, se termina una de las obras de teatro que hemos realizado con el grupo de teatro más importante del país, para difundir una de las manifestaciones de incomunicación intercultural que existe en Colombia.

Inquieta ante esta realidad, busqué y encontré en el expediente, que un psiquiatra, seleccionado como el experto para tratar este tipo de casos, había definido que este hombre no era sano y maduro psicológicamente y por ello el juez concluyó que era culpable y lo condenó a 30 años en prisión. Lo que no aparecía en el expediente era su condición de indígena paez perteneciente a uno de los 93 pueblos indígenas de Colombia y a una de las tantas sociedades en el mundo donde la gente tiene la creencia de la existencia de seres humanos con poderes especiales para hacer daño. Por este mismo tiempo, en 1977, la Honorable Corte Suprema de Justicia se debatía entre dos grupos: los que afirmaban que los indígenas sí tenían inteligencia y los que afirmaban que su pensamiento “prelógico” los hacía poco inteligentes.

ULPIANO CHOCUÉ que fue socializado tempranamente como paez, para saber y sentir la brujería, se diferencia étnica y culturalmente de los indígenas puinaves, otro pueblo llanero, cuyos miembros creen que hay makuses, o seres que tienen desdibujados los ojos, la nariz y la boca y que caminan de para atrás... Estos dos pueblos indígenas con creencias distintas, se diferencian de otros colombianos que también tienen un mundo de creencias, expresión mayoritaria de la riqueza cultural colombiana. Creen, por ejemplo, en la existencia de un niño blanco de 12 años, más o menos, el cual porta alas y tiene el poder de guardar y proteger especialmente a los niños: es el Ángel de la Guarda. También estos colombianos creen en la existencia de una bella mujer de cabellos largos, de nombre María, que, siendo virgen, fue la madre de Dios. Aunque ninguno ha visto a los makuses, al Ángel de la Guarda o a la virgen, nadie duda de su existencia real.

Este mundo de las creencias que existen como *mundo real* entre paeces, puinaves o colombianos mestizos, es solo una manifestación de la diversidad, porque en Colombia hay diversidad de sistemas económicos, de familia, de ser niño, de pensar y realizar la higiene, de suceder los bienes, de sistemas de derecho, todas realidades diferenciales que por distintas, no son menos valiosas; son simplemente distintas.

Entre los paeces y el resto de los colombianos no indígenas, como con otras sociedades del mundo, se evidenciaba, por esta época, otra gran diferencia con respecto al equilibrio biológico como factor de desarrollo. De cada 1.000 nacimientos entre los paeces, 268 niños no vivían. Si comparamos con Estados Unidos y con Cuba estas cifras, se encuentra que en el primer país solo mueren ocho, y en el segundo, nueve. ¿A qué se debe esta diferencia tan asombrosa incluso con Colombia, que registra 25 muertes por 1.000 nacimientos? Aun así se decía en nuestra Constitución Política, que los colombianos éramos iguales ante la ley.

En 1991, 14 años después de aquel día en la cárcel y de un trabajo intenso para destituir el experticio de los psiquiatras y demostrar la existencia de sistemas indígenas cognitivos compartidos, que orientan actuaciones cotidianas y especiales, muchas de ellas antijurídicas para la sociedad mayoritaria, se produce la Constitución Política de Colombia que reconoce lo que ya se sabía: la desigualdad real, ya fuera por la existencia de colombianos en condiciones precarias resultado de un sistema político, económico y social que la aceptaba entre sus nacionales, muchos de ellos indígenas; como también, colombianos que, a diferencia de la mayoría y constituidos en grupos, reflejaban modos de vida diferenciados. Aunque algunos de estos grupos o parte de sus miembros conocían el dios de los católicos y eran bautizados, hablaban el castellano, vestían como “civilizados”, se encontraban insertos en economías de mercado, las innumerables relaciones de derechos y deberes dentro del grupo los hacían miembros de pueblos, históricamente identificados con una

red de antepasados prehispánicos y portadores de un fuerte sentido de identidad como *distintos*.

Para saber y comprender el sentido profundo de lo que es este concepto, *ese sentimiento* marcado de miembro de una sociedad distinta y aprendido de los mayores, podemos trasladarlo a lo que ustedes o yo *sentimos* cuando en otro país nos preguntan si siendo mexicanos, colombianos o peruanos, por ejemplo, somos venezolanos o españoles. Aunque cada uno de nosotros puede portar los valores de una cultura que se comparte con otras, como el idioma, el sistema religioso, político y económico, el sentimiento de colombiano, mexicano o peruano hace no intercambiable la nacionalidad.

Los constituyentes de Colombia parten de estos hechos, empíricamente demostrables, para definir un nuevo derrotero, un nuevo pacto que, con respecto a los pueblos indígenas, se expresa constitucionalmente en dos aspectos: 1. la búsqueda de la igualdad real para que todos los nacionales tengan opciones de alcanzarla, y la búsqueda de la diferencias valiosas para que estas sean protegidas y valoradas cuando los grupos las reclamen. Ello quiere decir que como meta por alcanzar, estos estados se comprometen a implementar los mecanismos para que aquellos excluidos de condiciones objetivas para acceder a la salud, o la educación, para disponer de ambientes productivos, por ejemplo, logren efectivamente tener oportunidades. Pero, también, implementar dispositivos que generen las condiciones culturales para proteger las expresiones distintas de modos de vida alternativos.

I. EL PASO DE UN ESTADO DE DERECHO A UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La aceptación de las diferencias resultado de *discriminación negativa* en los distintos grupos para realizar los derechos y de diferencias producto de la actividad creadora de grupos sociales o *discriminación positiva*, orienta a generar *tratos* especiales para alcanzar esa igualdad real y deseada pero en la diferencia.

El Estado social de derecho, dice ELÍAS DÍAZ³, es un auténtico Estado de derecho. Situado en la vía hacia la democracia, no obstante, puede decirse que no alcanza con él todavía la fase evolutiva que hoy exige una sociedad realmente democrática [...] El Estado de derecho, al igual que la democracia, aparece en esta concepción, como puede verse, no como esencia y concepto cerrado sino como proceso siempre abierto a posibles y necesarios perfeccionamientos.

Este cambio implica modificaciones en el modo como ha venido siendo el Estado, cambio justificado para alcanzar como meta social, condiciones de participación de la riqueza y en la toma de decisiones que incumben a todos los nacionales.

De la discriminación negativa a la discriminación positiva

Este cambio hacia una nación multicultural y multiétnica, que acompañó positivamente el paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho, implicó aceptar que históricamente a los indígenas, entre otros grupos, se los discriminó y excluyó también materialmente de bienes para el desarrollo, al punto que se puso en peligro su vida biológica, tanto como sus sistemas religiosos, su autonomía para castigar internamente las acciones antijurídicas, su organización social, sus lenguas...

Fue tan grave el peligro, pensándolos y tratándolos como inferiores, excluidos de los presupuestos nacionales, aislados, que solo un trato especial, un trato preferencial que contribuyera a recuperar su condición de pueblos distintos, con culturas alternas, podría lograr un día la igualdad real y no formal de estos sujetos.

3. ELÍAS DÍAZ. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1985.

II. EL PASO DEL ESTADO MONOCULTURAL AL ESTADO MULTICULTURAL

El artículo 7.º sobre el principio de la diversidad étnica y cultural, “El Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana”, cambia formalmente nuestra nación, y ello se plasma en articulados específicos que veremos más adelante, los cuales logran determinar qué es lo diverso; qué es lo que se está reconociendo a unos colombianos *distintos*; quiénes son esos colombianos portadores de estos bienes étnicos y culturales particulares; qué tienen en común y qué los diferencia como grupos humanos que han desarrollado intergeneracionalmente un sentido de grupo, de deberes y derechos, y un sentido de identidad que es tan fuerte y respetable como nuestra identidad de género.

III. EL RECONOCIMIENTO DE UN NUEVO SUJETO COLECTIVO DE DERECHO: LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Estos grupos que han vivido años marcando diferencias por medio del uso de una lengua distinta, de creencias diferentes, de sistemas de organización y parentesco, y derechos propios particulares, más que reclamar para “conservar estos fenómenos que pueden cambiar en el tiempo o incluso ser comunes con otras sociedades, *se sienten distintos*, y como distintos que son por sentirse miembros integrales de un cuerpo muy particular, son reconocidos como sujetos de derecho y no pueden ser tratados aplicando los mismos raseros que para el sujeto individual.

Este *sujeto individual* desde el liberalismo, es pensado como *racional* y como *libre*, y como tal, es sujeto de derecho. Pero además de este sujeto individual se reconoce otro sujeto distinto, esto es, el *sujeto colectivo* que como pueblo *es sujeto de derecho*. En esta postura los miembros de una sociedad son sujetos de deberes porque la sociedad misma es la que tiene los derechos. Esta perspectiva desde el conservatismo es la

base sustantiva para justificar por qué no pueden ser tratados los indígenas como iguales ante la ley.

Los constituyentes consideraron dignas de ser valoradas esas diferencias sentidas y observables entre grupos que permiten a unos sentirse *ligados* a culturas y etnias particulares, condición que portan y viven los sujetos socializados como indígenas. Se trasciende así, no solo a *ver y reconocer* las diferencias, en la vida cotidiana como fenómenos inherentes, sino a *valorarlas*. Este solo verbo, *valorar*, abre el paso a una política de reconocimiento ante la necesidad de forjar, de construir en ambos países estados distintos, que, como ya se dijo, parte de la capacidad para diferenciar como valiosas estas condiciones, pero lastimosamente también para reconocer desigualdades y diferencias estructurales, resultado de un sistema inequitativo con estos nuevos sujetos de derecho.

A. Los derechos diferenciados de grupo

Una lectura adecuada de la Constitución de Colombia exige la profundización de los derechos diferenciados de grupo. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en su calidad de intérprete autorizado de la Constitución⁴. Esta magistral cita muestra la claridad que los magistrados tienen sobre ese nuevo sujeto de derecho.

La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autóctonos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miem-

4. El primer y más significativo pronunciamiento en este sentido se hizo en la Sentencia T-380 de 1993.

bros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas, que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (arts. 1.º, 7.º y 14 C. P.).

De idéntica manera que un sujeto individual, incluidos, obviamente, los indígenas, como colombianos reclaman protección a sus derechos fundamentales, el nuevo sujeto colectivo, como tal, también puede hacerlo. Veremos en el tema n.º 4 cómo el sujeto colectivo puede reclamar la protección de sus derechos para ser amparados o tutelados.

B. La importante distinción entre sujeto colectivo de derecho y derechos colectivos

La Corte Constitucional de Colombia distinguió también los derechos del sujeto colectivo: los pueblos indígenas, de los derechos colectivos de los colombianos, así:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como sujeto colectivo de derecho, 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 (art. 88 C. P.). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes (ST-380/3).

Estas consideraciones de la Corte Constitucional de Colombia permiten ampliar la comprensión para justificar el princi-

pio que permite a las comunidades indígenas como *sujeto colectivo* utilizar el mecanismo más eficaz que garantiza la protección de sus derechos: la acción de tutela.

C. Cambios constitucionales

La Constitución Política de 1991 en Colombia refleja los nuevos principios para guiar al Estado a una política de reconocimiento hacia los pueblos indígenas.

1. Constitución Política de Colombia

70. inciso 2.º Principio de igualdad de las culturas:

“La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país [...]”.

10. Principio de oficialidad de las lenguas indígenas en sus territorios:

“[...] Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios [...]”.

96. Indígenas como nacionales colombianos:

“Son nacionales colombianos: 1. Por nacimiento: a. Los naturales de Colombia [...]”

2. Por adopción: c. Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos”.

10. Derecho a educación bilingüe e intercultural:

“La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

68. Derecho a educación respetuosa de las tradiciones:

“Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su integridad cultural”.

171. Derecho a elección en Circunscripción especial:

“El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.

Habrán un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas [...]. La Circunscripción especial para la elección de senadores de las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líderes de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante un certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”. No existe en Ecuador.

176. Incisos 3 y 4 faculta al legislador para crear circunscripción especial adicional:

“La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes”. No existe en Ecuador.

