

DERECHO PUBLICO Y JUSTICIA:

Reflexiones teoricas del Derecho.

Autores Coordinadores
Juan Carlos de los Rios
Mireya Camacho Celis
Julio Cabrera Dircio



SELLO EDITORIAL
CORUNIAMERICANA



DehJüS
Sociedad, Justicia y Desarrollo Humano



SELLO EDITORIAL
CORUNIAMERICANA

**Derecho Público y Justicia;
Reflexiones sobre los retos del Derecho Público
y la Justicia en Colombia**

Autor Coordinador

Juan Carlos De Los Ríos Castiblanco
Mireya Camacho Celis
Julio Cabrera Dircio

Autores

José Miguel Gamboa
Milton Armando Gómez Cardozo
Juan Carlos De Los Ríos Castiblanco
Anacamila Hernández Moncada
José Ariel Parra Vega
Carlos Julio Agudelo Gómez
Yuliana Patricia Almanza Rojas
Stewing José Arteaga Padilla
Nicolás Sánchez Vélez
Javier Mendoza De La Rosa.
Edwin Mauricio Cortés Sánchez
Minelva Flor Simanca Gale
Patricia Helena Calero Pardo

Libro resultado de investigación, realizado a partir del trabajo colaborativo entre grupos de investigación y el desarrollo de propuestas que contribuyen al fortalecimiento de los indicadores de generación de nuevo conocimiento en el área del Derecho.

Derecho público y justicia: Reflexiones teóricas del Derecho / José Miguel Gamboa... [et al.]. -- Barranquilla: Corporación Universitaria Americana, 2018.

119 p. ; 17X24 cm.
ISBN: 978-958-5512-36-8

1. Derecho público y justicia -- Reflexiones -- Colombia 2. Postconflicto -- Efectos 3. Femicidio -- Violencia de género -- Corporación Universitaria Americana. I. Gamboa, José Miguel. II. Gómez Cardozo, Milton Armando. III. De los ríos Castiblanco, Juan Carlos. IV. Hernández Moncada, Anacamila. V. Parra Vega, José Ariel. VI. Agudelo Gómez, Carlos Julio. VII. Almanza Rojas, Yuliana Patricia. VIII. Arteaga Padilla, Stewing José. IX. Mendoza de la Rosa, Javier. X. Simanca Gale, Minelba Flor. XI. Cortes, Edwin Mauricio. XII. Calero Pardo, Patricia Helena. XIII. Sánchez, Nicolás.

303.6 D431 2018 cd 21 ed.
Corporación Universitaria Americana-Sistema de Bibliotecas

Corporación Universitaria Americana©

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 978-958-5512-36-8

DERECHO PÚBLICO Y JUSTICIA; REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS DEL DERECHO PÚBLICO Y LA JUSTICIA EN COLOMBIA

Autores Coordinadores:

© **Juan Carlos De Los Ríos Castiblanco**, © **Mireya Camacho Celis**, © **Julio Cabrera Dirccio**

Autores:

© **José Miguel Gamboa**, © **Milton Armando Gómez Cardozo**, © **Juan Carlos De Los Ríos Castiblanco**

© **Anacamila Hernández Moncada**, © **José Ariel Parra Vega**, © **Carlos Julio Agudelo Gómez**

© **Yuliana Patricia Almanza Rojas**, © **Stewing José Arteaga Padilla**, © **Nicolás Sánchez Vélez**

© **Javier Mendoza De La Rosa**, © **Edwin Mauricio Cortés Sánchez**, © **Minelva Flor Simanca Gale**

© **Patricia Helena Calero Pardo**

Presidente

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico Nacional

MARIBEL YOLANDA MOLINA CORREA

Vicerrector de Investigación Nacional

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO

Director Sello Editorial

JUAN CARLOS ROBLEDO FERNÁNDEZ

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y portada: Kelly J. Isaacs González

Corrección de estilo: Eva Luna Contreras Mariño

1ª edición: 11 de diciembre de 2018

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

Pares Evaluadores

Andrés Antonio Alarcón Lora

Ph.D Ciencias de la Educación

Universidad de Cartagena.

Juan Esteban Aguirre Espinosa

Mg. Ciencias políticas

Universidad Santo Tomás

Comité Científico

Carlos Lascarro Castellar

Mg. en Derecho

Universidad Nacional de Colombia

Emma Doris López Rodríguez

Mg. en Medio Ambiente

Pontificia Universidad Javeriana

Luis Fernando Romero Medrano

Mg. en Derecho Administrativo

Universidad Simón Bolívar

Diemer Lascarro Castellar

Mg. en Derecho con énfasis en investigación

Universidad Nacional de Colombia

Contenido

Prólogo.....	7
La transformación del régimen político colombiano; una aproximación metodológica y comparativa.....	8
<i>José Miguel Gamboa - Milton Armando Gómez Cardozo</i>	
Análisis de la inserción del pluralismo cultural como principio fundamental en las licencias ambientales en Colombia.....	30
<i>Juan Carlos De los rios Castiblanco - Anacamila Hernandez Moncada</i>	
EFFECTOS DEL POSTCONFLICTO: Una mirada crítica desde los Derechos Humanos	52
<i>José Ariel Parra Vega - Carlos Julio Agudelo Gómez - Yuliana Patricia Almanza Rojas</i>	
Los centros de rehabilitación jurídica para el postconflicto; una mirada al rol de las universidades en el postconflicto.....	74
<i>Stewing Jose Arteaga Padilla - Juan Carlos De los rios Castiblanco - Nicolas Sanchez Velez</i>	
Repercusiones sociales del postconflicto en la educación superior en Colombia; una mirada desde la responsabilidad social universitaria.....	86
<i>Javier Mendoza de la Rosa - José Miguel Gamboa</i>	
Conflicto armado en Colombia y justicia en caso de atentados contra la vida e integridad de mujeres y niñas.....	99
<i>Edwin Mauricio Cortes Sánchez, Minelva Simancas Gale, Patricia Helena Calero Pardo</i>	

Prólogo

Nunca había sido tan necesario profundizar y afianzar los conceptos básicos del derecho público y la justicia como en nuestros días. La dinámica social, las nuevas tendencias del derecho, así como la incesante necesidad de garantizar el respeto por los derechos humanos, hace indispensable una claridad conceptual que descansa sobre la base de la objetividad.

Me atrevo a afirmar, sin temor a equivocarme, que todo aquel que tome en sus manos este libro estará frente a una mirada crítica, objetiva e independiente de sesgos políticos, religiosos o agentes externos al terreno puro del derecho y su aplicación en los temas abordados. Se trata de un aporte a la formación de los nuevos profesionales del Derecho que necesitan ser permeados de la perspectiva de los derechos humanos.

El Derecho no puede seguir siendo estudiado con matices externos que afectan su espíritu solucionador de conflictos, abordando de manera irresponsable unas realidades que nos afectan a todos, porque todos somos el Estado y todos estamos llamados a materializar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y los tratados internacionales. Se requiere un abordaje del derecho con un alto grado de científicidad, así como una mirada ética y pacífica de la sociedad y sus realidades, conscientes de lo mucho que el derecho puede aportar.

Por consiguiente, cuando me pidieron realizar el prólogo de esta obra, no dudé un instante en aportar mi granito de arena, aunque fuera en la presentación de la misma, convencido y seducido por la calidad e idoneidad ética, profesional y como seres humanos de sus autores, quienes se han destacado por su trayectoria y su manera equilibrada de ver y ejercer el derecho. Se trata de profesionales, pero sobre todo de seres humanos con voz autorizada para enseñarnos lo que sus estudios y ejercicio profesional los han llevado a descubrir.

En este orden de ideas, si me pidieran que en pocas palabras definiera el texto que hoy se encuentra en sus manos, diría que se trata de una guía, un manual que contiene las reflexiones sobre el derecho público y la justicia; sobre todo una invitación a dialogar con autores serios, académicos y con alto grado de acierto en sus planteamientos.

Finalmente, deseo el éxito de sus autores, el disfrute de sus lectores y el crecimiento de la comunidad científica con este maravilloso libro.

Stewing José Arteaga Padilla

Abogado. Magister en Derecho, Universidad Externado de Colombia.

LA TRANSFORMACIÓN DEL RÉGIMEN POLÍTICO COLOMBIANO. UNA APROXIMACIÓN METODOLÓGICA Y COMPARATIVA•

José Miguel Gamboa *

Milton Armando Gómez Cardozo **

• Capítulo de libro, resultado de investigación del proyecto "Transformaciones Política", abordado desde el eje temático Transformaciones sociales de la Corporación Universitaria Americana

* Politólogo, Magister y Doctor en Ciencias Políticas, de la Universidad de Viena, Especialista en Estudios Latinoamericanos, del Instituto Austriaco para América Latina, docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. Correo. jgamboa@coruniamericana.edu.co

** Abogado Universidad Libre de Colombia. Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Defensor del Pueblo Regional Atlántico. Catedrático Corporación Universitaria Americana, Universidad de la Costa CUC. Correo electrónico: armandogo1@yahoo.es

Resumen

En este artículo se hace una aproximación al tema de cómo analizar la transformación de un régimen político y concretamente la incidencia del acuerdo de paz (Gobierno-Farc) en el régimen político colombiano. El objeto de estudio es entonces la epistemología de un proceso político en desarrollo que no es producto de la sustitución del régimen existente sino de un complejo acuerdo de paz. Este enfoque permitió aclarar los conceptos que se consideran imprescindibles para estudiar el periodo de referencia. Aclarar el marco conceptual permite que en una etapa subsiguiente de la investigación se pueda profundizar en el estudio de la transformación política misma.

Palabras claves: Régimen híbrido, transformación, conflicto, configuración, posconflicto.

Introducción

La reflexión epistemológica como paso previo al estudio de la transformación del régimen político es necesaria no solo por razones teóricas sino también para que haya un debate productivo sobre el proceso y no la simple reafirmación de convicciones inamovibles donde la carga ideológica aplasta el verdadero análisis. En un extremo y con gran resonancia se ha presentado el Acuerdo de Paz como una ruptura fatal y el comienzo de un nuevo régimen antidemocrático que incluye a la guerrilla en el bloque de poder. Por el contrario, en algunos círculos consideran que no hay ningún cambio sustancial sino un simple desarme de la guerrilla.

Ante la ausencia de un cambio político radical no es de esperar a corto plazo que el cambio pactado se refleje en variaciones sustanciales en los indicadores económicos y sociales habituales, salvo los que registran el número de víctimas de la violencia. Las encuestas de opinión sobre el proceso de paz tocan otro nivel: el de la percepción ciudadana en momentos determinados del presente y con frecuencia bajo la influencia de su propia percepción del pasado del conflicto. En cambio, sin excluir el pasado, las expectativas y cálculos estratégicos de los actores más relevantes en esta coyuntura apuntan hacia el futuro y en gran medida lo pre configuran. Las posiciones políticas y las coaliciones (configuración política) constituyen el terreno donde se decidirá si efectivamente el Acuerdo de Paz sigue con vida y entra definitivamente a una etapa de posconflicto. En caso negativo el Acuerdo puede volverse reversible, y podría comenzar una etapa anti-acuerdo y de regresión política. El concepto de configuración política cubre gran parte del espacio de la configuración causal que explica el contenido y la forma del proceso de transformación política.

Naturaleza y alcances del problema investigado

Las negociaciones de paz en Colombia se pueden inscribir en una tendencia global, pues al menos desde el fin de la Guerra Fría (1990) un gran número de conflictos armados internos desembocaron en acuerdos de paz antes de llegar a una solución militar definitiva. Por otra parte cabe anotar que importantes cambios políticos, como los de Europa del Este han podido evitar la violencia o reducirla. En cuanto al contenido, algunas transformaciones como las de la “primavera árabe” especialmente en Egipto y Libia quedaron detenidas a mitad de camino.

La literatura sobre transición política surge propiamente en los años 70 mirando al sur de Europa, a Brasil y el Cono Sur y al repentino y radical cambio en toda Europa del Este y la Unión Soviética. Emblemático por varios motivos es el estudio de O'Donnell y Schmitter (1988), sobre las transiciones en Latinoamérica que no condujeron directamente de la dictadura militar a la democracia liberal sino que se estabilizaron en alguna forma de “democracia con adjetivos”, es decir, como un régimen político híbrido.

El esfuerzo por captar lo fundamental de las transiciones políticas ha llevado a autores como Acemoglu y Robinson (2001) a comparar casos de lenta pero irreversible ampliación de la democracia (electoral), como en Inglaterra frente a un relativamente rápido pero reversible establecimiento de la misma en Latinoamérica. Golpes y dictaduras militares han sido, por ejemplo en Argentina el principal mecanismo de reversión en estas tierras. De paso hay que anotar que en Colombia no son los golpes de estado militares el instrumento para las regresiones anti-democráticas pues estas han recorrido otros caminos. Acemoglu y Robinson (2001), construyeron un modelo de análisis muy simplificado pero productivo que relaciona la capacidad de “los pobres” (mayoría) de amenazar con “revolución” como el factor que lleva a que “los ricos” (minoría) a hacer concesiones democráticas. El modelo se amplía y se hace más complejo para incluir el resultado más frecuente históricamente: el de las soluciones de compromiso. En este modelo la transformación democrática no es producto de una adhesión a una normatividad superior o a un proyecto político revolucionario o de izquierda sino que es fruto de cálculos estratégicos de corto y mediano alcance, de ponderación de costos y maximación de ventajas. Se supone entonces que los sujetos políticos opuestos (“ricos” y “pobres”) actúan como jugadores racionales.

El estudio del cambio político en Colombia, que ocupa un lugar importante en la monumental Nueva Historia de Colombia (Tirado, Jaramillo, Melo & Bejarano, 1988), fue estimulado por el “desmonte” del Frente Nacional que corrió paralelo con la pérdida de terreno de la oligarquía cafetera a favor de una hegemonía compartida con otros grupos financieros más nuevos mientras que en el terreno político los partidos tradicionales entran de lleno en un proceso de fraccionamiento personalista. El análisis político no-coyuntural se apoyó por un tiempo en el estudio del desarrollo económico (Tirado Mejía, 1977) y la cuestión agraria. La fundación en 1986 del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales-IEPRI- de la

Universidad Nacional y en 1987 de su revista *Análisis Político* y experiencias similares en otras universidades facilitaron la consolidación de los estudios políticos como un campo autónomo.

Los trabajos de historia económica permitieron inicialmente describir la formación de la burguesía, la persistencia y expansión de la gran propiedad terrateniente y su correlato de empobrecimiento campesino, los ciclos económicos, la dependencia y el surgimiento de los movimientos sociales de obreros, campesinos e indígenas. Pero también se encontraron otros ángulos de análisis como el enfoque comparativo de regímenes políticos latinoamericanos de Marco Palacios (1971) para explicar la ausencia de populismo en Colombia. También por los mismos años 70 la mirada de activistas sociales y de algunos historiadores como Gonzalo Sánchez (1976) se dirige hacia los años 20 y las luchas sociales y políticas de entonces. Particular atención mereció el primer impulso de orientación socialista que fue contenido en 1930 por el regreso del partido liberal al poder después de casi medio siglo de hegemonía conservadora. Por este camino se redescubrió al gaitanismo y se llegó a los estudios de la violencia de los años 50 y del nuevo ciclo que se inició a mediados de los años 60.

La historia del pasado inmediato se empató entonces con el análisis del presente político, se tematizaron nuevos aspectos de la realidad y se utilizaron nuevos instrumentos para analizarlos. El bloque temático ligado a los estudios de violencia fue como una antesala para un despliegue en los años ochenta y noventa de nuevas categorías con funciones descriptivas o analíticas. Al lenguaje académico entraron términos como conflicto armado, derechos humanos, minorías, sociedad civil, declive de los partidos tradicionales, fuerzas alternativas, internacionalización de la justicia, territorialidad, etc. Un lugar especial han ocupado los estudios del desarrollo constitucional que con la nueva Carta de 1991, el paradigma del neo constitucionalismo y la internacionalización de la justicia, recibieron un nuevo impulso y tuvieron que encarar nuevas problemáticas (Manquard, 2011).

Recientemente los estudios de transición en Colombia dan cuenta de una perspectiva que fue descubriendo que poner fin al conflicto armado no implicaba una transición política como la estudiada por O'Donnell y Schmitter (1988), donde una democracia recortada reemplaza a un régimen autoritario. Esto ya había sucedido en cierta manera con el paso de la dictadura militar de Rojas al régimen del Frente Nacional, con su desmonte controlado en los años 70, con la ampliación democratizadora

consignada la Constituyente de 1990 que paradójicamente fue seguida por el autoritarismo del gobierno de Uribe, antesala de la apertura de Santos. Fue en el periodo de Uribe cuando el gobierno habló por primera vez de Justicia Transicional para convenir el desarme de los grupos paramilitares y motivó el interrogante en el libro de Uprimny (2006) “¿Justicia transicional sin Transición?”.

Diversos estudios relativizaron las posibilidades políticas de la guerrilla y señalaron como una de las causas el carácter híbrido del régimen. Entre las investigaciones que se ocuparon de estos aspectos está uno en el que participó el mismo Uprimny y otros destacados investigadores colombianos coordinados por Marc Chernick (2005). Aquí se parte de que el final de las dictaduras militares en Latinoamérica y la solución de los conflictos armados en Centroamérica han dado vía libre a regímenes que no sobrepasan el nivel de una “democracia electoral” (“delegaría” según O’Donell). Una causa es que las instituciones estatales son antidemocráticas al menos en algunas zonas (“oscuras”, rurales, alejadas del Estado). Aunque formalmente esas instituciones son democráticas, en la práctica, especialmente fuera de las grandes áreas urbanas, se comportan como actores políticos. La lucha por superar el abuso y la manipulación de las instituciones y por lo tanto contra el clientelismo, el particularismo y la corrupción permitirá, según el estudio de Chernick (2005), avanzar de la “democracia electoral” hasta el nivel de una “democracia liberal” donde el elemento participativo es muy alto. Solo con un alto nivel de bienestar y calidad de las instituciones se puede hablar de “democracia avanzada”. El primer comentario que se puede derivar de este modelo es que luchar contra una dictadura (que puede colapsar) para sustituirla por la democracia así sea solamente electoral, es muy diferente que confrontar una “democracia electoral” o “liberal” esgrimiendo un programa formalmente democrático avanzado. Si en el primer caso se podía legitimar el uso de la confrontación armada, en el segundo eso es casi imposible. El régimen interactúa con la población y con la guerrilla misma no solo desde sus aspectos antidemocráticos sino también desde los democráticos.

Frente al conflicto armado y otras formas de violencia, el análisis de Chernick (2005), recomendaba cuestiones como fortalecer y ampliar “el estado legal” y reducir las “áreas grises” y “salvajes” donde campean expresiones autoritarias. Por otra parte, ante lo que consideraba una grave crisis humanitaria, recomendaba - como casi todos los investigadores- garantizar los derechos humanos y civiles. En este punto hay que anotar que aunque el problema no se ha resuelto a cabalidad, hay un crecido número de militares y políticos

condenados o investigados por violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

El interés por la paz como instrumento de una transición democrática se fue ligando cada vez más a los estudios de la heterogeneidad (hibridad) del régimen. En unos casos se abordó este fenómeno analizando la misma construcción del Estado y el proceso de desarrollo como en Zinecker (2007) y González (2014), en otros registrando la “captura del Estado” en ciertas regiones (Garay 2008) y las relaciones sociales que rodean al paramilitarismo y la parapolítica (Gamboa, 2001) o la instrumentalización de partidos políticos y pervisión de las elecciones (López 2016). Dentro de esta tendencia de análisis que es mucho más amplia y rica de lo que aquí se puede sugerir, ocupa un lugar muy importante el análisis del despojo de tierras de los campesinos, la destrucción de sus organizaciones y las posibilidades que podría abrir la paz al movimiento campesino (Reyes, 2016; CNMH, 2017).

El uso de estos recursos investigativos se acotará en el apartado dedicado a los métodos.

El análisis del proceso de paz necesita conceptos que puedan dar cuenta del punto de partida, es decir del régimen vigente y de desarrollos que se superponen. Mientras algunos instrumentos y pasos convenidos estuvieron listos casi a comienzos del proceso (como los referentes a las víctimas) y otros dentro de los plazos convenidos (léase dejación de armas por las Farc), los referidos a la justicia transicional siguen en trámite. La actividad de las Farc como político legal, que sería un paso propio del posconflicto, comenzó a pesar del margen de inseguridad e incertidumbre que rodea al proceso en su conjunto.

El concepto de “configuración causal” (Ragin, 2007), al favorecer el estudio de la combinación de factores -configuración política- se corresponde con proceso que queremos estudiar.

El punto de partida que no es otro que el régimen político colombiano también es un conjunto de elementos heterogéneos y contradictorios. Ese régimen da origen al conflicto con el cual interactúa, lo enmarca y condiciona. Partiendo del régimen también se pueden entender complejidades del proceso de paz. El concepto de régimen híbrido es convergente con otras categorías y denominaciones (democracia defectuosa, delegaría, etc.) ganadas en el estudio de las transiciones y transformaciones.

Transformación es el concepto más adecuado para entender las dimensiones macro del proceso que tiene como horizonte un posconflicto que habría que consolidar. Pero la dirección de una transformación puede variar hasta el punto de ser regresión y eso no porque haya sucedido varias veces en todo el mundo sino porque las características híbridas del régimen y las características del conflicto y la negociación dejan espacio para movimientos en direcciones opuestas.

La dinámica que está presente en todo este instrumental conceptual se origina finalmente en el mismo concepto de la política que se abordara utilizando diferenciaciones de la ciencia política.

Dimensiones conceptuales de la política

El concepto de política es entendida aquí como un conjunto de acciones y proyectos relativos a la conducción de la sociedad. La política involucra tres dimensiones: el proceso político real (*politics*), el marco normativo (*polity*) y la política pública (*policy*). En la práctica estos tres componentes siempre están relacionados entre sí incluyendo tensiones y contradicciones pero su diferenciación favorece el análisis.

La dinámica política puede verse como una relación de dos dimensiones: régimen y sistema. En este caso se entiende el régimen político como el conjunto de normas constitucionales y procedimientos aceptados. El sistema político es un concepto de mayor cobertura pues incluye todas las formas de hacer política y las relaciones de la política con otros componentes del sistema social como la economía y la cultura. Entre régimen (norma) y sistema como práctica real hay coherencia y/o divergencia: la realidad de la Constitución y lo fáctico de la política.

Régimen híbrido

Régimen híbrido significa en este artículo en primer lugar la transición no concluida de un régimen autoritario a uno liberal democrático. En el caso colombiano el carácter híbrido se manifiesta en la presencia tanto de factores democráticos como antidemocráticos en el proceso político real, en el funcionamiento de las instituciones como si fueran un actor político más (Chernick, 2005) y en las limitaciones y la heterogeneidad de la sociedad civil (Zinecker, 2007).

La pérdida del monopolio de la fuerza por parte del Estado acentuó el

carácter híbrido del régimen al dejar espacios para la formación de “enclaves autoritarios” donde predominan poderes fácticos y proliferan diversas ilegalidades y formas de violencia.

La sociedad civil se entiende aquí en el sentido propuesto por Zinecker (2007) como un espacio variable de acciones ciudadanas, situado dentro del triángulo delimitado por el Estado, la economía y la familia. La sociedad civil, en Colombia, también tiene un carácter híbrido, su independencia es contingente, sus actitudes pueden ser democráticas o no y la cultura que la orienta puede oscilar entre autoritarismo y liberalismo. El paso de la violencia política a la paz pactada se consolidará si puede interiorizarse en la sociedad civil como una cultura de convivencia.

El concepto de régimen híbrido puede hacer también referencia al limitante estructural en la modernización capitalista en Colombia. En este sentido remite al proceso de desarrollo económico que se estructura en torno a la captación de la renta cafetera por parte de la oligarquía tradicional desde fines del siglo 19, proceso que culmina en la hegemonía de grandes grupos financieros. En este proceso el modo de producción no se ha vuelto exclusivamente capitalista y no se ha presentado una ruptura anti oligárquica sino una “desoligarquización” gradual y controlada (Zinecker).

Epstein, Bates, Goldstone, Kristensen y O’Halloran (2006) dan el nombre de “democracia parcial” (partial democracy) al régimen de la mayoría de países del mundo (incluyendo a Colombia) que están situados entre el bloque de países de régimen autoritario y los de democracia consolidada. Esas democracias parciales pueden moverse en ambas direcciones aunque la mayoría de cambios registrados en los 41 años analizados han sido para mejorar su calidad política. Colombia aparece en ese grupo de democracia parcial con la anotación de que en ese lapso ha tenido movimientos en direcciones opuestas.

Transformación política

Para la construcción del análisis que nos proponemos es necesario hacer una diferenciación en el concepto de “cambio” según haga parte de una continuidad o de una ruptura. Esta última es un “cambio de régimen político” tiene una contundencia y una dimensión mayores que un “cambio en el régimen”. El proyecto guerrillero estuvo ligado al impulso de una revolución que no solo sería una ruptura con el régimen vigente sino la posibilidad

para construir uno nuevo y superior. Por años la voluntad revolucionaria intentó compensar la falta de posibilidades reales de triunfo hasta que las Farc descubrieron - como otras guerrillas - que tenían que transitar el camino de las reformas y la legalidad y empezar ese viraje con un pacto de paz con el gobierno. Cuando el nuevo partido legal Farc cuente el proceso de reflexión adelantado dentro de la vieja guerrilla posiblemente se conocerán argumentos parecidos a los expresados por un analista que, sin ser original sino en coincidencia con otros investigadores, desde otro contexto y sin necesidad de justificarse políticamente, decía:

Para que se produzca una revolución no es suficiente que haya un mal gobierno o que se cometan muchas injusticias. Es necesario que se haya producido una disfuncionalidad múltiple en la sociedad y en su sistema político: que se haya perdido la capacidad de proporcionar canales de participación a las nuevas fuerzas sociales y de dar acceso a nuevas élites al gobierno; y que haya, además, el deseo vehemente de nuevas fuerzas sociales de participar en la vida política (Arnoletto, 2007).

Como la incidencia de un conjunto de reformas es mayor si estas hacen parte coherente de un proyecto de futuro, Demirovic (2012) propone usar el término transformación para indicar una calidad y potencialidad mayores. Se trata de un cambio parcial en el régimen en el cual pueden converger impulsos desde “arriba” y desde “abajo”. Este puede ser iniciado por una de las fracciones de la élite en el poder en medio de un enfrentamiento interno o por actores políticos que luchan por una mayor influencia pero que no tienen la fuerza necesaria para convertirse en fuerza hegemónica capaz de sustituir el régimen vigente.

El cambio parcial puede consistir en una apertura del régimen (polity) para que participen actores que estaban excluidos, puede incluir reglas más liberales del juego político (politics) y nuevas coaliciones o variaciones en la política pública (policy). Según Demirovic (2012) el alcance de una transformación va más allá de las reformas inmediatas si los sectores alternativos se mueven también con un cálculo estratégico orientado a la creación de un nuevo orden social y político y no solamente a reformar lo existente.

En este artículo el Acuerdo de Paz hay se examinó desde dos perspectivas pues es una variable que cambia su función. El acuerdo fue “variable dependiente” en la medida en que era un producto condicionado por fuerzas

que negociaban o que podían aprobarla o cuestionarla. Y también es variable dependiente porque se podía explicar por factores específicos que anidan en el régimen político y en el mismo conflicto armado. Por otra parte, el acuerdo de paz se convierte en variable independiente en la medida en que se puede considerar como un hecho irreversible que “causa” efectos evidenciables como las reacciones políticas actuales y en el futuro inmediato. En cuanto variable independiente es entonces constitutiva de discursos y nuevas realidades políticas.

