

La práctica de la mutilación genital femenina

en la comunidad Embera
Chamí de Risaralda
y la responsabilidad
patrimonial del Estado
por omisión legislativa

Nubia Mildreth
Marrugo Núñez



UNIVERSIDAD
**AUTÓNOMA
DEL CARIBE**
Barranquilla, Atlántico



La práctica de la mutilación genital femenina

en la comunidad Embera
Chamí de Risaralda
y la responsabilidad
patrimonial del Estado
por omisión legislativa

PROGRAMA DE DERECHO

GRUPO DE INVESTIGACION: ESTUDIOS DE
GÉNERO, NIÑEZ Y CRIMINALIDAD



**UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DEL CARIBE**
Barranquilla, Atlántico

Este libro es resultado del proyecto titulado Coordinación de la Jurisdicción Indígena con la jurisdicción ordinaria y las mutilaciones sexuales femeninas: un estudio desde la perspectiva de género, realizado dentro del Grupo de investigación "Estudios de Género, Niñez y Criminalidad", de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma del Caribe.



**UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DEL CARIBE**
Barranquilla, Atlántico

Catalogación en la publicación. Universidad Autónoma del Caribe. Departamento de Bibliotecas

La Práctica de la mutilación genital femenina en la comunidad Embera Chamí de Risaralda y la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa / Nubia Mildreth Marrugo Nuñez

Barranquilla, Colombia, Sello Editorial Uniautónoma, 2019.

105 páginas.

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-8524-92-4

1. Mujeres – Cuestiones sociales y morales -- Risaralda, Colombia -- 2. Aparato genital femenino - Mutilación - Risaralda, Colombia -- 3. Derechos de la mujer -- Risaralda, Colombia -- 4. Comunidad Embera Chamí de Risaralda, Colombia -- Ritos y ceremonias. -- 5. Circuncisión femenina - Risaralda, -- Colombia. -- I. Tit.

CDD: 305.4 M361

Universidad Autónoma del Caribe, 2017

www.uniautonomaeu.co

Calle 90 No. 46 112, Barranquilla, Col.

La Práctica de la mutilación genital femenina en la comunidad Embera Chamí de Risaralda y la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa.

© Nubia Mildreth Marrugo Nuñez

© Editorial Uniautónoma, 2017

Profesional de Publicaciones Científicas: Adalberto Bolaño Sandoval

Diseño y Diagramación: Carlos Colonna Ortega

Hecho en Colombia

© Reservados todos los derechos.

Queda hecho el depósito legal (Ley 44 de 1993, el decreto 460 de 1995, el decreto 2150 de 1995 y el decreto 358 de 2000). Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía, microfilm, fotocopia, offset, fónico y el tratamiento informático (Ley 23 de 1982).

INDICE

CAPÍTULO 1

- 1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO**
 - 1.1. Responsabilidad moral y jurídica
 - 1.2. La responsabilidad contractual y extracontractual
 - 1.3. Responsabilidad objetiva y subjetiva
 - 1.4. La responsabilidad del Estado en el derecho comparado
 - 1.4.1. En Francia
 - 1.4.2. En España
 - 1.4.3. En Chile
 - 1.4.4. En Argentina
 - 1.5. Evolución de la responsabilidad del Estado colombiano
 - 1.6. La responsabilidad objetiva del Estado
 - 1.7. Teoría mixta de la responsabilidad estatal
 - 1.8. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador
 - 1.9. La teoría del daño frente a la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador colombiano
 - 1.10. Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por el hecho u omisión legislativa

CAPÍTULO 2

- 2. LA PRÁCTICA DE LA ABLACIÓN DENTRO DE CONTEXTOS MULTICULTURALES**
 - 2.1. Generalidades de la ablación
 - 2.2. consecuencias médicas en la práctica de la ablación

- 2.3. contexto cultural de la práctica de la ablación
- 2.4. Práctica de la ablación en la población indígena Embera Chamí – Colombia
- 2.5. Enfrentamiento entre la primacía de derechos de rango constitucional y el derecho de los indígenas

CAPÍTULO 3

3. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS

- 3.1. Generalidades sobre los DDHH y los derechos fundamentales
 - 3.1.1. Derechos humanos
 - 3.1.2. Derechos fundamentales
- 3.2. Los derechos inherentes al ser humano
- 3.3. Derechos humanos desde la perspectiva indígena
- 3.4. Fuente de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes
- 3.5. Derechos de los niños, niñas y adolescentes colombianos
- 3.6. Derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas en el marco normativo nacional e internacional
- 3.7. El derecho indígena
- 3.8. Violación de los derechos indígenas

CAPÍTULO 4

4. LA JURISDICCIÓN NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

- 4.1. Generalidades sobre la jurisdicción
- 4.2. Esquema de la jurisdicción colombiana
- 4.3. La Jurisdicción especial indígena
- 4.4. La Corte Constitucional y la jurisdicción especial indígena
- 4.5. La autonomía de las comunidades indígenas frente a la minimización de las restricciones legales particulares
- 4.6. Las sanciones

CAPÍTULO 5

5. DELITOS QUE ATENTAN CONTRA EL BIENESTAR INTEGRAL Y EL DESARROLLO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

- 5.1.** Derechos constitucionales transgredidos en la práctica de ablación
- 5.2.** Sanción penal y patrimonial en delitos contra la integridad física, sexual y psicológica de los niños, niñas y adolescentes
- 5.3.** Corte Constitucional: la legalidad del delito de la ablación dentro de la jurisdicción indígena
- 5.4.** Las sanciones indígenas y la prohibición de la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes
- 5.5.** Prácticas indígenas que transgreden los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes de su comunidad

CONCLUSIONES - RECOMENDACIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Introducción

El 22 de marzo de 2007, un medio de prensa escrita en Colombia, dio a conocer la noticia de que a unas 8000 mujeres de la etnia Embera Chamí se les había cortado el clítoris, lo cual, además de ser una práctica que ponía en riesgo las condiciones de salud de las mujeres, resultó ser una práctica de mutilación sexual femenina frecuente en esa comunidad (*El Tiempo*, 2007). Al momento de conocerse la noticia, se registraban tres casos de infecciones de niñas a causa de operaciones realizadas por parteras en condiciones higiénicas precarias.

Existen relatos históricos y antropológicos que muestran la práctica de ablación del clítoris en las etnias paeces y Embera Chamí, pero que se creían desaparecidas desde el siglo XVIII. La etnia Embera Chamí se encuentra ubicada en el Departamento de Risaralda, específicamente cerca del alto río San Juan, en los municipios de Pueblo Rico y Mistrató, los cuales practican la mutilación genital femenina (MGF) o ablación del clítoris. Colombia, es el único país de América en el cual se ha identificado esta práctica milenaria como una costumbre de la etnia ya mencionada; sin embargo, alrededor del mundo la mutilación sexual femenina es realizada en países como Burkina Faso, Ghana, Kenya, Nigeria, Senegal, Sudán, Etiopía, Egipto, Somalia, Malí, Camerún, Costa de Marfil, Djibuti, España, Italia, Francia y Reino Unido.

Según la Organización Mundial de la Salud, esta práctica consiste en la extirpación total o parcial del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes solo del prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris) o su alteración por motivos culturales u otras razones de índole no médicas, la cual a simple vista pareciera ser legítima ante la necesidad de la comunidad para que la mujer adopte un comportamiento sexual adecuado, vinculándose esos procedimientos con la virginidad prematrimonial y la fidelidad matrimonial, sin embargo el historiador Victor Zuluaga afirma que:

[...] se trata de un tema sagrado que se basa en la creencia de que una de las maneras para evitar el fin del mundo (pues se le podría caer de las manos a su dios karabi), las mujeres deben evitar moverse durante el acto sexual, lo cual se garantiza extirpando su clítoris con una cuchilla o una puntilla caliente. (*El Tiempo*, 2007).

Necesario es señalar que en Colombia, como producto de todo un proceso fundado en razones históricas, jurídicas y políticas, se ha reconocido la diversidad étnica y multicultural de la Nación; efectivamente la Constitución Nacional de 1991, en su artículo 7º. dispone que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. Se imparte así un mandato a la sociedad y al Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, el cual, al ser analizado en armonía con el artículo 246 superior, pone en evidencia una tensión entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional.¹

El multiculturalismo y la pluriétnicidad como modelo base de las adecuaciones y transformaciones de los Estados nacionales de hoy, significan una ruptura con el viejo paradigma, fundamento estatal, basado en la estratificación socio - racial que posibilitó durante mucho tiempo la invisibilización de amplios sectores de la población caracterizados por su diversidad étnica y cultural. Ese pensamiento de la diversidad cultural y étnica, como opuesto a la consolidación de la unidad nacional, tuvo su origen en la política colonial impuesta por la metrópoli española que procuró asegurar la unidad de sus colonias promoviendo una difusión generalizada de los valores católicos y el aprendizaje del castellano entre las poblaciones americanas y entre la población negra traída del África.

La ruptura, con ese modelo de Estado monocultural, ha significado a los pueblos indígenas latinoamericanos en particular, su reconocimiento como sujetos de derechos colectivos, a partir de los siguientes tres pilares que sustentan las relaciones entre los Estados de hoy y estos pueblos: El reconocimiento a sus propias formas de gobierno, el derecho al territorio y el ejercicio de formas de jurisdicción propias.

Bajo esa premisa, conviene señalar que la misma Constitución Política de Colombia ordenó al legislador la realización de una Ley de Coordinación que armonizara las dos jurisdicciones a efectos de evitar lesiones al ordenamiento jurídico dogmático superior, esto es, los derechos fundamentales presentes en toda actuación judicial o administrativa, e inclusive en los usos y costumbres que se desarrollan bajo el principio de la diversidad étnica y cultural².

Conocer la mencionada práctica que se realiza a las niñas Embera al nacer, generó una gran discusión entre las comunidades indígenas y aquellos que no están de acuerdo con ella. Efectivamente, por un lado

1 Dispone el Artículo 246º: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y Leyes de la República. La Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional judicial”.