329. Derecho de grupo a la propiedad de la tierra:

“Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”.

246. Derecho de grupo a administrar justicia:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

330. Derecho de grupo a la autonomía política en Colombia:

“De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.

Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.

Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución

Percibir y distribuir sus recursos

Velar por la preservación de los recursos naturales

Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades de su territorio

Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.

Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.

Las demás que señalen la Constitución y la ley”.

330. par. Derecho de grupo relativo a la explotación de recursos en territorio indígena:

“Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

357. Derecho de grupo a la autonomía financiera:

“Los municipios participarán de los ingresos corrientes de la Nación [...] Para los efectos de esta participación, la Ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios”.

329. inc. 1 y 3. Entidades Territoriales Indígenas:

“La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial [...]. La ley definirá las relaciones y coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte”.

IV. EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS EN COLOMBIA

Para proteger y aplicar los derechos plasmados en las nuevas constituciones, los constituyentes, tanto en Colombia como en Ecuador, definieron procedimientos para hacer efectivos esos derechos.

A. Artículo 80. La Acción de Tutela en la Constitución de Colombia

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública [...]

1. Los derechos de grupo de los pueblos indígenas protegidos en la jurisprudencia por la Corte Constitucional

Aunque las sentencias hablan por sí mismas, las argumentaciones en cada una son dignas de conocerse y trabajarse por cuanto en ellas son observables reflexiones desde la filosofía del derecho, desde la antropología y desde la filosofía práctica que definen por qué y cómo proteger un derecho de modo particular a un pueblo indígena; cómo se apunta a acercar el

punto de mira para que la igualdad sea real, pero cómo esta debe respetar la diferencia. Así entonces, con respecto a la protección del derecho a la salud, por ejemplo, se falla para que puedan disponer de los servicios del sistema nacional de salud pero bajo políticas públicas concretas tendientes a que este se adecúe, por ejemplo, introduciendo en los hospitales otra manera de atender el parto o a los familiares del enfermo. Igualmente, obligando a que el sistema carcelario nacional posibilite, toda vez que un recluso indígena lo solicite, atención de *su* sistema propio de salud.

Bajo esta aplicación eficaz de los derechos, fue posible que un chamán permaneciera en el mejor centro especializado para enfermedades del corazón bajo el cuidado de médicos ortodoxos y que ANASTASIO PECHÉ recibiera atención del *jaibana* o médico tradicional embera.

Las siguientes son sentencias de tutela que manifiestan esta política de reconocimiento impulsada por los estados democráticos.

–El derecho a la supervivencia cultural.

Es la versión grupal del derecho a la vida y a no ser sometido a desaparición forzada. Al igual que el derecho a la vida, es el derecho básico de los individuos del que se deriva la posibilidad de ejercer los demás; dentro de los pueblos indígenas sucede lo mismo. Por esta razón, aparece en la mayoría de las sentencias relativas a derechos de los pueblos indígenas, pero en particular fue decisivo en las sentencias T-428 de 1992; T-342 de 1994; T-007 de 1995; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998, y T-652 de 1998.

–El derecho a la integridad étnica y cultural.

Este derecho es el correlato del derecho individual a la integridad personal. Es básico en el sentido en que también es fundamental el derecho a la supervivencia cultural. Al igual que el derecho anterior, aparece mencionado en la mayoría de las sentencias de la Corte sobre el tema, y, por tanto, fue trascendental en las decisiones de los casos que corresponden

a las sentencias T-342 de 1994; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998, y T-652 de 1998.

–El derecho a la preservación de su hábitat natural (integridad ecológica).

Reconociendo la importancia que tiene para las comunidades indígenas la preservación de su hábitat natural y consciente de los cambios culturales que las variaciones en este hábitat pueden generar, la Corte ha reconocido a las comunidades indígenas un derecho a la preservación de su hábitat natural. Este derecho fue determinante en las decisiones que se tomaron en las sentencias T-380 de 1993; SU-037 de 1997; y T-652 de 1998; T-380 de 1993; SU-037 de 1997, y T-652 de 1998.

–El derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad.

Este derecho de los pueblos indígenas aparece consagrado en la Constitución en dos de sus artículos. Es importante resaltar, sin embargo, que la Corte le ha dado el carácter de derecho fundamental de los pueblos indígenas, y, por tanto, susceptible de tutela, lo que no ocurre con el derecho individual a la propiedad que sólo es tutelable cuando está en conexión con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Además de señalar su carácter de derecho fundamental, la Corte ha concretado el texto constitucional señalando que este derecho incluye a su vez cuatro derechos: T-567 de 1992; T-188 de 1993; T-652 de 1998; T-257 de 1993; SU-510 de 1998; T-652 de 1998; T-405 de 1993, y SU-039 de 1997.

–Derecho a que cada comunidad tenga su propio territorio. Derecho a la división de los resguardos.

ST-188 de 1993.

–Derecho a la división de los resguardos.

Derecho a la unificación de los resguardos. Derecho de exclusión del territorio indígena. ST-652 de 1998.

–Derecho a impedir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas. O derecho de exclusión del territorio.

ST-257 de 1993 y SU-510 de 1998.

Límites al derecho de exclusión: a. Seguridad nacional T-405 de 1993, y b. explotación de recursos cuando no se logra acuerdo, la consulta ha sido adecuada y la intervención es justificada. T-567 de 1992; T-188 de 1993; T-652 de 1998; T-257 de 1993; SU-510 de 1998; T-652 de 1998; T-405 de 1993, y SU-039 de 1997.

No obstante, la Corte enfatizó que la protección de la seguridad nacional es un interés que debe ser protegido intentando causar el menor daño a la comunidad indígena que habita el territorio. Cuando la intromisión (para realizar obras o proyectos de exploración o explotación de recursos naturales, renovables o no renovables) se considere justa y se haya realizado un proceso de consulta adecuado, así la comunidad no lo apruebe. Así lo estableció en la sentencia SU-037 de 1997, en donde además se aclaró cuándo podría considerarse justificada la intromisión a pesar de la negativa de los indígenas.

–El derecho a determinar sus propias instituciones políticas y a que éstas sean reconocidas por los agentes estatales (autonomía política).

Este derecho fue protegido por la Corte en las sentencias C-139 de 1996 y T-652 de 1998.

–El derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica).

Mostrando los alcances y límites que se le han dado, es importante señalar que este derecho aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia T-254 de 1994, en la que la Corte aclara que se trata de un derecho de aplicación inmediata y que, por tanto, no requiere de una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido. El derecho también fue protegido en las sentencias C-139 de 1996; C-349 de 1996; T-496 de 1996; y T-23 de 1997.

–El derecho a la participación en la toma de decisiones que puedan afectar a las comunidades indígenas en su territorio.

Este derecho está consagrado expresamente en el párrafo del artículo 330 de la Constitución y también en la Ley 21 de 1991 (art. 15). Ha sido protegido por la Corte en las sentencias SU-037 de 1997 y T-652 de 1998.

–El derecho a la igualdad lingüística de las comunidades indígenas, que se concreta en el reconocimiento de la oficialidad de sus lenguas en el área de influencia de las comunidades, no estrictamente en sus territorios de resguardo.

Este derecho fue protegido en la sentencia T-84 de 1994.

–El derecho a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros. (Autonomía e igualdad religiosas).

Este derecho fue protegido en las sentencias T-342 de 1994 y SU- 510 de 1998.

–El derecho al reconocimiento y la protección de las prácticas médicas tradicionales.

Fue expresado en la sentencia C-377 de 1994 y protegido en la sentencia T-214 de 1997.

–El derecho a la igualdad material de las comunidades indígenas.

Esto es, a acceder a prestaciones del Estado cuando como comunidad se encuentra en situaciones de debilidad manifiesta. Entre estas prestaciones se incluyen:

–Educación, derecho protegido en la sentencia T-007 de 1995 y también en la sentencia T-717 de 1996.

–Salud.

El derecho a la protección en salud a comunidades en situación de debilidad manifiesta fue protegido en las sentencias T-342 de 1994, T-007 de 1995 y T- 652 de 1998.

– Suministro de agua potable: fue protegido en la sentencia T-007 de 1995.

– Derecho al desarrollo de la comunidad según sus propias convicciones: fue protegido en las sentencias T-007 de 1995, SU-039 de 1997 y T-652 de 1998.

CONCLUSIONES

Nos enorgullece como colombianos la existencia y el desarrollo de una *política de reconocimiento* de la diversidad étnica y cultural en la Nación, sin duda resultado de la capacidad de los 93 pueblos indígenas para resistir y demandar derechos para ser reconocidos como iguales en la diferencia.

Este ha sido el resultado de un enfoque diferencial con relación a los reclamos en otros países, en donde se demanda un trato y unos derechos iguales para los indígenas. Es decir, acceder a la justicia, acceder a la salud, acceder al capital..., todas posibilidades necesarias a la vida de hoy para los seres humanos, pero que deben diferenciarse para el caso indígena, si ellos y solidarios no indígenas de sus causas, justifican vivir como pueblos distintos.

Es necesario tomar como derrotero el extraordinario diálogo entre las autoridades tradicionales indígenas y muchos intelectuales no indígenas de diferentes campos del conocimiento que han reclamado y luchado por el derecho a proteger, fortalecer y usar su medicina, su sistema propio de derecho, sus patrones económicos, su sistema de ser familia en la sociedad, sus propias instituciones y autoridades. Todas estas instituciones son las que pueden darse en medio del estadio de desarrollo de países en donde los indígenas ven televisión, conocen métodos de control natal modernos, toman CocaCola, van a las universidades... Quiero decir, que hoy estos pueblos disponen de sistemas de derecho propio renovados, muchos han modificado por imposición o por cambios internos formas de suceder los bienes, o las reglas a

la propiedad, muchos participan de formas de producción capitalistas. Y aunque llenos de apropiaciones, adaptaciones o imposiciones, lo cual hace a muchos indistinguibles en el campo o en la ciudad de otros mestizos, son hoy el resultado histórico de movimientos de interacciones, luchas que ellos consideran las suyas dentro de la gran tipología de sociedades diferenciadas indígenas que existen en nuestras naciones.

Las luchas por defender la capacidad de sentirse distintos y diferenciados de manera positiva, son esfuerzos locales que muestran cómo a mayor capacidad de regular los asuntos internamente, se tiene mayor autonomía⁵.

Es importante que el panorama de refuerzo de lo étnico, es decir, de la capacidad de ser respetados para el ejercicio de la autonomía por parte de la sociedad hegemónica se traduzca día a día en más y más hechos de reconocimiento que posibiliten, si ellos así lo desean como autónomos, el ejercicio legal y plural de la justicia, las formas socioeconómicas distintas, el fortalecimiento de sus sistemas de gobierno, todas instituciones compitiendo con los signos de los tiempos modernos pero bajo el espíritu de sus antepasados.

Finalmente, es importante decir que ni las nuevas constituciones, ni los convenios internacionales, ni las leyes nacionales, permiten transformar por sí mismas nuestras sociedades. No están vivos los indígenas por leyes proteccionistas del siglo XVI o del siglo XXI. Ello quiere decir entonces que *el pájaro no vuela porque tiene alas, sino porque quiere*.

BIBLIOGRAFÍA

BARTH, FREDRIK. "La organización social de las diferencias culturales", en *Los grupos étnicos y sus fronteras*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.