El alcance atribuido a la relación entre la paz convenida y el sistema político, es decir, la productividad política del posconflicto, en gran parte depende de los lastres y posibilidades presentes en el mismo sistema que se quiere transformar. Sin embargo, de manera inmediata y a corto plazo depende de cómo se traten las huellas dejadas por el conflicto armado que termina.

Hay entonces una restricción implícita en los alcances de la transformación política dado que esta no comienza con una “ruptura” ni cuenta con el impulso de un movimiento de masas “desde abajo” sino con un acuerdo puntual de paz y una propuesta de reformas. La consulta popular de octubre de 2016 que en medio de una alta abstención desaprobó el Acuerdo de La Habana complicó el trámite de las reformas y la misma construcción de una coalición de gobierno para el próximo periodo. Hay un margen de incertidumbre que en el peor de los casos puede convertirse en una reversión.

En el manejo de los conceptos centrales referidos al cambio político se intentado atender las precauciones de Alvarado (2009) cuando dice:

El tardío desarrollo de las reflexiones sobre el cambio político provocó una prodigiosa proliferación de teorías, así como un uso poco esmerado de algunos conceptos politológicos esenciales. No obstante, un análisis general de las diversas teorías aparecidas desde entonces desvela la existencia de un panorama mucho más ordenado, ya que todas las teorías sobre el cambio político han de responder al menos a tres preguntas y, por lo tanto, pueden ser ordenadas con arreglo a los siguientes criterios: a) cuáles son las variables que actúan en el cambio y qué influencia ejercen; b) ¿es suficiente con explicar o hay que predecir? y, en caso de aceptar que es preciso realizar ejercicios de prognosis, ¿cuál será su alcance?; y c) ¿equivale el análisis de los procesos de cambio a estudiar las diferentes etapas en las que éste se

descompone, o exige además estudiar las diversas trayectorias que podrían haberse trazado tras cada etapa, es decir, nos fuerza también a buscar los lazos que unen una fase con otra?

Aquí explicitado la cuestión de las variables y se han hecho pronósticos de corto alcance en su dimensión temporal pero claves en cuanto a precisar condiciones que permitirían un posconflicto. El punto c) sobre etapas y lazos entre fases se ha cubierto con el concepto de configuración causal.

Para completar y “controlar” el análisis conceptual se hace una aproximación al tema utilizando instrumentos comparativos.

Comparaciones internacionales

Las negociaciones del Gobierno de Uribe con los paramilitares fueron el motivo para que se debatiera por primera vez en Colombia el tema de la Justicia Transicional y para que Uprimny introdujera el enfoque comparativo (internacional). El objetivo de esa comparación era el de tener referencias para elaborar una forma de justicia transicional que sirviera a la paz pero a la vez a tuviera presente a las víctimas del conflicto. Conceptualmente un aporte importante de la comparación fue mostrar que los modelos de justicia transicional tienen una estrecha relación con el tipo de transición política que se vive en un país. Los modelos que toma en cuenta este autor son:

1. “Perdones amnésicos” para facilitar, mediante el olvido, negociaciones y reconciliación (España y las amnistías en Colombia).
2. “Perdones compensadores” a cambio de contar la verdad y reparar a las víctimas (Chile -que luego incluyó condenas- y El Salvador).
3. “Perdones responsabilizantes” que combinan justicia y perdón para facilitar la transición y la reconciliación (Sudáfrica).
4. “Transiciones punitivas” (Nuremberg, Yugoslavia, Ruanda) basada en el criterio de que el castigo a los responsables permitirá fundar un orden democrático.

Un contenido relativamente similar se encuentra en los cuatro modelos de Cortés (2007): “1) el modelo de perdón y olvido, 2) el modelo centrado en la verdad y la reconciliación, 3) el modelo retributivo o punitivo y 4) el modelo de complementación” (Cortés, 2007, p.64 citado por Abuchaibe, 2017).

Por otra parte Uprimny dejó abierto el interrogante de cómo usar la

justicia transicional si no había transición. A la altura de 2011 era evidente que no había ninguna transición política y mucho menos cuando la negociación no era entre fuerzas adversarias sino convergentes (Gobierno de Uribe y paramilitares). Ahora en 2017 se está ante un acuerdo convenido entre fuerzas adversarias (Gobierno y Farc), la fórmula de Justicia Transicional tiene una justificación mayor, es mucho más compleja que la anterior. Si bien puede pensarse que hay una transición de un estado de conflicto armado a un posconflicto en paz, esto no equivale a un cambio de régimen pero si puede ser una transformación en el sentido antes anotado.

Hasta ahora se han aclarado aspectos conceptuales (marco teórico) y por esa vía se ha delimitado el objeto y reconocido instrumentos de análisis pero es necesario precisar desde un nivel empírico y comparativo otras características del proceso de paz y sus actores.

Haremos entonces una comparación internacional a partir de unos pocos pero importantes ejes.

1. Autonomía: los actores no actuaron comandados desde el exterior ni hubo una negociación entre potencias extranjeras por encima de las partes del conflicto. Estos usaron en lo posible el margen de juego político, realizaron un aprendizaje y movieron sus condiciones hasta que finalmente optaron por “el mejor Plan B”. Las campanas de defensa de los derechos humanos que ya habían repercutido en la Constitución de 1991 habían sido interiorizadas por amplios sectores de población y constituyeron una presión a favor de una paz negociada. (Ver Tabla 1).

Tabla 1
Generación de la Justicia Transicional en un conflicto con mayor o menor Presión internacional

Autonomía de los actores para generar Justicia Transicional	Presión internacional	Justicia Transicional: acuerdo o imposición externa
Margen amplio	Baja	Acuerdo interno
Margen estrecho o ninguno	Alta	Imposición

Fuente: (Gamboa & Zackrisson, 2001).

2. Justicia Transicional: Los criterios y mecanismos fueron desarrollados e interpretados por los dos actores más relevantes (Gobierno y guerrilla) pero también por el Congreso y sectores de la sociedad civil y no por un Tribunal Internacional como sucedió en ex-Yugoeslavia. Las partes reconocen sin embargo el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional consagrado en tratados internacionales firmados por Colombia. Frente a crímenes de guerra las partes al negociar la paz renunciaron de hecho a una “transición punitiva” en la cual la parte vencedora juzga a la parte vencida. Formalmente las partes se han alejado de variantes como “silencios” o “intercambio de perdones”. Cuando comience a funcionar la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP- se podrá apreciar si la tendencia es hacia “perdones responsabilizan téis” (Uprimny) o hacia “intercambio de perdones” Las víctimas individuales y colectivas ocupan un lugar importante como demandantes de justicia, reparación y garantía de no repetición. (Ver Tabla 1)

3. Contar la verdad, pedir perdón y hacer memoria: Estos instrumentos tienen un gran peso simbólico y son innovadores incluso comparados con la experiencia de Sudáfrica. Se trata de instrumentos muy delicados que al utilizarlos someterán a duras pruebas la consolidación del posconflicto. Su interiorización en la cultura política constituiría gran cambio en los valores de la sociedad civil.

4. Duración y extensión del conflicto: El conflicto armado colombiano, a pesar de mantenerse vivo por medio siglo, no copó todo el espacio político y no alcanzó a estructurar la política en un nivel como el que se dio en El Salvador y Sri Lanka para no hablar de casos africanos o del mundo árabe. Por fuera de las zonas más directamente afectadas por la guerra y a pesar de graves violaciones de derechos humanos y eliminación de opositores, hubo en Colombia una intensa actividad de actores políticos de diversas orientaciones incluyendo de oposición, se desarrollaron iniciativas desde la sociedad civil y actuaron con distinta intensidad movimientos sociales. En los medios de comunicación hubo manipulación pero también desde hace algunos años se debatieron posiciones encontradas. Estos procesos contradictorios se juntan al hecho de que el conflicto armado fue para unos una experiencia muy presente para otros muy lejana y por lo mismo la paz es para un muy urgente y para otros no. (Ver Tabla 2).

Tabla 2
Constelación de fuerzas al final de un conflicto armado interno y Configuración Política resultante.

Actor armado A	Actor armado B	Actores no armados C	Configuración política
Estado	Insurgente	Partidos, soc. civil	Resultante
Derrotado	Vencedor	Debilitados	Hegemonía B
Vencedor	Derrotado	Debilitados	Hegemonía A
Fortalecido	Debilitado	Debilitados Fortalecidos	o Acuerdo entre fuerzas asimétricas (consenso) o coalición mayoritaria de 2 actores

Fuente: (Gamboa & Zackrisson, 2001).

Ante la negociación de la paz y la correspondiente disminución del enfrentamiento militar “paradójicamente” se profundizó la fractura en seno de las elites gobernantes y también en la sociedad civil. Las fuerzas opuestas al acuerdo han estado muy activas debatiendo la política de paz del gobierno y por otra parte las instituciones de control han ejercido sus funciones sin restricciones. La insurgencia guerrillera colombiana vulneró la centralidad del Estado y la unidad territorial en una escala limitada ni remotamente comparable con lo que sucedió en Somalia y en Libia. El conflicto tampoco fue acompañado de una grave crisis económica como la que vivió Nicaragua durante la guerra de la “Contra” o la que vive Venezuela actualmente. La situación colombiana que comparada con estos casos tiene ventajas, ha sido interpretada por algunos sectores de derecha como un argumento para exagerar la fortaleza del Estado y decir que no había necesidad de un acuerdo de paz con una guerrilla que había recibido fuertes golpes. La guerrilla tuvo una ventaja frente al Estado y era la posibilidad de manipular mejor el factor tiempo.

5. Preponderancia civil: Al final de conflicto fue notorio el aumento del peso del “poder civil” y la subordinación institucional de las Fuerzas Armadas a pesar de que hubo una abierta campaña para que estas interpusieran un veto a las negociaciones y al acuerdo. Por otra parte, la negociación en realidad no ha sido solo de dos partes beligrantes (gobierno-Farc). El gobierno contó para la paz con el apoyo de algunos partidos de oposición (izquierda y verde) y sectores de la sociedad civil. No cristalizó una oposición militar como se temía dada la actitud de algunos ex-oficiales. El gobierno y la misma negociación fueron apoyadas por las Fuerzas Armadas. La oposición correspondió a una

fuerza de derecha que aspira a un triunfo electoral en 2018 para tomar las riendas del Estado y revisar el Acuerdo de Paz.

Indicadores globales

Mencionaremos solo dos indicadores internacionales que se actualizan cada año y que abarcan un espectro amplio de componentes. Estos instrumentos de análisis comparativo son producto del interés por las transiciones políticas. En este sentido deben ser tenidos en cuenta de una manera crítica porque reproducen la convicción de que hay una relación positiva entre la calidad del régimen político, la solución de problemas sociales, fortalecimiento del sindicalismo, derechos humanos y medidas neoliberales como la desregulación del mercado.

En el Bartelsmanns Transition Index figuran 129 países en desarrollo y/o transición. En este índice de transformación democrática en 2015 Colombia - catalogado como democracia defectuosa- ocupaba junto a Kosovo y Macedonia el puesto 44 con 6.5 puntos sobre 10. En Latinoamérica los tres mejor situados fueron Uruguay con el puesto 1, Costa Rica el 7 y Chile el 9. (BTI Blog, 2016).

En el Fragile States Index (FSI) se toman en cuenta 12 factores que cubren la calidad de la organización estatal, la política, la economía, aspectos sociales y demográficos así como la autonomía nacional. Para cada factor, la calificación 1 corresponde a muy sólido y 10 a muy frágil. En total 12 para muy sólido y 120 para muy frágil. En el informe de mayo de 2017 que cubre 178 países Colombia recibió 78,9 de 120 puntos negativos manteniendo desde 2006 una tendencia a la mejoría. En comparación Sudán del Sur, el Estado más frágil tuvo 112,9 puntos negativos y Finlandia, el mejor calificado, 18,7 (Fund For Peace, 2018).

Estos índices internacionales tienen un componente cuantitativo muy importante pero incluyen también evaluaciones producidas por investigaciones cualitativas. Por otro lado, la ubicación en rangos intermedios en los dos índices que estamos registrando, son consistentes con las diversas calificaciones sobre la calidad “defectuosa” o “parcial” de la democracias colombiana en los estudios comparativos.

Respecto a factores sociales y de bienestar así como a “transición económica” -formulado en términos neoliberales- también aparece Colombia en un rango intermedio que vuelve a aparecer en los.

Indudablemente las elites han promovido dentro del país la imagen de un país democrático consolidado pero con problemas sociales y de seguridad y esto contrasta con los indicadores internacionales y la evaluación de especialistas nacionales y extranjeros. En los indicadores y en los estudios sobre regímenes híbridos y democracias defectuosas se reconocen avances en Colombia pero muchos déficits en la calidad política y no solamente por la guerra o el narcotráfico. Posiblemente esa visión más realista que hay en el exterior tenga que ver con el amplio apoyo internacional a las negociaciones de paz que se explica además porque tiene mucha fuerza el paradigma de considerar la paz como un instrumento para construir democracia.

Según esos índices, el Estado colombiano habría entrado en negociaciones con las FARC cuando estaba atravesando un periodo de lento fortalecimiento. En cuanto a las Farc, parece que había experimentado un debilitamiento, pues el número de combatientes desmovilizados fue de siete mil, cuando años antes se habían mencionado cifras mucho más altas. En El Salvador, que solo tiene 21,000 Km² y cabría en Colombia más de 50 veces y siete millones de habitantes (en Colombia 6 veces más), el FSLNM había desmovilizado un número de combatientes igual (Efe 27.06.1992) o mayor (Efe 22. 11. 1992) que el de las Farc. Estos datos pueden explicar en parte la mayor incidencia política de la (ex)guerrilla salvadoreña. La incidencia de la variable “tiempo” es más difícil de evaluar pero también muy desigual: 10 años en el Salvador y 50 en Colombia.

Algunos cambios políticos en Colombia han correspondido más a la inercia de la modernización del sistema social que a transformaciones buscadas conscientemente por determinados actores. Pero aún frente a imperativos sistémicos los actores pudieron oponerse a esos cambios en una típica actitud conservadora o los aceptaron desde una posición pragmática, liberal o modernizante usando lógicas propias de la maximización del poder o la ganancia o por motivos más altruistas.

En el caso colombiano, algunos cambios “en el régimen” como el lento desmonte del Frente Nacional y la aprobación de la reelección presidencial han sido adecuaciones convenidas en el seno de las élites dominantes. En cambio, en la Constituyente de 1990-1991 y en la actual negociación de paz, han participado fuerzas que estaban por fuera o en contra del régimen. Entonces se puede considerar que en estos casos ha habido cambios substanciales que vinculan nuevos actores y procedimientos más incluyentes.

De las tres últimas negociaciones de paz con grupos armados ilegales las de 1990 y de 2016-2017 fueron con guerrillas de izquierda que se enfrentaban al Estado y la del 2003 al 2006 con grupos paramilitares que defendían el régimen. El respaldo recibido por cada negociación ha sido diferente y ha dependido de la configuración política que en cada caso ha surgido según los posicionamientos y correlación de fuerzas entre diversos actores. En 1990 hubo una amplia mayoría multicolor de apoyo al acuerdo de paz con el M19 y a la Asamblea Constituyente que en alguna medida reflejaba el rechazo a los crímenes políticos y el terrorismo que se suponía habían sido realizados exclusivamente por la mafia en esa época. En contraste, la negociación con los paramilitares fue lo más alejado de un consenso y esquivó toda medición de respaldo en las urnas pero introdujo por primera vez en Colombia el uso de la justicia transicional para facilitar el desarme de un grupo ilegal. La negociación con las Farc, a diferencia de las anteriores, se da en medio de una fuerte fractura en las elites del poder, ha sido sometida a múltiples filtros institucionales y observación internacional y ha sido cuestionada por una fuerte oposición comandada desde la derecha que ya fue capaz de ganar el referendo de octubre de 2016 y aspira a triunfar en las elecciones de 2018.

Con las negociaciones de paz (2015-2017) el régimen político colombiano demostró una vez más su continuidad y su legitimidad salió fortalecida a nivel internacional y en menor grado internamente. Sin embargo, la implementación del Acuerdo de Paz puede ser frustrada por factores propios de la negociación política como el forcejeo entre promotores y adversarios del Acuerdo pero también factores exteriores a la negociación o anteriores a ella como la corrupción y el clientelismo que minan el sistema político involucrando no solo a funcionarios públicos y políticos profesionales sino también a personajes de la élite económica.

El estado colombiano no estaba al borde de colapsar por reaccionario como decía la explicación apocalíptica radical con la que se pretendía provocar un gran movimiento de masas anti sistémico y/o legitimar la continuidad de la guerrilla. Tampoco era el caso de una democracia simplemente amenazada por el terrorismo, como se diagnosticó desde la orilla del autoritarismo para bloquear cualquier negociación con la guerrilla que no condujera a su derrota.

CONCLUSIONES

Una investigación responsable sobre la transformación del sistema político colombiano puede apoyarse en enfoques e instrumentos que se han venido construyendo desde hace varias décadas tanto en el exterior como dentro del país. Los conjuntos de conceptos aquí mencionados sobre política, conflicto, régimen híbrido, transformación, paz e incluso los indicadores globales han estado disponibles desde hace mucho tiempo pero el ambiente ideologizado y sectario que iba de la mano con el conflicto armado interno era suficiente para impedir la utilización de ese tipo de argumentación y menos cuando se traducían a propuestas políticas que apostaban por una transformación sin heroísmos ni sacrificios pero sí con algo que en este tiempo fue escaso y poco conocido: la conciencia cívica y el valor civil.

La marcha de los acontecimientos ha lanzado su veredicto sobre varias cosas y una de ellas es la de los esquemas argumentativos: el posconflicto requiere de muchos factores y uno de ellos es el pensamiento alerta.

La incidencia y dinámica de una transformación democrática en Colombia se tiene que reflejar fundamentalmente en las zonas rurales donde se acumulan más factores negativos (para estado, parapolítica, paramilitarismo, pre modernidad, pobreza, concentración de la tierra, etc.). Sin embargo, la transformación del mundo rural que se postula en el Acuerdo de Paz y con mayor razón las reivindicaciones históricas del movimiento campesino en gran parte dependen de que lo que se pide para el campo pueda converger con proyectos de fuerzas alternativas de tipo urbano y que estas adquieran relevancia y peso político. El rumbo del posconflicto y de la transformación del régimen político inevitablemente pasa por la relación mayoría-minoría propia de las pruebas electorales y los movimientos de la sociedad civil.

Suponiendo que se logra una configuración política que preserve en lo fundamental el Acuerdo de Paz, ella incidirá de manera desigual en el comportamiento de los indicadores pero definitivamente se hará sentir en la lectura de los mismos. Esto último porque la pregunta clave es: ¿a qué régimen político corresponden los indicadores?

Referencias

- Abuchaibe, H. (2017). La justicia transicional del pos acuerdo con las Farc-ep. *Opera*, 20, 129-153. doi: <https://doi.org/10.18601/16578651.n20.07>
- Acemoglu, D. & Robinson, J. (2001): A Theory of Political Transitions. *The American Economic Review*, 91(4). 938-963.
- Alvarado, E. (2009). Teoría de las Transiciones: Cambios en los países del Este. En: Reyes, R. (Dir): *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales*. Recuperado de: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/index.html>
- Arnoletto, E. J. (2007): Glosario de Conceptos Políticos Usuales, Ed. EUMEDNET. Recuperado de: <http://www.eumed.net/dices/listado.php?dic=3>
- BTI Blog. (2016). Transformation Index. Recuperado de: <https://www.bti-project.org/en/index/overview>
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) (2017): *Campesinos de Tierra y Agua- Memorias sobre sujeto colectivo, trayectoria organizativa, daño y expectativas de reparación colectiva en la Costa Caribe 1960-2015*. Ocho volúmenes.
- Chernick, M. (2005). *Analyzing Conflict, Democracy and Violence in Colombia*. Recuperado de: <http://pdpa.georgetown.edu/Security/conflictprevention/Colombia/Colombia.pdf>
- Demirovic, A. (2012). Reform, Revolution, Transformation. *Journal für Entwicklungspolitik*, 38(3). 16-42.
- Epstein, D., Bates, R., Goldstone, J., Kristensen, I. & O'Halloran, S. (2006). Democratic Transitions. *American Journal of Political Science*, 50(3). 551-569.
- Fund For Peace. (24 de abril de 2018). *Fragile States Index 2018 – Annual Report*. Recuperado de: <https://fundforpeace.org/2018/04/24/fragile-states-index-2018-annual-report/>
- Gamboa, M. & Zackrisson, J. W. (2001). Democratic Discourse and the Conflict in Colombia. *Latin American Perspectives*, 28(1), 93-109. <https://doi.org/10.1177/0094582X0102800106>

- Garay, L. J. (Dir.) (2008). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá, Colombia: Grupo Método
- González, F. (2014): *Poder y violencia en Colombia*. Bogotá, Colombia: Odecofi-Cinép-Colciencias.
- López, C. (2016). *¡Adios a las Farc! Y ahora qué? -Construir ciudadanía, estado y mercado para unir las tres Colombias*. Bogotá, Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Manquard, B. (2011). *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)*. Tomo 1, Bogotá, Colombia: Universidad Nacional.
- O'Donnell, G. & Schmitter, P. (1988): *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Palacios, M. (1971). *El populismo en Colombia*. Bogotá, Colombia: Ed. Siuasinza.
- Ragin, C. (2007). *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad* Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Reyes, A. (2016). *Guerreros y campesinos - Despojo y restitución de tierras en Colombia*, Bogotá, Colombia: Ariel.
- Sánchez, G. (1976). 1929 *Los Bolcheviques del Líbano*. (Crisis mundial, transición capitalista y rebelión rural en Colombia). Tolima, Colombia: Varias ediciones.
- Tirado Mejía, A. (1977). *Introducción a la Historia Económica de Colombia*. Ed. La Carreta.
- Tirado Mejía, A., Jaramillo Uribe, J., Melo J. & Bejarano J. A. (1988): *Nueva Historia de Colombia*, 8 Tomos, Ed. Planeta.
- Uprimny, R., Saffon, M., Botero, C. & Restrepo, E. (2006). *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Bogotá, Colombia: Ediciones Antropos,

Zinecker, H. (2007). *Kolumbien und El Salvador im longitudinalen Vergleich. Ein kritischer Beitrag zur Transitionsforschung*, Baden Baden: Nomos.

Zinecker, H. (2007). Democracy, Diversity, And Conflict - Regime-Hybridity and violent civil societies in fragmented societies – conceptual considerations. *Peace Research Institute Frankfurt*, Cornell University Peace Studies Program Occasional Paper #30-5. Recuperado de: <https://pacs.einaudi.cornell.edu/sites/pacs/files/Zinecker-final.pdf>

ANÁLISIS DE LA INSERCIÓN DEL PLURALISMO CULTURAL COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN LAS LICENCIAS AMBIENTALES EN COLOMBIA•

Anacamila Hernández Moncada *

• Capítulo de libro, resultado de investigación del proyecto “Fundamentos Del Estado Constitucional Y La Fricción Entre Costumbres Sociales Y Los Derechos Fundamentales”, abordado desde el eje temático Transformación y desarrollo social de la Corporación Universitaria Americana

* Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria Americana, Coordinadora del semillero de Derecho Público y Justicia “Carlos Gaviria Díaz”.
Contacto: anacamilahernandezmoncada@gmail.com

Resumen

Este proyecto se centrará en la inserción de la cosmovisión de medio ambiente del pueblo originario Wayúu en la ANLA al otorgar licencia ambiental, por la cual, se aprobaron las obras y actividades relacionadas con la desviación del Arroyo Bruno; en el que se desenlaza el constante conflicto etno-territorial con este órgano estatal, porque se presentan choques entre los modelos de etno-desarrollo y el neo-extractivismo; ya que, hay divergencias entre los intereses económicos, la presión sobre los recursos naturales, la visión sobre el desarrollo y la protección del medioambiente y la diversidad étnico-cultural.

Aunque, en la Constitución Política de Colombia se estableció como principio fundamental el pluralismo, en el que el Estado se obliga en diversas facetas a promover, respetar y proteger la diversidad. Un adecuado respeto a este pueblo originario está relacionado ineludiblemente con la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales; además, su forma de desarrollo de acuerdo con sus necesidades e intereses; la libre determinación; la consulta, la participación y la tolerancia en aras de un multiculturalismo recíproco, que es la base de la supervivencia y vida de estos pueblos.

Palabras clave: Consulta Previa, Corriente Preservacionista, Cosmovisión del Medio Ambiente, Etno-desarrollo, y Pluralismo Cultural.

Introducción

La Asociación Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) mediante la Resolución No. 759 del 14 de julio de 2014 le otorgó licencia ambiental a la empresa Carbones Del Cerrejón Limited (El Cerrejón) para iniciar con todas las obras y actividades relacionadas con la desviación del Arroyo Bruno, que consistían en desplazar un tramo de 3,6 Km del Arroyo; y la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (Corpoguajira) otorgó tres permisos que eran necesarios, los cuales consistían en la modificación del permiso de aprovechamiento forestal único de las nuevas áreas de Minería (NAM), el levantamiento temporal de veda regional, y el permiso de ocupación de cauce.

Aunque, el propósito por el cual se pretendía desviar el arroyo es para continuar con el “Tajo minero La Puente”, es decir, que la explotación carbonífera llegaría a la zona de lo que hoy existe y se conoce como el cauce natural del Arroyo Bruno; de tal modo, la continuación del tajo mencionado, implicaba la desaparición definitiva de la zona por donde circulan naturalmente las aguas del Arroyo.

Ante la situación planteada, la lideresa Lorenza Marcela Gil Pushaina del clan Pushaina en el territorio de La Horqueta 2 del pueblo originario Wayúu, interpuso una Acción de Tutela, la cual procedió a segunda instancia, y por esta razón el 13 de octubre del año 2016 el Consejo de Estado ratificó la decisión del Tribunal Administrativo de la Guajira amparando los derechos fundamentales a la vida, la salud, al acceso al agua potable, a la consulta previa, al debido proceso e igualdad de los demandantes, en el que se ordenó frenar el desvío del Arroyo Bruno, hasta que se desarrollaran las debidas consultas con la comunidad, esta sentencia fue proferida para que tuviera efectos inter comunis.

En este mismo sentido, el Auto 419 del 9 de agosto del año 2017 fue el medio por el cual la Corte Constitucional ordenó una medida provisional para la suspensión de la obra por un término de tres meses, con el fin de aclarar si este proyecto vulneraba los derechos fundamentales de la comunidad a la consulta previa, al acceso de agua, a la seguridad alimentaria y a la igualdad; finalmente la Corte a través del comunicado No. 58 del 28 y 29 de noviembre del 2017 puntualizó que sí se configuraba una amenaza (para los derechos del acceso al agua, la salud y la seguridad alimentaria) la desviación del Arroyo, ya que se presentan demasiados conflictos e incertidumbres que aún no han sido resueltas.

La pregunta problema de la presente investigación consiste en analizar cuál es la inserción de la cosmovisión de medio ambiente del pueblo originario Wayúu en la licencia ambiental que otorgó la ANLA para el desvío del Arroyo Bruno; teniendo en cuenta como objetivos específicos establecer la procedencia constitucional de la cosmovisión del medio ambiente del pueblo originario Wayúu; e interpretar las sentencias del Tribunal Administrativo de la Guajira, el Consejo de Estado, y el Auto y el Comunicado proferidos por la Corte Constitucional que tienen relación con el problema jurídico del objeto de estudio, los cuales permitirán obtener el objetivo general.

En lo que respecta a la hipótesis, se cree que las decisiones que tomó la ANLA no tuvieron en cuenta la Constitución y el Convenio 169 de 1989 de la OIT que fue ratificado por el Gobierno Colombiano a través de la Ley 21 de 1991, además, no realizó el debido control de constitucionalidad y de convencionalidad lo que provocó la vulneración de los derechos fundamentales del pueblo originario Wayúu, el cual se ve en la necesidad de acceder a la justicia ordinaria porque no se tienen en cuenta sus usos y costumbres. Para la comprobación de la hipótesis planteada se aplicará el método documental y el método empírico.