2 La Honorable Corte Constitucional colombiana, ha referido al respecto en la Sentencia T - 254 de 1994: “Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.” (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)

las comunidades indígenas agrupadas en la ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia) han manifestado la defensa de esta práctica, argumentando que “se trata de una conducta correspondiente a una práctica ancestral del pueblo embera chamí, dentro de su cosmovisión propia”. (Corporación Contigo Mujer, 2009). Esta organización insistió en la defensa del derecho a la autonomía étnica que tienen los pueblos indígenas, y afirman que la ablación del clítoris es una práctica cultural ancestral la cual es muy sagrada dentro de la comunidad Embera.

En su momento, el gobierno nacional indicó desconocer la realización de prácticas de extirpación del clítoris en comunidades indígenas del país y que podía tratarse de una costumbre clandestina, aunque admitió que existen relatos históricos y antropológicos sobre el tema. La división especializada en asuntos étnicos del Ministerio del Interior, debía realizar una investigación en la zona de los Embera-Chamí para tratar de determinar si la costumbre se había mantenido oculta o había resurgido en los últimos días y, dependiendo de ese estudio, se tomaría una decisión por parte del Estado, pues consideró que la jurisdicción especial indígena consagrada en la Constitución tiene sus limitaciones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Igualmente, la ONIC dijo que las autoridades indígenas del pueblo Embera Chamí también realizarían su investigación para, en el marco de su sistema de justicia propia, aplicar las normas, procedimientos e instancias establecidas por sus estructuras de gobierno y de autoridad frente a estos casos (*El Tiempo*, 23 de marzo de 2007).

La procuradora de Pueblo Rico (Risaralda), Aracely Ocampo, considera la ablación del clítoris a las niñas del pueblo Embera como un acto de maltrato contra la mujer, una forma de violencia que vulnera sus más elementales derechos (Jaramillo, 2013).

Por otro lado, el Juez Promiscuo Municipal de Pueblo Rico - Risaralda, Mariano De Jesús Arcila Alzate, en su momento conoció del caso de las tres (3) niñas a las que se les practicó la ablación, por la remisión que de las fichas epidemiológicas hiciera la Inspección de Policía y la Personería de Pueblo Rico - Risaralda, y con base en el numeral 1° del artículo 4° de la Ley 294 de 1996, que ordena asumir conocimiento de los casos de violencia intrafamiliar, entre otros, al juez municipal. Sin embargo, en el parágrafo 2° del mismo artículo se prevé que en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas, el competente para conocer de ellos es la respectiva autoridad indígena en desarrollo de la jurisdicción especial prevista por la Constitución Nacional en el artículo 246. No obstante, la jurisdicción indígena no tiene facultades para asumir el conocimiento de esta clase de omisión de derechos humanos, por no operar esa jurisdicción como manifestación de la autonomía étnica en casos en los cuales se excluyen los mínimos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional para que prime la autonomía indígena y, en consecuencia, es al juzgado a quien corresponde determinar las medidas de protección si fueran procedentes; en este caso el Dr. Arcila Alzate resuelve abstenerse de decretar medi-

das de protección familiar a la luz de la Ley de Violencia Intrafamiliar por cuanto a la mutilación a que fueron sometidas las menores no es asunto que pueda conocerse y desatarse con base a la legislación penal y de protección familiar³.

De esta manera, se evidencia la ruptura existente entre las dos jurisdicciones: por una parte, la validez, por así decirlo de la práctica de la ablación del clítoris al interior de la cultura indígena Embera Chamí (defensa que hace la ONIC) y por otra, el reconocimiento de una Nación libre y soberana que consagró para todos su habitantes un catálogo de derechos fundamentales entre los cuales se encuentran: el derecho a la salud (Art. 49 C.N.), en conexidad con el derecho a la vida (Art. 11 C.N.), a la dignidad humana (Art. 1° C.N.), la prevalencia de los derechos de los niños, derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad, a la integridad física y psicológica, situación esta que generaría una responsabilidad del Estado por omisión legislativa, debido a que no ha regulado desde 1991 hasta la fecha, la coordinación de las dos jurisdicciones, y para el caso objeto de estudio de la presente investigación, en lo que se relaciona a la salva-guarda de los derechos fundamentales de las niñas y mujeres emberas frente a la práctica mencionada.

Frente a la anterior situación se quiso realizar esta investigación partiendo de la siguiente pregunta problema: ¿Existirá responsabilidad patrimonial del Estado, por omitir expedir la Ley de Coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional, por los daños ocasionados a las niñas pertenecientes a la comunidad indígena Embera Chamí por la práctica de la ablación?

Para el estudio se plantearon los siguientes objetivos:

Objetivo general

- Analizar la responsabilidad del Estado por la omisión legislativa de expedir una ley de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional, en el caso de la violación de los derechos fundamentales y los daños ocasionados por la práctica de la mutilación del clítoris a las niñas de la comunidad indígena Embera Chamí.

Objetivos específicos

- Identificar el régimen de responsabilidad aplicable al Estado por la omisión legislativa.
- Analizar el desarrollo jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional así como del Consejo de Estado sobre la responsabilidad por la omisión del legislador.

³ En la Sentencia de junio 24 de 2008, la Corte Constitucional, declaró la ausencia de violencia intrafamiliar en el caso de la ablación o mutilación genital femenina (A/MGF), Rad. 66572-40-89-001-2008-00005-00.

- Establecer cuál es el trato que le ha dado el Estado colombiano a la práctica de las mutilaciones sexuales femeninas realizadas dentro de la comunidad indígena Embera Chamí.
- Establecer los avances que ha realizado el Estado colombiano con la intención de coordinar la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.
- Determinar la responsabilidad del Estado colombiano frente a las violaciones de derechos humanos, con ocasión de la práctica de las mutilaciones sexuales femeninas realizadas dentro de la comunidad indígena Embera Chamí.

Evidenciando la tensión que existe entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Nacional por la ausencia de la Ley de coordinación entre ellas, y amparados en el Artículo 90 superior, se puede inferir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por omitir el desarrollo del precepto constitucional contemplado en el Artículo 246 que a la letra dice: “[...] La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Por tanto, el propósito del presente trabajo ha sido determinar si existe o no responsabilidad del Estado por omisión legislativa.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 246, reconoce a la jurisdicción especial indígena, pero en la misma disposición se condiciona a que sus normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución y las Leyes nacionales y para ello se estableció la existencia de una Ley de coordinación entre estas dos jurisdicciones: la especial indígena y la nacional.

Hoy día, la ausencia de la ley de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional, facilita que al interior de la jurisdicción especial indígena se realicen algunas prácticas violatorias de derechos humanos desconociendo disposiciones constitucionales como es la práctica de la ablación del clitoris en las niñas Embera, estableciendo indiscutiblemente una responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Para adelantar la presente investigación, se hizo necesario el conocimiento preliminar de aspectos socio-jurídicos que se dan al interior de la jurisdicción especial indígena, frente al escenario de derechos fundamentales consagrados en la jurisdicción nacional.

Se abordó la problemática desde el paradigma hermenéutico, entendiendo la hermenéutica como la ciencia que interpreta los textos escritos, y fija su verdadero sentido y alcance sobre la base de una adecuada selección y una lógica interpretación y explicación de los datos y cifras recolectados

Por la naturaleza de sus objetivos, se trató de un estudio de tipo descriptivo. La información se recolectó por medio de la técnica documental. Sobre la recopilación documental dice Hugo Cerda:

es el acto de reunir un conjunto de datos e información diferente a través de testimonios escritos con el propósito de darle unidad". El término "recopilar no solo se asocia con el acto de reunir, resumir o compendiar datos escritos, sino también ordenarlos y clasificarlos (Cerde, 2002, p.235)

Las fuentes que se utilizaron en este estudio son básicamente secundarias, es decir, que la información se obtuvo de sistemas de información como bibliotecas, hemeroteca, centros de documentación, en las que se recolectó la información de libros, revistas, periódicos, archivos históricos y sentencias, consultando los documentos y/o investigaciones adelantadas por otros autores sobre la temática que pueden orientar en la búsqueda misma de datos para lograr los objetivos propuestos.

La elaboración de fichas bibliográficas, hemerográficas y fichas de registro como herramientas de recolección de la información, fue fundamental en este estudio.

Capítulo 1

1. La responsabilidad del Estado colombiano

Al adentrarse en el tema de la responsabilidad del Estado, en las condiciones de acción y/u omisión, se debe iniciar el estudio respecto al Estado y el compromiso estatal, o sea, la formación del Estado y el porqué del compromiso que se tiene ante la responsabilidad del mismo dadas las características de su origen; en palabras de Foucault, "Las relaciones de los hombres, son relaciones de poder" (1976, p. 26). Siendo así, se parte del debate contractualista de la soberanía, el cual tiene origen con Thomas Hobbes en 1651, en su obra el *Leviathan*, en donde expresa el autor que "el hombre es lobo para el hombre", y que la conformación del Estado surge como necesidad de protección ante el miedo reinante, en este modelo los hombres o súbditos (llamados así en este modelo), cedían sus derechos a un soberano absoluto que tenía como finalidad garantizar la vida (solamente), no existía en ese modelo sociedad civil y tampoco sociedad política, era el soberano el absoluto poder.

Señala Hobbes, citado por Cortés (2010):

Dícese que un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho de representar a la persona de todos (es decir, de ser su representante). Cada uno de ellos, tanto los que han votado en pro como los que han votado en contra, debe autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres, lo mismo que si fueran suyos propios, al objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegidos contra otros hombres. De esta institución de un Estado derivan todos los derechos y facultades de aquel o de aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido.

Más tarde, ya en el año de 1691, aparece en la escena del tema John Locke, inglés también (igual a Hobbes), exponiendo en su obra *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, que el hombre, al contrario de lo dicho por Hobbes, es pacífico y benevolente, y la conformación del Estado surge como resultado de la renuncia de los hombres al poder político natural del ser, en aras de formar una sociedad gobernada por man-

datarios. En este planteamiento ya no es un soberano absoluto, sino escogido por los hombres, quienes exigen de esos mandatarios la garantía del bien común y el derecho a la propiedad. Fundamentalmente, no existía una absoluta sociedad civil, tampoco sociedad política.