5. Siguiendo la línea jurisprudencial del doctor EDUARDO CIFUENTES de la Corte Constitucional de Colombia.

- BARTOLOMÉ, MIGUEL ALBERTO. La represión de la pluralidad. Los derechos indígenas en Oaxaca, en *Derechos Indígenas en la actualidad*, UAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E, n.º 59, 1994.
- BARTOLOMÉ, MIGUEL ALBERTO. "El derecho a la existencia cultural alterna", en *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E, n.º 59, 1994.
- BENÍTES, HERNÁN DARIO. *Jurisdicción especial indígena: implicaciones de su consagración institucional*, ponencia, Seminario sobre jurisdicción indígena, Popayán, 1997.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Bogotá, Emfasar, 1994.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1998. *Gaceta Constitucional*.
- CHAHIN LIZCANO, GUILLERMO. "La Acción de Tutela según la jurisprudencia del Consejo de Estado", en *Pensamiento Jurídico*, n.º 7, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, 1996.
- DE SOUZA SANTOS, BOAVENTURA. *Estado, derecho y luchas sociales*, ILSA, Dupligráficas, 1991.
- DOUGLAS, MARY. ¿Cómo piensan las instituciones? Madrid, Alianza Universidad, 1996.
- GROS, CHISTIAN. "Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia", *Revista Análisis Político*, n.º 19, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia, 1993.
- JIMENO, SANTOYO GLADIS et ál. *Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas*, División de Asuntos Indígenas MG, Bogotá, Prisma, 1998.
- MINISTERIO DE GOBIERNO, Dirección General de Asuntos Indígenas. *Política del Gobierno para los pueblos indígenas*, Bogotá, 1995.
- PEÑA, JAIRO IVÁN. "Comprensión y racionamiento", *Ideas y Valores*, n.ºs 90-91, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Filosofía, 1992.
- PEÑA, JAIRO IVÁN. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1994.
- RESTREPO, S. ESTEBAN. *Jurisprudencia indígena de la Corte Constitucional*, documento inédito.
- SÁNCHEZ, BOTERO ESTHER. *La jurisdicción especial indígena, Procuraduría General de la Nación*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2000.
- SÁNCHEZ, BOTERO ESTHER. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*,

- Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas Sociales, Unibiblos, 1998.
- SÁNCHEZ, BOTERO ESTHER. *Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano*, América Indígena, vol. LVIII, n.ºs 1-2, enero a junio, 1998.
- SÁNCHEZ, BOTERO ESTHER. “Melicio Cayapú Dagua, está preso mi Sargento. Estado de normas, Estado de rupturas”, en ESTHER SÁNCHEZ (ed.-comp.) *Antropología jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia*, Bogotá, Sociedad Antropológica de Colombia-Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos, 1992.
- SÁNCHEZ, BOTERO ESTHER. “Peritaje antropológico. Una forma de conocimiento. El otro Derecho”, en *Sociología Jurídica y Ciencias Políticas*, n.º 2, Bogotá, ILSA Bibliográficas, 1992.
- SÁNCHEZ, BOTERO ESTHER. “Costumbre, cultura y ley nacional”, en *Grupos étnicos. Derecho y cultura*, Bogotá, Cuadernos del Jaguar, Presencia, 1987.
- SÁNCHEZ. BOTERO ESTHER. “Un nuevo concordato para los indígenas de hoy. Política colombiana”, *Revista de la Contraloría General de la República de Colombia*, vol. III, n.º 2, 1993.
- SÁNCHEZ, BOTERO ESTHER. *Manual para la construcción de entendimiento intercultural*, Bogotá, ICBE, 1993.
- TYLOR, CHARLES. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Nota: Las sentencias de tutela de Colombia se encuentran en CD de la Corte Constitucional.

MULTICULTURALISMO Y NIÑEZ INDÍGENA

Cielo Mariño Rojas

Profesora de criminología, investigadora del Centro de Investigación en Política Criminal y Coordinadora del Grupo de Derechos de la Niñez.

De conformidad con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (resolvemos) generar procesos que permitan profundizar, enriquecer y sistematizar la visión de los pueblos indígenas, en particular de la niñez y adolescencia, sobre qué es ser niño, niña y adolescente indígena y qué implica ser titular de derechos en el marco de su cultura y en una dinámica de interculturalidad.

Encuentro Niñez y Adolescencia Indígena
Quito (Ecuador), julio de 2001

EL CARÁCTER FUNDAMENTAL Y PREVALENTE DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

Entender la infancia como una etapa decisiva del ser humano con todas las características que le son adjetivas, ha sido fruto de las últimas décadas y reflejo de ello la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, y, en Colombia, la Constitución Política de 1991, que establece expresamente el carácter fundamental y prevalente de los derechos de la infancia.

En nuestra legislación nacional, la consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos no se encuentra aún en concordancia con los diferentes instrumentos y lineamientos

internacionales ni con la Constitución Política. Para ello es necesario, primero, un cambio en las maneras de percibir, “saber” y sentir a la infancia, cambio que ha surgido, y debe surgir en la interacción social; cambio que permita ver al otro, al infante, diverso y pleno, capaz, sujeto de derechos y responsable (como en el caso de los adolescentes infractores). Maneras de sentir y pensar a la infancia que permitan un cambio en las dinámicas sociales y en las formas jurídicas, para que los derechos de los niños se hagan efectivos en cada una de las esferas donde se encuentran alterados.

En el ámbito mundial, se dio un giro en la historia de la infancia en la década de los 80 hacia el nuevo paradigma de la *protección integral*, reconociendo como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Los instrumentos y lineamientos internacionales fueron los siguientes:

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) (adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada a través de la Ley 12 de 1991), que aunque no es la primera en orden cronológico, constituye el marco general de interpretación; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad; estos tres últimos son lineamientos en el campo de la justicia penal juvenil, que fijan límites precisos al poder estatal frente a los adolescentes infractores y constituyen un avance decisivo frente a los derechos fundamentales de la infancia, específicamente en el campo de los derechos procesales.

Estos instrumentos y lineamientos internacionales tienen como objetivo la protección integral de la niñez, esto es, el conjunto de medidas que desde el Estado, la sociedad y la familia tienen que desarrollarse para garantizar la efectividad de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes en esas normas consagrados. Esto básicamente se dará en un Estado que invierta en políticas públicas para la infancia; en una sociedad respetuosa del otro, del niño; y en una

familia que brinde amor a sus hijos, lo cual es posible, entre otras cosas, si a su vez tiene las condiciones materiales para hacerlo.

En el escenario de la infancia, este conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional constituye, a la vez, un punto de partida y de convergencia que da las bases para una nueva definición de la infancia. De convergencia porque allí confluyeron los movimientos sociales que, nutridos desde nuevas concepciones de la infancia, propusieron una nueva definición de la niñez; y de partida porque con base en este marco normativo internacional se sentaron las bases para otra aproximación a la infancia dirigida a la efectividad de los derechos de este grupo que, en virtud de ello, finalmente se asumía como de ciudadanos.

En América Latina movimientos sociales han impulsado los procesos de cambio en el ámbito de la legislación interna sobre la niñez. Una nueva acepción de la infancia, con base en los lineamientos e instrumentos internacionales que constituyen la doctrina de la *protección integral*, se ha venido desarrollando desde la sociedad civil en diversos países.

Se considerará al niño, la niña y el adolescente como sujetos plenos de derechos y no como simples objetos de intervención institucional, vía tratamiento o internación, incorporando explícitamente, en las legislaciones de los países basadas en esta nueva doctrina, los principios básicos, especiales y específicos, contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de Niño. De la misma manera, las políticas públicas se dirigirán a la totalidad de la infancia y no sólo a aquel grupo al que se le ha declarado previamente en situación irregular, para protegerlo en términos de institucionalización o adopción. Grupo que es producto de la ausencia del Estado, en un gran porcentaje.

Los derechos de los niños indígenas

Este marco normativo que se ha reseñado incluye específicamente a las niñas y los niños en el mundo de los derechos,

que en muchos escenarios no se han hecho efectivos. Dicha efectividad se ve afectada en la sociedad mayoritaria, frente a la infancia de las franjas más desfavorecidas social y económicamente, pero la vulneración de los derechos es más dramática respecto de aquellos niños pertenecientes a minorías, como los afrocolombianos, los gitanos o los indígenas, frente a los cuales la concreción del derecho a la cultura, que establece la CIDN, está distante de su realización. Este derecho se establece en su artículo 30:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Este derecho a la cultura es acorde a otros derechos y principios entre los cuales se encuentran:

En el ámbito internacional:

– El principio de igualdad y el correlativo a éste, el de no discriminación por motivos de raza, color, género, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, artículo 2.º de la CIDN.

– Derecho a preservar su identidad, artículo 8.º de la CIDN: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y a las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

– El derecho a la educación en el respeto de su propia identidad, artículo 29. b. de la CIDN:

“Inculcar al niño el respeto [...] de su propia identidad cultural, de su idioma...”.

– El Convenio 169¹, OIT, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del 27 de junio de 1989,

establece en su artículo 27 que los programas de educación “[...] deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”.

Y en el artículo 28. 1: “Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan”.

En el ámbito nacional:

– El derecho fundamental y prevalente de los niños a la cultura establecido en el artículo 44 de la Constitución Política.

– Principio de la diversidad étnica y cultural, establecido en el artículo 7.º de nuestra Constitución Política: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

– Principio de la igualdad de las culturas, artículo 70, inciso 2.º:

“La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país [...]”

– Principio de la obligatoriedad del Estado y de las personas a proteger las riquezas culturales, artículo 8.º C. P.:

“Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales [...] de la nación”

– Principio de oficialidad local de los dialectos y lenguas de los grupos étnicos en sus territorios, artículo 10.º C. P.:

“[...] Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios [...]”

– Derecho a la enseñanza bilingüe, artículo 10.º C. P.:

“[...] La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

1. Ley 21 de 1991.

– Derecho a formación que respete la identidad cultural, artículo 68, inciso 5.º:

“Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”.

Existe una gran distancia entre los desarrollos normativos que a nivel internacional existen, y las leyes y prácticas sociales nacionales, aún cuando Colombia ha ratificado, además de la CIDN, con normas que establecen la protección integral de la infancia², otros instrumentos internacionales relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales³, además del Protocolo de San Salvador, ante el sistema Interamericano.

MULTICULTURALISMO

El diálogo intercultural permite la concreción del principio de la diversidad cultural y necesita que las diversas culturas deseen tanto preservarse y desarrollarse, como participar en la construcción de una sociedad mayor, multicultural, sin perder su identidad. Necesitan fortificarse internamente para poder ser parte de una sociedad más amplia.

Los derechos humanos son considerados como universales sólo desde una perspectiva occidental, la cual puede ser “compartida, rechazada, apropiada o modificada” por otras

-
2. La CIDN establece la obligación de los Estados de adoptar políticas públicas, en todos los ámbitos, para hacer efectiva la protección integral a favor de la infancia, artículo 4.º: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de cooperación internacional”. De la misma forma consagra el derecho a un desarrollo integral, artículo 27: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”.
 3. Ley 74 de 1968.

culturas en el diálogo intercultural, de acuerdo a las relaciones de poder político y económico entre los países, pueblos o grupos que intervengan en él, dice BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS⁴. El autor habla de un *mestizaje multicultural*, a través de éste dialogo, posible únicamente si éste se da en condiciones de igualdad.

Para buscar una real legitimación transcultural de los derechos humanos⁵, ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM señala que en tanto las culturas están cambiando constantemente y evolucionando internamente al tiempo que a través de su interacción con otras culturas, se puede influir sobre este cambio y evolución, desde fuera, a través de un diálogo transcultural. Apunta, igualmente la necesidad de un diálogo interno y uno intercultural, donde las necesidades y los valores de las culturas interactuantes sean tomados en cuenta, no impuestos.

Se tiene que buscar, dentro del diálogo entre diferentes culturas, el establecimiento de unos estándares mínimos dentro de los cuales las diferentes culturas puedan vivir de acuerdo con los valores que determinan su identidad.

Las diversas cosmovisiones podrán desarrollarse, si se garantizan los derechos especiales de los diferentes grupos, que hagan posible su supervivencia como grupo, dentro de una coexistencia pacífica. La sociedad mayoritaria no puede imponer su concepción del mundo en tanto no cumpliría con el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural, desconociendo igualmente los principios de igualdad y no discriminación.

Un ejemplo de diálogo intercultural en nuestro medio se ha dado a nivel de jurisprudencia constitucional, donde el

4. Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 1998, pp. 193 y ss.