La procedencia constitucional de la cosmovisión de medio ambiente.

Las ideas del monismo jurídico corresponden al positivismo y al centralismo jurídico, en el que se aseveraba la exclusividad que poseía el Estado para la creación del Derecho. Por esta razón Kelsen, Hobbes, y Locke argumentan la consolidación del monismo jurídico con la creación de un orden social concentrado y homogéneo.

Las diversas realidades del Estado Colombiano contrastan entre sí, por ende, el monismo jurídico culmina siendo retrogrado, ya que, no va de acuerdo con las exigencias y las necesidades de los pueblos porque es estático al no reconocer otros sistemas jurídicos y culturales. Es así, que la diversidad étnica y la igualdad fueron reconocidas en la Constitución Política como principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico.

En lo que corresponde a la igualdad esta es una garantía que deben gozar todas las personas sin algún tipo de distinción, para poder afirmar que existe un trato diferenciado debe existir una exclusión o restricción injustificada basadas en criterios inconstitucionales tales como raza, género, sexo, origen étnico, religión, opinión política, entre otros (que son criterios prohibidos por el artículo 13º de la Constitución), y cuya intención o efecto sea la vulneración

del reconocimiento, disfrute o ejercicio en un plano de igualdad, de derechos fundamentales; aunque, es admisible ciertos tratamientos ante situaciones o grupos razonablemente comparables, siempre y cuando existan razones constitucionales que lo justifiquen, las cuales podrán evaluarse a través de un juicio de igualdad.

En el artículo 1º se estableció que Colombia es un Estado Social de Derecho “organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”. Es decir, que el Constituyente Originario decidió brindar protección a pueblos que se encontraran en una situación de vulnerabilidad con el fin de proteger y permitir la diversidad cultural, ya que estos han sido tradicionalmente excluidos en la toma de decisiones. Por esta razón, el artículo 2º acoge como fin del Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”. Proporcionalmente, en aras de garantizar ese pluralismo, “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación”.

En efecto, constantemente se presentan choques entre estos dos principios y valores constitucionales, porque la igualdad establece que todas las personas deben ser tratadas equivalentemente ante la ley y que esta debe estar presente en la formulación del derecho; sin embargo, el pluralismo da la posibilidad a las personas de la autodeterminación, por ende, el Estado está en la obligación de crear mecanismos de protección o ampliar los ya existentes para los grupos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, mecanismos que son aceptados por el ordenamiento jurídico porque se hallan constitucionalmente justificadas.

En lo que corresponde al pluralismo (del cual se desprende el pluralismo jurídico y el pluralismo cultural) este implica la aceptación de las diversas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, (en algunos casos diferentes al de la cultura occidental) esto es originado a que “Colombia no es una sociedad global con valores universales, sino un conjunto de culturas con valores específicos, es decir, con diversos contextos, cosmovisiones y sistemas sociales, económicos y jurídicos” (Gutiérrez, 2011), puesto que se encuentra constituida por un sistema sociocultural complejo que tiene origen en el intercambio con otros sistemas, lo que explica la plurietnia, la pluriculturalidad y el carácter multisocietario que predomina en la misma.

Por esta razón, la Corte Constitucional como intérprete de la Constitución asevera que esta propugna a Colombia por un Estado en el que se acepta que

no existe una cultura homogénea, en tal sentido, se presenta mayor relevancia cuando se trata de comunidades afro y pueblos originarios (Sentencia, T-201/2017). Además, en el caso de la preservación de los pueblos originarios, esta debe ser a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen la protección de su identidad como minoría étnica y cultural (Sentencia, C-175/2009).

Uno de los integrantes de este sistema de sociedades es el pueblo originario Wayúu, que se encuentran en la península de la Guajira, sobre el mar Caribe, en territorios Colombianos y Venezolanos, con referencia a lo anterior se hará énfasis en el contexto del pluralismo cultural en lo que corresponde a la cosmovisión del medio ambiente del pueblo Wayúu que se encuentra en el territorio colombiano.

En este orden de ideas, el historiador Alfredo López Austin (1990) define la cosmovisión como “el conjunto estructurado de los diversos sistemas ideológicos con los que el grupo social, en un momento histórico, pretende aprehender el universo, engloba todos los sistemas, los ordena y los ubica”; es decir, que la cosmovisión es el sentir y pensar profundo que asumen determinados grupos sociales respecto a la religión, la política, la economía, el medio ambiente, entre otros.

En una de las facetas del proyecto que desarrolló la investigadora Rosa María Duro Montealegre (2011) es posible explicar e interpretar la cosmovisión en general de los pueblos originarios, el caso concreto de los Wayúu y su íntima relación con el medio ambiente en el que se expone la importancia del territorio.

Por consiguiente, la cosmovisión de los pueblos originarios abarca el umbral, los dogmas, el sentido de la vida, la manera en que está organizado el universo; los cuales son transmitidos de generación en generación a través de los cultos, quimeras, leyendas y la oralidad intrínsecamente de un sistema simbólico. El territorio es la base de las cosmovisiones originarias, que es considerado el seno de su identidad cultural y además sobre el que asumen una misión ancestral de salvaguardar y conservar como descendientes de la Pachamama.

Significa entonces, que el territorio para los y las Wayúu es la matriz de su existencia cultural lógicas semi-nómada, y conciben que las almas son los límites territoriales, y los cementerios establecen las fronteras entre los clanes; es

evidente que el territorio es el soporte espiritual y el escenario de vida de toda la comunidad en el que es notorio una corriente preservacionista. En efecto, es un sistema holístico en el que a partir de la filosofía aborígen no es posible separar a la persona de la naturaleza, por esta razón, el pueblo y el territorio mantienen una relación indispensable y es el territorio el que permite a los pueblos originarios desarrollar su vida, en el que se evidencia la diferenciación del concepto de tierra que involucra la corriente conservacionista en el que prevalecen relaciones mercantiles y de propiedad.

Dadas las condiciones que anteceden, en el mapa geopolítico de los recursos naturales, minerales y energéticos de Colombia las zonas que exhiben una alta variedad biológica y de recursos energéticos son los que coinciden con los lugares donde hay mayor diversidad étnica y cultural (en la mayoría de los casos territorios originarios), por ejemplo, en la Guajira se despliegan disputas etno – territoriales debido al alto nivel de recursos minero-carboníferos que alberga, el cual se superpone con el área geo-cultural de los y las Wayúu; es decir, que se presentan conflictos de intereses entre visiones y cosmovisiones sobre el significado del desarrollo y sobre los usos, funciones y formas de habitar y relacionarse con el territorio, debido al choque que hay entre el modelo de etno-desarrollo y el neo-extractivista.

Es conveniente señalar el estudio que desarrolló el Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina (2013), en el que se manifestó que en la región han aumentado de manera significativa los conflictos socio-ambientales mineros, donde es posible apreciar que hay 12 conflictos registrados en el territorio Wayúu de acuerdo a esta tipología, conflictos que incesantemente son originados por El Cerrejón. Es evidente que se presenta el modelo neo-extractivista, el cual se ha ido intensificando y cada vez más va comprometiendo una mayor extensión de territorios, influyendo en el desalojo y el despojo de recursos y de áreas protegidas por su alto nivel de biodiversidad y territorios nativos, lo que provoca una enorme amenaza a la supervivencia cultural de los y las Wayúu.

Cabe agregar, que en el año de 1982 para la construcción de esta mina se desarrolló la segunda etapa, que consistía en el estudio del impacto ambiental, en la que no se tuvo en cuenta la presencia de los pueblos originarios en el territorio; lo que evidencia que en su momento este proyecto extractivo haya sido inconsulto. Por esta situación más de 70 mil personas que hacían parte del pueblo originario Wayúu hayan sido desplazados por la actividad minera, debido a la expropiación de sus tierras, y en otros casos la reubicación en otras

regiones; el hecho que no se haya realizado una debida consulta provocó a que no se pudiese prever los efectos del megaproyecto sobre este pueblo originario, los cuales se ven afectados de una manera multidimensional e irreversible debido a su relación ancestral con el territorio.

La precaria situación de los y las Wayúu empeoró cuando Corpoguajira le otorgo a El Cerrejón licencia ambiental para el desvío del Rio Ranchería a través de la Resolución No 3158 del año 2005, por esta situación el acceso al agua se vio limitada de manera drástica; de la cual desde tiempos ancestrales dependían para poder vivir, y cuidar de sus cosechas y animales. Por esta situación, este pueblo se tuvo que someter a la situación de sobrevivir con menos de un litro de agua potable al día por persona, lo que ha generado la muerte de más de 4.770 mil NNA por inanición ligada a la falta de agua en la región (CIDH, 2017); mientras que la mina usa más de 17 millones de litros diarios para la irrigación de las vías por las que circulan sus camiones volquetes.

Con referencia a lo anterior, el 6 de febrero del año 2015 la comunidad Wayuu, a través de su representante legal Javier Rojas y cinco autoridades más, acudieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; con el fin que este órgano tutelara sus derechos fundamentales y se declararan medidas cautelares urgentes que permitieran recuperar el uso de unas de sus principales fuentes hídricas. Por ende, la medidas cautelares solicitaban la apertura inmediata de las compuertas en la represa el Cercado con el objeto que el agua que estaba retenida llegara de manera inmediata y sin ninguna interrupción a la comunidad Wayuu, al igual que suspender las otras tomas de agua que el Cerrejón obtiene de distintas fuentes al Río Ranchería en la Guajira, esta petición y medida cautelar se desarrolló conforme a la legislación internacional, Nacional y estudios realizados por la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, estableciendo que los seres humanos son los primeros destinatarios del agua sin ninguna excepción, y que el excedente puede ser usada para la agricultura y la explotación minera.

Ante esta situación, la CIDH dictó medidas cautelares al Estado colombiano para que garantizará el agua y el alimento a los y las Wayúu; sin embargo, en febrero del año 2017 la Comisión por segunda vez dictó medidas cautelares para garantizar la vida de este pueblo.

No obstante, la ANLA a través de la Resolución No. 759 del 2014 autorizó a El Cerrejón para que iniciara con todas las obras y actividades relacionadas

con la desviación del Arroyo Bruno; por esta situación, los líderes de las comunidades instauraron acciones de tutela, con el fin que ampararan sus derechos fundamentales.

Análisis jurisprudencial respecto al problema jurídico.

La lideresa Lorenza Marcela Gil Pushaina del territorio La Horqueta 2 (clan Pushaina, Wayúu) a través de su apoderado instauró una Acción de Tutela contra el Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la ANLA, Corpogujaira y El Cerrejón; por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, la salud, al acceso al agua potable, a la consulta previa, al debido proceso e igualdad; debido a la falta de consulta previa para el desvío del Arroyo Bruno y la construcción de la vía férrea por la que a diario se transporta el carbón extraído de la mina El Cerrejón, además, que las explosiones que provienen de la cantera en la que se extrae el mineral generan fuertes vibraciones y contaminación de polvillo del carbón que perturba la fauna, la flora y las fuentes hídricas. La actora argumentó que la desviación del cauce ancestral del Arroyo Bruno genera daños irremediables a la comunidad, debido a que extingue sus usos y sus costumbres (entre las que se encuentran las actividades espirituales), que han sido deteriorados por las obras.

Respecto a la oposición de los demandados, El Cerrejón consideró que la Acción de Tutela era improcedente y no cumplía con el requisito de inmediatez, porque alegó que el lugar donde se encontraba el clan Pushaina no tenía una influencia directa de la obra (desvío del Arroyo Bruno); por lo que el Ministerio de Interior no certificó, ni identificó la presencia de esta comunidad como la posible afectada de manera directa por el proyecto y, por tal razón, no se le realizó la consulta previa; por último, este mecanismo no cumplía con el requisito de inmediatez porque el ferrocarril lleva más de 30 años funcionando y la consulta previa fue añadido a la legislación colombiana en el año de 1991 a través de la Ley 21 por la sanción del Convenio 169 de la OIT.

De la misma manera, el Ministerio de Interior manifestó que antes de expedir la certificación de presencia o no de comunidades étnicas en el territorio, la Dirección de Consulta Previa de la entidad examinó la base de datos de las comunidades originarias, y posteriormente realizó una visita de verificación con el fin de comprobar la presencia de comunidades en el área. En efecto, la Dirección cumplió con las competencias que se

encuentran establecidas en el Decreto 2893 del año 2011, ya que, realizó la debida consulta previa a la comunidad Campo Herrera que se encontraba certificada, y que se encontraba en el área de influencia directa del proyecto; sin embargo, no tuvo en cuenta el territorio de La Horqueta 2.

Así, la ANLA señaló que

(...)Los permisos, concesiones y autorizaciones necesarias para el desvío efectivo del Arroyo Bruno fueron competencia de Corpoguajira y que esta Asociación exclusivamente se ajusta a adelantar un riguroso seguimiento y control sobre el cumplimiento de las medidas y obligaciones para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar los efectos derivados de dichas actividades y, de manera inmediata, a establecer los correctivos a que haya lugar en el desarrollo del proyecto minero (Consejo de Estado, 2017).

Al igual que la ANLA, el Ministerio de ambiente y Corpoguajira argumentaron que estos se encontraban en una posición pasiva porque no tenían competencia para adelantar procesos respecto a la consulta previa con los pueblos originarios, sin embargo, Corpoguajira sostuvo que como autoridad ambiental de la Guajira, este realizaba el acompañamiento a la Dirección de Consulta previa invitación formal.

Por ende, el Tribunal Administrativo de la Guajira amparó los derechos fundamentales de la Accionante, ordenando que se realizara la debida consulta previa en un plazo de treinta días, y además suspendió los efectos jurídicos de las resoluciones proferidas por Corpoguajira, y tomó otras medidas preventivas. No obstante, el apoderado de la demandada, Corpoguajira, el Ministerio de Interior, el Servicio Geológico Colombiano, la ANLA, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y El Cerrejón impugnaron la sentencia proferida por el Tribunal, por esta razón a través del acta individual de reparto del 23 de junio del año 2016, el proceso entró al Despacho del Consejo de Estado para conocer de las impugnaciones interpuestas.

El apoderado de la demanda impugnó porque consideró que era indispensable la consulta previa entre El Cerrejón y todo el pueblo originario Wayúu en relación con la construcción de la vía férrea y la circulación del tren cargado de carbón; y asimismo que se expandiera el tiempo para la realización de la consulta a las poblaciones que se encontraban afectadas por el desvío del Arroyo Bruno.

Por otra parte, El Cerrejón impugnó porque como había manifestado anteriormente el clan Pushaina en el territorio La Horqueta 2 no tenía derecho a la consulta previa porque no se veía afectada de manera directa por el desvío del Arroyo Bruno. Como también el Ministerio de Interior aseveró que no había vulnerado el derecho a la consulta previa porque había cumplido con todos los requisitos establecidos. El Servicio Geológico Colombiano afirmó que le estaban exigiendo la realización de ciertas medidas cuando ni siquiera se encontraba dentro del proceso. La ANLA alegó que la decisión del Tribunal desbordaba su poder nominal, debido a que dejó sin efectos jurídicos la resolución, lo cual invadía el espacio del Ejecutivo. Y por último, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible fundamentó nuevamente que no es competente para otorgar licencias ambientales como tampoco para las consultas previas, lo que quiere decir, que ni su acción u omisión vulnera derechos fundamentales a esta población; asimismo, no se encuentra en la obligación de realizar algún tipo de gestión.

De tal modo, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Cuarta), pudo llegar a la conclusión que la noción de territorio que tenía la parte demandada, era una interpretación restringida sin tener en cuenta la posición de territorio que tiene la parte actora, porque entendieron que el territorio únicamente correspondía donde se encontraba su asentamiento. Esta noción va en contra de lo que se encuentra establecido en la Constitución respecto al reconocimiento y protección de la diversidad étnica, además excluyen las áreas en las que esos grupos desarrollan actividades de orden religioso, cultural y económico y desconoce que, como fue expuesto en el fallo de primera instancia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2016) “el impacto ambiental repercute en suelo, subsuelo y atmósfera del ecosistema del Arroyo Bruno que va desde los Montes de Oca hasta la desembocadura del Río Ranchería. En la vida impacta en la fauna y flora terrestre, fluvio-marina y marina”.

Por lo anterior, la Sala el 13 de octubre del año 2016 a través del número de radicación 44001-23-33-000-2016-00079-01, confirmó los ordinales primero, segundo y tercero y se modificaron el cuarto y el quinto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en lo que corresponde en suspender los efectos jurídicos de las resoluciones para el desvío del Arroyo Bruno, al amparo de los derechos de la comunidad de la actora (con efectos inter comunis), y teniendo en cuenta que la consulta previa (artículo 7 inciso a de la Ley 21 de 1991) es el mecanismo idóneo

para amparar los derechos fundamentales que fueron vulnerados; por esta situación, no se puede intervenir esta fuente hídrica hasta que no se haga la debida consulta previa.

En febrero del 2017, la Comunidad de La Horqueta 2 solicitó una extensión del tiempo que otorgó el Consejo de Estado para la ejecución de la consulta previa, ya que, estos aseguraban que los 30 días no eran suficientes para el desarrollo adecuado del proceso; y debido a esto, mediante el Auto del 4 de mayo del 2017, el Consejo de Estado aclaró que la petición tenía como fin la aclaración de la sentencia de tutela. Aunque, no procedió la aclaración porque se presentó extemporáneamente; sin embargo, precisó que

(...) Los treinta (30) días otorgados en la sentencia, no pueden ser entendidos como un término perentorio para que se realice el proceso de consulta previa, en la medida en que el mismo se fijó con el ánimo de instar a las autoridades competentes a iniciar con celeridad la pre consulta con posterioridad al fallo, habida cuenta de la potencial prolongación del mismo en el tiempo. Cabe recordar que estos procesos no tienen un término máximo para su realización, en la medida en que deben atender íntegramente y sin presiones de orden temporal, las dinámicas de concertación que allí surgen entre el Estado y las comunidades indígenas (Consejo de Estado, 2017).

Los días 27 y 28 de julio del 2017 se desarrolló la inspección judicial en el Kilómetro Cero en el que esta trazado la desviación; y se pudo concluir que El Cerrejón continuaba con las obras correspondientes al desvío del cauce, la construcción del dique de control de inundaciones y el levantamiento del tapón hidráulico. No obstante, el 26 de julio la comunidad de La Horqueta 2 envió al magistrado sustanciador una comunicación en la que manifestaban que el mecanismo de consulta previa aún no había finalizado.

El 9 de agosto del año referenciado, procedió a revisión de la Corte Constitucional una Acción de Tutela instaurada por Lorenza Pérez Pushaina, Aura Robles Gutiérrez, José Miguel Vergara Pérez y Misael Socarrás Ipuana, en representación de las comunidades de La Horqueta 2, La Gran Parada y Paradero, contra Carbones del Cerrejón Limited, el Ministerio del Interior, la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible. El objeto de esta Acción era que se ampararan los derechos fundamentales que estos consideraban que habían sido vulnerados como a la consulta previa,

al agua, a la seguridad alimentaria y a la igualdad frente a la comunidad Campo Herrera (al que sí le hicieron una debida consulta).

La Corte realizó la debida sede de revisión en la que se constató que mediante las providencias del 12 de enero y del 26 de febrero de 2016, tanto el Juzgado 20 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad como el Tribunal Superior de Bogotá declararon improcedente la Acción de Tutela; ambas instancias argumentando que los accionantes debían acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ante la situación planteada de la presunta amenaza y vulneración de los derechos fundamentales del pueblo originario Wayúu, la Corte Constitucional decidió adoptar medidas provisionales por el termino de tres meses (hasta que se dictara la debida sentencia) a través del Auto 419 del 2017; en el que se ordenó a El Cerrejón la detención de la obra y de todos los actos materiales referenciados al adelanto del “Tajo minero La Puente” hacia el área del cauce natural del Arroyo Bruno, en el entendido que no está permitido la extracción de la capa vegetal del cauce natural, la del acuífero aledaño y la del aluvial.

Con referencia a lo anterior, a través del Comunicado No. 58 del 28 y 29 de noviembre del 2017, la Corte Constitucional enfatizó que el Arroyo Bruno es de suma importancia por su ecosistema, cuenca y en especial por el alto estrés hídrico de la zona donde se encuentra ubicado. Además, aseveró que este Arroyo proporciona múltiples servicios culturales, de abastecimiento, de mantenimiento y de regulación; en efecto, estos servicios habitualmente consisten en el acceso a la alimentación y el agua, como también en la construcción de las relaciones sociales y culturales para las comunidades y la protección ambiental.

La Sala Plena de la Corte indicó una extensa cantidad de fluctuaciones y conflictos, que no fueron disipadas respecto a los impactos sociales y ambientales del proyecto de desvío del Arroyo Bruno; las cuales son

- (i) las consecuencias de intervenir un bosque seco tropical, y en especial, en un zonobioma subxerofítico tropical; (ii) el estado del ecosistema de bosque seco tropical en el país; (iii) los efectos del cambio climático y del calentamiento global en el Departamento de La Guajira, así como las consecuencias de intervenir un escenario vulnerable a estos fenómenos; (iv) el tipo y magnitud de las intervenciones que se han efectuado en el departamento de La Guajira con ocasión de las actividades extractivas

que ahora dan lugar a la desviación del Arroyo Bruno, y los efectos de las mismas en los ecosistemas; (v) las intervenciones que históricamente Cerrejón ha efectuado sobre los cuerpos de agua del departamento de la Guajira, así como las que tiene proyectadas actualmente, y sus efectos; (vi) la garantía de las funciones culturales, de abastecimiento, regulación y mantenimiento que cumple el arroyo Bruno, y el impacto que la desviación podría tener en cada una de estas; (vii) el impacto aguas arriba que podría tener la desviación de arroyo Bruno; (viii) el impacto a la oferta hídrica que generaría la remoción de los acuíferos en los que reposa y la realineación de las aguas superficiales en otro canal de condiciones geomorfológicas distintas, y que carece actualmente de un bosque de galería; (ix) las proyecciones de Cerrejón para intervenir en el futuro otros tramos del arroyo Bruno y los efectos acumulativos de estas intervenciones progresivas en el mismo arroyo y, finalmente, (x) el valor biológico de la cuenca del Arroyo Bruno en el contexto del Plan de Ordenación y Manejo de Cuenca Hidrográfica del Río Ranchería como del Esquema de Ordenamiento Territorial del municipio de Albania. (Corte constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-201 de 2017).

En referencia a la clasificación anterior, la Corte estableció que se presentaba una amenaza para los derechos invocados, y que para la debida protección de estos era necesario acoger medidas que estuviesen encaminadas a superar las respectivas fluctuaciones y conflictos, es así que esta amparó los derechos fundamentales al agua, a la seguridad alimentaria y la salud.

Por lo tanto, la Corte Constitucional mantuvo los términos dispuestos en lo que respecta a la suspensión de las obras materiales del proyecto, términos que se encuentran en la medida provisional que esta había ordenado a través del Auto 419 de 9 de agosto de 2017.

Tabla 1.

Disposiciones a mantener

TERCERO En armonía con la decisión del Tribunal Contencioso de La Guajira del 2 de mayo de 2016 así como con la del Consejo de Estado del 13 de octubre del mismo año (Rad. 44-001-23-33-002-2016-00079-00), DAR continuidad a la mesa de trabajo interinstitucional integrada por el Ministerio del Interior- Dirección de Consulta Previa-; el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales -IDEAM-; Carbones de Cerrejón Limited; la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-; la Agencia Nacional Minera -ANM-; el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; la Agencia Nacional de Tierras y la Agencia de Desarrollo Rural (INCO- DER)1; el Instituto Geográfico Agustín Codazzi; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el Departamento de La Guajira; el Municipio de Maicao; el Municipio de Albania; la Defensoría del Pueblo; la Procuraduría General de la Nación; la Contraloría General de la República y el Servicio Geológico Colombiano -SGC-.

- CUARTO DISPONER que dicha mesa interinstitucional deberá abrir espacios de participación suficientes a los representantes de las comunidades accionantes, así como a las instituciones y al personal técnico que intervino en el presente trámite.
- QUINTO ORDENAR a la mesa interinstitucional referida en los numerales anteriores que, además de cumplir con las funciones ordenadas por el Tribunal Administrativo de La Guajira y el Consejo de Estado, realice un estudio técnico completo que ofrezca una respuesta informada a las incertidumbres e interrogantes contenidos en el capítulo de esta providencia denominado “Incertidumbres sobre los impactos ambientales y sociales del proyecto de modificación parcial del cauce del Arroyo Bruno”, de manera que se pueda valorar su viabilidad ambiental. Para el cumplimiento de lo anterior, dentro del mes siguiente a la notificación de la presente sentencia, la mesa deberá diseñar un cronograma detallado y razonable de sus actividades, así como del responsable específico de cada una de ellas.
- SEXTO ORDENAR a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Corporación Autónoma Regional de La Guajira y a la empresa Carbones del Cerrejón Limited, que, en el marco de sus obligaciones y competencias constitucionales y legales, especialmente las relacionadas con el control y el seguimiento ambiental, incorporen al Plan de Manejo Ambiental Integral vigente -PMAI- las conclusiones del estudio técnico realizado por la mesa interinstitucional así como sus recomendaciones.
- SÉPTIMO ORDENAR a la empresa Carbones del Cerrejón Limited que, una vez ajustado el Plan de Manejo Ambiental Integral -PMAI-, ponga en marcha, de forma inmediata, las medidas de prevención, mitigación, control, compensación y corrección de los impactos sociales y ambientales del proyecto, que resulten del mismo. Así mismo, de la implementación de dichas medidas, Cerrejón Limited deberá mantener informada a la mesa interinstitucional, en particular, a las autoridades señaladas en la orden décima de esta providencia.
- OCTAVO ORDENAR a la mesa interinstitucional que, como medida provisional, decida acerca del restablecimiento del paso de las aguas superficiales del Arroyo Bruno hacia su cauce natural mientras se realiza el estudio técnico a que alude el numeral quinto de la parte resolutive de esta providencia, y, de ser del caso, se incorporan sus conclusiones al PMAI. La adopción de esta medida provisional debe resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, sin perjuicio de que la mesa así lo disponga con posterioridad, de conformidad con sus hallazgos.

(Corte constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-201 de 2017).

De tal modo, para la solución del conflicto Etno-territorial que se presentaba fue indispensable que este órgano constitucional se basara en principios y dimensiones de la justicia ambiental.

La investigación tuvo un enfoque cualitativo, porque se buscó comprender e interpretar la realidad a través de la perspectiva de los y las Wayúu, las dimensiones de la vida cotidiana y aspectos de las prácticas sociales que son indispensables para poder entender en mayor medida el problema jurídico de la presente investigación, por ende, el tipo de diseño fue de carácter etnográfico y narrativo; de igual manera, para la comprobación de la hipótesis planteada se aplicó el método documental y el método empírico.

Ya que, a partir del trabajo de campo que realizó la investigadora Rosa María Duro Montealegre fue posible desarrollar el primer objetivo específico que consistió en establecer la procedencia constitucional de la cosmovisión del

medio ambiente del pueblo originario Wayúu; en el que explicó la cosmovisión en general de los pueblos originarios, el caso concreto de los y las Wayúu, y su íntima relación con el medio ambiente en el que se expuso la importancia del territorio. Esto permitió entender en qué consistía la pluralidad cultural del Estado colombiano y las obligaciones que le corresponde cumplir por establecer en la Constitución el principio fundamental de pluralismo.