Señala Locke en la obra mencionada:

Al ser los hombres, como ya se ha dicho, todos libres por naturaleza, iguales e independientes, ninguno puede ser sacado de esa condición y puesto bajo el poder político de otro sin su propio consentimiento. El único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil, es mediante un acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad, a fin de convivir los unos con los otros de una manera confortable, segura y pacífica, disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas y mejor protegidos frente a quienes no forman parte de dicha comunidad. Esto puede hacerlo cualquier grupo de hombres, porque no daña la libertad de los demás, a quienes se deja, tal y como estaban, en estado de naturaleza. Así, cuando un grupo de hombres ha consentido formar una comunidad o gobierno, quedan con ello incorporados en un cuerpo político en el que la mayoría tiene el derecho de actuar y decidir en nombre de todos (Locke, 1990).

En ese escenario el debate sigue en Jean-Jacques Rousseau, quien en 1761, con su obra *El contrato social*, expondría un modelo que a la actualidad cobra vigencia; Rousseau señala, a diferencia de sus antecesores, que el hombre es bueno, y el origen del Estado se encuentra en la voluntad manifiesta de los hombres de un pacto social donde se favorezca el desarrollo de la sociedad en diferentes aspectos, entre esos el tecnológico y científico, y son los mismos hombres quienes escogen de manera democrática los principios que los gobernarán, es un pacto de los hombres para los hombres, quiere decir que existe total disponibilidad o espacio para la sociedad civil y la sociedad política.

Señala Rousseau, en *El contrato social*:

Mas como los hombres no pueden crear por sí solos nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que ya existen, solo les queda un medio para conservarse, y consiste en formar por agregación una suma de fuerzas capaz de vencer la resistencia, poner en movimiento estas fuerzas por medio de un solo móvil y hacerlas obrar de acuerdo.

Esta suma de fuerzas solo puede nacer del concurso de muchas separadas; pero como la fuerza y la libertad de cada individuo son los principales instrumentos de su conservación, ¿qué medio encontrará para obligarlas sin perjudicarse y sin olvidar los cuidados que se debe a sí mismo? Esta dificultad, reducida a mi objeto, puede expresarse en estos términos: «Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de

los asociados, pero de modo que cada uno de estos, uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo, y quede tan libre como antes.» Este es el problema fundamental, cuya solución se encuentra en el contrato social (Rousseau, 1995, p. 20).

En ese recorrido, y en debate contractualista se encuentra el soporte de la organización política colombiana

[...] el pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, [...] y con la finalidad de garantizar a todos sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, [...] decreta, sanciona y promulga la constitución política de 1991.⁴

Como proyecto constitucional a seguir para el desarrollo y el avance de las condiciones sociales de todos los ciudadanos, legitimando al Estado para que garantizara esos principios fundantes o estructurales. Para el tema que corresponde los que han sido expuesto, de aquí parte el compromiso, siendo así que el Estado es legítimo, entendiendo esta -legitimidad del Estado- como la razón o el “*título*” en virtud del cual el poder dicta sus mandatos y exige la obediencia de los mismos por parte de los destinatarios que, a su vez, se consideran obligados por ellos (Restrepo et al, 2010, P. 17)

Por lo anterior el Estado moderno es el resultado de un proceso de formación articulado en gran medida por procesos sociales, donde predominaba la guerra (por ejemplo), en la que esta era utilizada como instrumento para lograr el dominio del territorio con exclusión de los poderes externos y para lograr la sumisión de los enemigos internos a los cuales se les priva del uso de la fuerza.

En ese proceso de monopolización el poder obedecía -en un primer estadio- a intereses privados de parte de familias reales, pero con el tiempo fueron apareciendo los intereses públicos, expresados en exigencias de seguridad y protección por parte de las poblaciones que reconocían obediencia a la autoridad. Es precisamente este cambio, acompañado de la institucionalización de los mecanismos a través de los cuales se gestiona el monopolio, lo que muestra el paso de la simple concentración del poder en una autoridad, en lo que hoy reconocemos como Estado (Leyva, 2010, p. 37)

Dicha institucionalización consiste, por una parte, en la conformación de un aparato administrativo, es decir, de un cuerpo de funcionarios que actúan a nombre del Estado de modo especializado y permanente. La institucionalización también se expresó en la imposición de un conjunto de normas para regular la vida social de tal modo que quedara suprimida la facultad de cada uno de hacer justicia por su propia mano. Operó así la racionalización de la fuerza, pues quedó bajo el monopolio del Estado fijándose como último recurso.

4 Preámbulo - Constitución Política de Colombia de 1991.

De esta manera se construyó un derecho oficial, el cual determinó las condiciones bajo las cuales se ejercía la coacción de manera autorizada y los individuos que podían hacerlo. Esta es una forma de institucionalización o de protección a los individuos. Cuando esta protección alcanzó cierto grado, se pudo hablar de la existencia de seguridad colectiva y con esta se aspiraba la pacificación como proyecto público continuo (Leyva, 2010)

El Estado, desde el punto de vista del derecho, que se construye a partir de la conjunción, consta de tres elementos: pueblo, territorio y soberanía.

De acuerdo con Mortati, “el Estado es un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él ” (Leyva, 2010, p. 25). Cada uno de los elementos constitutivos del Estado se define así:

- El territorio, lugar en que el Estado ejerce su soberanía y está constituido no solo por el suelo sino por el subsuelo, las áreas marinas y submarinas y espacio aéreo, el espectro electromagnético y el segmento correspondiente a la órbita geoestacionaria.
- El pueblo, constituido por todas las personas que se encuentran en ese territorio y, por ello, están bajo la influencia de lo determinado por el ordenamiento jurídico.
- La soberanía, entendida como la característica del poder estatal que implica que dicho poder sea supremo en el orden interno e independiente en el orden externo. El derecho, como instrumento de la soberanía, regula y relaciona estos tres elementos (Leyva, 2010, p. 37)

El Estado colombiano ha evolucionado desde su conformación, siendo su principal razón de ser el cumplimiento de tareas tales como la institucionalización, legitimidad y consenso, legalidad, coacción social, educación y propaganda, organización colectiva, política económica y relaciones internacionales. Entre estas funciones, la coacción es la que más ha caracterizado al Estado, porque le sirve para luchar contra las perturbaciones y peligros que atentan contra el conjunto de intereses que protege, pudiéndose destacar como propósito de la coacción, las siguientes (Marín, 2013, p. 8):

- La creación y conservación del monopolio permanente y legalizado de la violencia en cabeza suya, que es así institucionalizada, oficializada y organizada. Es precisamente el logro de este propósito lo que le da al Estado el carácter de soberano.
- Tratar los conflictos de intereses, sea atenuándolos, suprimiéndolos o ajustándolos.
- Crear y mantener la unión nacional.

En la Constitución de 1991, Colombia fue constituida como un Estado social de derecho,

organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Art.1º.C.N.)

La Corte Constitucional define el Estado Social de Derecho de la siguiente forma:

[...] a. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante, cada uno de ellos hace alusión a su aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política (Corte Constitucional, Sentencia T - 406 de 1992).

La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objetos de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado Social de Derecho se acentúa de manera dramática -problema planteado por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta solo por el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y, sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia, así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica (Molina, 2007, p. 239)

La Constitución colombiana recoge ampliamente los postulados normativos del Estado Social de Derecho, lo que se comprueba no solo al repasar lo consagrado en la lista de los principios y de la Carta de derechos, sino también en la organización del aparato estatal. Además, se expresa en su aplicación práctica en el poder judicial entre otras instituciones y realidades. La decisión del constituyente de 1991 de optar por un país multicultural y pluriétnico, es decir, configurado por minorías étnicas diversas, y el efecto institucional de procesos históricos, con diferentes

influencias, que se reflejaban en el trato indiferente y discriminatorio a los indígenas, fue acertada, ya que ellos por ser colombianos deben gozar de los mismos derechos.

De acuerdo con el constituyente, el Estado colombiano debía superar las condiciones que forjaban las estructuras institucionales arbitrarias e identificadas políticamente en relaciones de poder altamente excluyentes. Abrió una alternativa para competir con las autoridades de los pueblos indígenas la posibilidad de llevar a cabo actuaciones judiciales, reconociendo un pluralismo jurídico y otorgándoles un espacio legal para la participación como iguales en la diferencia (Sánchez, 2004, P.5).

A partir de entonces, los indígenas pueden utilizar, como colombianos, además de su propia jurisdicción especial indígena, la jurisdicción ordinaria cuando se encuentren con conflictos que a su saber entren en las posibilidades de resolución que el marco de esta jurisdicción ofrece, si con ello no contravienen los marcos de competencia que habrán de respetarse.

Pero, a pesar de esto, los indígenas no tienen una norma que les organice aquellas situaciones en donde no son suficientes las normas internas étnicas, que ya sea por costumbre o cultura siguen practicándose en algunas comunidades indígenas, sin que el Estado regule esta situación a pesar de la igualdad que se pregonaba no solo en la Constitución Política, sino en otras leyes tales como la Ley de la Infancia y la Adolescencia, que debe proteger a toda la niñez colombiana, pero la realidad es que el Estado ha omitido el permanente cuidado a estos niños, al no legislar para ellos o exigir la aplicación de las leyes existentes para su protección integral.

El Estado social de derecho mantiene el principio de legalidad, pero lo supera y complementa al señalar entre sus finalidades la de garantizar un orden político, económico y social justo. La naturaleza social del Estado colombiano supone un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social (Corte Constitucional, Sentencia T - 505 de 1992)

La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir -dentro del marco constitucional- para proteger a las personas a su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud.

Dejando definida la estructura y fines del Estado, pasaremos a tratar las clases de responsabilidad del Estado, con el fin de determinar si en ella se puede encausar la conducta omisiva del Estado colombiano por no legislar la forma de coordinar la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional.

Como Suárez Hernández (2004) indica, la responsabilidad del Estado es producto de un proceso que evolucionó desde la irresponsabilidad absoluta del mismo, en los regímenes monárquicos y absolutistas, hasta la actual responsabilidad casi total del Estado frente a los daños causados a los asociados (p. 153).

Se impone entonces hablar de responsabilidad del Estado por daños en el ejercicio de su competencia normativa, como género que abarque los casos de responsabilidad del Estado por la competencia que tiene de proferir normas generales, impersonales y abstractas, así como normas concretas, sea que las mismas sean válidas o no (Botero Aristizábal, 2007, p. 160).