5. Cfr. ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM. "Toward a cross cultural approach to defining international standards of human rights: the meaning of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment", en ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM (comp.). *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, pp. 4 y 5.

principio del reconocimiento y protección de la diversidad cultural se ha desarrollado. Pero en la medida en que no se refiera a una práctica social constante, no resultará sino simbólico. La Sentencia T-380 de 1993 (M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ) señaló que la comunidad indígena “ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales”, dentro de ellos el derecho a la supervivencia. En la Sentencia C-058 de 1994 (M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO) se confirmó la constitucionalidad del artículo 27 de la Ley 48 de 1993, que exime de la prestación del servicio militar a los miembros de las comunidades indígenas que habiten en sus territorios. El tratamiento diferencial se justifica por las particularidades culturales determinantes de la identidad de sus miembros, a través de lo cual se protege la supervivencia de la comunidad misma. En la sentencia T-377/94 (M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA) se protege la actividad de brujos, curanderos o chamanes, como manifestación cultural protegida por el principio de diversidad aludido. Respecto del mundo espiritual y religioso, factor central dentro de las diversas culturas, la SU-510/98 (M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ) señala que las comunidades indígenas se caracterizan por la preponderancia que en ellas tiene el factor religioso, en tanto son sujetos colectivos, que históricamente han mantenido una determinada forma de espiritualidad. Señala, igualmente, que la cosmovisión particular de cada una de las comunidades indígenas encuentran en ella su patrón de socialización, las pautas culturales en que cifran su identidad.

Esta última sentencia señala:

[...] la Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales⁶. Lo anterior tra-

6. ST-496/96 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

duce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser *diferentes* en cuestiones de raza, o cultura⁷. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa (C. P., arts. 1.º y 2) y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no se tienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades (C. P., preámbulo y arts. 1.º, 7.º, 13 y 16)⁸.

La supervivencia de los diferentes grupos étnicos tiene que ver, estrechamente, con el derecho a la cultura, y especialmente con el derecho a la cultura referido a los niños que pertenecen a dichos grupos.

Los derechos fundamentales y prevalentes de la niñez indígena deben ser vistos a la luz del marco de derechos de los pueblos indígenas, haciendo referencia a la cultura respectiva, para poder entender el carácter especial y específico de los derechos de esta infancia, la cual tiene, pues, una doble protección, en tanto infancia y en tanto indígena.

La concreción del derecho a la cultura, del que habla el artículo 44 de la Constitución Política, según ESTHER SÁNCHEZ⁹, es un “[...] derecho que en el marco de una sociedad multicultural debe ser interpretado, en primer lugar, como el derecho a la cultura propia”.

Frente a ello, la falta de efectividad de sus derechos es especialmente grave, ya que la violación de un derecho afecta simultáneamente varios, y a través de ello se atenta contra la supervivencia del grupo mismo al que pertenece.

7. ST-428/92 (M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN). ST-496/96 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

8. ST-428/92 (M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN). ST-496/96 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

9. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *Protección a niños y niñas indígenas de Colombia*, Bogotá ICBF, 1999, p. 25.

El principio de igualdad y el correlativo a este, el de no discriminación, se ven abiertamente vulnerados frente a las niñas, los niños y los adolescentes indígenas. Dentro de los 16'700.000 niños, 350.000, aproximadamente, son indígenas, quienes están dentro de los más afectados por la falta de protección integral. Mientras en Colombia la tasa de mortalidad infantil es de 25 niños por cada mil nacimientos¹⁰, en comunidades como la de los paeces es de 268 por cada mil¹¹: mueren por enfermedades como la diarrea, la tuberculosis, y por desnutrición. El derecho a la educación no se hace efectivo, ya que viven en áreas donde no existen colegios¹², el acceso es difícil, o peligroso, por el conflicto armado interno, o en ellos no se ofrece una educación que garantice la enseñanza de su propia lengua, su historia, sus conocimientos, sus sistemas de valores.

El derecho a la cultura necesita de un sustrato donde desarrollarse; la guerra ha victimizado a los pueblos indígenas, las opciones de brindarle a la niña o al niño una protección integral, que determine un desarrollo acorde con las formas de una cultura determinada, se pierden, como la cultura misma. Con el reclutamiento forzado, o inherentemente forzado, del que son víctimas las niñas y los niños indígenas, pierden el contacto con su cultura y son sometidos a prácticas que determinan el aprendizaje de comportamientos violentos, por lo cual se da un proceso de aculturación dentro de un contexto de guerra. Justamente por ello, muchas comunidades rechazan a tales jóvenes, sometiéndolos al destierro, en tanto las experien-

10. UNICEF. *La niñez colombiana en cifras*, Bogotá, UNICEF, 2002, p. 11.

11. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *Política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y de protección al menor*, t. III, Bogotá, Minsalud, ICBF, 2002.

12. "A finales de la década del 90 era muy grande también la desventaja de las comunidades indígenas: con un déficit de cobertura educativa en la primaria mayor del 20 por ciento, con bajo nivel de calidad ya que, en su gran mayoría, los educadores indígenas no son profesionales", UNICEF. Ob. cit., p. 27.

cias vividas por ellos van en contra, abiertamente, de la cosmovisión de tales comunidades, y ello atentaría contra la supervivencia del pueblo mismo.

El desplazamiento forzado deteriora a las comunidades indígenas al alejarlas de su territorio, fundamental para las diferentes culturas; debido a él se alteran las dinámicas propias, entre ellas el proceso de socialización a través del cual se transmite y conserva la cultura. En el desarraigo el niño recibirá el mundo de sus antecesores transformado. La situación de los indígenas en la región de Chocó, específicamente los embera, respecto al “desplazamiento y/o confinamiento forzado resulta especialmente crítica”¹³. Para las niñas y los niños pertenecientes a comunidades indígenas, el desplazamiento representa una doble ruptura, con su entorno y con su cultura; para ellos el impacto de las ciudades es mucho más violento, en ellas dejan elementos centrales de su cultura: su lengua; su vestimenta tradicional, sus hábitos de alimentación, sus costumbres, para no ser reconocidos y así protegerse.

Una manifestación dramática de la situación que viven los indígenas en general, se está dando en algunas comunidades, como la de los embera chamí y katío, en el Bajo Atrato, donde adolescentes, en su mayoría niñas, se están suicidando, en una región que en comparten el territorio con guerrilla y paramilitares; viven con miedo y ya no pueden cazar, pescar, o desplazarse libremente. La palabra suicidio no existía en su lengua, la “aprendieron”, dice LUIS ALBERTO MIÑO RUEDA, quien relata lo que dijo el jaibaná ATENSIO CASAMA: “Espíritus malos se están metiendo en los indios débiles y tristes...”¹⁴.

El carácter fundamental y prevalente de los derechos de la infancia, sumado a la primacía de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, hace especialmente grave la condición que vive la infancia indígena.

13. Boletín n.º 40 CODHES [www.codhes.org.co/boletin]

14. LUIS ALBERTO MIÑO RUEDA. “Los suicidios el Bajo Atrato”, *El Tiempo*, 1-6, 12 de octubre de 2003.

El principio de la protección integral de la infancia enunciado en la Constitución Política de Colombia en los artículos 44 y 45 y en la CIDN, artículo 4.º, no se traduce en una política de Estado; a lo sumo constituye planes o políticas de gobierno, sin la coherencia y continuidad necesarias.

La política pública dirigida a la infancia indígena tiene que realizarse teniendo como fin la protección integral debida a la infancia en el ámbito territorial y cultural al que pertenece que haga efectivos los derechos fundamentales, prevalentes y especiales de esta niñez, para evitar la múltiple victimización que su ausencia produce. Esta protección integral tiene que darse en todos los aspectos, cubriendo cada uno de los bloques de derechos: a la supervivencia, que en este caso se extenderá al grupo indígena al que pertenece; al desarrollo integral, de acuerdo con el sistema de valores de cada cultura; a la participación, teniendo como referencia las dinámicas de cada comunidad; a la protección, de acuerdo con lo que se entiende por ella, de acuerdo con la cultura de cada uno de los pueblos: cómo se define la familia, qué se entiende por abandono, cuáles son las pautas de crianza¹⁵. La manera como se realicen estos grupos de derechos debe referirse a las definiciones de los derechos en cada comunidad, construidas dentro de la cosmovisión del grupo, teniendo únicamente como límites los elaborados para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales dadas a las autoridades de las comunidades indígenas¹⁶.

15. Se necesita, igualmente, la proyección de una política de atención para la niñez indígena reclutada y desplazada que le restituya los derechos vulnerados.

16. La sentencia T-349 de 1996 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ) fija los límites para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales dadas a las autoridades de las comunidades indígenas, frente al principio de la diversidad cultural, “pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”.

La protección integral debida a la infancia indígena sólo será posible en tanto se modifiquen las maneras de pensar y sentir la infancia en general y la indígena en particular, ya que la discriminación a la que son sometidos los pueblos indígenas, se hace más fuerte sobre las niñas y los niños por esta doble calidad. Las diferentes formas de victimización de la niñez indígena reflejan la percepción que de ella se tiene, percepción que permite prácticas sociales y jurídicas distantes de las nuevas definiciones que de ella se han venido construyendo en diferentes escenarios.

La sentencia plantea los mínimos aceptables, como límites a las formas en que se ejerce el “control interno” frente a una situación, donde todos los elementos pertenecen a la comunidad que juzga: el autor, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta, y los hechos que deben ocurrir en el territorio de la misma; situación donde todos comparten la misma tradición. De la regulación que se dé a estas situaciones “depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo”. Los límites serán “los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”.

Inicialmente la sentencia incluyó en este núcleo de derechos intangibles el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura por dos razones: la primera, ya que “sólo respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural” y, la segunda, el hecho de que este grupo de derechos “se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado”. Posteriormente la sentencia incluyó un cuarto mínimo:

“A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero, claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse”.

BIBLIOGRAFÍA

- AN-NA'IM, ABDULLAHI AHMED. Toward a cross cultural approach to defining international standards of human rights: the meaning of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, en ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM (comp.). *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992.
- CODHES. Boletín n.º 40 [www.codhes.org.co/boletin].
- MIÑO RUEDA, LUIS ALBERTO. "Los suicidios el Bajo Atrato", *El Tiempo*, 1-6, 12 de octubre de 2003.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Protección a niños y niñas indígenas de Colombia*, Bogotá, ICBF, 1999.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y de protección al menor*, t. III, Bogotá, Minsalud, ICBF, 2002.
- SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 1998.
- UNICEF. *La niñez colombiana en cifras*, Bogotá, UNICEF, 2002.

PLURALISMO JURÍDICO, DESPLAZAMIENTO FORZADO POR LA VIOLENCIA Y DERECHO ANCESTRAL A LA TIERRA

Ángela Santamaría

Investigadora (CIPC), Universidad Externado de Colombia
y coordinadora de la línea de investigación en victimología.

Formas de ocupación y poblamiento, modos de apropiación a través de formas de trabajo, autoridad y pensamiento, divisiones internas, fronteras y sitios históricos y de otra índole, actividades que sobre él se desarrollan, modalidades de recorrerlo, creencias y concepciones asociadas, todo ello constituye ese vasto conglomerado de relaciones sociales que hacen de un espacio sobre la tierra el territorio de una sociedad en un momento de su historia, siendo uno de los elementos básicos de su identidad frente a las demás.

Luis Vasco

INTRODUCCIÓN

En el marco del trabajo de las líneas de investigación del Centro de Investigación en Política Criminal (CIPC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, se ha llevado a cabo durante el año 2003 un estudio sociojurídico desde la victimología alrededor del tema del pluralismo jurídico y el derecho a la tierra de las víctimas del desplazamiento forzado por la violencia en Colombia. En este artículo se pretende dar cuenta de algunas hipótesis de investigación a partir de la experiencia de acompañamiento a la comunidad del Alto Naya (Cauca) en sus reivindicaciones por el derecho a la tierra.

Para ello, se hará, en un primer momento, una reconstrucción del concepto de *territorios indígenas*, desde la cosmovisión propia. En un segundo momento, se presentará el tema del control territorial por parte de las comunidades indígenas como un expresión de la problemática del pluralismo jurídico. Finalmente, desde el caso concreto se mostrará cómo el derecho a la tierra en escenarios de conflicto armado interno como el caso del norte del Cauca colombiano, se vuelve un problema de derechos humanos. Todo lo anterior se hará a partir de un estudio de caso: el desplazamiento forzado del Alto Naya.