En este mismo orden y dirección, el segundo objetivo específico consistió en interpretar las Sentencias del Tribunal Administrativo de la Guajira, del Consejo de Estado, el Auto y el Comunicado No. 58 proferidos por la Corte Constitucional que tuvieron relación con el problema jurídico del objeto de estudio, a través de un análisis jurisprudencial; en la instancia que le correspondió al Consejo se realizó el debido control de convencionalidad respecto al Convenio 169 de la OIT lo que permitió que se tutelaran los derechos fundamentales, basados en una interpretación sistemática ecocéntrica; además, en la subalterna instancia, la Corte Constitucional analizó lo proferido por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de la Guajira, y por esta razón, mientras realizaba la extensa revisión decidió establecer unas determinadas medidas cautelares para evitar una vulneración de los derechos fundamentales que se encontraban presuntamente amenazados, finalmente a través del Comunicado No. 58 del 28 y 29 de noviembre del 2017 culmina amparando los derechos fundamentales de las comunidades que hacen parte del pueblo originario Wayúu y dictando otras disposiciones.

La población objeto de estudio fue el Clan Pushaina del pueblo originario Wayúu en el territorio de La Horqueta 2, puesto que fue a través de su lideresa que se tuvo un amplio conocimiento del conflicto Etno-territorial, aunque, como manifestó el Consejo de Estado es indispensable que los efectos de la sentencia sean de tipo inter comunis porque era posible que existieran otras comunidades que se vieran afectadas; cómo es posible apreciar en el Auto 419 de agosto 9 del 2017 en el que son accionantes comunidades de otros territorios (La Gran parada y Paradero).

El territorio para los y las Wayúu es el soporte espiritual y el escenario de vida de toda la comunidad en el que es notorio una corriente preservacionista. En efecto, es un sistema holístico en el que a partir de la filosofía aborígen, no es posible separar al hombre de la naturaleza, por esta razón, el pueblo y el territorio mantienen una relación indispensable, y es el territorio el que permite a los pueblos originarios desarrollar su vida, en el que se evidencia la diferenciación del concepto de tierra que involucra la corriente

conservacionista en el que prevalecen relaciones mercantiles y de propiedad.

Al ser el pluralismo un principio fundamental de la Constitución Política de Colombia y además en su artículo 7 que hace alusión al reconocimiento y la protección de la diversidad étnica de la nación colombiana por parte del Estado; el Estado se obliga en diversas facetas a promover, respetar y proteger la diversidad y que por la falta de una interpretación sistemática ecocéntrica de la Constitución se han generado conflictos Etno-territoriales.

La primera respuesta efectiva del Estado frente al reconocimiento constitucional de la diversidad étnica, fue la sanción del Convenio 169 del año de 1989 de la OIT que entró en vigor través de la Ley 21 de 1991, este es el mecanismo que permite materializar el derecho de participación de las comunidades étnicas para proteger su identidad cultural, social y económica.

Por esta razón, la consulta previa es el derecho fundamental que tienen los grupos étnicos a ser informados y consultados, sobre la adopción de las todas las medidas en las que puedan ser afectados de manera directa; la cual asume tres principales fines, la primera es que las comunidades tengan un conocimiento pleno respecto a las decisiones y proyectos que les afecten directamente; la segunda, consiste en ilustrar el modo de cómo la ejecución de los respectivos proyectos y decisiones puede conllevar una afectación o menoscabo en la esencia para su sostenimiento como grupo social que encuentra en una situación de vulnerabilidad; la tercera, radica en brindarles la oportunidad de convocar los representantes y/o integrantes de su comunidad, para que puedan evaluar las desventajas y ventajas (del proyecto y/o decisión); con el objeto que sean escuchados en correlación con las pretensiones y expectativas en lo que corresponde a la defensa de sus intereses y que tengan la posibilidad de manifestarse sobre la viabilidad del proyecto.

Aunque, los grupos étnicos tengan derecho a la consulta previa, este no crea el derecho de veto respecto a las medidas legislativas o administrativas que proyecte efectuar el Estado, es decir, que “se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo” (Corte Constitucional, Sala Plena. C-1092, 2003); sin embargo, en este período la Corte Constitucional tenía un método de interpretación literalista, lo cual, no permitía una amplia protección de los derechos fundamentales.

Asimismo, en la jurisprudencia de esta Alta Corte es posible observar que tiene una interpretación sistemática, en la cual, resaltó que “la garantía [de la consulta] consiste en la necesidad de realizar un trámite de consulta complejo y previo a la adopción de cualquier medida que afecte directamente los derechos de los pueblos étnicos” (Corte Constitucional, Sala de lo Contencioso Administrativo. 44001-23-33-000-2016-00079-01, 2016).

De la misma manera, la sentencia la T-129 de 2011 dicta que:

Es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias.

CONCLUSIONES

Colombia cuenta con una Constitución ecológica que va de acorde con el Estado Social de Derecho, puesto que, creó relaciones con la naturaleza; las cuales se encuentran basadas en valores y principios como la dignidad humana, la prevalencia del interés general sobre el particular, la vida, la solidaridad, la participación ciudadana, y la protección de las riquezas culturales y naturales; es decir, que incorporó parámetros para mejorar la relación que se presenta entre la naturaleza y la persona, al otorgar la importancia del medio ambiente sano respecto a su conservación y protección. Por esta razón, cuando se presentan conflictos Etno-territoriales originados por el extractivismo es indispensable que el juez que tenga conocimiento del problema jurídico desarrolle una interpretación sistemática ecocéntrica, porque podrá brindar mayor protección de los derechos constitucionales desde una posición preservacionista.

Por consiguiente, el medio ambiente sano constituye un bien jurídico constitucional, en el que se presenta una triple dimisión, puesto que es un principio, un derecho y una obligación; en primer lugar, es un principio porque transmite que el Estado en su orden jurídico le corresponde proteger las riquezas naturales; en segundo lugar, es un derecho constitucional (colectivo y fundamental) en el que todas las personas pueden exigir su protección a través

de varias vías judiciales; y en tercer lugar, es una obligación que tiene el Estado a través de sus órganos, las sociedad y los particulares de ejercer deberes de amparo.

La diversidad étnica al ser un valor reconocido por una norma constitucional, condiciona las demás normas, y poseen un contenido abierto y abstracto, es decir, que se encuentra expuesta como un requisito general que determina criterios interpretativos del resto del ordenamiento; no obstante, este valor culmina siendo un modelo utópico en el que los órganos estatales aun no legitiman, y por esta razón, la mayoría de sus acciones y/u omisiones vulneran y/o amenazan derechos humanos.

De tal modo, en los últimos 20 años el pueblo originario Wayúu ha sufrido agudos impactos originados por El Cerrejón; uno de estos contextos es la escasez endémica de fuentes de agua dulce, que se reducen cada vez más, porque los ríos y los arroyos ancestrales han sido contaminados, desviados y secados por la extracción carbonífera. Este pueblo se encuentra en doble situación de vulnerabilidad en los que sus derechos son notoriamente afectados por ser un pueblo originario y por encontrarse en una de las tasas más altas de pobreza del país, que son reflejadas en la deficiente cobertura de educación, saneamiento básico y salud; lo que cuestiona la justificación del extractivismo minero como fuente y motor de desarrollo.

Para los y las Wayúu el Arroyo Bruno es el recorrido en el que se construye toda la cosmovisión y sabiduría del universo, es la vida y la posibilidad que algunos clanes de este pueblo puedan permanecer en su territorio, en el que podrán vivir con sus familias y animales, en medio de la flora y la fauna. Si se desvía este Arroyo se atentaría contra la cosmovisión del medio ambiente que tiene este pueblo, un modo de vivir que es aparentemente protegido por la Constitución.

En un Estado Social de Derecho es indispensable que se realice un efectivo reconocimiento al pueblo originario Wayúu como sujeto de derechos fundamentales y con una cosmovisión que debe ser protegida independientemente al de las existencias individuales; en el que es necesario nuevas formas de liderazgo socio-políticas para hacer resistencia frente a proyectos de extracción minera que van en contra de los derechos humanos relacionados con los derechos ancestrales sobre el territorio; los cuales, deben tener una perspectiva originaria y de género, con el fin de proteger y recuperar su territorio para poder re-existir en el mismo, desde el equilibrio y la

armonía, que son principios rectores del buen vivir y requisitos para coexistir culturalmente.

Del mismo modo, este pueblo cuenta con el derecho de delimitar la explotación de los recursos naturales en sus territorios, esto obedece a que para ellos los recursos naturales no tienen un fin mercantil, derecho que ha sido garantizado por la comunidad internacional y el Estado Colombiano a través del Convenio 169 (artículo 15, inciso 1 y 2). Para poder lograr esta garantía, se deben diseñar mecanismos eficaces que permitan garantizar su participación en lo referente a los recursos naturales ubicados dentro del concepto amplio de territorio; los cuales muchas veces se ejecuta a través de la consulta previa, pero es indispensable que se busque una participación más directa de este pueblo originario en lo que tiene que ver con la preservación, utilización o explotación de los recursos naturales.

Asimismo, una debida construcción de identidad cultural se basa en los pilares de la diversidad étnica, la educación y el medio ambiente; en el que la participación política y el acceso a la justicia consiste en la conservación ambiental, la participación de estos colectivos en decisiones que los afectan y el respeto a la identidad desde un enfoque pluricultural. Por esta razón, Colombia sería una nación culturalmente diversa y que protege los derechos de estos pueblos si respeta los sistemas tradicionales de vida y subsistencia en el que el cauce del Arroyo pertenece al territorio ancestral, que es un espacio de construcción cultural, espiritual y de identidad.

Por ende, la ANLA debe tener en cuenta los parámetros anteriormente mencionados, porque al ser un órgano estatal tiene el deber de hacer controles de constitucionalidad y de convencionalidad, para que sus acciones u omisiones no vulneren derechos humanos, puesto que como se pudo observar en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de la Guajira existe una descoordinación interinstitucional de las entidades competentes que ha influido la falta de reconocimiento del derecho a la consulta previa, que vulnera de manera directa derechos fundamentales.

Referencias

- ANLA. (14 de julio de 2014). Por la cual se imponen medidas adicionales y se toman otras determinaciones. [Resolución 759 de 2014]. Recuperado de: http://www.anla.gov.co/sites/default/files/14885_res_1386_181114.pdf
- CIDH. (26 de enero de 2017). Resolución 3 de 2017. Medida Cautelar No. 51-15. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/3-17MC51-15-CO.pdf>
- Congreso de Colombia. (4 de marzo de 1991). Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. Reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. [Ley 21 de 1991]. DO: 39.720.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (13 de octubre de 2016). Fallo de Segunda Instancia. Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00079-01. CP: Martha Teresa Briceño de Valencia.
- Consejo de Estado. (4 de mayo de 2017). Auto 00249 de 2017. CP: Rocío Araújo Oñate.
- Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991). 2da Ed. Legis.
- Corporación Autónoma regional de la Guajira. CORPOGUAJIRA. (10 de agosto de 2005). Resolución 3158 de 2005.
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (3 de abril de 2017). Sentencia T-201 de 2017. MP: José Antonio Cepeda Amarís.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de marzo de 2009). Sentencia C-175 de 2009. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte constitucional, Sala Plena. (19 de noviembre de 2003). Sentencia C-1092/2003. MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de agosto de 2017). Auto 419 de 2017. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (3 de marzo de 2011). Sentencia T-129 de 2011. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (28 de noviembre de 2017). Comunicado No. 58 de 2017. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Duro, R. (2011). El Territorio en la cosmovisión Indígena como prerrequisito para el Etno-desarrollo: la amenaza del Neo-extractivismo en América Latina. Recuperado de: [file:///C:/Users/ACER-PC/Desktop/Investigacion/11_2_cosmov%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ACER-PC/Desktop/Investigacion/11_2_cosmov%20(1).pdf)

Gutiérrez, M. (2011). Pluralismo jurídico y cultural en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (26), 85-105.

López, A. (1990). *Mitos de Tlacuache*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/255343639/Los-Mitos-Del-Tlacuache>

Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina. (2013). Observatorio de Conflictos Mineros en América. Recuperado de: www.conflictosmineros.net.

Presidencia de la Republica. (11 de agosto de 2011). Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior. [Decreto 2893 de 2011]. DO: 48.158.

Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira. (2016). Accion de tutela. Eco-leyes. Recuperado de: <http://ecoleyes.com/wp-content/uploads/2016/05/TRIBUNAL-CONT-ADM-sent44001233300220120006100-16-TUTE-LA-IND%C3%8DGENAS.pdf>

EFECTOS DEL POSTCONFLICTO: Una mirada crítica desde los Derechos Humanos

José Ariel Parra Vega*

Carlos Julio Agudelo Gómez **

Yuliana Patricia Almanza Rojas ***

* Licenciado en Filosofía y Teólogo de la Universidad de San Buenaventura. Es también Magister en Docencia e Investigación Universitaria de la Universidad Sergio Arboleda. En este momento se desempeña como Coordinador de Investigaciones de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, seccional Santa Marta. Se ha desempeñado como docente y pertenece al Grupo de Investigación GIJAM categorizado en A por Colciencias

** Licenciado en Filosofía y Ciencias Religiosas, de la Universidad Santo Tomás; especialista en Gestión Educativa, de la Universidad de Pamplona; en Docencia e Investigación Universitaria y magister en Docencia e Investigación Universitaria, de la Universidad Sergio Arboleda. Actualmente es profesor de tiempo completo, adjunto a la gestión académica de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda - Santa Marta.

*** Abogada egresada de la Corporación Universitaria Americana, con un Diplomado en Derecho Administrativo, estudios Técnicos en Gestión de Manejo Ambiental, y formación en investigación jurídica y socio jurídica, miembro del Semillero de investigación de Derecho Público y Justicia, del Grupo de investigación Derecho, Justicia y Estado social de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. almanzayuliana@coruniamericana.edu.co

Resumen

Esta investigación aborda el manejo que el Estado le dé al cumplimiento, la defensa y divulgación de los derechos humanos fundamentales que favorezcan, tanto a las víctimas, como a los victimarios, puesto que estas dos categorías de ciudadanos son los actores principales del llamado postconflicto.

El objetivo de la investigación se orienta a analizar de qué manera la implementación de las acciones gubernamentales para la sostenibilidad de la paz y de la armonía de los actores del postconflicto antes mencionados, tienen en cuenta los derechos fundamentales como lo son el derecho a la educación, la salud, la vivienda, el empleo digno, la libre movilidad y la protección de la vida; se indaga acerca de la percepción de los directos afectados a través de estudios de casos en el departamento del Magdalena con la finalidad de aportar posibles vías que ayuden a las autoridades a construir mecanismo que apunten a la optimización del cumplimiento de los derechos humanos, además se consulta acerca de los tipos de justicia para las víctimas y victimarios.

Palabras clave: Derechos humanos, victimas, victimarios, posconflicto, paz

Introducción

La principal pregunta de investigación derivada del objetivo principal: ¿Puede la vigilancia y las leyes de justicia, paz, reparación y no repetición, garantizar la sostenibilidad de los acuerdos alcanzados y qué se pondrán en práctica en el postconflicto?; Y como principales derivadas tenemos; ¿Cuáles han sido las experiencias en procesos de paz frente al respeto y cumplimiento de los derechos humanos en diferentes contextos? ¿Cuál es la percepción de las víctimas, los victimarios y la sociedad civil frente al cumplimiento de los acuerdos pactados en el proceso de paz para el postconflicto?

En Colombia se ha evidenciado el progresivo crecimiento de la violencia por diversas causas en las que se pueden mencionar las diferencias partidistas, los conflictos armados, en las últimas décadas el narcotráfico y delincuencia organizada. En este contexto se ha visto involucradas las fuerzas militares, los grupos guerrilleros, los carteles de las drogas y en nuestros días las llamadas bacrim (Bandas Criminales); Todos estos actores se han involucrado de manera directa o indirecta a la población civil, la cual finalmente ha sido la víctima de situaciones que muchos de ellos no comprenden pero que han sido los que han puestos los muertos y el Estado en muchas de estas violaciones a los derechos humanos ha sido complaciente.

Nace la Constitución de 1991, la cual tocó los temas anteriormente descritos y dentro de lo legislado encontramos que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional, o familiar, lengua, religión, opinión, política o filosofía (Gómez, 2014, p.10).

La protección a los ciudadanos ha tenido múltiples falencias, y esto ha provocado masacres y algunas de ellas han quedado en la impunidad porque el ordenamiento jurídico se ha quedado corto para proceder con efectividad y eficiencia, la población civil termina por aceptar que los delitos se seguirán cometiendo y que los resultados solo en algunos casos llegan a la condena de los victimarios. Uno de los casos más recurrentes que se ha venido presentando en Colombia por la situación de violencia que ha tenido que soportar por más de 50 años es la violencia en su máxima expresión, muchos ciudadanos de toda condición social han sufrido las torturas, la desaparición forzosa,

la aniquilación de la familia, el desplazamiento, la violaciones en todas sus modalidades configurándose así los llamados delitos de lesa humanidad y el Estado mira con el mismo horror pero sus acciones no son significativas (DNP, 2006; CNMH, 2013). Precisamente en el artículo 12 de la constitución se dice que “Nadie será sometido a desaparición forzada, ni tortura, ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Gómez, 2014, p.10). El artículo antes mencionado ha sido violado en su totalidad, la desaparición, las torturas y los tratos inhumanos son noticias cotidianas, y el ciudadano del común se ha acostumbrado a esta absurda realidad que ya no es un hecho que lo trastorne.

En los últimos 20 años se ha venido haciendo esfuerzos para lograr que la realidad violenta que vive Colombia llegue a su fin (Proceso de paz del Caguán 1998-2002; Negociaciones y acuerdos con grupos paramilitares y le de justicia y paz, 2005). En el presente gobierno, las conversaciones y la construcción de una justicia transicional permite ver la posibilidad de que los atropellos y la violencia generalizada llegue a su fin o por lo menos se entre a una tregua para poder construir una nueva sociedad.

Según estudios realizados por la CIDH (Comisión Interamericana De los Derechos Humanos OEA) en su informe: “Verdad, Justicia y Reparación” Publicado el 31 de Diciembre del 2013. Contextualiza la situación de Colombia y el gran impacto que sigue teniendo el conflicto armado interno. Dicen y constatan que la guerra en Colombia ha manejado todas las formas de violencia y su mayor preocupación es que esta violencia se ha concentrado en sectores de mayor vulnerabilidad: afrodescendientes, raizales, palenqueros, niños, niñas, adolescentes, indígenas, mujeres, periodistas y comunicadores sociales, y personas privadas de la libertad.

Esta investigación apunta a convertirse en un instrumento que facilite a las partes pero especialmente a las víctimas y a los victimarios para que conozcan sus derechos y los puedan exigir en el caso que no se estén cumpliendo o se les estén vulnerando, es claro que para que los diálogos de paz no queden en letra muerta y para que la paz sea sostenible en el tiempo se requiere que los involucrados en el conflicto tengan la percepción de que tanto los victimarios como el gobierno estén cumpliendo los acuerdos y se pueda evidenciar el cambio de actitud de la población en general. Este escrito busca Analizar, describir y dar a conocer de forma evidente las leyes y los mecanismos propuestos por el gobierno y los actores armados para alcanzar el fin del conflicto y los procedimientos que se implementarán para su cumplimiento, la verificación y la prolongación en el tiempo de dichos compromisos teniendo

como centro de interés la protección, el cumplimiento y la divulgación de los derechos que estarán protegidos tanto para las víctimas como para los victimarios.

Hipótesis o Supuestos

1. Los problemas de violencia que ha vivido Colombia y los múltiples intentos que los gobiernos han iniciado y que se han convertido en procesos fallidos, conducen a la sociedad Colombiana a entrar en un ambiente de escepticismo puesto que no se quiere repetir un fracaso más, por otro lado, las conversaciones que se han dado en los últimos seis años ha despertado una luz de esperanza y las estadísticas muestran que ha cambiado la percepción de la mayoría de los Colombianos frente al presente proceso de paz que se está culminando, mostrando un apoyo generalizado (Angulo, Ortiz & Pantoja, 2013); esto permite pensar que el eventual acuerdo que pacten las partes en disputa estén fundamentados sobre bases sólidas y que tienen un nivel alto de confiabilidad para que el proceso de postconflicto, a partir del respeto a los derechos humanos adquiridos, puedan ser cumplidos por las partes y de esta manera construir de forma progresiva una nueva cultura ciudadana de paz y armonía sostenible en Colombia.

2. La normatividad y la justicia transicional que el gobierno ha implementado para el postconflicto muestra algunas dificultades de interpretación lo cual puede conducir a que las partes después de la firma de los acuerdos de paz le hagan una lectura sesgada a la ley interpretándola a su favor y se presente dificultades legales frente a las conductas desarrolladas por el gobierno o por los desmovilizados, en este escenario el postconflicto entraría en una laguna jurídica y en un laberinto donde las partes alegarían las razones que los asisten y se pondría en peligro fundamentalmente la paz y los derechos humanos que las partes se comprometieron a respetar bajo cualquier circunstancia.

Metodología de investigación

La investigación es de tipo cuali-cuantitativo (mixta) descriptivo; si bien no presenta hipótesis avanza en la confirmación de los supuestos planteados con la siguiente ruta metodológica.

Objetivos Específicos

1. Analizar y describir las estrategias, leyes y mecanismos implementadas

por el gobierno para que el postconflicto encuentre un clima adecuado para la sostenibilidad en el tiempo y detectar las posibles falencias que se puedan presentar en el momento de su aplicación en el marco del postconflicto.

2. Comparar y describir los procedimientos y mecanismos puestos en práctica con respecto a los acuerdos de paz y a los postconflictos que se implementaron en algunos países y que sirven como lecciones para tener algunos parámetros sobre los cuales se pueda analizar el postconflicto en Colombia y el alcance que puede tener este a corto, mediano y largo plazo.

Revisión documental, identificación, selección y revisión de normativa nacional regional y local además de las estrategias, leyes y mecanismos implementadas por en el acuerdo del gobierno para alcanzar el postconflicto.

Corpus completo: Leyes acordadas para el postconflicto y Planteamientos desde la academia, la institucionalidad y las ONGS vinculadas.

3. Identificar y establecer cuáles son los contextos locales donde se configura la problemática planteada y registrar de qué forma los mecanismos dispuestos para la protección de los derechos fundamentales así como los mecanismos dispuestos para el postconflicto han intervenido en esa realidad local y constatar de qué forma lo han hecho con el fin sugerir posibles rutas de acción para implementar a nivel local las leyes y mecanismos propuestos por el Estado Colombiano para alcanzar el fin del Conflicto armado en un marco de reconciliación y respeto a los Derechos Humanos.

4. Indagar y evidenciar la percepción que tienen las víctimas y los victimarios con respecto al cumplimiento de los acuerdos pactados frente al respeto y defensa de los derechos humanos por parte de los gobiernos locales, nacionales e internacionales con la finalidad de buscar mecanismos que ayuden a optimizar y (o) reorientar dichos mecanismos.

Se abordará con encuesta mixta (cerrada y semi-abierta) aplicada a 200 personas del Departamento del Magdalena ubicados en la ciudad receptora de Santa Marta. Rastreo institucional de datos que permitan identificar los líderes de las poblaciones vulneradas por el conflicto. La encuesta busca

generar nuevos datos para el estado del arte en la materia, incorporando la visión de los principales afectados por los conflictos además de la posible implementación de la norma acordadas para el postconflicto. se indaga inicialmente la percepción sobre la percepción que tienen las víctimas y los victimarios con respecto al cumplimiento de los acuerdos pactados frente al respeto y defensa de los derechos humanos por parte de los gobiernos locales, Las encuestas se vinculan a un programa de análisis del discurso que permite arrojar datos cuantitativos que apoyan análisis cualitativos.

Análisis de política pública y de la producción jurisprudencial y académica sobre los derechos fundamentales como vía de protección de derechos humanos. Para abordar la problemática del postconflicto. / El interés manifiesto en este objetivo específico inscribe la investigación como adaptativa la cual atendiendo la definición dada por COLCIENCIAS es aquella que permite “ – la implementación y/o materialización del conocimiento generado- universal a problemas particulares contemplados por el proyecto, en una forma que no haya sido alcanzada antes para ese tipo de problemas, incluyendo la resolución de incertidumbres que requieren un esfuerzo superior al que puede brindar la consulta de la literatura especializada o el trabajo normal de especialistas en el área.”

1. Identificar y dar a conocer los resultados positivos y (o) negativos que presenta el proceso de paz frente al cumplimiento del respeto a los acuerdos pactados y a los derechos humanos en el marco del postconflicto.

Diseño y publicación de cartilla con experiencias aprendidas de diferentes comunidades vulneradas del mundo afectadas por problemáticas similar al conflicto armado colombiano y procesos de postconflictos, buscando estrategias de éxito y empoderamiento que han podido equilibrar los diferentes intereses involucrados.

Fundamentación Teórica De Los Derechos Humanos Que Inciden En El Concepto De Posconflicto

Las libertades y los derechos han tenido en la historia un reglón especial en las discusiones con respecto a la presencia de estos en la vida del Estado, los ciudadanos se han visto abocados a reclamar y los gobernantes a definir y aclarar cuáles son los verdaderos alcances de las libertades y los derechos que les asisten a los ciudadanos en cada momento histórico. Mauricio Fioravanti

(2009) en su libro *Los “Derechos Fundamentales”*, sobre el tema nos dice:

El Estado medieval tiene grandes diferencias con respecto al Estado moderno, (...) no se debe cometer el error de buscar Derecho en la Edad Media utilizando las categorías del derecho moderno; si se hace de esta manera fácilmente se concluye con la ausencia de derecho en el Medioevo, precisamente porque así no se busca de ningún modo el derecho propio y específico de la edad media sino el mismo derecho moderno, es decir, algo que se ha afirmado más tardíamente (2009, p.27).

Cada momento histórico ha mostrado los mecanismos que se utilizaron para garantizar los derechos y las libertades, pero estos mecanismos ya no son válidos en nuestro contexto histórico; repetimos sería un error sumergirnos en un contexto histórico ajeno al nuestro puesto que se caería una interpretación carente de actualidad y de veracidad. En la Edad media raramente se hacían valer los derechos y las libertades y esto no significa que en la edad moderna se hubiera continuado con esa costumbre; en esta edad los individuos dependían de su origen y de su lugar al cual pertenecieran de tal manera que los derechos y las libertades son patrimonio del feudo y los individuos terminaban gozando de estos derechos y libertades sólo si estaban adscritos a una ciudad o a una aldea etc. En contraste con esto, Fioravanti (2009) argumenta:

Pues bien, todo esto es incompatible con la concepción moderna de la libertad como libre expresión de la voluntad, como libertad positiva. A esta dimensión de libertad, irrenunciable en el derecho moderno, se opone de modo irreconciliable el mundo medieval, que, en el mismo momento en que confía los derechos y las libertades a la fuerza del orden natural de las cosas históricamente fundado, impide a los hombres disfrutar de la esencial libertad de querer un orden diferente, es la falta de esta libertad, que en su raíz es la progenitora de las libertades políticas, las positivas lo que nos hace sentir – a nosotros los modernos – la edad media como algo lejano (2009, p.31).

Encontramos que existen profundas diferencias en los dos contextos históricos de los que se habla, es posible que en la edad media los mecanismos para hacer valer los derechos y las libertades sean vistas en su momento como válidas puesto que el orden natural así lo entendía, en la edad moderna con un tinte más positivista, el individuo puede disfrutar de los derechos y las libertades puesto que son asumidos por el individuo y defendidos por el

Estado; Continuando el camino que nos muestra la historia de la aparición de los Derechos y las libertades, se encuentra que la discusión ha sido permanente por la interpretación que se le han dado a los derechos en el momento en que el Estado debe ponerlos en la práctica en una sociedad concreta y a unos ciudadanos concretos. En el siglo XVIII y en el XIX los Estados Europeos y el Estado americano lograron decantar la fuerza y validez que las libertades y los Derechos tenían para los individuos, es así que: “El derecho constitucional europeo contemporáneo reconoce a los individuos un patrimonio de derechos, originario, independiente y protegido frente a la ley. En este punto se separa de la concepción revolucionaria francesa y se aproxima a la tradición constitucional norteamericana” (Zagrebelsky, 2011 p.54).