1.1. Responsabilidad moral y jurídica

El Estado, por el hecho de legislar, ya sea en forma objetiva o subjetiva, produce una responsabilidad moral o jurídica en la persona a la cual se le adjudica:

La aresponsabilidad moral. La responsabilidad moral es aquella que se presenta al momento de violar o infringir las normas morales o religiosas y cuyo resultado no se exterioriza, es interno, es un asunto de la conciencia del individuo, que no genera consecuencias de índole jurídica por no afectar la vida en sociedad, ni dañar concretamente el patrimonio de otra persona (Irisarri Boada, 2000, P.12)

Alessandri Rodríguez, conceptúa:

La responsabilidad moral es la que proviene de infringir los mandatos de la moral o de la religión. Es moralmente responsable el que ejecuta un hecho o incurre en una omisión contraria a la moral o a su religión [...] La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, que se plantea en el fuero interno del individuo y como las acciones y omisiones que la generan, no causan daño a la persona o propiedad del otro, ni perturban el orden social, quedan fuera del dominio del derecho que solo regula actos humanos que se exteriorizan (Alessandri Rodríguez, 1981, p. 10)

Para los hermanos Mazeaud,

La responsabilidad moral es una noción puramente subjetiva; para saber si una persona es moralmente responsable, hay que examinar su estado espiritual [...] Desde el instante en que la conciencia de un individuo reprueba su actitud, es moralmente responsable, poco importa el resultado: un perjuicio no constituye un requisito necesario de la responsabilidad moral. (Mazeaud, 1960, p.7).

Por su parte, el autor colombiano Martínez Rave entiende por responsabilidad moral

[...] aquella donde los resultados que deben enfrentarse son de índole moral, subjetivista, interno y no trascienden al campo externo de la persona y que surge generalmente cuando se violentan normas de conducta netamente morales, espirituales (Martínez Rave, 1988, p. 11)

Por otra parte, se habla de responsabilidad jurídica, cuando a causa de una acción u omisión se genera un perjuicio a otra persona o cuando el resultado de esos hechos es contrario al orden social. En esta,

al contrario de la responsabilidad moral, el resultado que debe ser un perjuicio, trasciende al campo externo afectando la vida en sociedad y violando normas jurídicas, por lo cual sus efectos se escapan del fuero interno del individuo y pasan al mundo jurídico generando una carga en cabeza del autor del daño que puede consistir en una sanción o una reparación (Irisarri, 2000, p.14)

Para Alessandri la responsabilidad jurídica “es la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contrario al orden social”. (Alessandri Rodríguez, 1981)

Por su parte, Martínez Rave señala que la responsabilidad jurídica

[...] trasciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida de relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo tanto tiene repercusiones jurídicas. Esta responsabilidad es la que regulan las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, o pautas de los componentes de la sociedad (Martínez Rave, 1988, p. 12)

La responsabilidad jurídica se puede clasificar, a su turno, en dos grandes grupos: la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

1.2. La responsabilidad contractual y extracontractual

Al hablar de la responsabilidad contractual se hace alusión a la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato. Para que exista esta clase de responsabilidad es necesario que haya una relación anterior entre el autor del daño y quien lo sufre y que el perjuicio sea causado con ocasión de esa relación. Dentro del estudio de este tema se pueden observar claramente dos grupos de teorías bien definidas: de una parte, aquellas que presentan la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado; otras teorías sostienen que se está en presencia de responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación emanada no solamente de un contrato, sino cuando se incumple una obligación derivada de un vínculo jurídico anterior, o de la ley (Irisarri, 2000, p.1).

Ampliando lo que se ha dispuesto anteriormente, se tiene en cuenta la posición de Alberto Tamayo Lombana, al establecer las situaciones que versan sobre las dos grandes ramas de la responsabilidad civil, la contractual y la extracontractual. Para lo que respecta a la primera, señala:

La responsabilidad civil contractual, resulta de la inejecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. Presupone por lo tanto la existencia de un contrato celebrado entre las partes y el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de alguna de las obligaciones estipuladas en él. Serían ejemplos: un vendedor no transfiere

la cosa vendida, como se lo impone el artículo 1849 del Código Civil; o lo hace tardíamente, o la cosa es de inferior calidad o se encuentra averiada. Un transportador no transporta las mercaderías que se le han entregado para tal fin, o las transporta pero las entrega en mal estado, quebrantando las obligaciones que le imponen el contrato y el artículo 982 del Código de Comercio (Tamayo, 2005, p. 28)

Con respecto a la segunda indica:

La extracontractual o delictual (delictual propiamente dicha y cuasidelictual), se da en ausencia de un contrato. Resulta de un hecho cualquiera: un automovilista arrolla a un peatón. El accidente pudo haber ocurrido por imprudencia, pero de todas maneras sin intención de ocasionar el daño (responsabilidad cuasidelictual). Otra hipótesis: el peatón era enemigo del automovilista y este lo lesionó a propósito, intencionalmente (responsabilidad delictual). En cualquiera de los dos casos se ha quebrantado la regla moral y de justicia social elemental de no perjudicar a otro y, en consecuencia, el autor del daño debe repararlo.

La noción de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado está estrechamente vinculada al Derecho Administrativo, forma parte íntegramente de él y se desplaza en su totalidad sobre un régimen de Derecho Público, aunque la jurisprudencia colombiana es orientada por un agudo criterio civilista.

Los principios fundamentales del Derecho Público se desenvuelven en torno a las nociones de interés general, utilidad social y responsabilidad patrimonial del Estado, cuyo contenido es la medida de los valores jurídicos, de los valores utilizables y del sistema de competencia. El fin esencial del Estado es el de satisfacer las necesidades colectivas mediante la aplicación de sistemas adecuados de Derecho Público que, por su naturaleza singular, se adaptan mejor a los requerimientos del servicio y conllevan un cierto grado de imposición. Como contrapartida necesaria de esa reglamentación jurídica privilegiada, el Derecho administrativo estructura un sistema autónomo de responsabilidad estatal que tutela el derecho particular frente al poder público en forma distinta a la que ofrece el Código Civil.

1.3. Responsabilidad objetiva y subjetiva

Toda actividad que desarrolla el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde un punto de vista teórico, pues en cada una de sus gestiones es posible causar perjuicios a los asociados; no obstante, cuando se habla de esta clase de responsabilidad, la tendencia tradicional ha sido la de asociarla con la función administrativa, porque en comparación con la legislativa y la judicial, es la principal fuente de la obligación indemnizatoria (Bustamante, 1999, p.29)

Se explican estas circunstancias aduciendo las siguientes razones:

La función administrativa es la directamente encargada de la prestación de los servicios públicos, a excepción de la Administración de Justicia y la diversidad de tales servicios, así como la magnitud de los mismos, determinan una gran variedad de actividades, funciones y responsabilidades que, por su continua ocurrencia, generan situaciones dañosas que hacen responsable al Estado.

En una gran medida, los actos cumplidos por el Estado a través de sus servidores vinculados a la función administrativa, afectan situaciones particulares o concretas y por ello son susceptibles de ocasionar daño a un individuo o grupos individuales.

Los actos que cumpla el Estado en cualquiera de sus actividades, específicamente en desarrollo de la función administrativa, deben sujetarse a los principios constitucionales y preceptos legales que rigen para el Estado y sus agentes, que estatuyen los derechos de los ciudadanos y garantizan su protección, y a las normas que ordenan los procedimientos a que aquellos deben ajustarse en el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus competencias. Es aquí donde más a menudo se vulnera ese principio.

Es necesario mencionar las fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado:

La falla del servicio, que comprende en forma general los casos en los cuales el servicio público no funciona, funciona mal o lo hace deficientemente, causando daño a los particulares. No obstante que la falla del servicio puede darse tanto de la función administrativa como de la jurisdiccional y la legislativa.

En esta fuente se integran los daños antijurídicos derivados del acto administrativo, las operaciones administrativas, las vías de hecho, los hechos, ocasiones, trabajos públicos y almacenaje de mercancías. Entre otros, se destacan:

- Expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra.
- El daño especial.
- El riesgo excepcional.
- El enriquecimiento injusto.
- La función legislativa.
- La función jurisprudencial.

Todas estas figuras tienen un solo fundamento que es el daño antijurídico contemplado en el artículo 90 de la C.N., y que, a su vez, su definición, alcance y soporte en las diferentes tesis de la lesión, revelan el rompimiento de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas y el principio de equidad.

Con la expedición de la Constitución de 1991, la obligación indemnizatoria a cargo del Estado adquirió contornos mucho más amplios y una cobertura menos limitada (Rivera, 2003, p. 23), principalmente por la institución de la figura del daño antijurídico al cual se refiere el artículo 90⁵, y la expresa consagración de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, consagrada en el artículo 13. Además, existen otras normas de corte constitucional que sirven de apoyo y fundamento a la responsabilidad del Estado por los daños que cause a los coasociados.

El artículo 2º de la C.N. expresa que:

Son fines del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad general y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En desarrollo del artículo 90 de la Constitución, la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia regula en forma integral lo relacionado con la responsabilidad del Estado por los daños que ocasione el deficiente funcionamiento de la actividad jurisdiccional y es así como el artículo 66 establece, “[...] el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que sean imputables, causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales [...]”

Abandonando la figura de la responsabilidad personal de los jueces y magistrados por los perjuicios derivados de un error judicial, este artículo radica dicha responsabilidad en el Estado mismo, sin que ello implique la eliminación de la responsabilidad personal.

Para cerrar entonces lo que respecta a la responsabilidad subjetiva y objetiva, es pertinente presentar la consagración de los conceptos como tal, pues la responsabilidad civil subjetiva tiene entonces como fundamento el análisis de la conducta del sujeto, que en sus comienzos estuvo dominada por un criterio psicológico pues este juicio, aplicado al derecho, parte del supuesto de la existencia de un estado anímico reprochable en un sujeto de derecho por su obrar antijurídico en perjuicio de otro sujeto que provoca la reacción del ordenamiento jurídico para la defensa del derecho ofendido (Santos, 2011, p. 24). En este sentido Chironi afirma que se trata de la parte subjetiva de la injuria, por cuanto la culpa, “como defecto imputable de la diligencia impuesta al agente, determina la violación con efecto jurídico, del derecho ajeno, siendo la razón principal por el cual el hecho ilícito es hecho jurídico”. (Chironi, 1978, p. 41).