I. EL CONCEPTO DE TERRITORIOS INDÍGENAS

Como lo muestran estudios recientes de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), en Colombia, la cuestión territorial ha sido y sigue siendo la fuente principal del conflicto entre las comunidades indígenas y el Estado, y esta temática se vuelve más compleja en el marco del conflicto armado interno¹.

Es así como la noción que ha caracterizado las luchas indígenas en el país es la noción de *territorio indígena*. Sin embargo, según algunos expertos esta noción no es propia de las cosmovisiones e identidades étnicas. Es decir, para los pueblos indígenas el territorio no es entendido como la definición de los espacios de su ser social y el establecimiento de relaciones y diferencias con otros pueblos. El territorio constituye una relación primaria entre el grupo indígena y su hábitat, “que tiene como base la oferta de recursos para la subsistencia del grupo”². Este tipo de relación posibilita una comunicación entre grupo humano y hábitat a partir de una serie de normas que garantizan la productividad y conservan

-
1. ONIC. *Territorios indígenas, identidad cultural y resistencia*, Bogotá, Turdakke, 2002.
 2. *Ibíd.*, p. 8.

su oferta ambiental. En el marco de una relación económica y ecológica, aparecen, de esta forma, cosmovisiones que consideran la tierra como “la madre de todo cuanto existe”³.

En efecto, el concepto de *territorio indígena* surge de los conflictos territoriales con los “otros” actores sociales y de las prácticas políticas y jurídicas de afirmación política de las organizaciones indígenas frente a la invasión de sus territorios.

A. Un acercamiento desde la cosmovisión propia

Para las comunidades indígenas la tierra aparece como el origen del ser humano, como la madre que le dio el ser y de la cual dependen para vivir⁴. Esta idea se refiere a la tierra misma y al agua, la selva y los animales. Es importante recordar que el territorio, más que un espacio geográfico, es un conjunto de relaciones establecidas históricamente, es decir, producidas por la naturaleza a través de un proceso de evolución natural y de trabajo. Así, cada comunero concibe la comunidad como la premisa de su existencia y como la garantía del acceso a la tierra y a su defensa. De esta manera, el trabajo colectivo crea territorio desde el espacio natural y a partir de un intercambio entre espacio y trabajo. “Es él el que hace de la tierra un elemento fundamental para la existencia de los indios y su sociedad, y el que genera a la humanidad del seno mismo de la naturaleza”⁵. En efecto, el vínculo tierra-ser humano pasa necesariamente por la categoría de comunidad y de esta manera determina la vida de los individuos y de su sociedad. Es claro entonces que la naturaleza es a la vez origen (naturaleza) y resultado (territorio), a través de un proceso permanente de intercambio con la humanidad realizado por medio del trabajo.

3. Ídem.

4. LUIS GUILLERMO VASCO. *Entre selva y páramo. Viviendo y pensando en la lucha india*. Bogotá, ICAHN, 2002, p. 203.

5. *Ibíd.*

Esta antropofornización de la naturaleza provoca que la naturaleza sea para el indio preexistente en la conciencia, es decir: origen, mito y vida⁶. Se trata de una naturaleza humanizada, pues en ella se materializa toda la fuerza social de la comunidad, apareciendo como primigenia, originaria y constituyente.

Por todo lo anterior, los indios no luchan por la tierra sino por “su tierra, por un espacio específico que constituye su territorio y la raíz de su existencia, su madre, con la cual se han relacionado desde hace siglos de una manera peculiar”⁷.

Ahora bien: desde el punto de vista de la antropología jurídica, como lo muestra el estudio realizado por CARLOS CÉSAR PERAFÁN sobre el sistema jurídico paez, la tenencia de la tierra está determinada para este pueblo indígena de manera diferenciada frente a la categoría de tierra manejada por el derecho occidental. Según los estudios antropológico-jurídicos realizados por el autor en Toribío (Cauca), en el sistema de justicia propia paez, la *nuda propiedad es colectiva*, y se materializa en el título del resguardo. Así, el usufructo está sujeto a titulación y alinderamiento por parte del Cabildo indígena. De la misma manera existen porciones de tierra de manejo comunal para el financiamiento de las actividades del Cabildo⁸.

Igualmente, como lo muestra el Informe Defensorial de la Delegada de Asuntos Étnicos (Informe: 2003), la noción de territorio está intrínsecamente relacionada con la resistencia indígena. “Históricamente los pueblos indígenas del Cauca han utilizado diferentes estrategias para subsistir como pueblos a partir del afianzamiento de sus patrones culturales, como el uso y la conservación de sus idiomas, el manejo de la espiritualidad, el rescate de la medicina tradicional, la valoración y el reconocimiento de sus propias autoridades y el ejercicio de la justicia indígena”⁹. Así es como la resistencia

6. ONIC. Ob. cit., p. 204.

7. Ídem.

8. CARLOS CÉSAR PERAFÁN. *Sistemas jurídicos paez, kogi, wayúu y tule*, Bogotá, ICAN, 1995.

9. Defensoría del Pueblo, Delegada de Asuntos Indígenas, 2003, p. 15.

indígena constituye la construcción de un proyecto político propio, cuyo eje central es el territorio. Este proyecto político ancestral construido alrededor de la posesión y el derecho ancestral a la tierra, se ve truncado y desconfigurado por el desplazamiento forzado por la violencia. Esta práctica de guerra representa la ruptura de la relación entre hábitat y grupo indígena y la correlativa crisis de todo el proyecto político, cultural y organizativo. Todo lo anterior se hace visible en el caso del Alto Naya (Cauca), en el que las comunidades indígenas desplazadas deben abandonar su territorio, y asentarse temporalmente en albergues, hoy ubicados en Caloto, Santander de Quilichao y en el reasentamiento de Toéz (Cauca).

Frente al caso, las comunidades en situación de desplazamiento, a pesar del destierro, logran reconstituir las redes sociales, los procesos organizativos y políticos, e inician la reivindicación del territorio. Una muestra de ello son las mesas de trabajo constituidas después de dos años de desplazamiento en la ciudad de Cali, durante los días 9 y 10 de junio de 2003. Los participantes de esta acción colectiva son el Consejo Comunitario del Río Naya, la Asociación de Desplazados del Alto Naya, las Juntas de Acción Comunal de las veredas Sinaí, Río Mina, El Playón, La Paz, El Placer, la Playa, Pitalito y las Vegas, el Cabildo Indígena del Alto Naya, el Cabildo Indígena Eperare Siapodaara de Joaquinquito con el apoyo y acompañamiento de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte (ACIN), la Asociación de Cabildos Indígenas del Valle, Región Pacífica (ACIVA), las Hermanas Lauritas y la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, y se afirmó: “Reivindicamos todos nosotros juntos los pobladores de la Cuenca del Río Naya en un número de más de 25.000 habitantes, la *ancestralidad* y del *derecho a la posesión* sobre el territorio que nos pertenece y exigimos en una sola voz la titularidad del mismo”.

De esta manera, las comunidades invocan su derecho ancestral a la tierra, reconocido en instrumentos internacio-

nales y en el marco jurídico nacional. Igualmente, afirman: “Nosotros los indígenas Nasa y Eperara Siapaara, las comunidades negras y las comunidades campesinas, expresamos que la *diversidad* y la *diferencia* en la cultura no constituyen un obstáculo, sino precisamente un punto de encuentro que nos ha permitido ver en el territorio una gran oportunidad para mantener un gran espacio de diversidad en la cultura y en la vida, que atienda a las necesidades de los pobladores de toda la cuenca y reafirme una apuesta digna para todos”¹⁰.

En efecto, en el marco de una agenda política pluriétnica las comunidades indígenas y afrocolombianas del norte del Cauca abogan desde su derecho ancestral a la tierra y el derecho de posesión, reconocido por la Carta Constitucional en el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena y los instrumentos internacionales. Es así como a pesar de la herida que el proyecto político y cultural de las comunidades del Alto Naya sufren a raíz de los desplazamientos forzados por la violencia de los años 2000 y 2001, tras el reasentamiento tiene lugar un resurgimiento de la resistencia indígena y el empoderamiento de las comunidades. Es así como el tema del desplazamiento forzado por la violencia y la reivindicación del derecho ancestral a la tierra aparece como una expresión del pluralismo jurídico, y la posibilidad de fortalecer la política de reconocimiento y el principio de la diversidad étnica y cultural.

Por todo lo anterior, para la sociedad indígena la relación con la tierra representa una relación vital de la cual depende su propia existencia como sociedad¹¹. Así, algunos expertos afirman que si esta relación ancestral se rompe la sociedad está condenada a desaparecer. Sin embargo, tras el trabajo realizado en el acompañamiento de las comunidades indígenas del Alto Naya, es posible afirmar que si bien la ruptura de

10. ONIC. Ob. cit.

11. LUIS GUILLERMO VASCO. *Entre selva y páramo. Viviendo y pensando en la lucha india*, Bogotá, ICAHN, 2002, p. 203.

esta relación ancestral implica una crisis para la organización política indígena en el destierro, la sociedad indígena en situación de desplazamiento desarrolla estrategias de resistencia y reconfiguración de su organización, eso sí, desde el eje de la lucha y la recuperación del territorio.

II. EL DERECHO A LA TIERRA COMO EXPRESIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO Y LA POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO Y EL PRINCIPIO DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y MULTICULTURAL

Desde comienzos de 1970 los indígenas del Cauca inician al lado de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC) la más grande lucha por la tierra que se ha dado en Colombia. Es así como el actual movimiento indígena logró enfrentar con éxito algunos sectores terratenientes y el desarrollo de importantes experiencias de autogestión en producción, educación y salud. De esta manera, la lucha por la tierra desembocó en la Constitución de 1991 en el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena y el principio de autonomía.

En este escenario, el derecho a la tierra juega un papel fundamental, pues constituye la posibilidad real del ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena y de la autonomía. Es decir, del desarrollo del principio constitucional de la diversidad étnica y cultural consagrado en la Carta Política de 1991.

En un primer momento, es necesario recordar que las desavenencias culturales y los conflictos interculturales sólo tienen lugar en el marco de estados multiétnicos y pluriculturales. De esta manera, conflictos jurídicos alrededor del derecho a la tierra equivalen a una expresión del choque entre el reconocimiento de derechos subjetivos y el reconocimiento de los derechos de sujetos colectivos. Por el contrario, en el marco de estados monoculturales, los antagonismos entre concepciones culturales diferentes frente a la tierra, el territorio y el derecho a la tierra, se traducen en la supresión de las diferencias socioculturales y étnicas.

A. Dos concepciones de propiedad: el derecho ancestral a la tierra de los pueblos indígenas y las comunidades negras y el derecho a la propiedad del derecho occidental

En el seno de la discusión sobre la propiedad en el caso del Alto Naya, subyace una batalla entre culturas jurídicas y concepciones de propiedad: una perspectiva formalista sobre la propiedad y una concepción desde el derecho ancestral a la tierra. Lo que se quiere sostener en este escrito es que el derecho a la tierra implica un problema de derechos humanos que abre la puerta a la exigibilidad política y jurídica como única alternativa al déficit de justicia en el marco de un Estado pluri y multicultural. En este sentido, es necesario recordar que la columna vertebral del movimiento indígena colombiano ha sido desde los años 70 la recuperación de las tierras y la defensa de sus territorios, en el marco del derecho mayor a la tierra.

En este ámbito de acción, los cabildos han jugado un papel fundamental, pues en el marco de las autoridades propias los cabildos han sido apropiados por las comunidades como un espacio de cohesión y autonomía. De esta manera, los cabildos constituyen hoy la red organizativa fundamental del movimiento indígena.