Para la concepción Americana los derechos son anteriores tanto a la constitución, como al gobierno (al Estado). Según la famosa argumentación circular del federalista de ascendencia Lockean, las cartas constitucionales eran el acto mediante el cual el pueblo soberano delegaba libremente en los gobernantes. El poder de estos se basaba en esa delegación, y naturalmente, debía permanecer dentro de los límites marcados por ella, más allá de los cuales se produciría la absoluta nulidad jurídica de sus actos (Zagrebelsky 2011, p.55).

Es evidente que los teóricos han tenido diversas y divergentes posiciones sobre las libertades y los derechos humanos, lo que es claro es la existencia de estos por derecho natural, para unos y por derecho positivo para otros; esto quiere decir, que los gobernantes velaran por el respeto de los derechos humanos dependiendo la dirección teórica que consideren la mejor y aquí es donde se pueden cometer arbitrariedades relativas a la tendencia academicista y política en la cual hayan sido formados.

Con referencia al plano internacional debemos destacar de manera importante el conflicto y camino hacia a La Paz que realizó Irlanda del Norte, donde según informes y escritos que han hecho seguimiento a las conversaciones que llevan el gobierno y las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia). El grupo Guerrillero ha puesto en la mesa de negociación el modelo de Irlanda y más concretamente conocido como Acuerdo de Viernes Santo que se dio el día 10 de Abril de 1998.

El conflicto de Irlanda del Norte tiene su origen en una serie de incompatibilidades históricas relacionadas con la colonización británica de la isla durante más de cuatro siglos y a las estructuras de poder político,

social y económico que de esta derivaron. Lo fundamental que generó el conflicto era una disputa etno-religiosa entre católicos nacionalistas y protestantes unionistas, estas variables están sustentadas en una estructura de poder territorial y político que reprodujo una violación estructural de tipo económico y cultural contra los Irlandeses católicos. (Kearns, 2007, citado en Mantilla, 2014, p.27).

Entonces según lo expuesto por Mantilla (2014), el proceso duró más de una década, desde 1987 hasta el acuerdo de viernes Santo en 1998. Este hecho hace que lo vivido en Irlanda del Norte constituya en el caso más importante internacional y Modelo a seguir para la resolución de conflictos armados.

Varios factores y personajes importantes, formaron un bloque para que se diera La Paz en Irlanda. Estos fueron: un favorable ambiente, el cansancio de los protagonistas o bloque armado, necesidad del gremio económico de lograr La Paz y el apoyo del nuevo presidente de Estados Unidos (Bill Clinton), pero lo que primó y favoreció al acuerdo de paz fue el movimiento que creó la sociedad civil que se convirtió en un mandato cívico por La Paz.

De acuerdo con Mantilla (2014), el acuerdo de Viernes Santo, en uno de sus apartes principales menciona de manera especial el reconocimiento del sufrimiento y dolor de las víctimas del conflicto armado, por esta razón crearon ambientes de reconciliación realizando convocatorias públicas que dieron origen a las estrategias fundamentales para la reparación de las víctimas, dejando claro que el Estado se comprometía a: a) reconocimiento por ayuda material; b) reconocimiento por proyectos conmemorativos y c) se creó la figura del defensor que su labor debía cumplir la labor de consejero y orientador a las víctimas.

En 1990 crean el CRC (consejo de relaciones comunitarias) su función: La elaboración de proyectos con personas que estuvieran interesadas en afrontar el conflicto de manera productiva. La labor realizada por el CRC fue vital e importante para que se diera la reconciliación a nivel local. Dejando así las bases claves para que el acuerdo del 1998 diera resultados positivos. Otro organismo de gran importancia para la resolución de este conflicto Modelo fue el programa Peace apoyado y financiado por la Comisión Europea quien fue el encargado en su primera etapa de “promover la reconciliación a través del impulso y desarrollo económico y el empleo, los centros urbanos y de las zonas rurales, el desarrollo de la comparación en las fronteras y la ampliación de la inclusión social” (Hamber & Gráinne, 2005, citado en Mantilla, 2014,

p.5). Si mencionamos en este proceso el desarme que como en todo proceso de paz debe ser el eje principal en el acuerdo de Irlanda del Norte este tema puso un traspie al proceso de paz ya que IRÁ (ejército republicano irlandés - iris republican army) protagonista y actor principal del conflicto, se negó. A realizar una entrega tradicional de las armas ya que para ellos se convertía en una figura de rendición o ser vencidos.

Con respecto a la situación que vivió Nicaragua, efectos políticos, y consecuencias sociales del conflicto armado abordamos el análisis realizado por Berenice Cortés Rincón (2014) Quien, de manera especial, relata el principio del conflicto, desarrollo, postconflicto, paso a paso y análisis de la situación actual que vive Nicaragua después de 25 años de “fin del conflicto” firmas de paz y acuerdos, y se señala fin del conflicto entre comillas (“) ya que este autor nos narra que en la actualidad se vive una experiencia peor que la misma guerra, llevando al país y a su capital Managua principalmente a los índices más altos de hambre, dolor y extrema pobreza. Evidenciando así que la conclusión de la guerra, firmas de tratados o pactos no implican realmente la terminación de la guerra. Observando de este modo este el índice que refleja el estado que vive la población Nicaragüense donde el 46,2% de los hogares viven en situación de pobreza y el 14,9% estando en extrema pobreza. Nicaragua es el segundo país más pobre de América.

Centroamérica es considerada hoy la región más violenta del mundo. Honduras tiene el récord mundial en homicidios, Guatemala el de feminicidios y en El Salvador hay más muertos por asesinatos que los que morían en años de la guerra. Los indicios de violencia sexual y los de violencia de género son escalofriantes (Cortés, 2014 p.81).

Aparte, Tito Hernández Pérez (2012) relata la violencia del salvador en los años ochenta durante su proceso de postconflicto, siendo está de carácter político que generó la guerra civil que el Estado enfrentó contra la Guerrilla del FMLN (Frente Farabundo Marti de Liberación Nacional). Apoyado por la intervención de Estados Unidos, propiamente la política del presidente Reagan que mostró el interés de combatir la subversión comunitaria que era apoyada por Cuba, Nicaragua y la Unión Soviética.

Este autor nos muestra la violencia desarrollada en medio de un país hundido por la pobreza y la desigualdad que lo único que dejaba era grandes marcas e índices por los crímenes cometidos por las mismas fuerzas armadas del Estado contra la población civil, la negación del gobierno a dichos crímenes,

existiendo evidencia plena. Se recopila en este artículo la estadística que para el año 1980 y 1981 ocurrieron. 21.000 asesinatos de civiles en manos de las fuerzas públicas del gobierno.

En conclusión se establecieron avances más en paz que en democracia, en desmilitarización que en vigencia de los derechos humanos y justicia y en reformas constitucionales más que en cuestiones económicas y sociales. (Hernández Pérez, 2012, p.3)

En cuanto a la revisión académica referente al conflicto que tuvo lugar en Argentina y Chile. Elin Skaar (2003), quien aborda la temática respondiendo a una pregunta clave: ¿Cómo ocuparse de los agentes de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos después de la transición del autoritarismo a la democracia?

Pareciera ser ante esta pregunta del autor que después de la etapa de transición, los gobiernos mediante un silencio y falta de actuación pretendían que aquellos delitos y violaciones cometidos durante la etapa del conflicto se fuera olvidando y, pareciera, que en algunos países esto funcionó porque se tiene como dato que solamente de quince países que vivieron transiciones a la democracia, únicamente Argentina tuvo un juicio a altos jefes de su cúpula militar e imponiéndoles importantes penas carcelarias. Después de una década se sigue buscando contra quien o quienes puede el Estado enjuiciar a aquellos militares por el secuestro de un centenar de niños.

Skaar también (2003) comenta que quiere llenar un vacío con su investigación acerca que no se deja en claro el papel de la rama judicial en las decisiones tomadas durante los acuerdos de paz y posteriores actuaciones en el llamado postconflicto. Señalando que estos acuerdos siempre van acompañados por reformas constitucionales parciales para darle a algunos el poder e independencia judicial frente al poder ejecutivo.

Los Estados como Argentina y Chile acá analizados y aquellos que entran a régimen de transición y posterior post-conflicto están comprometidos y bajo vigilancia por organismos internacionales para que de una u otra forma hagan valer los derechos humanos vulnerados y creen una estrategia óptima para restablecer el daño causado y construir políticas públicas que lleven al estado a la no repetición de estas violaciones.

Alrededor de 15 países han atravesado transiciones de regímenes

autoritarios a democráticos y a finales de los años 70 tuvieron brutales dictaduras militares en las que se cometieron las peores violaciones a los derechos humanos contra la misma población civil, acá cabe resaltar que solo Argentina juzgo a un grupo de militares (generales) en medio de la etapa de transición. Para resumir, Argentina después de 7 años de la etapa de transición a la democracia, el poder ejecutivo apoyaba una política de “perdón y olvido” y controlaban a los jueces para que no llegaran al final de las investigaciones contra militares y miembros de las fuerzas armadas. Entre tanto, movimientos locales por la defensa de los derechos humanos como las madres de la plaza de primero mayo ejercían presión al gobierno poniéndolo en observación a nivel internacional.

Con referente a lo que acá se señala de la situación chilena donde la dictadura duro 17 años, su terminación no ocurrió como la de Argentina, que fue por un colapso. Sino que en Chile, se dio por medio de conversaciones, negociaciones y acuerdos entre las clases sociales que llevaron a que al actual dictador Pinochet, perdiera las elecciones que el mismo promovió. La dictadura dejo para Chile, legados imborrables. Una constitución impuesta en 1980 que garantizaba el poder de las fuerzas armadas y militares con primacía absoluta y aplastante, caracterizada por la ausencia de juicios. Por esta razón, quedaron en la impunidad todos los delitos y violaciones a los derechos humanos. Ambos países (Argentina y Chile) a diferencia de los antes mencionados, países de Centroamérica (Nicaragua y El Salvador) han tenido una lucha constante por restablecer derechos y recuperar social y económicamente a sus naciones.

Ahora, al tornar la mirada para ver lo que sucede con los derechos humanos en Colombia, se puede interpretar que son puestos en práctica atendiendo a una visión incluyente de varias teorías que hay sobre el tema; una referencia clara de la posición subjetivista de los derechos la encontramos en la Constitución Nacional de Colombia en el artículo 5 que a la letra dice: “El estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (sujeto) y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

Con respecto a esto Zagrebelsky (2011), en su libro el Derecho Dúctil expone que en Europa y especialmente en Francia en el siglo XVIII y en adelante los derechos humanos eran una concesión de la ley a la persona, esto quiere decir que se privilegiaba la ley y los derechos humanos finalmente dependían del legislador o del gobernante; al contrario en la constitución americana los derechos están por encima de la ley en cuanto que el individuo es el que ha delegado al gobernante para que vele por los derechos que se encuentran

antes de la ley, aquí los derechos priman sobre la ley por lo tanto:

Los derechos, por cuanto patrimonio subjetivo independiente, que constituía a los individuos en sujetos activos originarios y soberanos y de este modo hacían posible el acto de delegación constitucional fundando el Government y, en él, el poder legislativo. La ley, cabe decir, derivaba de los derechos, justamente lo contrario de lo que sucedía en Francia donde eran los derechos los que derivaban de la ley. Aquí la soberanía de la ley; allí, la soberanía de los derechos (Zagrebelsky, 2011, p.55).

Es evidente que los derechos humanos se convirtieron para el Estado Colombiano en un renglón importante de su ordenamiento jurídico por el compromiso que adquirió al firmar algunos acuerdos internacionales que ponían en tela de juicio el manejo que los gobiernos les estaban dando a los conciudadanos. Una referencia que ilustra esta realidad la encontramos en la revista *Credencial Histórica* la cual nos dice que:

La Constitución de 1991 incorporó, además, al inventario de derechos humanos varios derechos económicos y sociales (empleo, vivienda, salud, cultura, etc.) e incluso convirtió en derechos de los ciudadanos algunos de los objetivos básicos del orden constitucional, como la paz. De este modo, la Constitución no solamente señaló los derechos exigibles del Estado, sino que definió como derechos muchos temas que normalmente hacen parte de la controversia política. Al hacerlo, tendió a despolitizar la búsqueda de metas sociales y a crear un ambiente en el que el desarrollo económico y social no se logra a través de la política y la participación democrática, sino mediante demandas en los tribunales (Melo González, 2002).

En el contexto actual vuelven a tomar fuerza los derechos humanos en cuanto que es un requisito para que los acuerdos que se firmen para la búsqueda de la terminación del conflicto armado puedan tener credibilidad por parte de las víctimas, de los victimarios y de la sociedad civil la cual ve con escepticismo la firma de la paz.

Para que el gobierno y el grupo insurgente garanticen los derechos humanos, será fundamental construir una cultura del respeto y de la reconciliación, dentro de esta construcción los canales de información sobre la vigilancia y el cumplimiento por las partes de los derechos humanos debe ser implementada con veedores de alta credibilidad, esto ayudará, a que si se presenta alguna

dificultad, hayan alertas tempranas para poder superar cualquier dificultad; el conocimiento de los derechos humanos se deberá convertir en una tarea educativa fundamentada en un plan nacional que debe ser promovido especialmente por el gobierno.

Como ya se ha puesto en evidencia se acerca un momento histórico clave para Colombia y como ya varios autores citados han expuesto así como el conflicto puede llegar a su fin, también puede ser el comienzo de una nueva etapa de violencia. Coherente a esta preocupación, distintos autores han abordado esta problemática y han realizados distinta propuesta entre las cuales se destaca el trabajo de María Victoria Llorente, Sergio Guarín y Ángela Rivas (2014) quienes reconocen el momento crucial por el cual pasa el país y además señalan –citando a Jaramillo (2013)- que el postconflicto que está por llegar será la oportunidad en donde realmente se decidirá el futuro de todo este proceso. Así mismo señalan varios elementos que se deben tener a consideración dentro de esta etapa: El primero de ellos –Tal vez el más importante- es reconocer que el conflicto colombiano va más allá de las problemática más visibles (Narcotráfico, guerrillas...), que si bien es un punto importante, no deja entrever la raíz histórica de este fenómeno que refiere a un problema de tipo estructural.

Seguidamente, y apoyados en el embalaje argumental de Robinson (2013), y Acemoglu y Robinson (2012), sugieren una transformación a las estructuras de poder predisuestas desde la época colonial que configuro la institucionalidad del país a largo plazo, institucionalidad de depredación que diagnostican como “caldo de cultivo perfecto para la corrupción, la violencia y la ilegalidad”, de esta forma se determinan a proponer un transformación en la institucionalidad colombiana que, coherente con la problemática histórica, revierta las problemáticas de gestión y manejo territorial creando una institucionalidad inclusiva. Sin lugar a dudas, lo más destacable de la reflexión anterior es la de preguntarnos por el cambio que se acerca, para que nuestra noción de paz no quede atada a un discurso común, sino que reconozca el contexto geohistorico del conflicto colombiano y plantee un debate abierto y constructivo. Recordándonos en su análisis que el postconflicto es una etapa de cambios, y como tal trae incertidumbres, por lo tanto hay que darnos la oportunidad de arriesgarnos –proponiendo, creando, investigando...- para poder erigir un mejor futuro (Kotter, 2012).

En la misma línea encontramos el trabajo de Borja Paladini (2014) quien investiga, si Colombia dispone de un sistema complejo e interdependiente de

instituciones, recursos, valores, estrategias y habilidades para impulsar una paz sostenible –para la cual hace una interesante analogía con las fuerzas armadas de este mismo país-. Investigación que resuelve enseñando diferentes ideas que aportan a este debate: La primera de ellas nos habla desde el concepto planteado por Ryan Jordan (2012) el cual nos habla de una “infraestructura de paz” que se debe entender como un entramado de sistemas, recursos, instituciones, valores y habilidades sostenidas por un gobierno, la sociedad civil con las diferentes comunidades quienes a través del dialogo y la consulta previenen conflictos y a su vez posibilitan un arbitraje pacifico.

En síntesis, Borja Paladini (2014), con esta orientación introduce a la importancia a la responsabilidad que tienen todos los estamentos del Estado (Instituciones, Hombres, Mujeres...) en la construcción de la paz, que “como un proceso endógeno de transformación y de innovación” solo será sostenible y resiliente si brota de las personas, las víctimas, los hombres, las mujeres, los victimarios, los población joven, las instituciones del país, y –como ya se mencionó- a todas las personas.

En coherencia con su idea principal, este autor plantea unas ideas acerca de las características que debería tener una infraestructura para la paz en Colombia, proyectando combinar lo –eventualmente- acordado con las diferentes. Iniciativas y experiencias institucionales y comunitarias, de las cuales se destaca las siguientes:

- Desde lo nacional: Un sistema de gobernanza de la paz, que permita coordinar y asistir una red institucional que sirva de apoyo a la implementación de los futuros acuerdos, así como la creación de instituciones de apoyo para este fin.
- Desde lo regional: Con la aperturas de espacios desde de acercamientos entre lo nacional y lo local. Abriendo un campo de acción idóneo para contextualizar en lo local las diferentes políticas y programas nacionales que incluyan un eventual acuerdo.
- Desde lo local: a través de los fortalecimientos de los canales de participación ciudadana, por ejemplo, comités locales de paz que permitan un dialogo plural que nutra y enriquezca la implementación de los acuerdos de paz.

De forma última en esta revisión se destaca el análisis realizado por Benavides

(2014) quien aborda una temática controversial. La justicia en el periodo de transición que se avecina es un tema obligado para esta investigación, debido a que esta justicia será la que dotará al gobierno del mecanismo para hacer frente al proceso de paz, a través de lo que se ha denominado como un marco jurídico para la paz.

En relación con la anterior, Benavides (2014) realiza un importante aporte aclarando el concepto de justicia transicional –entendida desde el gobierno– además de introducir en la problemática de justicia e impunidad que toca acápites importantes –en esta investigación– como lo son los derechos humanos, entre otros. El primero de estos conceptos –Justicia transicional– proviene de una diferenciación entre el eventual acuerdo de paz y la fase de construcción de la paz, lo que se denomina como etapa de transición. El autor destaca que en la primera fase de este proceso se sientan las bases y se plantean los caminos posibles para la construcción de la paz, en aras de cumplir un objetivo principal, el fortalecimiento del estado de derecho que se traduce en el fortalecimiento de un orden o unas reglas de juego. De ahí que la importancia de la no impunidad, añadiendo que esta se mide por el grado de satisfacción de los derechos de las víctimas, aunque también aclara que uno de los derechos importantes de las víctimas es que se investigue y se sancione a los responsables de grandes violaciones de derechos humanos. Entonces –de acuerdo al segundo punto “justicia e impunidad”– es vital que se respalde la investigación y el juzgamiento de los autores de las graves violaciones de los derechos humanos, logrando que la postura de las víctimas sea más que retórica.

Tabla 1.

Generación de nuevo conocimiento científico

Resultado/Producto esperado	Indicador	Beneficiario
Generar una fuente de información que propicie el desarrollo de futuras investigaciones en torno a los derechos humanos en el marco del post conflicto.	Documento final investigación	Comunidad académica, USA, ONGs, departamento del Magdalena. Acción social, diseñadores de política públicas y para población interesada.
Aporte al debate sobre el cumplimiento por las partes sobre los derechos humanos en virtud de leyes positivas.	Artículo	Comunidad académica, semillero de investigación en derecho público, Grupo JAM
Identificación de conflictos implementación de estrategias de justicia de víctima, victimarios y Estado	Artículo	Comunidad académica, semillero de investigación en derecho público, Grupo JAM

Fuente: *Elaborado por los autores.*

Tabla 2.

Fortalecimiento de la capacidad científica nacional

Resultado/Producto esperado	Indicador	Beneficiario
Fortalecimiento de la capacidad investigativa en las líneas de investigación que incluyen los derechos humanos	Documento final de la tesis.	Comunidad académica, autoridades nacionales y locales, Universidad Sergio Arboleda - CHRIO, grupo de investigación Joaquín Aron Manjarres.

Fuente: *Elaborado por los autores.*

Tabla 3.

Apropiación social del conocimiento

Resultado/Producto esperado	Indicador	Beneficiario
Socialización de los resultados y avances del proyecto a entidades a actores pertinentes.	1 Ponencia en evento local, regional, nacional e internacional.	Entidades del orden nacional, departamental y local que trabajan el tema de derechos humanos.
Aporte al desarrollo teórico y metodológico sobre el debate del respeto y proyección de los derechos humanos.	1 Ponencia en evento académico internacional y nacional.	Comunidad académica, semillero de investigación en derecho derechos humanos, Grupo GIJAM , actores involucrados
Foro sobre la importancia de los derechos humanos en el postconflicto.	1 evento Regional con invitados expertos y la comunidad involucrada.	Entidades del orden nacional, departamental y local que trabajan el tema de la protección de los derechos humanos.
Documento que apoye los procesos organizativos de las comunidades involucradas en el postconflicto con relación a las leyes acordadas creando un instrumento que amplíe sus conocimientos sobre el marco de los derechos humanos.	1 Cartilla informativa, con experiencias y procesos organizativos de respuesta ciudadana y/o comunitaria frente a leyes de transicionales que fueron reglamentadas para el postconflicto.	Comunidades de involucradas. Comunidad académica. Semilleros de investigación.

Fuente: *Elaborado por los autores.*

Tabla 3.
Impactos y/o efectos esperados

Impacto esperado.	Descripción del Impacto	Indicador verificable	Indicador Año de medición	Supuestos
APROPIACION SOCIAL Y CIRCULACION DE CONOCIMIENTO	Participación en evento Científico como Ponente	1 ponencia de avance de investigación en evento científico Nacional.		Aceptación de ponencia en Red Jurídica y Social Barranquilla 21 y 22 de Mayo 2016
		1 ponencias de resultados en evento científico Internacional.	2016/11	Aceptación de ponencia en el congreso interamericano de derechos humanos E.E.U.U.
		1 ponencia en encuentro de semilleros (la realizan los semilleristas inscritos.		Aceptación de ponencia de semillerista en evento Red Colsi Departamental Mayo 2016
	Informe de Investigación publicado en Revista de la Escuela de Derecho	1 informe de investigación	2016/11	Cumplimiento de parámetros de publicación revista de escuela de derecho (USASM)
	Organización de un evento académico de socialización de resultados.	1 evento académico organizado.	2016/11	Convocada y realizada por la Escuela de Derecho USA SM
	Cualificación investigativa a estudiantes de semillero de investigación que se vinculan al proyecto	4 estudiantes de semillero vinculados.	2016/11	Apoyo de directores de semilleros socializando la temática investigativa y motivando la vinculación de los estudiantes de acuerdo a los estímulos que contemplar la participación de estudiantes en semilleros.
ACTIVIDADES DE FORMACIÓN	Dirección de tesis de pregrado en derecho sobre el tema	1 estudiante tesista de pregrado en derecho vinculado.	2016	Socialización del proyecto e invitación a participar a estudiante del penúltimo o último semestre de la carrera de derecho.
	Trabajo dirigido tutoría	1 tesis de pregrado en derecho dirigida sobre las temáticas abordadas	2016	Asignación de la dirección de tesis al investigador participe del proyecto
	ponencias publicadas en libro de memorias de evento científico (con ISBN)	2 capítulos de memoria publicadas	2015/2016/1	Asistencia al evento como ponente
		3 artículos en revista indexada internacional	2015/2016/1	Aceptación de artículo

	Artículo en coautoría entre investigadores	1 cartilla pedagógica sobre las leyes acordadas para el fortalecimiento, defensa y cumplimiento de los derechos humanos en el postconflicto.	2016/11	Trabajo investigativo entregado por parte de Co-investigadora a cargo de entrevistas, Asignación de rublo para diseño, diagramación y publicación.
PRODUCCION BIBLIOGRAFICA	Cartilla pedagógica donde se presente los aspectos reguladores pertinentes sobre derechos humanos y postconflicto con una explicación de su alcance, complementado con la incorporación de los hallazgos en cuantas lecciones aprendidas para las comunidades.	1 investigador vinculado vía alianza investigativa con centro de excelencia académica internacional	2015/1	Financiación del proyecto.
RED DE CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO	Se vincula al equipo investigativo del proyecto la directora ejecutiva de la ONG CHRIO			

Fuente: *Elaborado por los autores.*

Referencias

- Acemoglu, D. & Robinson, J. (2012). *Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Bogotá, Colombia: Planeta.
- Angulo, M., Ortiz, A. & Pantoja, S. (2013). Análisis de las percepciones de los colombianos sobre el proceso de paz y el postconflicto desde una perspectiva de género. *Colombia Internacional*, 80. 220-233.
- Benavides, F. (2014). Cómo encarar la justicia en el período de transición. *Por la Paz. Colombia en el postconflicto violento*, 20. Institut Català Internacional per la Pau (ICIP).
- Borja Paladini, A. (2014) Infraestructura de paz: hacia un sistema de apoyo a la construcción de paz en Colombia. En *Por la Paz. Colombia en el postconflicto violento*, 20.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) (2013). Informe General *iBasta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Recuperado de: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>
- Comisión Interamericana De los Derechos Humanos (2013) *Verdad justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.49/13
- Cortés, B. (2014). *El proceso de paz de Nicaragua, efectos políticos y consecuencias sociales del conflicto armado* (Tesis de maestría). Facultad de derecho de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá, Colombia.
- DNP (2006). *Diagnóstico de la política de desmovilización y reincorporación de ex miembros de los grupos al margen de la ley 2002 -2006: oportunidades y retos para el futuro*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación
- Fioravanti, M. (2009). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III. Madrid, España: Trotta.
- Gómez, F. (2014) *Constitución política de Colombia*. Básica. Bogotá, Colombia: Ed Leyer.

- Hernández Pérez, T. (2012). *El papel de la democracia en sociedades Postconflicto situación del conflicto armado interno: El caso del Salvador y Colombia*.
- Jaramillo, S. (14 de Mayo de 2013). *Transición en Colombia ante el proceso de paz y la justicia*. Corporación Nuevo Arco Iris. Recuperado de: <https://www.arcoiris.com.co/2013/05/transicion-en-colombia-ante-el-proceso-de-paz-y-la-justicia/>
- Jordan, R. (2012). Infrastructures for Peace as a Path to Resilient Societies: An Institutional Perspective, *Journal of Peacebuilding & Development*, 7(3), 14-24, DOI: 10.1080/15423166.2013.774806
- Kotter, J. (2012). *Leading Change*. Boston: Harvard Business School Press.
- Congreso de Colombia. (25 de julio de 2005). Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. [Ley 975 de 2005]. DO: 45.980.
- Llorente, M., Guarín, S. & Rivas, Á. (2014). La construcción de la paz en Colombia y el reto del cambio. En *Por la Paz. Colombia en el postconflicto violento*. N°20 Institut Català Internacional per la Pau (ICIP).
- Mantilla, J. (2014). El Acuerdo De Viernes Santo O La Paz Como Nuevo Díselo Institucional Compartido: Lecciones Del Proceso De Paz En Irlanda Del Norte. *Políticas Públicas* 5. 1-13.
- Melo González, O. (2002). Los Derechos Humanos En Colombia. Consolidación Institucional De Libertades Individuales Y Derechos Sociales. *Revista Creencial Historia*, 156.
- Robinson, J. (2013). Colombia: Another 100 Years of Solitude? *Current History* 112 (751). 43-48.
- Skaar, E. (2003). *Independencia judicial y política de derechos humanos en Argentina y Chile*. Bogotá, Colombia: ILSA.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, España: Trotta.