5 Dispone el artículo 90 de la Constitución Nacional: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Por otra parte, la responsabilidad objetiva prescinde de la consideración de la conducta del autor del daño y toma en cuenta, como su nombre lo indica, el análisis objetivo de la antijuridicidad (Santos, 2011, p.28). Su aplicación más importante es la denominada teoría del riesgo, a su vez, determinada en el riesgo beneficio y en el riesgo creado. Así opera, por ejemplo, en materia de responsabilidad bancaria por pago de cheques falsos según jurisprudencia en Colombia de la Corte Suprema, por cuanto, de acuerdo con el artículo 1391 del Código de Comercio,

Todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes”, disposición ésta, en donde, según el máximo órgano de la justicia colombiana

También ha expresado la Corte Suprema de Justicia,

no interesa entonces la presencia o no de culpa del banco girado, pues por imposición legal éste debe correr con el riesgo de esa actividad y concretamente con los riesgos derivados del pago de cheques falsificados o alterados, la que se reitera, es una responsabilidad objetiva, que se modera o elimina en los casos atrás mencionados. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia 31 de julio de 2001)

1.4. La responsabilidad del Estado en el Derecho comparado

En lo referente a la evolución de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado, mencionamos algunos países:

1.4.1. En Francia

El sometimiento del Estado al Derecho es aún un proceso inconcluso. La reafirmación del principio de legalidad como base fundacional del Estado democrático tiene grandes desafíos por resolver, particularmente cuando dicha legalidad se quiere imponer también al legislador mismo. En este sentido, el derecho francés ha contribuido decididamente a resolver la tensión entre la soberanía parlamentaria y los límites de lo legal, sin que pueda decirse que el tema sea ya pacífico en la doctrina y la jurisprudencia francesas. Todo lo contrario, el revisionismo originado por la superposición del derecho comunitario europeo dentro del ordenamiento jurídico francés, ha revivido viejos debates en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. No solo por el clásico título de imputación del rompimiento al principio de igualdad ante las cargas públicas, sino también del posible reproche de conducta que se puede predicar del actuar legislativo que desatiende las normas comunitarias (Botero, 2007, p. 12).

La extensión y profundidad del debate nos obliga a presentar una breve mirada a los antecedentes históricos del instituto de responsabilidad legislativa en Francia, de tal forma que podamos situarnos con mayor conocimiento en las reflexiones contemporáneas.

De forma casi unánime, la doctrina cita la famosa jurisprudencia del Consejo de Estado francés del 14 de enero de 1938, de la sociedad de productos lácteos La Fleurette, como el primer precedente que condenó judicialmente al Estado a indemnizar a un particular como consecuencia de la expedición de una ley. Antes de referirnos a los pormenores de tan importante pieza judicial, debe reconocerse que dicha decisión venía precedida de varios pronunciamientos judiciales y doctrinales que, en verdad, son los que contribuyeron al salto cualitativo de la responsabilidad del Estado legislador en este derecho, al replantear el dogma de la soberanía como fundamento de la irresponsabilidad del Estado en este ámbito, particularmente del Parlamento, al que por mucho tiempo se lo cobijó con una inmunidad absoluta, tal y como era considerada para su majestad el Rey:

[...] es un principio que los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les dan ningún derecho a obtener una indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse sin que puedan reclamar ninguna compensación. El legislador puede apreciar la naturaleza y la gravedad del daño, apreciar las necesidades y los recursos del Estado, para determinar si debe conceder esta compensación. Los órganos jurisdiccionales no pueden asignarlo en su lugar” (Laferriere, 1888, citado por Botero Aristizábal, 2007, p. 45)

La obra *Transformaciones del derecho público*⁶, del maestro Leon Duguit, es un marco de referencia forzado para comprender el cambio de pensamiento frente a la soberanía parlamentaria tan bien expresado por la anterior cita de Laferriere. Como mejor testamento a su profundidad conceptual y a su precisión sobre las hipótesis de responsabilidad del legislador, pero especialmente a lo que él ya advertía era una de las transformaciones más importantes del derecho público en los albores del siglo veinte, basta recordar las palabras de Duguit (1926, p. 245)

Supóngase ante todo un acto individual del Parlamento votado y promulgado en forma de ley. Se trata de una ley simplemente formal. Pero si el Parlamento, como se ha afirmado largo tiempo sin reserva, está investido de un poder soberano que excluye toda responsabilidad del Estado, debe ser así, lo mismo cuando tome una decisión individual, que cuando una disposición general, una ley en el sentido material. Ahora bien: hoy se admite sin vacilar que, al menos en algunos casos, la responsabilidad del Estado puede comprometerse por una decisión individual del Parlamento. Ya se han indicado las decisiones del Consejo

6 Debe anotarse que autores anteriores a Duguit, también sugirieron la apertura al tema de la responsabilidad del Estado por hecho del legislador, como lo anota Hélène Muscat en *Le droit français de la responsabilité publique face au droit Européen*, Paris, L’Harmattan, 2001, pág. 274: “En este sentido, Tessier recomendaba un aumento de hipótesis de sumisión voluntaria del legislador a una obligación de reparación y afirmaba la necesidad de la responsabilidad, por lo menos en caso de inejecución por parte de él de obligaciones contractuales”.

de Estado de 8 de agosto de 1896 y de 1° de julio de 1904 condenando al Estado a abonar ciertos establecimientos eclesiásticos de Saboya una indemnización correspondiente al perjuicio causado por no pagarles, conforme al voto del Parlamento, la indemnización prometida por el Gobierno francés en 1860 a cambios de títulos de renta [...]. (Dugit, 1926, p. 245)

1.4.2. En España

El avance de la responsabilidad del Estado legislador en España es notable. A diferencia de los otros estados europeos, en donde la responsabilidad del Estado por hecho del Legislador es producto del devenir jurisprudencial, en España existe una disposición legal que regula tal supuesto de manera expresa.

En efecto, el numeral 3 del artículo 139 de la Ley 30 de 1992 o Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispuso lo siguiente:

Las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos (Garrido, 2006, p. 36).

La redacción y el contenido de la norma han dado paso a un amplio debate jurisprudencial y doctrinal. El profesor Alonso García, critica severamente la precitada norma como insuficiente:

[...] Podemos colegir que la redacción del apartado 3 del artículo 139 LP nos parece insuficiente para la regulación de un tema de tanta trascendencia en nuestro derecho como la responsabilidad patrimonial del Estado en cuanto productor de normas con rango de Ley, además de ocurrir en evidentes contradicciones que complican sobremedida la ya de por sí difícil labor de su intérprete y ejecutor. (Garrido, 2006, p. 37).

De acuerdo con estos comentarios, la norma ha resultado un obstáculo para la aplicación del instituto indemnizatorio originado en daños causados por la ley, mientras que la realidad jurisprudencial muestra una cosa completamente diferente. Huelga señalar que la jurisprudencia española tuvo la oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades sobre la responsabilidad del Estado Legislador antes de la expedición de la Ley 30 de 1992.

1.4.3. En Chile

La Constitución de 1980 consagra un procedimiento breve y sumario para la reparación del error judicial, Art.19 numeral 7 literal, que indica:

i), una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.

La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.

1.4.4. En Argentina

Por ser un sistema de Constitución rígida y control constitucional, el derecho argentino ha aceptado la responsabilidad del Estado por sus actos normativos. Curiosamente la fuente normativa que sustenta la responsabilidad del Estado sigue siendo el Código Civil, junto con otras disposiciones de derecho público.

El tratadista Marienhoff, siguiendo a Couture y Gordillo, afirmaba la viabilidad de la responsabilidad por la ley causante de daños, así:

El daño que el Estado ocasione en ejercicio de su función legislativa puede resultar de una ley “válida” o de una ley “inválida”, pues también en este ámbito rige el principio de que el comportamiento dañoso o lesivo del Estado es posible que derive el ejercicio “inválido” –v.gr. ley inconstitucional-, o del ejercicio “normal” de sus potestades legales –v.gr. ley que monopoliza una actividad- lícita desde luego, que hasta entonces era de libre ejercicio por los administrados (Botero, 2007, p. 70)

En igual sentido Fiorini proponía la responsabilidad del Estado por ley inconstitucional en los siguientes términos:

El derecho resarcitorio se impone aun cuando la norma fuere constitucional. No juega, en este caso, el daño desigual, sino el daño ocasionado por el perjuicio que ha creado el cumplimiento de una norma declarada inválida por hollar la Ley Fundamental de los argentinos.(Botero, 2007, p. 71)

Más adelante, la Jurisprudencia y la Doctrina argentinas han reconocido este tipo de responsabilidad, por leyes o reglamentos inconstitucionales, así como por normas constitucionales. Citemos como ejemplo los fallos 262:22 y 297:16 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al revisar los textos de tales decisiones, encontramos que el segundo contiene una condena de responsabilidad del Estado por ley inconstitucional, pues en el primero la Corte declaró la excepción de incompetencia, aunque en su parte motiva aceptó la responsabilidad del Estado por estas razones.(Corte Suprema de Justicia de Argentina, Sentencia 9 de junio de 1965)

El fallo 297:16 se refería al caso de una expropiación de un inmueble de un particular al que, previa declaración de utilidad pública, se le daría el destino de recinto de actividades deportivas, en la ciudad de Goya. A tal fin, fue donado al Centro Social y Deportivo Juvenil Unida. Ocurre que la Ley 2012 del 24 de septiembre de 1959 eliminó la destinación del inmueble a actividades deportivas por lo que el mencionado centro lo vendió y allí se construyó una estación de servicio para automotores. Los actores solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 2012 y la restitución del inmueble. La Corte así falló, pero optó por la indemnización de perjuicios, expresándose así:

Que lo expuesto resulta en forma manifiesta un ataque al derecho de propiedad consagrado por el artículo 17 de la Constitución Nacional, al posibilitar la Providencia demandada por medio del dictado de la ley 2012 el incumplimiento de los fines de utilidad pública que justificaron en su momento privar al expropiado del dominio que tenía el inmueble en cuestión.