Igualmente, los resguardos, es decir, los territorios reconocidos por la legislación nacional como propiedad colectiva de las comunidades indígenas, constituyen uno de los pilares para el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena. Así es como el movimiento indígena colombiano ha construido sus prácticas de derecho propio sobre la idea del derecho ancestral a la tierra, y de esta manera la recuperación implica volver a tener algo que es propio, reconocido inclusive por la misma ley. Sin embargo, es importante observar que en las prácticas jurídicas propias, en el marco de la Jurisdicción Especial Indígena, la recuperación de la tierra con base en el derecho ancestral muestra una concepción de derecho construida desde nociones y conceptos de la tierra y la propiedad no occidentales. Es decir, construidas por fuera de la cultura

jurídica eurocéntrica y moderna. Así, lo que aparece alrededor de la reivindicación por la tierra es una batalla cultural entre dos culturas jurídicas: la cultura jurídica moderna y las culturas jurídicas ancestrales. En este sentido, el movimiento indígena no se apega estrictamente a una justificación legal y formal para la reivindicación del derecho a la tierra, puesto que han sido muchos los resguardos que se han creado en décadas pasadas como fruto de las luchas indígenas.

Por todo lo anterior, el marco jurídico para la reivindicación del derecho a la tierra es y debe ser, para el caso de las comunidades indígenas colombianas, el derecho ancestral, entendido como un derecho fundamental, reconocido constitucionalmente por nuestra Carta Política de 1991 y el cual constituye un ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena y de la autonomía.

III. EL DERECHO A LA TIERRA COMO UN PROBLEMA DE DERECHOS HUMANOS

Como lo sostiene ALEJANDRO MANTILLA, el problema de conflictos territoriales debe ser leído como un problema de derechos humanos, lo que va aparejado de la exigibilidad política y jurídica del derecho humano a la tierra. Sin embargo, es importante recordar que el derecho a la tierra no ha sido reconocido como derecho humano por algún instrumento internacional expresamente. Así, como lo ha sostenido el PIDCP, no es posible admitir la limitación de un derecho (como el derecho a la tierra) desde una visión positivista de los derechos humanos, sino que se trata de consolidar una visión histórica de los derechos humanos.

En efecto, según los principios fundantes de las Naciones Unidas y común a los dos pactos, “el derecho a la libre determinación de los pueblos y, por consiguiente, el derecho de los pueblos de disponer de manera autónoma de sus riquezas y recursos naturales”. Los pueblos tienen derecho irrestricto a disponer del destino de sus recursos y riquezas, en este punto la tierra es una riqueza y un recurso fundamental para todos los pueblos y tiene una importancia aún mayor para

los países periféricos. Igualmente, aparece una relación entre el derecho humano a la tierra y el derecho humano a la alimentación. Este último constituye la posibilidad de acceso para los seres humanos a una alimentación adecuada, sostenible, culturalmente aceptada y en medio del respeto a la dignidad humana. Así, como lo muestra la Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición, existe una clara articulación entre la seguridad alimentaria, el derecho a la alimentación y la distribución equitativa del derecho a la tierra.

En el artículo 4.º la Declaración afirma que el Estado debe eliminar los obstáculos que dificultan la producción de alimentos, concediendo estímulos a los productores agrícolas, y adoptando medidas de transformación socioeconómica mediante la reforma agraria, la reforma de las condiciones de propiedad, el incentivo a las cooperativas de productores y consumidores, así como la participación de los pequeños agricultores, los pescadores y los trabajadores sin tierras en los esfuerzos por alcanzar los objetivos de la producción alimentaria y de empleo.

Igualmente, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales consagra principios fundamentales para comprender la relación entre pueblos indígenas y el derecho a la tierra. De esta forma, el Convenio resalta la necesidad de tener en cuenta la cosmovisión de los pueblos indígenas a la hora de aplicar el convenio, respetando los parámetros espirituales y culturales en interacción con su tierra.

En el mismo sentido, el Convenio afirma que deberá reconocerse el derecho de propiedad o de posesión si es el caso de las tierras que habitan estos pueblos, e incluso destaca la necesidad de tomar medidas a favor de las y los indígenas en caso de que habiten territorios ocupados no exclusivamente por ellos en su totalidad.

Para el caso en concreto del Alto Naya, como lo muestra el Informe Defensorial, presentado en la Audiencia Pública realizada en Santander de Quilichao en abril de 2003, como acto de solidaridad y de resistencia con las comunidades

indígenas, afrocolombianas y campesinas en situación de desplazamiento del Naya, el destierro aparece como violación sistemática de los derechos colectivos territoriales de las comunidades indígenas del norte del Cauca. La propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus territorios ha sido consagrada constitucionalmente en Colombia como inalienable, inembargable e imprescriptible, teniendo en cuenta la cosmovisión de las comunidades indígenas, lo que convierte a la categoría de territorio indígena en el escenario de articulación de los derechos fundamentales. Es a través de la posesión del territorio, desde el territorio y para la recuperación del territorio que las comunidades indígenas del Cauca colombiano despliegan movilizaciones y acciones colectivas de resistencia que muestran su desvictimización y empoderamiento (toma de la vía Panamericana, concentraciones indígenas permanentes, guardia cívica).

A. Violación de los derechos territoriales

Según el Informe Defensorial, entre los años 2000 y 2001 en el marco del conflicto armado interno por amenazas de los actores armados se han desplazado aproximadamente 6.000 personas entre campesinos e indígenas, sin contar los desplazados silenciosos, o, mejor, silenciados, que no se atreven a denunciar los hechos (Informe: 2003, p. 12). Así es como los desplazados del Naya ubicados actualmente en Santander de Quilichao (Cauca) y en el reasentamiento de Toéz (Caloto) desde abril de 2001, tienen graves problemas de salud y alimentación. A pesar de la difícil situación que afrontan, y ante las múltiples solicitudes elevadas ante las entidades encargadas de prestar asistencia humanitaria, la situación sigue siendo la misma. A esta difícil situación se suman las múltiples amenazas a los líderes de las comunidades desplazadas, que han sido desplazados de los albergues de desplazados, han tenido que abandonar su lucha y sufrido una grave afectación de su autonomía y la vulneración del ejercicio de la jurisdicción

especial indígena como derecho fundamental, con la desaparición forzada del Cabildo Gobernador del Naya¹².

B. Violación del derecho a la autonomía

La Constitución Política de 1991 consagra en los artículos 246 y 247 la autonomía de las autoridades indígenas en sus territorios. Sin embargo, como lo afirman los cabildos indígenas, actualmente en el marco del conflicto armado interno existe injerencia de los actores armados en el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, lo que implica una violación abierta del derecho a la autonomía de las comunidades indígenas. Así, la Defensoría del Pueblo ha recibido denuncias en las que señala que las FARC y las AUC aparecen como responsables de la vulneración de los derechos fundamentales de carácter colectivo de los pueblos indígenas del norte del Cauca, con el reclutamiento forzado de madres cabeza de familia y menores de edad. Igualmente, es claro el desconocimiento de las autoridades tradicionales y los mecanismos propios de organización, lo que vulnera el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

C. El norte del Cauca

Como lo muestra el Informe Defensorial, la escalada de acciones armadas en los territorios indígenas afecta la dinámica social, cultural y económica, y posibilita la reactivación de métodos tradicionales de defensa como la guardia cívica indígena. Ante la escasez de la tierra y el aumento constante de la población indígena, al igual que la demora por parte del Incora para la constitución de los resguardos, surge en el Cauca un auge en la recuperación de tierras.

En el mismo sentido, el control territorial se libra en esta región en medio de territorios geopolíticamente estratégicos.

12. Defensoría del Pueblo, Delegada de Asuntos Indígenas, 2003, p. 15.

Por esta razón, la situación de derechos humanos se ha agravado. Así, las comunidades indígenas del Cauca colombiano, han buscado una salida política al conflicto armado interno, y por esta razón sus derechos a la vida, al territorio y a la autonomía se ven permanentemente vulnerados.

Sin embargo, es importante advertir que existe un marco jurídico nacional e internacional que protege los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, y para el caso en cuestión: *el derecho a la tierra*.

CUADRO N.º 1: NORMATIVIDAD NACIONAL

Tratado	Derechos protegidos
Pacto de Derechos Civiles y Políticos	Autonomía, desarrollo propio, participación, consulta, concertación, territorios. Derecho a tener su propia vida cultural.
Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Reconoce el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, y señala que no se podrá privar a los pueblos indígenas de sus medios de subsistencia.
Convenio 169 de 1989 de la OIT	Para proteger los derechos humanos y especiales de los pueblos indígenas y tribales.
Protocolo II de los convenios de Ginebra de 1949 y por ende el artículo 3.º común a los convenios de Ginebra	Trata de manera genérica del respeto que los actores del conflicto interno le deben brindar a la población civil no combatiente, a las comunidades indígenas que padecen las atrocidades del conflicto.

Informe Defensorial. Situación de Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas del Norte del Cauca. Abril de 2003. Delegada de Asuntos Indígenas, Defensoría del Pueblo.

Para el caso de la comunidad paez, el reconocimiento de derechos a sujetos colectivos implica el respeto de sus instituciones y territorios por parte del Estado y los particulares.

CUADRO N.º 2: NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Norma	Derechos protegidos
Constitución Política de Colombia	Reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, el uso de los idiomas indígenas dentro de sus territorios, el patrimonio cultural y los resguardos indígenas. Consagró una representación mínima de los indígenas en el Congreso de la República y su derecho a participar de los ingresos corrientes de la nación; creó las entidades territoriales indígenas y reconoció la existencia de autoridades propias y de la jurisdicción especial indígena.
Ley 74 de 1968	Ratifica e incorpora los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Ley 21 de 1991	Ratifica el Convenio 169 de 1989
Ley 160 de 1994	Otorga competencias y funciones al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora) para comprar tierras y mejoras y para constituir, reestructurar, ampliar y sanear los resguardos indígenas. Así mismo, para realizar los estudios de clarificación de la propiedad y de validez de los títulos coloniales.
Ley 199 de 1995	Atribuye competencias en los asuntos étnicos y de protección de los derechos humanos en que se encuentran las comunidades indígenas del Cauca y crea una comisión para el desarrollo integral de la política indígena de ese departamento.
Decreto 1386 de 1996	Crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y el Programa de Atención a los Indígenas Víctimas de la Violencia.
Decreto 982 de 1999	Reconoce la emergencia económica, territorial, social y de derechos humanos en que se encuentran las comunidades indígenas del Cauca y crea una comisión para el desarrollo integral de la política indígena de ese departamento.
Acuerdos y convenios	Firmados por el Gobierno Nacional y las autoridades de pueblos indígenas: Jambaló, El Nilo, La María y Novirao, entre otros.

Informe Defensorial. Situación de Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas del Norte del Cauca. Abril de 2003. Delegada de Asuntos Indígenas, Defensoría del Pueblo

Por todo lo anterior, en materia de tierras el Informe Defensorial afirma que las comunidades del norte del Cauca presentaron en diciembre de 1999 al Incora una solicitud de titulación colectiva para que agilice el trámite. Se requiere en este punto que el Incora agilice la compra de tierras, ya que ha recibido oferta de muchos propietarios, pero se sigue argumentando la carencia de recursos presupuestales para poderlos adquirir, dado que, por ejemplo, desde la masacre de El Nilo, en diciembre de 1992, el Estado pactó con los indígenas una política de compra y entrega de tierras en una cantidad de 15.663 hectáreas, de las cuales, 11 años después, se han entregado solo 6.300 hectáreas.

Por todo lo anterior, la satisfacción del derecho a la tierra representa un patrón fundamental para la garantía de otros derechos, lo cual es incluso reconocido por el DIDH; por consiguiente, el derecho a la tierra se constituye en lo que podríamos llamar un derecho humano social y económico transversal, pues atraviesa otros derechos humanos, como el derecho al trabajo, a la alimentación, al desarrollo y los derechos de los pueblos indígenas.

CONCLUSIONES

Como lo muestra el trabajo desarrollado durante este año en la línea de investigación en victimología del CIPC, en el marco de la Constitución Política de 1991, es necesario frente a la situación que viven los pueblos indígenas de Colombia y específicamente las comunidades del Alto Naya, la revaloración y el respeto del derecho a la vida y de derechos colectivos como el derecho al territorio. Solamente a través de cambios significativos del sistema político y jurídico colombiano y de sus instituciones, en este caso de la concepción de propiedad y del derecho a la tierra hegemónico (occidental) en cabeza de la Universidad del Cauca y de algunos funcionarios de las entidades estatales como el Incora (hoy Incoder), será posible un desarrollo del principio constitucional de reconocimiento y protección a la diversidad étnica y cultural de la nación, y la materialización del pluralismo jurídico en Colombia. Solamente a través de políticas públicas y una diferenciación

positiva reflejada en el tratamiento jurídico de la propiedad y del derecho a la tierra será posible la construcción del Estado pluriétnico y multicultural.