LOS CENTROS DE REHABILITACIÓN JURÍDICA PARA EL POSCONFLICTO

“Una mirada al rol de las universidades en el posconflicto”

Stewing José Arteaga Padilla *

Juan Carlos De los ríos Castiblanco **

Nicolás Sánchez Vélez ***

* Abogado Universidad Autónoma del Caribe, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. sarteaga@coruniamericana.edu.co

** Abogado de la Universidad del Atlántico, Magister en Derecho Universidad del Norte, Investigador Asociado Colciencias, Profesor de La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, De la Corporación Universitaria Americana, y miembro de los Grupo de investigación "Derecho Justicia y estado Social de Derecho". jderios@coruniamericana.edu.co

*** Economista egresado Universidad del Atlántico, especialista en Gestion Publica de la Escuela Superior de Administrador Publica, y Maestrante en Desarrollo y gestión de empresas sociales universidad Simon Bolivar. Correo nocisan1402@hotmail.com

Resumen

La inminente terminación del conflicto supone el inicio del posconflicto, entendido como aquel periodo de tiempo en el que las parte enfrentadas cesan sus actividades guerreras e inician una serie de programas para lograr la paz en condiciones justas y equitativas. Uno de los retos más importantes para la etapa de posconflicto es la atención integral de las víctimas, que para efectos de la realidad presente hemos asimilado a un paciente que requiere terapias de rehabilitación que le permitan reincorporarse a la vida y convivencia social en condiciones normales y ajenas a los dolores del pasado. Para ello, se requiere que las instituciones universitarias en general y las facultades de derecho en particular, se empoderen de una mentalidad acorde con su responsabilidad social para suministrarle a quien ostenta la calidad de víctima del conflicto una serie de herramientas que le permitan vivir y convivir en condiciones normales. Se trata pues, de avanzar en el enfoque hasta ahora llevado por las universidades para dejar de ver al ser humano como un sujeto a quien se le pueden experimentar teorías y procedimientos jurídicos para verlo como quien necesita rehabilitación después de haber sufrido el traumatismo del conflicto.

Palabras clave: Conflicto, Posconflicto, Víctimas, Universidades, Rehabilitación

Introducción

Colombia vive el que debe ser catalogado el momento más crucial de su historia. No se trata de la celebración del más importante evento deportivo, ni de haber sido elegido sede de una convención económica mundial, sino de la oportunidad de llegar al fin de uno de los conflictos armados internos más grandes y sangrientos en la historia de la humanidad. Se trata pues de un acontecimiento que está lejos de la irrelevancia y que capta la atención de todos los sectores de la sociedad, sobre todo de las universidades y en especial de las facultades de derecho, las cuales jugarán un rol protagónico en el fomento de la adecuada comprensión de la cultura del posconflicto, la asimilación por parte de la ciudadanía de los cambios institucionales y la adecuada asesoría a las víctimas del conflicto para el restablecimiento de sus derechos.

En este orden de ideas y teniendo claro que son muchas las aristas del conflicto, nos proponemos centrarnos en lo realmente importante, las víctimas. Decimos lo realmente importante porque entre las múltiples causas que nos dividieron o las variadas soluciones que nos reconcilien, se encuentran todos aquellos que de una u otra forma han sufrido las barbaries que en nombre de la defensa de intereses legítimos o ilegítimos se han cometido.

La rehabilitación de estas víctimas a la vida social en condiciones normales, efectivas y reales debe ser el foco de atención de todos los sectores de la sociedad, en especial de los claustros universitarios. Así como en vigencia de finales del siglo XIX y principios del XX en los Estados Unidos se propuso la asimilación de instituciones médicas a las prácticas jurídicas para lograr que el estudiante de derecho bajo la supervisión de un experto se familiarizara con los conflictos sociales y aprendiera a tratarlos como lo hace el estudiante de medicina con las patologías humanas, se crearon las clínicas jurídicas como dependencias de las facultades de derecho que permitían el acercamiento del profesional del derecho a la realidad social, lo que redundaba en el fortalecimiento de su formación, pero que hasta la fecha sigue siendo una institución diseñada para el profesional que necesita experticia, pero no para el paciente que necesita curación.

En este orden de ideas, propondremos no la desnaturalización de instituciones como las clínicas jurídicas, los consultorios jurídicos y los centros de conciliación, sino la concepción de una nueva visión que cambie la perspectiva en que estas prácticas se realizan.

Se trata de una propuesta que mire y trate a la sociedad no como un ratón de laboratorio en quien se puede realizar experimentos de aplicación de teorías o procedimientos jurídicos, sino como un paciente que ha padecido un largo y tortuoso traumatismo llamado conflicto, a quien se le debe aplicar todos los procedimientos no solo para su curación, sino para la consecución de un fin mayor, su REHABILITACIÓN, lo que requiere toda una infraestructura social, pedagógica, psicológica y jurídica para lograr que este ser humano vuelva a vivir y a convivir sin miedos ni temores, pero empoderado de una nueva mentalidad, un conocimiento claro de sus derechos y de las herramientas jurídicas eficaces para hacerlos efectivos.

Teniendo este ambicioso objetivo por conseguir, se vislumbra en el horizonte de la esperanza social que las instituciones educativas y en especial las facultades de derecho serán pieza clave para la consecución de tan loable fin; empoderarse de tal visión es la actividad más coherente que las facultades de derecho pueden desarrollar.

El Posconflicto

Es común en nuestros días hablar y escuchar hablar del posconflicto; lo interesante y pertinente del tema lo hace estar a la orden del día en los foros, conversatorios y demás escenarios de discusión formal o informal, no obstante, debemos recordar una realidad, si bien es cierto debemos prepararnos para la llegada de esta etapa, no podemos ignorar que aún estamos en conflicto y que el mismo finalizará una vez haya sido firmado el acuerdo final y refrendado por el pueblo en las urnas. Sin embargo, una mirada optimista a la finalización del conflicto nos permite aventurarnos a explorar lo que sería Colombia en un escenario sin confrontación armada interna.

Aunque no es tarea fácil, debe ser lo primero definir ¿Qué es el posconflicto? Lo anterior por cuanto existe una enorme dificultad conceptual para definirlo, pero si existen aproximaciones al mismo tales como:

El periodo de tiempo en el cual las hostilidades del pasado se han reducido al nivel necesario para que las actividades de reintegración y rehabilitación se puedan iniciar (Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, 2006).

Según esta definición podemos identificar elementos característicos tales como: periodo de tiempo posterior al conflicto, cese o reducción ostensible de

hostilidades, así como el inicio de actividades de reintegración, rehabilitación y reparación de los daños causados. Es decir, hablar de posconflicto supone la idea de terminación todas aquellas acciones propias de la guerra y el inicio de la práctica de una serie de actividades distintas por parte de los actores del conflicto, actividades que por excelencia buscarán adoptar medidas para la normalización de las relaciones.

Aunque no es el objetivo primordial de esta reflexión si debemos partir de la idea de que tarde o temprano el conflicto terminará e iniciaremos un periodo distinto, ¿bueno o malo? ¿Mejor o peor? la historia lo dirá, pero ese periodo exige que, no solo los actores del conflicto adopten medidas para normalizar las relaciones en busca de una paz estable y duradera, sino que involucra a la sociedad en general y a los centros universitarios en particular. Se trata de crear unas condiciones sociales, políticas, económicas, culturales y jurídicas justas, en condiciones equitativas que garanticen que todos gozaremos de un ambiente propicio para el ejercicio pleno de los derechos y garantías.

Definición de Víctima en el marco del conflicto armado

En el marco del conflicto armado colombiano el legislador consideró oportuno delimitar la concepción de víctima atendiendo a las particularidades del conflicto interno y no a sus generalidades (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-781/2012) para lo cual definió víctima como:

“aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno” (Ley 1448, 2011).

Esta definición delimita de manera temporal y espacial la condición de víctima en el estado colombiano. En este orden de ideas, para efectos de reparaciones, restablecimiento de derechos y acceso los programas diseñados para lograr la verdad justicia y reparación integral este concepto de víctima es vital, toda vez que aunque parezca excluyente no todo el que ha sufrido consecuencias de la violencia puede ser considerado víctima del conflicto armado.

Para la Corte la expresión “con ocasión del conflicto armado”, inserta en la definición operativa de “víctima” establecida en el artículo 3º de la Ley 1448

de 2011, delimita el universo de víctimas beneficiarias de la ley de manera constitucional y compatible con el principio de igualdad, como quiera que quienes lleguen a ser consideradas como tales por hechos ilícitos ajenos al contexto del conflicto armado, aun cuando no sean beneficiarios de la Ley 1448 de 2011, pueden acudir a la totalidad de las herramientas y procedimientos ordinarios de defensa y garantía de sus derechos provistos por el Estado colombiano y su sistema jurídico.

La expresión “con ocasión del conflicto armado,” tiene un sentido amplio que cobija situaciones ocurridas en el contexto del conflicto armado. A esta conclusión se arriba principalmente siguiendo la ratio decidendi de la sentencia C-253A de 2012, en el sentido de declarar que la expresión “con ocasión de” alude a “una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado”.

Esta conclusión también es armónica con la noción amplia de “conflicto armado” que ha reconocido la Corte Constitucional a lo largo de numerosos pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, de tutela, y de seguimiento a la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, la cual, lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano. Estos criterios, fueron tenidos en cuenta por el Legislador al expedir la Ley 1448 de 2011 y constituyen criterios interpretativos obligatorios para los operadores jurídicos encargados de dar aplicación concreta a la Ley 1448 de 2011 (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-781/2012).

Ahora bien, atendiendo a la tipología de la victimización del conflicto realizada por la Unidad de Víctimas y la Comisión de Memoria Histórica, se pueden establecer trece modalidades principales de victimización en el marco del conflicto armado interno colombiano:

1. Desplazamiento de población
2. Despojo de tierras
3. Secuestro
4. Extorsión
5. Reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes
6. Tortura

7. Homicidio en persona protegida, asesinatos selectivos y masacre
8. Amenazas
9. Delitos contra la libertad y la integridad sexual
10. Desaparición forzada
11. Minas antipersonas, munición sin explotar y artefactos explosivos no convencionales
12. Ataques y pérdidas de bienes civiles
13. Atentados contra bienes públicos

Según el Registro Nacional de Víctimas, cuando se suman las víctimas directas e indirectas¹, estas pueden alcanzar la impresionante cifra de 6.8 millones de personas, es decir, alrededor del 8% de la población total del país (Comisión Histórica del conflicto y sus Víctimas, 2015). Esta escandalosa cifra nos arroja una aproximación no solo a la magnitud del conflicto que hemos vivido, sino también a la cantidad de personas que una vez finalizado el mismo necesitarán la rehabilitación que en este artículo proponemos.

Centros de Rehabilitación

Teniendo claro que debemos entender por posconflicto aquel escenario posterior a la finalización de una confrontación armada y habiendo delimitado el concepto de víctima, nos proponemos tal y como indicamos al inicio del presente escrito, asimilar las funciones y procedimientos médicos realizados a pacientes con patologías particulares a las víctimas del conflicto armado colombiano, para ello incorporaremos algunas definiciones médicas para luego equipararlas a situaciones jurídicas concretas.

Para la medicina, la rehabilitación es un proceso cuya finalidad es que el paciente recupere una función o una actividad que ha perdido por una enfermedad o por un traumatismo. Se trata de la atención sanitaria orientada a las secuelas de un trastorno que genera discapacidad o disfunción.

La anterior definición, aunque médica nos permite una aproximación a los distintos traumatismos que enumeramos en la tipología de la victimización. Todo aquel que con ocasión del conflicto colombiano ha padecido una de estas patologías debe recuperar su función social.

Se piensa por un momento en la familia bajo la concepción constitucional

¹ Las primeras son aquellas víctimas que han sufrido directamente la agresión (por ejemplo, un secuestrado), mientras las segundas son fundamentalmente, pero no exclusivamente, los familiares que han sido afectados por ese crimen.

del artículo 42 superior “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” posterior a esta declaración, su inciso quinto manifiesta que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley” (Const., 1991). ¿Qué hacer con aquellas familias que lo perdieron todo o fueron obligadas a abandonar su tierra o despojarse de un miembro de su hogar o contemplar cómo uno de los suyos era vilmente asesinado? No podemos recibirlos en el seno de la sociedad con programas inertes que solo logren revictimizarlos debido a los interminables trámites o a la reunión de requisitos inalcanzables. Se trata de seres humanos que deben recuperar su función, de personas que deben y necesitan encontrar o más bien que alguien los ayude a encontrar nuevamente su rol en la sociedad y para esto el acompañamiento jurídico no solo es vital sino también fundamental.

Consideremos también la condición de aquellos que han sufrido un accidente que ha comprometido de manera seria una de sus extremidades y esta se encuentra sin funcionalidad, es un paciente que a través de terapias hechas por el experto, poco a poco logrará oxigenar sus músculos para que estos funcionen normalmente. Así mismo, aquel que ha padecido un trauma producto del conflicto no necesita un experto Abogado o un inexperto Aprendiz que le diga lo que tiene que hacer, sino un ser humano que, identificado con el dolor que padece su semejante, lo acompaña y lo lleva de la mano hasta que este se sienta con la fuerza y confianza suficiente para seguir solo su camino.

Por consiguiente, el concepto de rehabilitación de las víctimas que han padecido los traumas del conflicto va mucho más allá que una simple práctica jurídica encaminada al cumplimiento de una “función social” sino que supone un esfuerzo mancomunado para lograr una reeducación mental, una genuina y verdadera enseñanza de la paz y un acompañamiento total hasta que el individuo sea capaz de funcionar por sí solo en el entorno social.

Con base en estas afirmaciones podría inferirse que una de las funciones políticas de la institución educativa es generar transformaciones culturales y sociales favorables a la consolidación de prácticas y valores de paz, representaciones de igualdad y justicia, inclusión, buen vivir y democracia. Para esta finalidad educativa, una posible estrategia es que las niñas, los niños y los jóvenes aprendan sobre la historia del país, identifiquen con precisión las implicaciones que ha acarreado la violencia estructural en las condiciones de vida de la ciudadanía y discutan sobre los desafíos sociales, económicos, culturales y políticos de lo que significa aprender a vivir juntos en una nación que se denomina a sí misma como un Estado social de derecho (Echavarría,

Bernal, Murcia, González & Castro, 2015).

Desde esta perspectiva, la escuela tiene el deber de reflexionar con especial cuidado cómo se propician y se fortalecen las interacciones sociales en función del buen vivir y el florecimiento humano. Complementariamente, debe crear espacios para discutir y proponer estrategias conducentes al establecimiento de relaciones democráticas e incluyentes y para formalizar procedimientos profundamente democráticos, fundamentados en criterios de justicia, cuidado y reconocimiento, y comprometidos con la promoción de derechos (Echavarría, Bernal, Murcia, González & Castro, 2014).

Consultorios Jurídicos, Centros de Conciliación y Clínicas Jurídicas

El profesor Ruso Alexander I. Lyublinsky y el profesor estadounidense William Rowe, preocupados por la inexistencia de una práctica de casos reales en las facultades de Derecho, se cuestionaban sobre la posibilidad de establecer una metodología de discusión de casos teniendo en cuenta la experiencia de las facultades de Medicina (Puga, 2002). No obstante las discusiones de los años 20 sobre una práctica que se asemejara a las sesiones clínicas de las facultades de Medicina, es en 1933, cuando el prestigioso abogado Jerome Frank publica su carta franca titulada "¿Por qué no un Abogado-Clinico?", en la cual critica la metodología de casos de Harvard y fija las pautas para el establecimiento de las clínicas jurídicas en las facultades de Derecho (Hurder, 1997).

Esta asimilación de conceptos para lograr una práctica jurídica efectiva, ha permitido que a lo largo de los años las facultades de derecho de las universidades desarrollen programas de acercamiento a la sociedad para lograr una experticia de sus profesionales. No obstante, programas como los consultorios jurídicos, los centros de conciliación y las clínicas jurídicas se han desarrollado como entes al servicio del estudiante y no de la sociedad, pues aunque su concepción tiene un componente social, han sido diseñadas para el fortalecimiento de las prácticas jurídicas.

Es fundamental cuestionarnos ¿Cuál debe ser la función principal de las clínicas jurídicas, centros de conciliación y consultorios jurídicos en el posconflicto? Sin duda alguna la rehabilitación de las víctimas del conflicto. En un entorno como el nuestro, ya no es viable ni mucho menos loable concebir estas instituciones como entidades diseñadas para el logro de fortalecimientos académicos, sino como instituciones rehabilitadoras, que

traten a las víctimas como sujetos de especial atención, seres humanos no dignos de lástima pero si del mayor de los acompañamientos.

La adecuada enseñanza de los cambios institucionales, la construcción de estructuras de pensamiento sólidas será el papel de los centros de rehabilitación jurídica en el posconflicto. No se trata de ser entidades generadoras de profesionales, sino entes gestores de conciencia social, de mentalidad de cambio, pilares sobre el que se soporten las grandes estructuras sociales.

Para lograr esta rehabilitación integral de la víctima del conflicto armado lo primero que se le debe suministrar es la terapia del perdón, en la que se buscará que el afectado por el conflicto bajo una conciencia y conocimiento claro de lo acontecido, adquiera la capacidad de sanar las heridas de su trauma y mirar hacia adelante con una visión distinta que le permita identificar que se han diseñado una serie de medidas e instituciones dispuestas para que avance hacia el logro de sus cometidos sociales.

La segunda terapia para la víctima del conflicto que se le debe suministrar en los centros de rehabilitación jurídica es la de enseñar o reeducar, nos referimos al acompañamiento educativo en el que se trate a la víctima no como un estudiante, sino como un ciudadano que necesita conocer sus derechos, apropiarse de los conceptos, empoderarse de la nueva cultura jurídica y adquirir conciencia jurídica de la nueva realidad institucional.

La tercera fase de esta rehabilitación debe ser la articulación del ciudadano con las políticas establecidas en el escenario jurídico del posconflicto, para ello se requiere no diseñar las estructuras sociales porque esto es tarea de las autoridades estatales, sino la tarea de lograr que la persona materialice lo recibido en las etapas anteriores.

CONCLUSIONES

CENTRO DE REHABILITACIÓN JURIDICA “PENSAR”. El rol rehabilitador que proponemos puede ser desarrollado por las facultades de derecho de las universidades del país a través del Centro de Rehabilitación Jurídica PENSAR, sigla que obedece a Perdón, Enseñanza y articulación.

PENSAR, más que una sigla o una idea filantrópica o utópica, es una estrategia que puede contribuir a que las universidades del país contribuyan de

manera efectiva en el éxito del tratamiento de las víctimas en el posconflicto.

PERDÓN requiere acompañamiento psicológico y jurídico, en el que se lleve al que ha padecido los traumas del conflicto a identificar las causas que dieron origen al mismo, para que mediante una conciencia clara de las realidades que nos dividieron asuma una postura amigable y de reconciliación consigo mismo y con la sociedad, para que una vez sanadas sus heridas del pasado pueda avanzar al siguiente paso.

ENSEÑANZA es la segunda etapa de esta rehabilitación. Se trata de una transmisión de conocimientos orientada ya no a la comprensión de las causas que dieron origen al conflicto como se propuso en la etapa inicial, sino a la construcción de unas estructuras mentales sólidas que le permitan al ciudadano identificar que en el nuevo escenario estatal puede ser útil y aportar su granito de arena al logro de la estabilidad institucional y por supuesto de la paz conseguida.

ARTICULACIÓN es la etapa final y la de mayor compromiso, ya que en esta se plantea la posibilidad de poner en marcha todo lo aprendido y comprobar si las fases iniciales surtieron los efectos esperados. Se trata de un acompañamiento institucional en el que se ayude al ciudadano en sus trámites y procedimientos. En este momento crucial, la persona se encuentra empoderada de los conocimientos necesarios y debe ponerlos en práctica pero no abandonado a su suerte sino rodeado del Centro de Rehabilitación.

En conclusión, PENSAR es una invitación a asumir un rol protagónico en el escenario del posconflicto, en el que se adquiriera un compromiso con la rehabilitación de aquel que ha sufrido las barbaries del conflicto. Todos a PENSAR.

Referencias

- Comisión Histórica del conflicto y sus Víctimas (Febrero de 2015). Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Recuperado de: http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf
- Congreso de Colombia. (10 de junio de 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. [Ley 1448 de 2011]. DO: 48.096.
- Constitución Política Colombiana. (1991). Bogotá, Colombia: Panamericana.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de octubre de 2012). Sentencia C-781 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de marzo de 2012). Sentencia C-253/2012. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Echavarría, C., Bernal, J., Murcia, N., González, L. & Castro, L. (2015). Contribuciones de la institución educativa al postconflicto: Humanizarte, una propuesta pedagógica para la construcción de paz. *Cuadernos de Administración*, 28(51), 159-187.
- Echavarría, C., Murcia, N. & Catro, L. (2014). *Imaginarios sociales de la formación política, ética y ciudadana para la construcción de paz y convivencia en las instituciones educativas del Distrito Lasallista de Bogotá*. Bogotá, Colombia: Universidad de la Salle.
- Hurder, A. (1997). Associate Clinical Professor of Law, Vanderbilt University Law School. *Clinical Anthology: Readings for Live-Client Clinics*. Carolina Academic Press.
- Puga, M. (2002). *Litigio y políticas públicas en derechos humanos*, Escuela de derecho Diego Portales. Santiago, Chile: CEPAL.

REPERCUSIONES SOCIALES DEL POSTCONFLICTO EN LA EDUCACION SUPERIOR EN COLOMBIA; UNA MIRADA DESDE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA

Javier Mendoza De La Rosa*

Jose Miguel Gamboa **

* Psicólogo egresado de la universidad del norte, Sociólogo y Magister en Educación de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, Doctorante en Ciencias Políticas universidad del Zulia, Venezuela. docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. Correo. jclm656@hotmail.com

** Político, Magister y Doctor en Ciencias Políticas, de la Universidad de Viena, Especialista en Estudios Latinoamericanos, del Instituto Austriaco para América Latina, docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. Correo. jgamboa@coruniamericana.edu.co

Resumen

La temática asignada para efectos de resaltar las consecuencias sociales que conlleva el posconflicto en la educación superior en Colombia, y proyectar a la universidad como plataforma para la construcción de una nueva sociedad requerida después de 50 años de conflicto, permite que los actores, organizaciones de gobierno escolar puedan aplicar los conceptos de Responsabilidad Social Universitaria como herramienta para construir el país y la sociedad que queremos.

El escrito se fundamenta bajo tres ejes; propuestas que contribuyen a la paz realizada por las universidades, se analizará el documento del Acuerdo por lo superior 2034, en aras de lograr un escenario para la paz y el postconflicto, y por ultimo resaltar el rol del docente en la construcción del ciudadano que queremos.

Bajo estas premisas se tratara de imbuir el tema de RSU como concepto universal para el desarrollo organizativo y administrativo de los IES como empresas que prestan un servicio público, basados en un marco jurídico.

Palabras Clave: Postconflicto, Responsabilidad social Universitaria, Ciudadanía, Modelos Educativos

Introducción

Ante la problemática planteada de ¿cuál es la repercusión social del posconflicto en la educación superior en Colombia? Se aborda la temática partiendo de la interpretación histórica que ha tenido la educación superior a lo largo de los 50 años de conflicto armado y los cambios generados por las necesidades de construir una sociedad regulada por la ley y la norma, complementada por líneas de saber inter-disciplinarias como la sociología, la psicología, la antropología y las ciencias de la educación.

Las IES pública han sido los espacios donde se ha concentrado las grandes ideologías políticas de izquierda en defensa de la democracia y las participaciones ciudadana para la construcción de un país con oportunidades, incluyentes y transformadoras sociales en el tejido de equidad y convivencia con calidad.

Estas posiciones ideológicas marcaron pautas generadoras de conflictos sociales en la búsqueda de una sociedad incluyente, transformadora y equitativa en un estado socialista y revolucionaria del conocimiento.

Los modelos educativos fundamentados en la teoría constructivista de Vygotsky, en el aprendizaje significativo de David Ausubel y la filosofía Marxista-Leninista en el triángulo de las IES; Universidad Nacional de Colombia y subsedes en otras ciudades, la Universidad de Antioquia y la Universidad del Valle fueron centros de incubación de grupos opositores a la oligarquía y a la lucha de clases, para la generación de equidad social (Mendoza, 2010).

Por lo que la política, la democracia, la filosofía y la historia eran los sílabos que predominaban en los diferentes saberes en la construcción de una sociedad preocupada por el conocimiento histórico del hombre y su vivencia social que por un desarrollo auto-sostenible, en medio de una sociedad clasista, pobre y con muchas necesidades básicas insatisfechas.

Esto condujo a la aparición de grandes conflictos sociales, sumados al contrabando, al narcotráfico y a la lucha de partidos políticos en búsqueda del poder administrativo del estado y el poder económico entre pocas familias de la sociedad Colombiana.

Los grandes conflictos causados por estas posiciones, trajeron como consecuencia el desplazamiento, la conformación de grupos armados, el

narcotráfico, el paramilitarismo, el pluralismo, la crisis de la democracia y la economía proyectadas o representadas en la pobreza, la inequidad, la delincuencia, la exclusión social y el desequilibrio socio-psicológico de la sociedad.

Durante este acontecer histórico los modelos educativos existentes basados en la ley 30 de 1992 y sus decretos reglamentarios permitieron abrir puertas para el mejoramiento y la construcción de una sociedad fundamentada en valores sociales, éticos y morales, que conjuntamente con la Constitución de 1991 en su primer artículo, donde manifiesta un estado social de derecho; la protección de la familia (art.5), el derecho a la educación, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, el respeto por las etnias, la religión y la paz como un derecho; se comienza a cambiar los modelos educativos para abrir espacios de concertación, de dialogo, de investigación y de formación de profesionales de ciencia y no de operatividad del saber.

En este orden de ideas se puede mostrar el papel tan importante que juega la educación superior en la reconstrucción del posconflicto, puesto que provee protección física, psicosocial y cognitiva (Márquez, 2013).

Se tiene la experiencia de países como Bosnia, Herzegovina y el Salvador las cuales, en diferentes contextos y grados, han logrado mantener la paz durante un largo tiempo y han eliminado casi totalmente las causas de la violencia (Márquez, 2013, p.226).

En este proceso, la educación desempeña un papel muy importante, desde el acceso a la educación, la protección de los estudiantes y profesores, la protección psicosocial que se establece a través de la autoexpresión, la expansión de las redes sociales y el acceso a rutinas regulares (Márquez, 2013).

Después de medio siglo de dolor y de muerte, es hora de enseñar las diferentes connotaciones que podría asumir la paz y lo que se requiere para lograrla en el ambiente de la sociedad estudiantil de Colombia, y más aún, en un tiempo tensionante y polarizados frente a los diálogos de paz en la Habana, Cuba, con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Para ello, la universidad debe tener una conceptualización, unos alcances y objetivos asociados con la cultura de paz (Baquero & Ariza, 2014).

Las propuestas de políticas públicas en educación, son otras estrategias que permiten plantear la construcción de una sociedad ajustada a las nuevas

exigencias del posconflicto; el acuerdo por lo superior 2034, es una política pública propuesta por el ministerio de educación Nacional en el escenario de la paz como producto de dialogo nacional (Decreto 2382, 2015).

CUALIFICACION DE LOS EJES TEMATICOS DEL POSCONFLICTO EN LA EDUCACION SUPERIOR.

Propuestas que contribuyen a la paz realizada por las universidades (Cárdenas, 2016).

En Colombia existen 288 Universidades de las cuales 62 son oficiales, 207 no oficiales. Estas están distribuidas así: 50 son Universidades, 92 son instituciones universitarias, 39 instituciones tecnológicas y 26 son instituciones técnicas profesionales.