Siendo ello así la declaración de inconstitucionalidad peticionada debe ser admitida, como así debe condenarse a la demandada al pago de los daños y perjuicios, que fueron consecuencia de la vigencia de la referida ley -Arts.1066.1068 y 1069 y concordantes del Código Civil(Corte Suprema de Justicia de Argentina, Sentencia 9 de junio de 1965, p.72).

Es así, como la Jurisprudencia y la Doctrina argentinas han reconocido la responsabilidad del Estado por ley constitucional:

El mismo fundamento e idénticas reglas rigen la responsabilidad del Estado por los perjuicios que causan los actos normativos o legislativos, ya sea que estos posean la forma de ley o de reglamento, siempre que se reúnan los presupuestos determinantes de la citada responsabilidad (Corte Suprema de Justicia de Argentina, Sentencia 9 de junio de 1965, p.74)

En este punto Argentina cuenta con este aspecto novedoso de la responsabilidad patrimonial del Estado, sirviendo de fundamento a los demás países, entre ellos Colombia.

1.5. Evolución de la responsabilidad del Estado colombiano

Un breve recuento, a manera de ubicación de la responsabilidad del Estado, permitirá realizar un análisis frente al desarrollo jurisprudencial que desde la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la doctrina ha tenido el tema en Colombia. Esto nos sitúa en primer lugar, en el escenario de la irresponsabilidad propia de la época del Estado imperialista y absolutista, concepciones que se fundamentaron, por antonomasia, en la soberanía y en esa imposibilidad de cuestionar las actuaciones de ese ente superior, por el origen divino de sus gobernantes. Más adelante, con el surgimiento del Estado gendarme, que realizaba una exigua intervención en la vida económica y social, era extraño el fenómeno de la

responsabilidad por la escasa posibilidad de que el Estado pudiera convertirse en agente de daños. Posteriormente, el panorama de responsabilidad del Estado se fue configurando debido al desarrollo de la industria y a su intervención creciente en actividades de prestación del servicio público, lo que a su vez llevó al incremento de los riesgos y a la producción de daños, con la consecuente necesidad de reparar los perjuicios causados por la gestión estatal. (Ramos, 2010, p. 5)

La teoría francesa hizo un aporte importante a la construcción de un régimen propio de responsabilidad del Estado, que permitió imputarle a éste los daños derivados de su actividad y conferirle a los afectados, posibilidades para reclamar una indemnización. Dicho aporte es conocido como la Teoría de la Falla del servicio, que básicamente consiste en entrar a examinar si en la actividad de prestación del servicio público, el Estado incurrió en culpa⁷ y, por lo tanto, habrá lugar a la reparación del perjuicio derivado de la misma.

Así mismo, con la evolución en la teoría del Estado y el reconocimiento cada vez más frecuente de las particularidades de su actividad, se fue configurando y especializando el régimen aplicable a su función. En tal sentido, se avanzó más tarde en materia de responsabilidad, al introducir una categoría de normas propias para imputar consecuencias a los daños que genere el Estado.

En Colombia aproximadamente hasta 1938, el régimen empleado para los juicios de responsabilidad de la persona jurídica estatal, en un principio se basaba en las normas de derecho civil. Se aplicó en esa época la llamada responsabilidad por el hecho de otro, de carácter indirecto, teniendo como títulos de imputabilidad la culpa *in vigilando* e *in eligendo* los cuales operaban a manera de presunción. (Hernández, 2001, p.90)

Es decir, el Estado era responsable porque cometió culpa en la elección de los agentes o en el control que debía tener sobre la forma como estos realizaban sus funciones. Se utilizaron como fuentes normativas de la culpa *in vigilando* e *in eligendo*, los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que se refieren a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho privado, debido a que en la Constitución Política de 1886, no existía una norma que impusiera expresamente al Estado la obligación de indemnizar los daños acaecidos en desarrollo de su gestión.

La Constitución de 1991, supuso una serie de inclusiones frente a la responsabilidad del Estado, ya que antes de esta existía una crisis por la falta de valores y principios orientadores de la conducta del pueblo colombiano, y se estimó pertinente establecer nuevas bases de convivencia que suplieran dicha falencia. Aunque en la Constitución de 1886 había normas valiosas, vivíamos en un régimen de libertades recortadas, en virtud de la entronización de la anormalidad constitucional conocida como "estado de

⁷ Corresponía examinar si la actuación fue negligente o tardía, o si hubo omisión, es decir ausencia de prestación del servicio público.

sitio" que, durante varias décadas, se mantuvo vigente de manera ininterrumpida. En ese entendimiento convivían dentro del mismo sistema jurídico de manera teórica, libertades y derechos que en la práctica se encontraban inertes o sin eficacia y vida jurídica, correspondiendo más a retórica constitucional que al derecho como vida palpitante. (Gil, 2011, p.18)

Fue así como el advenimiento de la Constitución de 1991, pacto de convergencia de plurales fuerzas políticas y de representatividad de la más amplia base heterogénea, reunidas en una asamblea nacional constituyente, dio una nueva bitácora que regula la conducta de los colombianos sobre unas bases filosóficas de principios, valores y dogmas, y uno de ellos que es cardinal de principio a fin en el texto constitucional, sin lugar a dudas, lo constituye el referente a la dignidad de que da cuenta el artículo 1°, como quiera que permite estructurar que en todo el ámbito del derecho el hombre es la figura central. La dignidad así entendida deviene de la naturaleza del hombre mismo por el solo hecho de ser hombre. En palabras de Welzel:

Pufendorf es el primero que, antes de Kant, expresara con palabras tan impresionantes la idea de la dignidad del hombre como ser éticamente libre, haciendo de ella el soporte de todo su sistema de derecho natural y deduciendo también de ella la noción de los derechos del hombre y de la libertad, que determinan el curso del siglo siguiente. Así, Pufendorf ayudó históricamente a preparar la declaración de derechos norteamericana. (Welzel, 1971, p. 146).

La dignidad es posible vivirla pluralísticamente y de allí que sea inherente a una forma precisa de Estado:

Nosotros vemos en la formulación constitucional de la dignidad de la persona un auténtico principio general de derecho, tan elemental por otra parte que es capaz de englobar por sí a través de la justicia el principio de la paz social, como su primera consecuencia, por ser aquella su fundamento (Arce y Flórez, 1990, p. 105)

Por ello se ha dicho que la dignidad de la persona no la otorga el ordenamiento jurídico sino que es un *prius* del propio ordenamiento, de forma que, como hace notar González Pérez, citado por Arce y Flórez (1990, p. 148): "En el ámbito del derecho público y en el del derecho privado en el orden constitucional y en los demás órdenes jurídicos el hombre es el gran protagonista" (En síntesis, es un principio rector e informador del ordenamiento jurídico).

Entonces, desde el punto de vista solemne de la dignidad y la igualdad, se encuentra que el fundamento de la responsabilidad en su máximo grado de abstracción, radica en el imperativo categórico kantiano: obra de tal manera que tu deseo sea que tu acción se convierta en ley universal. Por ello cada uno es responsable de su acción (Gil, 2011, p. 20)

1.6. La responsabilidad objetiva del Estado

Existe una errada consideración acerca de lo que es la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, la cual surge a partir de la aplicación del Artículo 90 de la Constitución de 1991, ya que la Jurisprudencia anterior a la Constitución nos enseña lo contrario. (Ruiz, 2010, p. 12)

Se entiende por responsabilidad objetiva del Estado cuando se supone la existencia de un hecho y del perjuicio causado por él pero que hace innecesario la indagación sobre la tipificación de la falla en el servicio, bien porque este no se hubiera prestado, porque se haya prestado tardíamente o en forma deficiente.

Es así como la sentencia del 29 de julio de 1947 del Consejo de Estado en la que se analizó el caso del periódico El Siglo S.A., que demandó al Estado colombiano por la clausura y suspensión de ese periódico, impidiendo que se imprimiera y circulara entre el 11 de julio y agosto de 1944. En medio de la alterada situación de orden público que vivía el país, luego de que el Dr. Darío Echandía asumiera en encargo, debido al encarcelamiento del presidente electo Dr. Alfonso López, se ordenó a todas las autoridades tomar las medidas necesarias para el restablecimiento del orden público, quien en virtud de tales medidas ordenó al del Director de la Policía, la intervención de todos los periódicos y revistas de Bogotá.

En dicha oportunidad, de los hechos demandados, el Consejo de Estado verificó lo siguiente:

[...] Se desprenden como acreditados, los siguientes hechos fundamentales: 1. Las medidas tomadas por el gobierno provisional de la Nación, por conducto del Director General de la Policía, durante el período de perturbación del orden público decretado el 10 de julio de 1944, referente a la revisión de todo el material impreso destinado a la publicidad en las redacciones de los periódicos de la ciudad de Bogotá, en el cual no estaba incluido el periódico El siglo, sin que por ello quedara eximido de las restricciones en tal acto especificadas, 2. El envío, con fecha 10 de julio de 1944, con motivo de los sucesos de esa fecha, a cumplir las órdenes de la Policía Nacional, si bien por medio de dicha escolta se evitó la destrucción de las maquinarias y del periódico por parte de una multitud que se dirigió al sitio, 3. La orden emanada del funcionario y dirigida a los gerentes de la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá y de la Empresa de Teléfonos, para que se abstuvieran de prestar los servicios a El Siglo. Son pruebas de los hechos, los documentos, testimonio y observaciones que se han reproducido en esta providencia o de los cuales se hace mención, porque aunque algunas pruebas son incompletas por sí solas, también lo es que cada una está establecida y todas guardan estrecha conexión con el hecho principal averiguado.