Como lo muestra LUIS G. VASCO, el territorio en las comunidades indígenas es algo que va más allá del espacio geográfico, pues abarca muy diversas relaciones mediante las cuales se apropian y utilizan dicho espacio. La lucha por la tierra, como lo sostiene este autor, entre los estados-nación y las comunidades indígenas encierra un conflicto político y cultural. Esta lucha trasciende la dimensión económica (la tierra entendida como medio de producción del cual se deriva la subsistencia y el desarrollo de actividades agrícolas), pues se trata del poder sobre un territorio para establecer una organización sociopolítica, una sociedad particular: la sociedad indígena.

Sin embargo, es importante resaltar cómo las víctimas del desplazamiento forzado por la violencia como es el caso de las comunidades indígenas, sufren procesos de empoderamiento que pueden iluminar la reconfiguración de los movimientos sociales en Colombia y América Latina. En situaciones límite como el despojo absoluto, el destierro y la represión, estas comunidades (re)construyen sus planes de vida y luchan diariamente por la reivindicación de sus derechos, tomando, como hace 30 años, como eje fundamental de la lucha el derecho ancestral a la tierra.

Así, el Estado debe posibilitar la continuación de estos procesos políticos a través de la garantía y el respeto del derecho a la tierra como derecho fundamental de un sujeto colectivo y como derecho humano.

BIBLIOGRAFÍA

- OTFRIED, HOFFE. *Derecho intercultural*, Barcelona, GEDISA, 2000.
- ILSA. *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El otro derecho*, n.ºs 26-27, Bogotá, ILSA, 2002.
- ONIC. *Territorios indígenas, identidad cultural y resistencia*, Bogotá, Turdakke, 2002.
- PERAFÁN, CARLOS CÉSAR. *Sistemas jurídicos paez, kogi, wayúu y tule*, Bogotá, ICAN, 1995.
- VASCO, LUIS GUILLERMO. *Entre selva y páramo. Viviendo y pensando en la lucha india*, Bogotá, ICAHN, 2002.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RECONOCIMIENTO CULTURAL

Danny Marrero Avendaño

Profesor de argumentación jurídica
en la Universidad Nacional de Colombia
y en la Pontificia Universidad Javeriana.

Contemplando las observaciones que formulan ALEXY y sus compañeros de diálogos, vemos que tanto él mismo como la mayoría de sus críticos se mueven en un singular “cielo” propio, paralelo a ese que JHERING hace más de cien años supo caracterizar insuperablemente. Acá como allá reina una impoluta visión de esencias, aquel *mons idealis* que es la gracia propia del pensamiento orientado hacia lo “universal”, el de quienes son capaces de aprehender esas universalidades en su inmarcesible luminosidad. Un flamante círculo del cielo a donde ALEXY arriba de la mano de HABERMAS está, eso sí, un piso más arriba (metadológicamente) de aquel otro (la dogmática jurídica misma) del que se ocupó JHERING. Y vemos que las principales figuras ahora descubiertas, sus nombres y sus nobles características lucen un poco diferentes a lo del piso de abajo. Ya no se llama “contrato”, “obligación”, “posición”, etc., sino “discurso”, “comunicación”, “racionalidad”, “rectitud”, etc.

Enrique P. Habba

INTRODUCCIÓN

Decir que las concepciones morales colombianas cambiaron como consecuencia de las políticas de reconocimiento que fueron introducidas al país por la Constitución Política de

1991, es insuficiente si lo que se quiere es garantizar los derechos de la pluralidad de comunidades étnicas diferenciadas que habitan el territorio nacional. En efecto, estas concepciones se deben ver reflejadas en las prácticas argumentativas de los operadores jurídicos colombianos, ya que los imaginarios morales sin referentes concretos que los hagan operantes, se convierten en una de las estrategias de la eficacia simbólica del derecho que no conduce a ningún tipo de eficacia práctica.

Por lo anterior, el presente escrito pretende introducir al lector en los retos que debe enfrentar la argumentación jurídica para hacer realidad las concepciones morales que aceptan la diversidad étnica y cultural¹. Para ello se acudirá a la reconstrucción de un caso representativo en el que el reconocimiento cultural es la finalidad central que persigue el magistrado, y, siendo consecuente con ello, tiene que apartarse de los métodos de trabajo de los operadores jurídicos que no cumplen este precepto constitucional. Luego se harán las precisiones metodológicas del caso, resaltando que la argumentación jurídica, al relacionarse con problemas que impliquen el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, tiene que incluir en sus premisas constataciones de la manera como las comunidades étnicas se apropian de los textos

-
1. Un antecedente mucho más completo de este trabajo se puede encontrar en los escritos de la antropóloga ESTHER SÁNCHEZ, al estudiar el tipo de conflictos que deben resolver los funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), cuando, como consecuencia de sus competencias, tienen que enfrentarse a problemas de protección de la niñez aplicando el principio constitucional de la protección étnica y cultural. El resultado de estos estudios es un cúmulo de directrices metodológicas que les sirven a los funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para su trabajo con comunidades étnicas diferenciadas (cfr. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. Protección a niños, niñas y jóvenes indígenas*, t. I, Bogotá, Ministerio de Salud e Instituto Colombiano de Bienestar familiar, 2002. ID. *¿La cultura como clonación? Identidades o identificaciones*, t. II, Bogotá, Ministerio de Salud e Instituto Colombiano de Bienestar familiar, 2002. ID. *Política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y de protección al menor. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, t. III, Bogotá, Ministerio de Salud e Instituto Colombiano de Bienestar familiar, 2002).

normativos de la sociedad mayoritaria, adjudicándoles un nuevo sentido. Razón por la cual, la profundización del método de construcción de premisas, llamado por la Sentencia de Constitucionalidad 557 de 2001², del “derecho vivo”, es de vital importancia para este tipo de argumentación. Esta afirmación será la consigna que guiará este escrito y servirá para futuras investigaciones sobre el tema.

El debido proceso en la comunidad paez

Uno de los casos representativos³ de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, es la Sentencia de Tutela 523 de 1997⁴, que se generó porque el indígena paez FRANCISCO GEMBUEL PECHENE interpuso acción de tutela contra el Gobernador del Cabildo indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, por violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso.

Las autoridades indígenas del norte del Cauca, al constatar la muerte de MARDEN ARNULFO BETANCUR, acordaron asumir la responsabilidad de “investigar y sancionar a los responsables de este asesinato”. El primer paso fue ordenar la aprensión de FRANCISCO GEMBUEL y cinco personas más, a quienes se les acusaba de haber propiciado la muerte del Alcalde. Luego del proceso de investigación⁵ la comisión citó

-
2. Magistrado Ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA.
 3. En este caso la representatividad no solo es consecuencia de los avances metodológicos que introduce la providencia a la dogmática constitucional colombiana, sino también del grado de difusión que ha tenido esta sentencia. En efecto, hoy en el país es casi imposible hablar de “reconocimiento cultural” sin tener en mente las consecuencias que acarreó este fallo para la comunidad indígena paez.
 4. Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
 5. En ésta la comisión recibió el testimonio de FRANCISCO GEMBUEL y la ampliación de su indagatoria; recogió los testimonios de varios miembros de la comunidad que afirmaban haber visto al sindicado hablando con la guerrilla y practicó el reconocimiento visual del sitio donde presuntamente FRANCISCO GAMBUEL (y otro sindicado) había sostenido conversaciones con el grupo insurgente.

la celebración de una Asamblea General para el 24 de diciembre de 1996, con el fin de presentar a la comunidad las conclusiones de la investigación. Un día después, el actor interpuso acción de tutela contra el Gobernador del Cabildo de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, con el argumento de que se violó su derecho al debido proceso. A pesar de ello, y después de reunirse para deliberar, la plenaria de la Asamblea decidió que el sindicato era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (dos por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios.

De aquí en adelante va a comenzar un debate que tiene como centro dos preguntas que están construidas por el ponente de la sentencia de la siguiente manera: i. ¿Corresponde a las características del ordenamiento jurídico Páez de Jambaló el procedimiento que adelantaron las autoridades de los Cabildos Indígenas del Norte del Cauca? ii. ¿Las penas impuestas al actor por la Asamblea General rebasan los límites impuestos al ejercicio de las facultades jurisdiccionales, por parte de las autoridades indígenas?

Por los límites formales del presente artículo, me limitaré a analizar el debate generado por la primera pregunta. Ella es un caso típico de los problemas que tienen que afrontar los operadores jurídicos cuando se enfrentan a costumbres de comunidades étnicas diferentes, que tienen prácticas jurídicas incompatibles con las de la sociedad mayoritaria. La cuestión es, entonces, si estas prácticas deben ser avaladas por un sistema constitucional como el colombiano, o, por el contrario, deben declararse inconstitucionales.

Para reconstruir el debate generado por la práctica de la comunidad Paez en este caso y los argumentos asociados a él, utilizaré el método de reconstrucción de argumentos interpretativos⁶ propuesto por WILLIAM TWINING y DAVID

6. Si el argumento es el conjunto de proposiciones que tienen una función lógica,

MILLERS en *How To Do Things Whith Rules*. Con él que se pretende, a través de un cuadro de argumentos interpretativos en disputa, reconstruir el aspecto argumentativo de los debates jurídicos que muchas veces se deja de lado, y así poder ver los métodos con que los operadores jurídicos construyen las premisas que fundamentan las tesis del caso⁷.

En la sentencia objeto de estudio, como ya se dijo antes, una de las cuestiones tratadas surge de la siguiente pregunta: ¿El procedimiento que llevaron a cabo los dirigentes indígenas del norte del Cauca viola el derecho al debido proceso de FRANCISCO GEMBUEL PECHENE? A esta tesis los intervinientes del caso van a responder de la siguiente manera: por una parte, el propio afectado y los jueces de primera y segunda instancia, que sí se viola el debido proceso. Por otra parte, la Corte Constitucional afirma que no. Para percibir esto con claridad se debe acudir al debate del caso.

gracias a la cual podemos catalogarlas como premisas o conclusiones. De tal manera que la conclusión es la proposición defendida por las premisas, y estas las proposiciones que defienden la conclusión (cfr. IRVING COPI y CARL COHEN. *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2000, Introducción, p. 21). El argumento interpretativo es el que en la conclusión tiene una tesis interpretativa, o un enunciado de la forma "S significa S'", entendiendo que "S" es un texto normativo y "S'" es una propuesta de cómo se debería entender el texto. Las premisas de este argumento lo que hacen es justificar dicha propuesta terminológica (Cf. LETICIA GIANFORMAGGIO. "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 87 a 108).

7. WILLIAM TWINING y DAVID MILLERS. *How To Do Things With Rules*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1976, cap. 7, pp. 129 a 159.