Con base en este dato, la población de estudiantes es representativa, y permite que la participación de estos en temas relacionados con el posconflicto cree oportunidades de nuevas reglas de juego para todos los actores.

Por ejemplo: Demanda en la educación superior en las zonas de conflicto; habrá mayor tendencia a participar en capacitaciones para la productividad en la zona rural y en el conocimiento de las nuevas tendencias del mundo globalizado.

Espacios renovados por la IES en materia de educación virtual y a distancia con el fin de cubrir gran parte de la población vulnerable y desmovilizada.

Creación de silabus para el desarrollo rural, transformaciones del campo, hacer investigaciones relevantes en temas emergentes propios para la mejor proyección rural.

Temas legales, contractuales y de sistemas de información para el campo y de justicia; puesto que la falta de experiencia de los jueces de tierras ha dado ofensiva jurídica para el tema de restitución de tierras representada en la ley 1448.

La participación de proyectos como el de la Universidad de la Salle en Yopal (Casanare), Proyecto Utopía, cuyo propósito es la reinversión de la economía agrícola, formando ingenieros agrónomos en cinco años con una nueva praxis y luego regresar al campo para producir (Cárdenas, 2016).

La Universidad Nacional, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana y la Universidad Externado de Colombia con el proyecto Alianza Universitaria por la paz, cuyo propósito es abordar los desafíos del posconflicto.

De igual forma la participación de la Universidad Minuto de Dios, con su proyecto Uniminuto por la Paz, ofrece programas técnicos y tecnológicos en programas a distancia y presencial, virtual en zonas casi que imposibles de trabajar, con el propósito de transformar realidades y comunidades rurales y en pobreza urbana.

Otras Universidades como ICECI, EAFIT trabaja por el pacifico Colombiano, orientado por la maestría en Gobierno, la universidad del Rosario ha realizados foros de resonancia y alcance internacional con la temática de justicia transicional en Colombia y el papel de la corte penal Internacional.

La participación de las IES en el proceso del posconflicto como escenarios de paz trae nuevas formas de producción de conocimiento, de nuevas demandas sociales, de los cambios de las nuevas tecnologías en materia de evolución y alcance para la convivencia pacífica (Orozco, 2015).

En los diálogos Nacional por la paz, por parte de las Universidades, se crea una agenda del posconflicto, la cual propone unos puntos a debatir puesto que estos se consideran multidimensional (Orozco, 2015, p.5).

- Desarrollo Agrario; para la transformación del campo para una mejor vida rural.
- Educación en salud, infraestructura y bienes públicos locales.
- Nueva dinámica en participación en política, rompiendo la pernicioso relación entre armas y política.
- Construcción de democracia y renovación política (Mendoza, 2014).
- Pare al asunto de las drogas y su relación con el crimen organizado.
- Avance en la vigencia de los derechos de las víctimas.
- acuerdo de justicia transicional y un marco jurídico para la paz.
- Agenda internacional renovada, temas nuevos en ciencia y tecnología, educación, comercio, inversión, cooperación, desarrollo, salud, movilidad educativa, migraciones selectivas al país.

Todas estas propuestas requieren de la voluntad de los actores administrativos y académicos de las IES con el fin de abrir los espacios de debate en las repercusiones sociales del posconflicto.

En la Costa Caribe Colombiana, las universidades, deben presentar un papel protagónico de mayor cobertura en la población de víctimas, puesto que si bien es cierto que esta zona de conflicto es inversamente proporcional a la totalidad del país, aquí se encuentran grandes asentamientos y cada día llegan más víctimas que esperan soluciones a su situación en las diferentes áreas de sus necesidades básica para mejorar su convivencia.

Son pocas o ninguna, las propuestas y proyectos por parte de las IES de esta región que se suman al dialogo Nacional como espacio para avanzar en el proceso de paz como plataforma académica, para la formación de líderes de paz.

REFLEXIÓN SOBRE EL DOCUMENTO ACUERDO POR LO SUPERIOR 2034.

Con la idea de transformar el sistema de educación superior en el 2011, durante la administración de la ministra María Fernanda Campo, de ese fracaso surge por parte del CESU, la propuesta de política pública para la excelencia de la educación superior en Colombia en el escenario de la Paz (Decreto 2382, 2015).

El documento contiene 136 propuestas para reformar la educación superior; de esta manera se evidencia que la Universidad no ha olvidado la idea de paz con los grupos subversivos.

Con el primer Congreso Nacional Universitario por la Paz, considerado por la prensa en anonimato, se comienza a mostrar los primeros pasos de las IES en la contribución de escenarios de paz; se puso en debate el papel de la pedagogía y las universidades en el eventual proceso de paz, puesto que la educación tiene un rol muy importante en la construcción de la paz, pero esto no funciona sin una democracia que ofrezca garantías de participación e igualdad social (ICFES, 2000).

El grupo de universidades participantes en mayo de 1999, en el evento se trataron temas relacionado con la democracia, el estado y la paz, la economía y la paz, soberanía y orden social, la pedagogía de tratamiento de conflicto y la cultura de paz y Universidad y sociedad.

Siendo el eje central de la temática la democracia, se puede inferir que la Universidad no puede liderar y defender el ejercicio de participar, proponer y

promover un derecho de paz desde el aula y para la sociedad sin este concepto.

En consecuencia desde hace 10 años la universidad está participando con estas estrategias de capacitación, asistencia dinámicas en política y temas sociales, aspectos relacionados directamente con el conflicto y el posconflicto con el fin de desarrollar una normatividad que contribuya a un proceso de paz en beneficio de la sociedad.

La educación superior debe asumir un papel protagónico para enfrentar la realidad del país, Colombia necesita una Universidad más presente y conectada con los problemas Nacionales (Vallejo, 2017).

Tres años atrás esta intención se había desvanecido, desarticulado del conocimiento científico que produce la academia sobre la realidad social del país; caso que posteriormente es retomado por el CESU y le da claridad a años de debate y análisis liderando el desarrollo de una propuesta de política pública en educación superior plasmada en el documento Acuerdo por lo superior 2034, cuya misión es convertir la educación superior Colombiana en uno de los principales ejes de la transformación y de la movilidad social, base del desarrollo humano sostenible, social, académico, científico, económico, ambiental y cultural de nuestro país.

El documento se fundamentó en el resultado del gran dialogo Nacional con la participación de más de 33.000 participantes de todo el país incluyendo estudiantes, profesores y rectores de universidades públicas, privadas y de instituciones técnicas y tecnológicas. A la par, se llevaron a cabo 155 espacios de debates, 2 más internacionales que generaron 450 documentos sobre las discusiones engendradas en dichos espacios (MEN, 2014).

Conjuntamente a la elaboración del documento, se desarrolla los diálogos de paz en la Habana con las FARC, Londoño (2014) explica que los diálogos de paz en la Habana ha generado una polarización de la sociedad Colombiana sobre el desarrollo de estas conversaciones.

Por tanto, las posiciones radicales dividen al país, dando lugar a la pérdida de la confianza en los mecanismos normales para buscar consenso y entonces se desconfía, se niega, se rechaza, se cierran las puertas a las salidas negociadas (Londoño, 2014).

La división se genera en torno a las discusiones relacionadas con el

marco jurídico para la paz, en materia de justicia transicional para los desmovilizados de la FARC y garantizar los procesos de reparación a las víctimas con la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición; con estos puntos la educación superior debe recordar su compromiso con la realidad social del país.

La academia no debe quedarse en los intersticios de la academia y la investigación, debe proponer soluciones a la problemática del país empoderarse frente a las políticas públicas, lograr una transformación social desde el conocimiento que produce (Londoño, 2014).

El CESU considera que el documento es muy valioso, porque se concibe a la educación superior como una de las “herramientas más poderosas de la inteligencia para superar las barreras sociales de la exclusión, la poca confianza, la desigualdad y la ignorancia”.

Esto permite reflexionar que la inclusión y la calidad de la educación superior será “la verdadera garantía para convivir en una Colombia que pueda superar el conflicto y reconstruirse positivamente”.

El acuerdo por lo superior 2034 identifica, 133 problemas nodales que debe enfrentar la educación superior, ubicados en un contexto actual organizados en 10 temáticas que son los pilares del sistema de educación superior, estos son: Educación inclusiva, calidad y permanencia, investigación, regionalización, articulación de la educación media con la superior y la formación para el trabajo y el desarrollo humano, comunidad universitaria y bienestar, nuevas modalidades educativas, internacionalización, estructura y gobernanza y sostenibilidad financiera del mismo.

Pensar que el documento debe contemplar la reducción de la brecha que actualmente tiene el estado, familia y educación en un programa para la paz, es contribuir al rompimiento de paradigmas sociológicos, psicológicos y sociales desde lo socio jurídico para regular el comportamiento del ciudadano en su ser, saber y saber hacer; esto debe estar fundamentado en valores éticos, morales y sociales contemplados en la constitución de 1991, producción de cultura ciudadana y la ampliación de los espacios ocupacionales para todos los ciudadanos y ciudadanas del país.

El proyecto es ambicioso y debe fundamentarse principalmente en el quehacer diario de las aulas universitarias, cuyo protagonista debe ser el

docente universitario, cuyo rol en la sociedad es contundente y constante en la construcción de universidades para la paz.

ROL DEL DOCENTE EN LA CONSTRUCCION DEL CIUDADANO QUE QUEREMOS.

Un protagonista valioso que desempeña un papel importante en las repercusiones sociales del posconflicto es el docente; su mediación es lograr motivar y formar estudiantes socio crítico e investigativos, puesto que este aspecto tiene un rol central en el proceso formativo de los jóvenes universitarios.

Utilizando herramientas pedagógicas y didácticas reconocidas o no, el docente debe enfrentarse a una realidad cultural y social estrecha, puesto que no se ofrecen infraestructuras acordes a las perspectivas para una educación en paz, y existen unas políticas económicas muy limitadas para lo que se tiene planeado (Melamed, 2014).

El docente desde su aula, con todos sus conocimientos y prácticas adquiridas, deben identificar las estrategias relevantes para el desarrollo de la paz. Por ejemplo, se puede plantear una cátedra para el posconflicto y partir de procesos interdisciplinarios, puesto que la paz es un proceso multifacético; es decir, que la interdisciplinariedad puede aportar desde su conocimiento científico, elementos, propuestas, estrategias o acciones claves para el marco de la paz.

Bajo estos argumentos, el papel del docente como un facilitador en una empresa educativa representa ser responsable social del producto que son los estudiantes; este proceso formativo que es libre ajustados a las necesidades contextuales y con un propósito Nacional, es cuando entra a jugar un papel muy importante la responsabilidad Social Universitaria, como factor determinante en el desarrollo organizacional de las instituciones educativas.

Las IES son empresas, que prestan un servicio público en instituciones oficiales y privadas que para funcionar deben ajustarse a la ley, la norma y a la jurisprudencia.

Ser socialmente responsable es cumplir con el bienestar del trabajador, la familia y demás miembros de la institución frente al cambio de actitud en este momento histórico.

Es necesario que el docente en su rol sea un indicador de proyección en el

escenario del posconflicto, donde el campus universitario sea el escenario para lograr la propuesta de paz en el acuerdo por lo superior 2034.

CONCLUSIONES

La universidad debe hacer algo concreto por un escenario de paz; el sistema de educación superior de transformarse para entender los retos que implica la labor del posconflicto.

Calidad, cobertura, inclusión, investigación y participación democrática son los conceptos que deben imbuir en los silabus de cada saber para contribuir con el Acuerdo con lo superior 2034 planteado por el ministerio de Educación nacional y el CESU.

Es importante la estabilidad económica y política, es importante para lograr la paz y la seguridad en las regiones con un posconflicto; estas metas son a corto plazo, con la ayuda de las organizaciones internacionales y los gobiernos, en casos de otras latitudes se comete el error de concentrar los esfuerzos en estas áreas, dejando atrás el desarrollo social como una parte crucial de la recuperación posconflicto a largo plazo.

Las herramientas que facilita la Responsabilidad Social Universitaria como propuesta de desarrollo organizacional en una institución de educación, sugieren que esta debe ser una parte integral de cada sociedad desgarrada por la violencia para lograr mayores niveles de capacidad de construcción y de recuperación estatal

Referencias

- Baquero, M. & y Ariza, P. (2014). Educación, Paz y conflicto. Oportunidades desde la educación superior. *Rev. Universidad de la Salle*, 65. 115-134.
- Cárdenas, J. (8 de junio de 2016). El posconflicto y la educación superior privada. UNANDES. El Tiempo. Recuperado de: <https://colombia2020.elespectador.com/pais/el-posconflicto-y-la-educacion-superior-privada>
- Instituto Colombiano para el fomento de la educación Superior (ICFES). (2000). Guía general para la solicitud de reconocimiento de personería jurídica. Recuperado de: https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-121059_archivo_pdf.pdf
- Londoño, G. (2014). Algunos desafíos de la educación superior en torno al conflicto Colombiano. Reflexiones a propósito de la relación entre educación y sociedad. *Itinerario Educativo*, 28 (63), 197-214. <https://doi.org/10.21500/01212753.1486>
- Márquez, A. (2013). El papel de la educación en situaciones de posconflicto: estrategias y recomendaciones. *Hallazgos* 11(21). 223-245.
- Melamed Visbal, J. D. (2014). Del conflicto al posconflicto en el contexto colombiano. *Revista de la Universidad de La Salle*, (63). 57-73.
- Mendoza, J. (2010). La epistemología jurídica, un concepto crítico para la formación del abogado. *Revista Justicia*. 10. 47-59.
- Mendoza, J. (2014). *Políticas públicas y democracia participativa*. (Tesis doctoral). Universidad de Zulia, Venezuela.
- Ministerio de Educación Nacional (MEN) (2014). Reflexiones para la política de internacionalización de la educación superior en Colombia. Recuperado de: https://www.cna.gov.co/1741/articles-186502_Reflexiones2014.pdf
- Orozco, L. (2015). Pertinencia de la Universidad frente al posconflicto. UniAndes, Horizontes. Recuperado de: <https://sextante.uniandes.edu.co/index.php/ejemplares/sextante-6/horizontes/pertinencia-de-la-universidad-frente-al-posconflicto>

Presidencia de la Republica. (11 de diciembre de 2015). Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 3440 de 2006 que reglamenta la escogencia de los integrantes del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU). [Decreto 2382 de 2015].

Vallejo Mejía, C. (2017). Universidad y construcción de paz en Colombia. *ÁNFORA*, 11(18), 5-25. <https://doi.org/10.30854/anf.v11.n18.2003.255>

CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y CALIFICACIONES JURÍDICO PENALES PARA LA JUSTICIA EN CASO DE ATENTADOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD DE MUJERES Y NIÑAS

Edwin Mauricio Cortés-Sánchez*

Minelva Flor Simanca Gale **

Patricia Helena Calero Pardo ***

* Abogado especializado en Derecho Penal y Criminología. Licenciado en Filosofía y Letras y Magíster en Filosofía Latinoamericana. Se desempeñó como representante judicial de víctimas en procesos de Justicia y Paz en la Defensoría del Pueblo –Regional Atlántico–. Investigador en el Centro de Estudio y Desarrollo de los Derechos Humanos [CEDERHNOS]. Correo electrónico: ecortes@cederhnos.org

** Abogada especializada en Derechos Humanos. Maestrante en Derecho Penal. Representante judicial de víctimas leyes 1257 de 2008, 1098 de 2006 y 1761 de 2015 en la Defensoría del Pueblo –Regional Atlántico–. Asesora jurídica de violencia basada en género en la Oficina de la Mujer y Equidad de Género en la Alcaldía Distrital de Barranquilla. Docente de la Corporación Universitaria Americana en el área de derecho penal. Correo electrónico: msimanca@coruniamericana.edu.co

*** Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Integrante del grupo Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Email: caleropatricia@americana.edu.co

Resumen

Colombia para aproximarse a la finalización del conflicto armado ha utilizado formas e instrumentos de lo que procesalmente se conocen bajo la denominación de mecanismos de justicia transicional. En la actualidad, varios son los acercamientos con fundamento en la tesis maximalista y holística de la justicia transicional para enfrentar situaciones ocurridas en el conflicto. En estos espacios, lo común frente al fenómeno de violencias por razón de género en contra de la vida e integridad de mujeres y niñas, requiere precisiones sobre conductas punibles que están incorporadas en la normatividad, pero que no gozan de aplicación o reconocimiento. El presente documento aporta a la reflexión desde el carácter público que ostenta el derecho penal, para denominar fenómenos criminales con categorizaciones necesarias en el camino de procurar justicia con rostro de género.

Palabras Clave: Conflicto armado, justicia transicional, género, violencia basada en género, identidad de género, orientación sexual

Introducción

Bajo la iniciativa y proyección para el aporte en la convocatoria para la reflexión sobre los retos del derecho público y la justicia en Colombia, desde el derecho penal que se adscribe al derecho público y lo sensible la justicia para proceder frente a lo que ocurre en un conflicto armado, aunado un tema igualmente sensible como lo es la violencia en contra de mujeres y niñas, en el presente documento se exponen fundamentos desde consideraciones jurídico penales que pueden coadyuvar en la judicialización de atentados contra la vida e integridad de mujeres y niñas cuando por razón de género son asesinadas, obligadas a abortar, o lesionadas.

Ahora bien, se parte de que las consideraciones jurídicas sobre adecuaciones de conductas sucedidas durante el conflicto armado en punto de la afectación de la vida e integridad de mujeres y niñas se abstrae de las formas que toman distintos mecanismos de justicia transicional. Por ejemplo, un feminicidio en conflicto armado ostenta una condición como fenómeno en el cual una muerte motivada por razón de género es independiente de su tratamiento con mecanismos ordinarios de justicia si se aboga por la tesis maximalista de proceder conforme a juicios conforma a derecho; o como hecho cuyas consecuencias en un modelo de alternatividad penal conlleva una sanción entre cinco (5) y ocho (8) años con la aplicación de un mecanismo judicial de justicia transicional como el enmarcado en la Ley 975 de 2005; o por el hecho se aplican las “sanciones propias” de las que trata el mecanismo judicial de la denominada *Jurisdicción Especial para la Paz* [JEP]. El problema subsiste si se cree que en uno u otro mecanismo una cualificación jurídica podría permanecer incólume, toda vez que un crimen en la justicia ordinaria prescribe, a diferencia de la disposición que descarta la prescripción de la acción penal, cuando se está ante crímenes de genocidio, lesa humanidad o de guerra.

Así proyectado, lo primero que se presenta para la reflexión sobre el aporte del derecho público a la justicia en Colombia, está precisamente en la determinación de que para provocar justicia en la actualidad conviven distintas formas con las que se aspira realizar la transición de unas circunstancias como las del conflicto armado hacia la paz; lo segundo, una puntual exposición sobre la perspectiva de género para atender violencias como las ocurridas en un escenario de conflicto armado, aclara su pertinencia en relación con distintos mecanismos de justicia transicional; y, finalmente, descripciones presentes en normatividad jurídico penal que apuntando a provocar justicia en casos en los cuales por razón de género se atenta contra la vida e integridad de mujeres y

niñas en el conflicto armado, son elementos sobre los cuales no ha habido mayor reconocimiento y por tanto se podría continuar sin visibilidad e impunidad frente a ostensibles demostraciones de violencia basada en género que prescribe cuando una calificación jurídica no tiene el respectivo tratamiento en una u otra jurisdicción en las que se apuesta con formas y mecanismos de la justicia transicional.

1. Conflicto armado y justicia transicional con formas aplicadas y vigentes en Colombia

Para superar un pasado de abusos a gran escala, graves violaciones a los derechos humanos, o una situación de conflicto armado, se aplican mecanismos de justicia transicional (Forer, 2012) que bien pueden corresponder a tesis maximalistas (para aplicar con exclusividad juicios conforme a derecho) o minimalistas (a través de las cuales se tienen permisivas decisiones sobre amnistías e indultos) (Ibáñez, 2017); con el empleo de mecanismos judiciales (tribunales que investigan, juzgan y sancionan) (Olsen, Payne & Reiter, 2010); mecanismos administrativos (de carácter institucional y legislativo para amnistías, reformas institucionales, purgas o depuraciones, programas de reparación, como políticas de Desarme (*Disarmament*), Desmovilización (*Demobilization*) y Reintegración (*Reintegration*) [DDR]) (United Nations, 2016); y mecanismos no judiciales o extrajudiciales (como la memoria y verdad, al igual que comisiones de la verdad) (Ibáñez, 2017).

Colombia atraviesa un conflicto armado originado hace seis décadas si se cuentan desde la conformación de las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* - Ejército del Pueblo [FARC-EP] en 1964/66 (Ballén, 2010). A lo largo la confrontación han surgido distintos grupos armados con los cuales se han aplicado distintos mecanismos de justicia transicional, tal como la amnistía e indulto para el grupo subversivo *Movimiento 19 de abril* [M-19], los acuerdos con el *Ejército Popular de Liberación* [EPL], el *Partido Revolucionario de los Trabajadores de Colombia* [PRT], el *Movimiento Armado Quintín Lame* [MAQL] y los *Comandos Ernesto Rojas*; todo ello ocurrido en la década de 1980.

De la misma manera, avanzada la década de 1990 en Colombia la Ley 418 de 1997 le da facultades al Gobierno Nacional para adelantar diálogos de paz que en la década de 2000 acoge el mecanismo implementado por la Ley 975 de 2005 (conocida como *Ley de Justicia y Paz* [JyP]). A este mecanismo se someten ex integrantes de grupos paramilitares en su mayoría pertenecientes a las denominadas *Autodefensas Unidas de Colombia* [AUC], y luego de su

implementación de manera individual se acogieron ex militantes de grupos subversivos.

Los primeros mecanismos de justicia transicional aplicados bajo legislaciones de amnistías e indultos, hoy son conocidos como formas dentro de la tesis minimalista de justicia transicional; por su parte, en el proceso de JyP al optar por incorporar un modelo de alternatividad para que garantizando justicia frente a quienes se acogen y cumplen compromisos dentro del proceso tengan con ello un mínimo de cinco (5) y un máximo de ocho (8) años de pena de prisión, en este mecanismo judicial de justicia transicional se propugna además por el derecho a la reparación de las víctimas, la verdad y a asegurar el cumplimiento de la garantía de no repetición (López, 2010).

En la práctica, la Ley 975 de 2005 exigió la creación de salas de JyP en tribunales de Bogotá, Barranquilla y Medellín, en un proceso que comienza con personas que se acogen al sistema para que, luego de ser admitidos, realicen la confesión de los hechos que han cometido, posteriormente le son formulados los cargos y se decide la reparación integral a las víctimas. Todo ello se resume en las sentencias que entre 2009 y 2018 suman cincuenta y tres (53) decisiones de primera instancia quitando tres (3) que han sido declaradas nulas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia quien decide las apelaciones.

El proceso de JyP como mecanismo de justicia transicional está vigente y acoge además de paramilitares y exintegrantes de grupos de autodefensas, a subversivos que han sido objeto de sentencia. El 24 de septiembre de 2015 fue sentenciado *Olimpo de Jesús Sánchez Caro y otros* ex integrantes del denominado grupo subversivo Ejército Revolucionario Guevarista [ERG] y *Frente Ernesto Che Guevara del Ejército de Liberación Nacional* [ELN]; igualmente, el 9 de septiembre de 2016 fue sentenciado *Fredi Alonso Pulgarín Gaviria*, ex integrante de los *Comandos Armados del Pueblo* [CAP] grupo guerrillero influenciado por el *Ejército de Liberación Nacional* [ELN].

A la vigencia e implementación del proceso transicional enmarcado en la Ley 975 de 2005, se suma a partir de la firma del *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* [Acuerdo Final] el 24 de noviembre de 2016, la proyección e implementación de nuevos mecanismos de justicia transicional descritos en el punto quinto en el cual se enuncian los componentes del *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición* [SIVJRNR].

En primer lugar, al mecanismo judicial de la denominada *Jurisdicción Especial para la Paz* [JEP] comparecen ex miembros de las FARC-EP, agentes del Estado (en su mayoría de las fuerzas militares) y terceros (personas que sin formar parte de organizaciones o grupos armados contribuyeron directa o indirectamente en la comisión de delitos en el marco del conflicto); en segundo lugar, se tienen mecanismos extrajudiciales que instauran la *Comisión para Esclarecimiento de la Verdad* [CEV] y la *Unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto* [UBPD]). A estos mecanismos se suman las *medidas de reparación integral para la construcción de la paz y las garantías de no repetición*. Estos mecanismos y medidas se describen en el punto quinto del *Acuerdo Final*, incorporado como parte del título transitorio en la Constitución Política a través del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 [A.L. 01/17]: “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

Así las cosas, en Colombia se tienen vigentes procedimientos y leyes especiales para aplicar mecanismos de justicia transicional, por lo que sin contar mecanismos administrativos resultantes de procesos de desarme (DDR); o el caso de la extinción del *Departamento Administrativo de Seguridad* [DAS] luego de escándalos e irregularidades (Reporteros Sin Fronteras, 2010); o el mecanismo de reparación de víctimas de la Ley 1448 de 2011; coexisten en la actualidad el proceso penal especial de JyP y los mecanismos con los desarrollos del *Acuerdo Final* para proceder en un escenario extrajudicial cuyo marco jurídico se desarrolla con el Decreto-Ley 588 de 2017 para organizar la CEV, y con el Decreto-Ley 589 de 2017 la UBPD. Asimismo, dado que en lo judicial para aplicar o no amnistías, indultos y para otorgar sanciones y tratamientos penales especiales, en este proceso se tiene la Ley 1820 de 2016, se encuentra en trámite la Ley Estatutaria de la administración de justicia de la JEP y se tiene la norma de procedimiento fue sancionada el pasado mes de julio de 2018 (Ley 1922), es importante reconocer que en esta normatividad sobre un mecanismo judicial de justicia transicional se tiene la centralidad en las víctimas y sus derechos.

Sin embargo, y de acuerdo con la definición de la tesis maximalista sobre justicia transicional que propugna por la aplicación de juicios conforme a derecho (Ibáñez, 2010), dado que personas involucradas en hechos ocurridos durante el conflicto armado no se acogen a mecanismos especiales como los nombrados, y otras personas no han sido aceptadas o han sido expulsadas de

los mismos por incumplimiento de sus compromisos, se actúa en su contra con fundamento en la legislación ordinaria para establecer las sanciones allí consagradas, sin desatender las garantías que por la misma vía además de la justicia se busca la reparación de las víctimas y las garantías de no repetición en procesos penales ordinarios (leyes de procedimiento penal 600 de 2000 y 906 de 2004).

Quienes aboguen por la aplicación de la legislación y procesos ordinarios, defienden el maximalismo que, frente a lo inabarcable del tiempo y los hechos ocurridos en el conflicto armado, conllevaría y extendería la impartición de justicia, postergaría la verdad y reparación de las víctimas. Piénsese en la duración de un proceso ordinario sobre un hecho y uno de los crímenes ocurridos en el conflicto armado. En el otro extremo, el minimalismo atentaría contra los derechos de las víctimas y de la sociedad (a saber, a la justicia, la reparación y no repetición).

Las construcciones legales y mecanismos que se han venido aplicando en el país en las dos últimas décadas, corresponden a una concepción holística e integradora que debe, ante todo, atender las limitaciones y estándares sobre lo que puede o no ser objeto de amnistía o indulto; sobre personas a quien debe priorizarse la reparación y la forma de realizarlo; sobre los crímenes que se deben atender de manera prioritaria en un mecanismo judicial y, entre otras cosas, la exigencia de la incorporación de perspectiva de género en procesos de justicia transicional para la superación de un pasado o situación como la de un conflicto armado, tema que constituye parte del objeto del presente documento.