Una vez determinado por la Corporación que la administración, debido a la perturbación del orden público, obró con derecho y en virtud de las facultades que la ley le otorgaba al Presidente en situaciones como

la que se presentaba, concluyó que sin embargo, ello no obstaba para conocer la causación de perjuicios de cierto grupo de particulares y luego de analizar los diferentes sistemas de imputación que ofrecía la doctrina para estos casos, concluyó que el Estado debía responder patrimonialmente por haber causado un daño especial, pues aun obrando legalmente, causó perjuicios que debía costear, expresándose así:

[...] Examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que comparadas con remotas teorías del derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso, no por saltos, sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a las actuaciones en vigor del enriquecimiento sin causa y del daño especial, señalando los avances del derecho tanto en el tiempo como en el espacio. Ahora bien, al aplicar tales doctrinas jurídicas expuestas, según se ha visto, con envidiable claridad por eminentes tratadistas la relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivó ningún aumento de patrimonio con la suspensión del diario *El Siglo*, ni mucho menos con detrimento de esta Empresa; y, en cambio acogerse al daño especial, en armonía con la de la responsabilidad sin falta. En efecto: tanto por omisión como por acción, el periódico en referencia fue objeto de tratamiento excepcional. Lo primero, porque no se le nombró censor a tiempo que a los demás órganos de la prensa diaria de Bogotá que se les asignó el suyo; y, lo segundo porque fueron suspendidos los servicios de energía eléctrica y de teléfonos en el edificio donde funciona, y éste rodeado de una escolta de la Policía Nacional, que impedía la entrada y salida de las personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. Es cierto que esta última fue tomada, en primer término, para proteger la Empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de este estado de cosas hasta después de la diligencia de inspección ocular extrajudicial, colocó el precitado diario en situación excepcional [...]

Se puede mencionar otro de los fallos que ilustra la responsabilidad objetiva antes de la Constitución de 1991, como lo es el fallo del 23 de mayo de 1973, siendo actora Vitalia Duarte Vda. de Pinilla, quien demandó al Estado por la destrucción de su casa, muebles y enseres que se encontraban en ella, situada en Bogotá, efectuada por el Ejército Nacional con ocasión de la captura del sujeto Efraín González, hecho ocurrido el 9 de junio de 1965, por lo que reclamó el pago de perjuicios materiales y morales. En este caso, la Sección Tercera del Consejo de Estado, manifestó que no se trató de un típico evento de falla en el servicio por negligencia o abuso de la fuerza, por el contrario, una acción legítima del Ejército Nacional persiguiendo a un delincuente, provocó un daño que debía ser indemnizado por ser consecuencia de una actividad peligrosa. En dicha Providencia la Corporación concluyó:

[...] La sala está de acuerdo con el señor Fiscal por las razones expuestas que en el caso de autos no puede hablarse propiamente de falla en el servicio, ni por imprudencia o negligencia en el empleo

de las armas oficiales, ni por desproporción entre la agresión, en este caso, de la resistencia armada que opuso quien debía ser capturado y los medios empleados para cumplir la orden judicial. [...] Resta decir que si la tesis planteada por el agente del Ministerio Público sobre distribución de las cargas públicas, puede aplicarse al caso de autos dadas sus características especiales y que puede sintetizarse así: la acción armada ejercida para capturar a Efraín González en cumplimiento de una orden judicial expedida por funcionario competente, no constituye falla del servicio y fue por lo mismo, legítima, pero ello causó un perjuicio económico a un tercero ajeno a los hechos, consistente en la destrucción de una casa de propiedad de ese tercero, razón por la cual al Estado le corresponde indemnizar el perjuicio causado, lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes, desde luego que tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la Nación. Es evidente que, por lo menos, por razones de equidad y de justicia distributiva quien ha sufrido un perjuicio causado por la administración debe ser indemnizado, y ciertamente en el caso de autos la señora Vitalia no tiene por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la administración, legítimo desde luego, al cual fue tan extraña como cualquier otro ciudadano.

Este fallo, se basó en otra sentencia de fecha 30 de septiembre de 1949, citada por el señor Fiscal, publicada en los anales del Congreso, cuyo tenor es:

[...] En derecho público no todo daño genera la obligación de indemnización en los mismos términos que en el derecho privado, que se basa en la justicia conmutativa, y que nadie puede causar daño a otro. Solo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede a veces afectar los derechos de los particulares, pero si esta afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. El daño debe ser, por tanto, excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que causa el daño sino del carácter singular o excepcional del daño causado [...]. (Consejo de Estado, fallo 23 de mayo de 1973).

Así, en los fallos comentados, el Consejo de Estado concluyó que los avances de la doctrina y la jurisprudencia para entonces, permitían considerar no solo nuevos sistemas de imputación de responsabilidad del Estado, sino que éstos podían serlo de responsabilidad sin falta, responsabilidad objetiva en la que el Estado limitaba su actuación a lo legítimamente concebido en las leyes y reglamentos pero sin embargo, sin que pudieran ignorarse los perjuicios causados a los particulares de forma excepcional, sin que debieran tolerarlo como un daño común o carga colectiva.

1.7. Teoría mixta de la responsabilidad estatal

Más adelante, en su jurisprudencia, el Consejo de Estado se aparta de la tesis –un poco radical– sobre la responsabilidad objetiva de la administración pública, y empieza a acoger la tesis según la cual el artículo 90 de la Constitución

[...] no eliminó la responsabilidad por falla del servicio, sino que lo que hizo fue ampliar el ámbito de ésta, de modo que habrá responsabilidad tanto por el funcionamiento anormal de los servicios -falla-, como por el funcionamiento normal de los servicios -rompimiento de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley y las cargas públicas (Irisarri, 2000, p.67)

En Sentencia del 25 de febrero de 1953 el Consejo de Estado expresó:

[...] Pero decir daño antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla, si la hubo, o la conducta irregular que lo lesionó.

[...] En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.

En Sentencia del 2 de marzo de 1993 el Consejo de Estado vuelve a reiterar esta idea cuando indica:

[...] la consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino solo ampliando su ámbito de aplicación, porque así ésta puede darse no solo cuando el daño provenga de la conducta irregular o ilegal de la administración (en sentido lato, cuando el servicio funcionó irregularmente o no funcionó), sino también cuando, prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no, quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo. No es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad estatal se volvió objetiva y en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación (Consejo de Estado, 2 de marzo de 1993)

1.8. La responsabilidad del Estado colombiano por el hecho del legislador

La responsabilidad del Estado legislador en Colombia, como sistema de imputación en materia de responsabilidad administrativa, sigue siendo una expectativa en el desarrollo de la jurisprudencia, a pesar de la cláusula contenida en el Artículo 90 de la Constitución Nacional. Por ser esta una disposición que

consagra un principio general de responsabilidad que, en ningún caso puede ser desatendido, criterio también acogido por la Corte Constitucional, lo que ha permitido la declaración de responsabilidad estatal en eventos en que nunca antes se había hecho, esto es, la responsabilidad del Estado en sus roles de Juez y Legislador.

En este sentido se debe presentar el texto constitucional (Artículo 90 C.N.), el cual reza:

[...] El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Se denota que este artículo hace referencia a las autoridades públicas sin hacer ninguna clase de distinción, por tal motivo el Estado debe estar llamado a responder independientemente de si el perjuicio ha sido causado por una autoridad perteneciente al poder ejecutivo, judicial o legislativo.

El profesor Juan Carlos Henao Pérez, amplio conocedor del tema de la responsabilidad civil y del Estado, afirmaba que “el concepto de daño antijurídico contenido en el art. 90 constitucional hacía plausible la extensión de la responsabilidad estatal a los tres poderes públicos y no únicamente a la rama ejecutiva” (Henao, 2007), y reconocía que “la ley puede ocasionar daño a los particulares, los cuales deben ser reparados siempre que no aparezca de manifiesto que el legislador pretendió excluir la indemnización” (Consejo de Estado, Sentencia 18 de octubre de 1990).

Señala además Henao, y en lo que atañe a la forma de resarcimiento, a mi juicio es claro que su determinación no corresponde a un derecho potestativo del demandante. Si de lo que se trata es de llegar al restablecimiento del *status quo*, compete al juez pronunciar la condena en los términos en que, dentro, de las circunstancias concretas, estime que se logra mejor ese resultado o, en últimas, escoger entre las varias alternativas equivalentes. Es natural que los daños y perjuicios “consolidados” y al momento de la sentencia, el daño pretérito, los perjuicios devengados, constituyen un “capital” que se debe cubrir de inmediato. Pero, en cuanto a los daños (gastos) futuros y a la pérdida de ingresos futuros (renta), bien puede el juez liquidar la condena a valor presente, como lo ha solido hacer, o pronunciarla en el sentido de que el demandado habrá de cubrir los gastos que ocurran por determinados conceptos y atender al déficit de ingresos periódica y regularmente. Acá la decisión dependería, en últimas, de la seguridad de los pagos futuros (Henao, 1998, p.21)

Asimismo, la máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa también se había pronunciado al respecto en el sentido de concluir que los casos en que la jurisdicción francesa ha aceptado de

manera excepcional la responsabilidad estatal por el hecho del legislador permiten estructurar por la vía jurisprudencial ese nuevo régimen de responsabilidad, advirtiendo previamente que las circunstancias debatidas en el caso concreto no tenían potencialidad necesaria para crear jurisprudencia al respecto (Consejo de Estado, Sentencia 18 de octubre de 1990).

Vale la pena destacar la tesis que plantea el profesor español Eduardo García de Enterría, según la cual “los tribunales contencioso administrativos carecen de jurisdicción para decidir acciones de condena contra el Estado por daños causados por la legislación” (García de Enterría: 2005, p.21)

Expone esta idea como una objeción de carácter procesal que afecta gravemente al sistema político constitucional e incluso al sistema democrático, puesto que los actos emitidos por el legislador son, según la Constitución, expresión misma de la voluntad del pueblo, si se admitiese que un tribunal proferiera una sentencia de condena por perjuicios irrogados por una disposición legislativa, el juez estaría sustituyendo la voluntad del parlamento y, en últimas, la voluntad del pueblo.

Luego continúa, que si existiere una jurisdicción en capacidad de enjuiciar al Estado Legislador, esa es, necesariamente la jurisdicción constitucional, toda vez que ésta es esencialmente declarativa, en cuanto protege la superioridad normativa de la Constitución sobre las leyes. Sin embargo, a pesar de encontrarse facultada para eliminar del ordenamiento jurídico normas contrarias a la Constitución, jamás podría proferir una sentencia en cuya virtud condene al Estado a reparar un perjuicio causado por la entrada en vigencia de una disposición normativa, ya que ello también pondría en riesgo las bases mismas de la democracia. (Consejo de Estado, Sentencia 18 de octubre de 1990).