<p>¿El procedimiento que llevaron a cabo los dirigentes indígenas del norte del Cauca viola el derecho al debido proceso de FRANCISCO GEMBUEL PECHENE?</p>	
<p>i. El primer grupo de justificaciones se relaciona con la competencia que tiene la comunidad indígena paez para juzgar el homicidio</p>	
<p>El demandante afirma que sí se violó el debido proceso porque la comunidad indígena no debería ser quien juzgare su conducta. En su opinión, “no existe tradición ni uso o costumbre relacionada con el juzgamiento del delito de homicidio, puesto que siempre su trámite ha correspondido a la justicia ordinaria, inclusive a instancia y con el apoyo de los cabildos que no han vacilado en presentar a los indígenas que se ven involucrados en la comisión de tales ilícitos ante la autoridad judicial ordinaria competente”.</p>	<p>La Corte Constitucional responde que no se violó el debido proceso porque como bien lo afirma la antropóloga ESTHER SÁNCHEZ, la cultura paez debe ser estudiada como parte de un “tejido históricamente configurado”. No obstante haber sido sometidos a los procesos de dominación y aculturación, la lucha de varios de sus miembros por mantener la unidad y la preservación de su cosmovisión evitó que la asimilación de realidades externas borrara su identidad cultural. En especial, cabe destacar el papel de los mayores que conservaron en la memoria las tradiciones de sus antepasados y la aceptación de su palabra por parte de las nuevas generaciones, que superaron la prohibición del uso de su lengua y la imposición de una educación típica de la tradición de los blancos. Ese proceso fue posible, entonces, porque los paezes, además de gozar de unos elementos culturales característicos, se ven a sí mismos como parte de una comunidad diferente que debe ser conservada como tal. Esa conciencia que los miembros tienen de su especificidad ha sido el motor que los ha impulsado a recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas que, no obstante haber sido influenciadas por la sociedad mayoritaria, no han dejado de ser auténticas. En segundo lugar, por-</p>

	<p>que el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, pero es obvio que este límite no exige que las prácticas y los procedimientos deban ser llevados a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.</p>
<p>ii. El segundo grupo de justificaciones tiene que ver con el derecho a ser asistido por un abogado</p>	
<p>El fallo de primera instancia afirma que se violó el debido proceso porque la actuación de la comisión que investigó el homicidio no le permitió al demandante ser defendido por un abogado, con lo que viola la Convención Americana de Derechos Humanos (lits. b, c, d, e y f, art. 8.^o), así como el artículo 29, inciso 4.^o de la Constitución. Este derecho no puede ser tenido en cuenta sólo en la jurisdicción ordinaria, sino que también se exige su cumplimiento en las jurisdicciones especiales. En este mismo sentido, el fallo de segunda instancia afirma que se violó el debido proceso porque el acusado no pudo ser defendido por un abogado.</p>	<p>La Corte Constitucional, por su parte, afirma que no se violó el derecho a la defensa, ya que es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquellos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres de su comunidad. En segundo lugar, en el evento estudiado, a FRANCISCO GEMBUEL no se le violó el derecho de defensa, porque se le permitió ser asistido por un defensor, siempre y cuando éste fuera miembro activo de la comunidad, y también porque se le brindó la oportunidad de rendir sus descargos durante la Asamblea, posibilidad que el mismo demandante</p>

	<p>declinó. En efecto, cuando se le dio la palabra manifestó: “[...] En cinco minutos no puedo hacer mis descargos. Yo sólo me atengo al fallo de tutela”. Finalmente, la Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso, es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y los valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza.</p>
<p>iii. El tercer grupo de argumentos se relaciona con la posibilidad de controvertir las pruebas del proceso</p>	
<p>El fallo de primera instancia afirmó que se violó el debido proceso porque el demandante no tuvo la oportunidad de conocer el acervo probatorio, ni de controvertir las acusaciones contra él. En este sentido, el fallo de segunda instancia sostiene que se violó el debido proceso porque el actor no tuvo la oportunidad de conocer ni contradecir las pruebas.</p>	<p>La Corte, por su parte, afirma que no se violó el debido proceso en el caso, ya que en el camino utilizado por la comunidad puez el demandante tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra. Nótese, además, que en atención a la sentencia del juez penal municipal de Santander de Quilichao, la comunidad convocó a otra Asamblea General el 10 de febrero de 1997, para realizar nuevamente los careos; en ella, el demandante respondió libremente a los testigos.</p>

La relevancia del “derecho vivo” para el reconocimiento cultural

¿Qué es lo que diferencia la justificación de los argumentos que están a favor de que se viola el debido proceso de los que están en contra de esta afirmación? En otras palabras, ¿qué es lo que diferencia los argumentos del demandante y de los fallos de primera y segunda instancia de los del la Corte Constitucional? Para responder a esta pregunta hace falta mirar con detenimiento cada una de las argumentaciones para darse cuenta de que en las premisas que construye la Corte Constitucional hay elementos que no contienen los argumentos de sus oponentes; si estos elementos se pudieran determinar con claridad y se pudiera ver la manera como están estructurados, ello nos permitiría comenzar a aclarar el carácter que debería adoptar la argumentación jurídica cuando tiene que enfrentarse con casos que implican el respeto a la diversidad étnica y cultural⁸.

En el grupo de justificaciones (i), tanto el demandante como la Corte Constitucional intentan hacer una lectura de la competencia de la comunidad paez para juzgar al supuesto sindicado. Mientras el demandante concibe que la comunidad no es competente para ello, dado que de un estudio detallado de la tradición de su comunidad solamente se puede extraer la regla de que la comunidad debe entregar al supuesto autor del homicidio a la jurisdicción ordinaria para que ella adelante el proceso de investigación. La Corte Cons-

8. Esto implica que este tipo de estudio se aleja de las teorías normativas de la argumentación, ya sean retóricas o deductivistas, que se centran en la construcción de un modelo ideal de argumentación al que los operadores jurídicos se deberían someter, si quiere que sus argumentaciones sean aceptadas por la comunidad jurídica. Por el contrario, se pretende, partiendo de datos empíricos, explicar las argumentaciones efectivas de los juristas de “carne y hueso” y no dar patrones ideales de comportamiento argumental, para juristas hipotéticos. Cfr. ENRIQUE P. HABBA. “Teorización constructivista como ‘forma de vida’ (Sobre ‘reglas y formas’ del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)”, *Doxa*, n.º 21, I, 1998, pp. 147 a 170.

titucional, por el contrario, no tiene un concepto de la “costumbre indígena” tan estático que implique la repetición indiferenciada de comportamientos del presente con los patrones del pasado, sino que reconoce que las comunidades indígenas tienen cambios históricos que implican reformulaciones de sus patrones comportamentales, así el pasado se ve reinterpretado por el presente, pero a su vez es la fuente de los comportamientos futuros. En el caso presente, el Magistrado Ponente se vale de un argumento de autoridad construido con el peritazgo antropológico de ESTHER SÁNCHEZ, para mostrar que la comunidad paez ha venido rescatando sus tradiciones ancestrales y que una manifestación de ello se puede observar en la oferta de justicia que realiza esta comunidad.

En (ii) los argumentos a favor y en contra de la violación al debido proceso se centran en la interpretación del texto normativo que dice que toda persona tiene derecho a ser representada por un abogado. Para los jueces de primera y de segunda instancia, este requisito no se cumple porque al demandante no lo asiste un profesional del derecho. La Corte Constitucional, por su parte, afirma que no se debe tener un concepto tan restringido de “apoderado”, ya que gracias al respeto que se merecen las diferentes comunidades étnicas que habitan en territorio colombiano, la apropiación de los conceptos jurídicos que realizan estas comunidades son maneras válidas de interpretar el derecho. De esta manera, lo que sucede en este caso no es que no se le permita al acusado ser asistido por un defensor, sino que el concepto de “apoderado” en esta comunidad es diferente al de la sociedad mayoritaria.

Finalmente, en el grupo de justificaciones (iii), en concordancia con el anterior, lo que se debate es si en el procedimiento utilizado por la comunidad paez el concepto de “controvertir pruebas” es igual que el de la sociedad mayoritaria. Para el grupo de justificaciones que defienden que sí se violó el debido proceso, claramente la controversia de pruebas de la comunidad paez no concuerda con la del derecho de la sociedad mayoritaria. Para el Magistrado Ponente por el contrario sí, pero con las manifestaciones culturales propias.

De aquí se puede ver que la diferencia entre el método argumentativo utilizado por CARLOS GAVIRIA en oposición al del demandante y el de los fallos de primera y segunda instancia, es que él intenta examinar los conceptos jurídicos relacionados con el caso desde su concepto de producción propio, es decir, el Magistrado Ponente no piensa que los conceptos jurídicos son categorías estáticas que deben mantener sus significados sin ningún tipo de apropiación. Los conceptos jurídicos, como lo afirma la Sentencia de Constitucionalidad 557 de 2001⁹, no se pueden entender hipotéticamente, o en abstracto. Para una correcta comprensión y una valoración de ellos se hace necesario percibir los contextos de uso de las expresiones. De esta manera no se atenderá al derecho muerto de los códigos, sino a un derecho vivo que atienda a las apropiaciones y a los significados efectivos de los conceptos jurídicos.

Desde luego, este tipo de comprensión no es suficiente para el juicio de constitucionalidad de las costumbres indígenas¹⁰,

9. Magistrado Ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA.

10. La C-557/01 determina una serie de criterios que deben estar determinados en el método argumentativo que se construye con la metodología del “derecho vivo”, con las siguientes palabras:

“[...] para que la jurisprudencia se pueda derivar de un derecho viviente al cual haya de referirse el juez de constitucionalidad, no basta con la existencia de una providencia sobre uno de los contenidos en la norma demandada. Ello sería insuficiente para configurar un sentido normativo completo y el juez constitucional estaría frente a una simple aplicación de la ley. Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien esblecida. Entre ellos son requisitos *sine qua non* los siguientes: 1. La interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); 2. En segundo lugar, la interpretación debe esta consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para determinar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, 3. La interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de estudio o para determinar los efectos y alcances de la parte demandada de la norma.

“Como estos criterios no tienen directa relación con los problemas de reconocimiento cultural, es necesario rescribirlos con esta finalidad”.

hace falta, además, constatar que el uso que se realiza de la expresión en la comunidad diferenciada es consistente, es decir, se tiene que demostrar constancia terminológica en la apropiación jurídica de las comunidades étnicas. En según lugar, se debe demostrar que la apropiación está consolidada, es decir, que ella es manifestación de un desarrollo histórico. Con ello no se quiere decir que la costumbre indígena sea tan rígida como para no inventar nuevos referentes comportamentales. Cuando ello se presenta se debe ser muy cuidadoso demostrando que este cambio se justifica desde los imaginarios de la comunidad. Finalmente, este tipo de argumentación exige que el estudio del uso de la expresión sea relevante para la solución del caso; si esto no ocurre, se habrá trabajado en vano.

A modo de conclusión

En la dogmática constitucional que trata de resolver el problema de la constitucionalidad de la costumbre indígena, ha hecho carrera un imaginario según el cual las herramientas que debe utilizar un operador jurídico en estos casos son los mínimos jurídicos, el test de proporcionalidad y la teoría del núcleo esencial¹¹. Ellos deben ser complementados con un cuarto método: el del derecho vivo, ya que además de estas reglas de derecho fijadas por la jurisprudencia, el operador debe hacer comparaciones culturales y ver el origen y el desarrollo de las interpretaciones propias de las comunidades étnicas diferenciadas. De esta manera se atenderá a las costumbres propias de la comunidad indígena y no a supuestos abstractos que el operador jurídico construye desde sus imaginarios culturales.

11. Cf. SÁNCHEZ BOTERO. *La aplicación práctica de la política...*, cit., capítulo 2, pp. 121 a 127.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIETA, AQUILES. "Expresiones en uso", en *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Universidad de los Andes y Legis, 2001, pp. 173 a 185.
- COPI, IRVING y CARL COHEN. *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2000.
- HABBA, ENRIQUE P. "Teorización constructivista como "forma de vida" (Sobre "reglas y formas" del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)", *Doxa*, n.º 21, I, 1998.
- LETICIA GIANFORMAGGIO. "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 87 a 108.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. Protección a niños, niñas y jóvenes indígenas*, t. I, Bogotá, Ministerio de Salud e Instituto Colombiano de Bienestar familiar, 2002.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *¿La cultura como clonación? Identidades o identificaciones*, t. II, Bogotá, Ministerio de Salud e Instituto Colombiano de Bienestar familiar, 2002.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y de protección al menor. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, t. III, Bogotá, Ministerio de Salud e Instituto Colombiano de Bienestar familiar, 2002.
- TWINING, WILLIAM y DAVID MILLERS. *How To Do Things With Rules*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1976.



HOMENAJE A FERNADO HINESTROSA
40 AÑOS DE RECTORÍA 1963-2003

Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 2003.

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos
con un tiraje de 1.000 ejemplares.
Bogotá, Colombia

Post Tenebras Spero Lucem