2. Perspectiva de género para atender la violencia en situaciones como el conflicto armado

Como parte de la justicia y reivindicación de los derechos de las víctimas y en especial frente al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, se exige en las prácticas jurisdiccionales la aplicación de la *perspectiva de género* definida por la *Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional* [CPI] como la exigencia de entender las diferencias de condición, poder, papeles y necesidades entre hombres y mujeres y el impacto del género en las oportunidades de las personas y las interacciones entre ellas (International Criminal Court [ICC], 2014). Por género, la misma CPI como parte del párrafo 3 del artículo 7 del *Estatuto de Roma* [E. de R.], aclara que se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. En esta definición se reconoce la construcción

social del género, así como los correspondientes papeles, comportamientos, actividades y atributos asignados a las mujeres y los hombres y a las niñas y los niños (ICC, 2014).

En Colombia, la incorporación de la perspectiva de género en procesos jurisdiccionales ha sido paulatina, tal como acontece en el proceso de JyP que toma en cuenta hechos ocurridos en el conflicto armado, se ha avanzado en su jurisprudencia y las incorporaciones realizadas por la reforma a la Ley 975 de 2005 a través de la Ley 1592 de 2012. Las exigencias sobre la atención diferenciada en materia de género para casos ocurridos en el conflicto armado, tienen sus antecedentes en los llamados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] porque se afirma que de manera reiterada las mujeres en Colombia ven sus derechos menoscabados dentro de la confrontación armada (Inter-American Commission on Human Rights [IAHRC], 2006). A esto se suma lo que a juicio de la Corte Constitucional de Colombia se comprueba como impacto diferenciado y agudizado del conflicto armado sobre las mujeres del país, dados los riesgos específicos y cargas extraordinarias que les impone por su género la violencia armada, según se manifiesta en el *Auto 092* de 2008.

Por su parte, los artículos 38, 39 y 41 de la Ley 975 de 2005 para protección de víctimas y testigos excepcionaba la publicidad en el juicio en casos de víctimas de violencia sexual, exigiendo atención de necesidades especiales, y atención diferencial con perspectiva de género. La reforma a la Ley 975 de 2005 realizada por la Ley 1592 de 2012 incluyó el artículo 5A para definir el “enfoque diferencial” y reconocer poblaciones que por género tienen características particulares. Y en la jurisprudencia del proceso de JyP se muestran avances en la persecución de la denominada “violencia basada en género” que la Fiscalía prioriza y establece como “patrón” para reunir hechos en los cuales las personas padecen violencia por su condición de ser mujeres o niñas, y para algunos casos por la ‘orientación sexual’ y por la ‘identidad de género’. En las cincuenta y tres (53) sentencias de primera instancia sobre género y violencia de género hay manifestaciones como la realizada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 16 de diciembre de 2014 en la sentencia contra *Arnubio Triana Mahecha y otros* exintegrantes de las *Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá*, por hechos criminales cometidos contra personas LGBTI, para lo cual se amplía la conceptualización y alcance de la violencia de género hacia *violencias basadas en la orientación sexual o la identidad de género diversas* [VBOSIGD]. Igualmente, sobre género en la sentencia contra el postulado *Orlando Villa Zapata y otros* proferida por

la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de febrero de 2015, se puede ver un completo análisis del marco normativo relevante a considerar para su análisis en el marco del conflicto armado colombiano (Freja, 2017).

Como parte del *Acuerdo Final* se tiene la incorporación de la perspectiva de género mencionada en distintas situaciones en las páginas 6, 8, 11, 12, 26, 39, 40, 41, 50, 51, 55, 78, 79, 82, 4, 91, 92, 94, 98, 99, 100, 103, 106, 117, 118, 119, 120, 126, 128, 131, 133, 137, 139, 144, 180, 182, 188, 193, 194, 207, 210, 216, 223, 231, 240 y 241. Ahora bien, llama la atención que una de las motivaciones para votar negativamente el *Acuerdo Final* en el Plebiscito del 2 de octubre de 2016, se dio en la difusión sobre la denominada “ideología de género” que, a juicio de los detractores de lo pactado en *La Habana* se difundiría con la implementación del *Acuerdo*. El texto original del 24 de agosto de 2016 requirió modificarse porque el 50.21% de votos dijeron “no” al *Acuerdo Final*, frente al 49.78% que estuvo a su favor. De manera peyorativa se instrumentalizó en la defensa del “no”, la denominada contradicción frente a la “ideología de género” (Restrepo & Ramírez, 2016). Hubo en ello una malintencionada contradicción, toda vez que por “ideología de género” la ONU reconoce que tal calificativo se hace como parte de elementos comunes a todas las violaciones fundamentalistas y extremistas de los derechos culturales que afectan, especialmente, los derechos culturales de las mujeres (United Nations [UN], 2017, par. 7).

3. Tipologías penales para calificar atentados contra la vida e integridad personal de mujeres y niñas en el conflicto armado

La perspectiva humanista del Código Penal de 2000 (Ley 599) comienza la parte especial con la protección de la vida e integridad personal como bienes jurídicos, por ello dedica el “capítulo I” al genocidio (artículos 101-102); el “capítulo II” al homicidio (artículos 103-110); el “capítulo III” a las lesiones personales (artículos 111-121); el “capítulo IV” destinado al aborto (artículos 122-124); el “capítulo V” destinado a la descripción de las lesiones al feto (artículo 125-126); el “capítulo VI” destinado al abandono de menores y personas desvalidas (artículo 127-130); el “capítulo VII” destinado a la omisión de socorro (artículo 131); el “capítulo VIII” destinado a la descripción de conductas punibles de manipulación genética (artículos 132-134); y el “capítulo IX” adicionado por la Ley 1482 de 2011 para manifestarse frente a los actos de discriminación (artículos 134A-134D).

En este primer título de la parte especial del Código Penal, hay claras

referencias a aspectos vinculados con la perspectiva de género. En el capítulo sobre el genocidio, en la descripción de la conducta que si bien no requiere estar relacionada con el conflicto armado aunque puede ocurrir en él, se puede evaluar que la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial religioso o político (este último incorporado en el tipo penal de genocidio en Colombia); la matanza de miembros del grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, son descripciones que tienen un elemento sexual o de género (ICC, 2014, par. 19).

De otro lado, en punto del capítulo del homicidio, la Ley 1761 de 2015 dispuso como delito autónomo el feminicidio (artículo 104A) y eliminó lo que desde 2008 la Ley 1257 había consagrado como circunstancia de agravación el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer. Allí, hay clara manifestación de un elemento de género, toda vez que en el feminicidio se exige como motivación atentar contra una mujer por el hecho de serlo; aunado, un elemento taxativo se menciona en igual condición si el motivo de causar la muerte a una persona se concentra en su “identidad de género” (Corte Constitucional, C-297, § VII num. 8). Asimismo, la orientación sexual se considera como agravación del feminicidio en el literal d del artículo 104B.

Conceptualmente la *identidad de género* requiere entenderse como la realidad que se da en el libre desarrollo de la persona asumirse a sí misma como hombre o como mujer. Algunas personas no se identifican con lo masculino al tener cuerpo de hombre, y pasa en algunas mujeres que no se identifican con lo femenino teniendo un cuerpo de mujer (Wilches, 2011). Por su parte, la *orientación sexual* se relaciona con la dirección del deseo que en las personas de manera mayoritaria se da hacia el sexo opuesto (heterosexuales), empero, hay personas cuya orientación difiere porque gustan de personas de su mismo sexo (homosexuales) (Wilches, 2011).

En el mismo capítulo del homicidio, desde la versión original del Código Penal se atiende a la condición de género para una consideración en disminución del *quantum* punitivo cuando en la conducta del artículo 108 se cualifica a la “mujer” que dé muerte a hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, si el hecho sucede durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes.

De otro lado, en el capítulo de lesiones personales desde la versión original del Código Penal se tiene la conducta en la modalidad preterintencional del parto o aborto, un tipo penal en el que el sujeto pasivo es una mujer. En el mismo capítulo a través de la Ley 1761 de 2015 se modifica el segundo inciso del artículo 119 para agravar con las penas aumentadas en el doble, si las lesiones se cometen a una mujer por el hecho de ser mujer. En casos de lesiones, aunque no se menciona, igualmente como sucede en la descripción del feminicidio, se considera que procede en el caso de la mujer por identidad de género.

De igual manera, la protección de la mujer en el capítulo del aborto aparece desde la versión original del Código Penal, lo mismo que la consideración de la situación especial frente al abandono que por las mismas circunstancias del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas tiene consideración frente al *quantum* punitivo. Finalmente, una mención que reconoce aspectos de género se da en la incorporación del capítulo sobre la discriminación cuando se reconoce que sucede por razones de sexo u orientación sexual.

Hasta este momento se realizaron anotaciones sobre las conductas pertenecientes al título de protección de la vida y la integridad personal, empero, una circunstancia especial como la que ocurre en el conflicto armado y como trasgresión de lo reglado por el *Derecho Internacional Humanitario* [DIH] para proteger personas y bienes y limitar medios y métodos empleados en la guerra (*ius in bello*), llevó al legislador en el año 2000 a consagrar como título segundo de la parte especial del Código Penal, lo pertinente frente a “delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”.

En su capítulo único el título segundo del Código Penal comienza por la descripción en el artículo 135 del homicidio en persona protegida. La determinación de “personas protegidas” se pone como párrafo en el citado artículo y en común el articulado del 135 al 164 exigen que las conductas se desplieguen “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”.

La Ley 1257 de 2008 incorporó un segundo inciso del artículo 135 del Código Penal que, como se mencionó, corresponde al “homicidio en persona protegida” para el aumento de la tercera parte a la mitad de la pena “cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer”. Si bien la Ley 1761 de 2015 puso como tipo penal autónomo en el incorporado artículo 104A del Código Penal la descripción para el feminicidio por lo cual derogó el agravante número 11 del artículo 104, empero, lo dispuesto desde el 4 de diciembre de

2008 por la Ley 1257 en el artículo 135 de la legislación sustantiva penal, quedó incólume. Así las cosas, no se tiene taxativo el feminicidio en persona protegida por el DIH, pero un atentado contra la vida de una mujer por el hecho de ser mujer, para hechos sucedidos después de la vigencia de la Ley 1257 de 2008, requiere la adecuación como conducta de homicidio en persona protegida con penas aumentadas porque la victimización de una mujer se dio por motivos de género (y entiéndase también para los casos de la mujer a partir de la identidad de género).

En este lugar de la indagación por la calificación de atentados contra la vida de mujeres y niñas en el conflicto armado, es relevante mencionar que la sentencia del 24 de febrero de 2015 contra *Orlando Villa Zapata y otros* proferida en el proceso penal especial de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), ostenta la condición de primera decisión en el país que aborda el femicidio/feminicidio y de referir contextualizados en el conflicto armado cuatro hechos de muertes violentas de mujeres¹. Para la Sala de Justicia y Paz los hechos de femicidio/feminicidio corresponden a:

(i) El hecho número 16 de la sentencia en el que se relata lo sucedido en el mes de noviembre de 2002 contra Andrea Faustina Rodríguez y Lina María Álvarez Franco de 15 y 16 años, menores que decidieron asistir a una parcela en la que coincidentemente estaban integrantes del denominado *Bloque Vencedores de Arauca* [BVA] y algunas mujeres (“paracas”). Las víctimas fueron maltratadas cruelmente frente a la población, torturadas, denigradas y accedidas carnalmente por varios hombres. Al finalizar, las menores fueron asesinadas por el comandante conocido con el alias de “Martín”. Sus cuerpos fueron desmembrados y algunos integrantes del BVA se aplicaron el lípido de los cadáveres en su cara como señal fortaleza y de superioridad. El hecho se cualifica como femicidio/feminicidio y se condena con los punibles de prostitución forzada, desaparición forzada y tortura en persona protegida.

(ii) El hecho número 20 en la sentencia por lo sucedido en agosto de 2002 contra María Teresa Carreño Jaimes quien fue violada frente a su esposo Wilson Alexis Rosas Visos. Las víctimas además fueron amarradas y colgadas de un árbol; a María Carreño le apuñalearon uno de sus senos y fue obligada a matar a su compañero, para luego ella ser asesinada. La Sala de Justicia y Paz del Tribunal resaltó el aspecto de género y formuló cargos por homicidio y tortura en persona protegida (en el caso de Rosas Visos porque fue obligado a ver la

¹ Lo afirmado contraría la mención de que la primera sentencia en el país corresponde a la proferida por la magistrada Patricia Salazar Cuellar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia radicado 41.457, porque esta decisión es del 4 de marzo de 2015.

violación de su esposa y se resalta el elemento de afectación a su masculinidad), desplazamiento forzado, destrucción de bienes protegidos, desaparición forzada y acceso carnal violento en persona protegida.

(iii) El hecho 21 de la providencia sucedido en el año 2002, la víctima Ana Jazmín Herrera Vargas fue degollada y enterrada en la sede del campo de entrenamiento del BVA. Denominado como femicidio/feminicidio por las acciones ejercidas de un grupo de hombres que aprovechan su condición de superioridad física y por la pertenencia a un grupo armado, la Sala condena por desaparición forzada, acceso carnal violento, homicidio y tortura en persona protegida.

(iv) El hecho 28 de la providencia que ocurrió el 5 de mayo de 2003. Katy Julieth Cedeño fue privada de su libertad junto a Ercila Hurtado Agudelo; trasladadas a una finca, interrogadas y accedidas carnalmente por tres miembros del grupo armado y asesinada. El móvil se clarificó en la victimización en contra de la señora Cedeño que se dio como retaliación por hechos atribuidos a su pareja que se encontraba extorsionando sin el conocimiento y autorización del BVA y por no haber entregado el producto de dichas extorsiones. Por el hecho se condena con los punibles de desaparición forzada, homicidio, acceso carnal violento y tortura en persona protegida. Y para la Sala, se trata de “la muerte violenta de una mujer por un grupo de hombres que ejercieron su poder de dominación, no sólo aprovechando su condición de superioridad física sino en términos de poder real por la pertenencia a un grupo armado”, según se lee en el párrafo 937 de la sentencia.

Como puede verse, la calificación sobre atentados contra la vida de mujeres y niñas en el conflicto armado cuenta con mención en sentencia judicial como femicidio/feminicidio, se sumaría lo consagrado en el mismo proceso penal especial de Justicia y Paz en sentencia contra de Ramón María Isaza Arango, decisión del 29 de febrero de 2016 en la que el feminicidio se nombra, pero no hay hechos objeto de la decisión adecuados con este fenómeno. De igual manera, en la sentencia del 20 de junio de 2017 contra *Julio Cesar Fontalvo Martínez* y otros exintegrantes del grupo autodenominado *Bloque Resistencia Tayrona* de las AUC, se menciona que Genis Leonor Arias Bolívar y María de Jesús Rolon Ochoa con 17 y 28 años de edad respectivamente, el 1 de marzo de 2005 en el corregimiento de Siberia en el Departamento del Magdalena fueron asesinadas. A las víctimas se les señaló como trabajadoras sexuales y expendedoras de sustancias alucinógenas, situación que nunca se probó en el proceso. Obligadas a cavar su propia fosa, se les dijo: “eso les pasa por

perras”; y luego de asesinadas a Genis Leonor y María de Jesús sus genitales fueron mutilados. Estos elementos son resaltados por la Sala para considerar el hecho como “homicidio de mujer por razones de género” y en la página 170 del proveído cualificarlo como un “feminicidio”. Se condena por los delitos de desaparición forzada en concurso con homicidio en persona protegida, tortura en persona protegida, despojo en campo de batalla e irrespeto a cadáver.

Luego del homicidio en persona protegida que claramente en el artículo 135 del Código Penal propende por la protección de la vida, en el artículo 136 se señala que quien con ocasión y en desarrollo de conflicto armado cause daño a la integridad física o a la salud de persona protegida conforme al DIH, tendrá sanciones previstas para el delito de lesiones personales incrementadas hasta en una tercera parte. Llama la atención que la Ley 1761 de 2015 modificó la agravación de las lesiones personales en el artículo 119 del Código Penal con aumento en el doble, empero, la descripción de lo pertinente frente al conflicto armado no fue objeto de modificación. Como se señaló, precisamente la protección frente a hechos de lesiones personales por razón de género tiene su importancia y lugar en la codificación penal, pero en circunstancias distintas a la cometida en el contexto del conflicto armado.

Una calificación jurídica que pueda enmarcarse en tipos penales del título segundo de la parte especial, llevaría la evaluación de la consagración del artículo 146 frente a tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida por el DIH, acordes con la protección de la integridad personal con perspectiva de género.

En el artículo 137 del Código Penal se consagra la descripción de la tortura en persona protegida por el DIH. Como se ejemplificó en casos de atentados contra la vida de mujeres y niñas por razón de género, concursa la tortura y hechos de violencia sexual consagrados en el artículo 138 y 139, correspondientes a los tipos penales de acceso carnal violento y actos sexuales violentos en persona protegida por el DIH. Empero, en correspondencia con la identificación del bien jurídico que se protege, para el caso de la tortura se involucra la afectación a la libertad individual y autonomía de acuerdo con la ubicación de la tortura fuera del conflicto armado descrita en el artículo 178 del Código Penal; y para el caso de la violencia sexual, la afectación a la libertad, integridad y formación sexuales contenida en las descripciones del título cuarto de la parte especial del Código Penal (artículos 205-212A); y en esta misma perspectiva pueden agruparse las conductas incorporadas o modificadas por la Ley 1719 de 2014 para la protección de personas por el DIH frente al acceso carnal abusivo

(artículo 138A), la desnudez forzada (artículo 139D), la prostitución forzada (artículo 141), la esclavitud sexual (artículo 141A) y la trata de personas con fines de explotación sexual (artículo 141B).

Por su parte, tienen cercanía con la protección a la vida e integridad de mujeres y niñas, las descripciones frente a la esterilización forzada (artículo 139B), el embarazo forzado (artículo 139C) y el aborto forzado (artículo 139E). Sobre esta última conducta, es importante destacar que el Tribunal Superior de Medellín en sentencia contra ex integrantes del ERG y el Frente Ernesto Che Guevara del ELN proferida el 24 de septiembre de 2015, por el hecho 160 del proveído cometido en 1993 y cuya imputación se hizo con fundamento en el artículo 344 del Decreto Ley 100 de 1980 (Código Penal de 1980) correspondiente al “aborto sin consentimiento”; asimismo, por los hechos 161 y 176 en los cuales se imputó la misma calificación definida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal vigente); para la Sala estas calificaciones surten efectos para la punibilidad por la fecha de ocurrencia de los hechos (p. 1022), pero hace retroactivo el artículo 139E de “aborto forzado en persona protegida” frente a los citados hechos. En la argumentación se sustenta en el Bloque de Constitucionalidad “por medio del cual se incorporan al ordenamiento jurídico interno conductas que han sido reconocidas como delitos en contra del Derecho Internacional Humanitario en virtud de tratados suscritos y adheridos por el Estado Colombiano” (p. 1022). La calificación tuvo en cuenta que las víctimas eran menores de edad reclutadas y obligadas a abortar. Empero, esto no se realiza en casos de quienes ya eran mayores de edad al momento de los hechos de aborto.

Finalmente, en el caso del artículo 147 sobre la discriminación racial, se consagra que la misma puede basarse en “otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida”, lo que incorpora la posibilidad de un análisis en punto de la violencia de género por afectación a la vida e integridad de mujeres y niñas.

CONCLUSIONES

Las calificaciones jurídicas con tipos penales ubicados en el título segundo, capítulo único del Código Penal, al relacionarse con el conflicto armado tienen un blindaje frente a la prescripción de la acción penal, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 83 modificado por la Ley 1719 de 2014 que señala la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra. Por esta razón

pueden protegerse la vida e integridad personal de mujeres y niñas si se está en correspondencia con lo ocurrido de un homicidio en persona protegida con pena aumentada por razón de género (en atención a lo incorporado por la Ley 1257 de 2008); asimismo, tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, y con atención a las incorporaciones que hizo la Ley 1719 de 2014, la esterilización forzada, el embarazo forzado y el aborto forzado en persona protegida por el DIH están en atención con la protección de la vida e integridad personal. Finalmente, con la intersección entre hechos que contengan elementos étnicos/raciales y de género, por actos de discriminación racial de persona protegida se podrían tener calificaciones que quepan dentro de la categoría para la protección de la vida e integridad de mujeres y niñas en contexto de conflicto armado.

De otro lado, la lectura de las calificaciones jurídicas con elementos de estándares internacionales que aproximen los hechos a su determinación como crimen de genocidio o crimen lesa humanidad, también obra con la imprescriptibilidad. En el caso del crimen de lesa humanidad, su determinación se fortalece con lo contenido en el artículo 15 de la Ley 1719 de 2015 para la actividad jurisdiccional. De esta manera, se puede tener el asesinato (artículo 7(1)a del E. de R.); el exterminio (artículo 7(1)b del E. de R.); el embarazo forzado y la esterilización (artículo 7(1)g del E. de R.); igualmente, la persecución (artículo 7(1)h del E. de R.) y el caso de afectación a la integridad personal con lesiones personales por razón de género con la invocación del artículo 7(1)k del E. de R., como manifestaciones de calificaciones para la protección de la vida e integridad de mujeres y de niñas en un contexto que puede tener relación (porque para la existencia del crimen de lesa humanidad no se requiere) con el conflicto armado.

De otro lado, el reconocer la calificación jurídica de hechos que por razón de género se cometen contra mujeres y niñas en el conflicto armado, ubica las mejores alternativas procesales para determinar si se acoge o no un hecho en determinado mecanismo de justicia transicional. Piénsese por ejemplo que un homicidio por razón de género con el respectivo tratamiento y contextualización con su ocurrencia en el conflicto, su relación con actores armados sometidos a uno u otro proceso de justicia transicional, constituye una oportunidad para que en punto de la justicia se obtenga una respuesta por parte del Estado. Como se expuso, son distintas las alternativas vigentes en la implementación de mecanismos de justicia transicional, lo que desvirtúa categóricas manifestaciones sobre la existencia de impunidad en algunos casos en los que una evaluación podría tener y satisfacer salidas procesales. Piénsese

en avanzar con un hecho de violencia basada en género en el proceso de JyP cobijado bajo la existencia de un patrón de macrocriminalidad ya develado, para que se aplique la figura de terminación anticipada consagrada en el artículo 18 de la Ley 975 de 2005; o la alternativa de obtener manifestaciones sobre la reparación con lo contenido en el artículo 42 de la citada Ley. Asimismo, se tiene la posibilidad de participación en la CEV; participar en lo dispuesto en la UBDP, en programas administrativos de reparación, etc. Igualmente, no es descartable contemplar la posibilidad de adelantar un proceso con las formas de juicios conforme a derecho.

Referencias

Acuerdo Final. (24 de noviembre de 2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. La Habana.

Ballén, R. (2010). *Los males de la guerra. Colombia 1988-2008*. Bogotá, Colombia: Temis.

Congreso de la República de Colombia (26 de diciembre de 1997). Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. [Ley 418 de 1997]. DO: 43.201.

Congreso de la República de Colombia. (25 de julio de 2005). Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. [Ley 975 de 2005]. DO: 45.980.

Congreso de la República de Colombia (4 de diciembre de 2008). Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”. [Ley 1257 de 2008]. DO: 47193.

Congreso de la República de Colombia (31 de agosto de 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. [Ley 1448 de 2011]. DO: 48.096.

Congreso de la República de Colombia (1 de diciembre de 2011). Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. [Ley 1482 de 2011]. DO: 48.270

Congreso de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2012). Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones”. [Ley 1592 de 2003] DO: 48.633.

Congreso de la República de Colombia (18 de junio de 2014). Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. [Ley 1719 de 2014]. DO: 49.186

Colombia, Congreso de la República (18 de junio de 2015). Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)". [Ley 1761 de 2015]. DO: 49.565.

Congreso de la República de Colombia (30 de diciembre de 2016). Por medio del cual de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. [Ley 1820 de 2016]. DO: 50.102.

Congreso de la República de Colombia (2017). Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. [Proyecto de ley estatutaria 008 de 2017]. Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (4 de abril de 2017). Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. [Acto Legislativo 01 de 2017]. DO: 50.196.

Congreso de la República de Colombia (18 de julio de 2018). Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz. [Ley 1922 de 2018]. DO: 50.658.

Corte Constitucional Colombia. (14 de abril de 2008). "protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 10 de mayo de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión". [Auto 092]. MP: Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (8 de junio de 2016). Sentencia C-297 de 16. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (4 de marzo de 2015). *Casación 41.457*. MP: Patricia Salazar Cuellar.

Presidencia de la República de Colombia. (5 de abril de 2017). Por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. [Decreto-Ley 588]. DO: 50.197.

Presidencia de la República de Colombia (5 de abril de 2017). Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. [Decreto-Ley 589]. DO: 50.197.

Colombia. Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz (16 de diciembre de 2015). Sentencia contra el postulado Olimpo de Jesús Sánchez Caro y otros. Rads. 110016000253200883621 y ss. MP: María Consuelo Rincón Jaramillo.

Tribunal Superior de Medellín, Colombia. Sala de Justicia y Paz (9 de diciembre de 2016). Sentencia contra el postulado Fredi Alonso Pulgarín Gaviria. Rad. 110016000253201084442. MP: María Consuelo Rincón Jaramillo.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Colombia. Sala de Justicia y Paz (16 de diciembre de 2014). Sentencia contra el postulado Arnubio Triana Mahecha y otros. Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00. MP: Eduardo Castellanos Roso.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Colombia. Sala de Justicia y Paz (24 de febrero de 2015). Sentencia contra el postulado Orlando Villa Zapata y otros. Rad. 110016000253200883612-00. MP: Uldi Teresa Jiménez López.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Colombia. Sala de Justicia y Paz (29 de febrero de 2016). Sentencia contra el postulado Ramón María Isaza Arango y otros. Rad. 110016000253201300146. MP: Uldi Teresa Jiménez López.

Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Sala de Justicia y Paz (20 de junio de 2017). Sentencia contra el postulado Julio Cesar Fontalvo Martínez y otros. Rad. 08-001-22-52-002-2014-81400. MP: José Haxel de la Pava Marulanda.

Forer, A. (2012). *Justicia Transicional*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Freja-Calao, F. (2017). *Problemáticas en la judicialización de la violencia basada en género en el proceso penal especial de justicia y paz*. Barranquilla: Educosta, 2017.

- Ibáñez, J. (2017). *Justicia Transicional y Comisiones de la Verdad*. 2ª ed. Bogotá, Colombia: Instituto Berg.
- Inter-American Commission on Human Rights [IAHRC] (2006, October 18). *Violence and discrimination against women in the Armed Conflict in Colombia*. Washington, OEA/Ser.L/V/II. Doc.67.
- International Criminal Court. (Junio 2014). The Office of the Prosecutor *Policy paper on sexual and Gender – Based Crimes*.
- López, C. (2010). *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá, Colombia: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH.
- Olsen, T., Payne, L. & Reiter, A. (2010). The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy. *Human Rights Quarterly* 32(4) 980-1007.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (17 de julio de 1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.
- Reporteros Sin Fronteras [R.S.F.]. (2010). *Chuzadas: las grandes orejas de inteligencias vueltas contra la prensa*. Bogotá, Colombia: RSF.
- Restrepo, L. A. & Ramírez, S. (2016). Colombia: sorpresas y sobresaltos de la paz. *Nueva Sociedad* (266). 129-139.
- United Nations (17 de Julio). Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights. UN Doc. A/72/155.
- United Nations. *Secretary-General (Marzo 2006). Disarmament, demobilization and reintegration*. Report fo the Secretary-General. General Assembly, A/60/705.
- Wilches, I. (2011). “Conceptos en violencias de género”. Bernal, G. (comp.) *Visibilizar la Violencia de Género, sistematización de la experiencia en género*. (41-50). Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). ProFis.