Sería interesante que las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones por el hecho de depender de las leyes interfirieran directa y gravemente la propia potestad legislativa nos parece una evidencia manifiesta. La sentencia que declara la obligación de indemnizar por el hecho de las leyes son sentencias de condena que, como todas las de ese carácter, sustituyen la voluntad del condenado, aquí el legislador. Solo el Tribunal Constitucional ostenta jurisdicción sobre las leyes, pero esta jurisdicción es puramente declarativa de nulidad de las leyes, nunca de condena. De esta manera, se hace patente que cuando un tribunal condena al pago de una indemnización por un acto del legislador está sustituyendo la voluntad de éste, voluntad que la Constitución es inequívoca en definir como la voluntad del pueblo. Ahora bien, esta operación está absolutamente fuera del alcance de los poderes de cualquier juez, incluso, por supuesto, del juez constitucional (García, 2005, p.22)

No debe soslayarse que, a pesar de la inexistencia de una regulación de carácter que desarrolle de manera exhaustiva la responsabilidad de Estado con ocasión del ejercicio de su función legislativa o que, al menos, consagre un principio general de responsabilidad, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta

con una norma que de forma genérica, consagra una obligación indemnizatoria a cargo del Estado cuando la acción o la omisión de las autoridades públicas causa un daño, sin distingo alguno respecto de la autoridad de que se trate.

En reciente fallo, nuestra Corte Constitucional precisó este punto a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto esta disposición no contempló expresamente, entre los supuestos que habilitan la instauración de la acción de reparación directa, los hechos y omisiones que causan daños antijurídicos a los administrados, imputables al Estado cuando ejerce su función legislativa.

La Corte Constitucional, concluyó que la norma demandada es exequible, puesto que desde un punto de vista amplio, debe entenderse que al referirse el art. 90 constitucional a las autoridades públicas, se encuentran incluidos aquellos órganos de naturaleza estatal encargados de ejecutar funciones de carácter legislativo sin perjuicio de que sea la ley la que fije los lineamientos, parámetros y cauces dentro de los cuales se ha de hacer efectiva este tipo de responsabilidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 038 de 2006).

Para llegar a esta conclusión, la Corte acudió a la llamada doctrina del derecho viviente, que ha sido utilizada por esa Corporación en numerosas oportunidades, según la cual

[...] cuando un texto legal sea objeto de diversas interpretaciones y alguna de ellas resulte cuestionada por su aparente oposición a los mandatos constitucionales, para los efectos de establecer su verdadero alcance y su sentido racional y lógico -a la luz de los acontecimientos y transformaciones sociales -, debe tenerse en cuenta la interpretación que de la misma resulte arbitraria e irrazonable y del todo incompatible con la Carta Política.(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 038 de 2006).

En ese sentido, si bien la disposición demandada era susceptible de una interpretación que restringía la procedencia de la acción de reparación directa a las actuaciones imputables a las autoridades administrativas, la Corte Constitucional atendió a aquella conforme a la cual el artículo demandado incluye las conductas atribuibles a las autoridades que desarrollan funciones de tipo legislativo; interpretación adaptada a la Constitución y acogida por el órgano límite de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la que resultaba improcedente declarar inexecutable la norma e innecesario proferir un pronunciamiento de carácter interpretativo a efectos de retirar del ordenamiento jurídico la interpretación inconstitucional, puesto que el órgano encargado de fijar el alcance y contenido del precepto legal demandado -el Consejo de Estado- ha sostenido de manera reiterada que la acción de reparación directa cabe contra los hechos y omisiones provenientes del poder legislativo.

1.9. La teoría del daño frente a la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador colombiano

El daño, en términos generales, es la lesión de un interés tutelado por el derecho y causada por el comportamiento ilícito o no de una persona diferente al titular del mismo. Esta lesión puede derivarse del incumplimiento o cumplimiento anormal de una obligación contractual y en esta hipótesis se configura el daño contractual o bien de un comportamiento contrario a una norma constitucional, penal, civil o administrativa, así como de una conducta que sin ser violatoria de tales ordenamientos tiene el carácter de antijurídica, entendida ésta como aquella que ocasiona un perjuicio que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, y en ese evento se configura el daño extracontractual (Camacho Hrtado y Narváez Diaz, 2009)

El profesor Henao expresa en su libro *El daño*, haciendo referencia al Maestro Hineirosa:

El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada (Hineirosa, 1998, p.36).

De ahí que si este no puede verificarse o cuantificarse, todo esfuerzo para semejante declaratoria judicial será en vano, pues cierto es que no existe responsabilidad sin daño (Ruiz, 2013, p.47). Incluso, a raíz de las recientes teorías para verificación de los elementos de responsabilidad civil extracontractual del Estado, como aquella referida a la teoría de las cargas dinámicas según la cual, la prueba de la falla puede estar a cargo de aquella parte que se encuentre en mejor posibilidad de evacuarla, lo mismo ocurre con la probabilidad de la existencia del nexo causal, en los eventos en que el juez pueda valerse de ciertas circunstancias que lo dan por cierto.

El daño tiene unas características cual es que este debe ser cierto, concreto o determinado y personal. Esto es, que no puede rodearlo de incertidumbre, de verificarse que el daño existe, el cual puede ser actual o futuro, lo importante es que no sea eventual o hipotético; además, debe contraerse a una circunstancia específica, determinada y afectar a quien reclama la indemnización (Consejo de Estado, Sentencia 7 de mayo de 1998). El daño como fundamento esencial de responsabilidad civil, en este caso de la responsabilidad extracontractual del Estado, por supuesto debe ser antijurídico, un daño no contemplado en la ley y como carga pública que todo particular debe soportar.

1.10. Responsabilidad patrimonial del estado colombiano por el hecho u omisión legislativa

La consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, significa el replanteamiento de la noción tradicional de soberanía y la reafirmación de la posición nuclear de la Constitución dentro del Estado Social de Derecho. La soberanía absoluta que en algún momento se le reconoció al Parlamento ha dejado de ser un mito fantástico e intocable que cubre dicho órgano con una férrea inmunidad jurídica (Echeverría, 2011, p.26) por primera vez el ordenamiento jurídico colombiano consagra una norma explícita al respecto y es el artículo 90 de la Constitución de 1991, contentiva del principio: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas [...]”

Existen normas constitucionales programáticas y las operativas, es decir, se presenta una dicotomía. Las primeras necesitan de otras disposiciones que permitan su ejecutividad u operatividad; las segundas se refieren a aquellas reglas constitucionales que son autoaplicables, esto es, “que no requieren la existencia de una norma que la reglamente o potencie para habilitar su operatividad”, en el decir del profesor Víctor Bazán citado por Sarmiento Erazo (2010, p. 24)

Pero, con esta división no se supone que unas normas constitucionales se sitúen con menor vinculariedad para los poderes constituidos y para los asociados; en este sentido, es claro que las normas constitucionales vinculan, sin excepción; tanto es así que el ordenamiento constitucional no solo faculta, sino que obliga al operador jurídico a encontrar soluciones judiciales y procesales que realicen efectivamente los derechos consagrados en la Carta.

La segunda dicotomía no parece tan necesaria, pero puede traerse a colación precisamente para demostrar su utilidad. Esta consiste en distinguir si existen parámetros temporales que permitan detectar la omisión inconstitucional, sobre lo cual considera el profesor Bazán:

El señalamiento de un signo temporal refuerza la competencia del juez constitucional de declarar la omisión inconstitucional, sin embargo, si sostenemos que todas las normas de la Constitución tienen efectos vinculantes, la temporalidad de la omisión, aunque dado el caso, podría generar un daño mayor, pero ésta no parecería ser la pauta general (citado por Sarmiento Erazo, 2010, p. 25).

Sobre esto, también se expresa el profesor Ignacio Valverde Menéndez citado por Sarmiento Erazo:

[...] la omisión legislativa inconstitucional no se puede enmarcar en el plazo definido por el constituyente para que el legislador ejerza su función legislativa. La omisión legislativa es inconstitu-

cional desde el mismo momento en que dicha abstención implique una situación contraria a la Carta Fundamental. (Sarmiento Erazo 2010, p. 25)

La Corte Constitucional, en sentencia C-151 de 1995, declaró inexecutable la ley 60 de 1993⁸ en consideración precisamente a los términos temporales que determinó el constituyente en el artículo 45 transitorio. No obstante, pese a que la Corte encuentra que el legislador extendió inconstitucionalmente de tres a cinco años el período de transición, eludiendo los criterios de distribución del impuesto del IVA establecidos en el artículo 357 de la Carta y desarrollados en el artículo 24 de la ley, señaló que “la mora del regulador no constituía fundamento suficiente para iniciar el período de transición en 1994, porque el texto constitucional establece por sí mismo que éste debió iniciarse a partir de 1993” (Corte Constitucional, Sentencia C- 151 de 1995).

La decisión del Alto Tribunal fue acertada. La norma efectivamente constituía una vulneración directa a la Constitución que no podía ser más expresa. Este punto nos permite asegurar que el criterio para decidir si una omisión legislativa es inconstitucional no obedece a términos explícitos por el constituyente, sino a situaciones concretas que producen situaciones inconstitucionales.

La posición señalada se mantiene y permite incluso, diferenciar entre la tipología usualmente utilizada por la Corte para distinguir el grado de omisión legislativa, por un lado, la omisión legislativa absoluta por otro y la omisión legislativa relativa. La omisión legislativa obedece esencialmente a la afectación de derechos constitucionales o también subjetivos, pero no a términos constitucionales determinados.

El tratadista alemán Wessel define así la omisión legislativa absoluta:

[...] se producen cuando falta la disposición legislativa que desarrolle o dé cumplimiento al precepto constitucional, creando así una situación contraria a la norma fundamental; las omisiones relativas, cuando existe una actuación del legislador -una ley- pero la misma es parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional. Las omisiones absolutas se corresponden con los silencios del legislador, que generan situaciones contrarias a la Constitución; las omisiones relativas son silencios de la ley, que provocan la misma situación inconstitucional (Díaz, 2001, p. 83).

La omisión legislativa absoluta es aquella práctica del legislador en la que se abstiene de regular determinado tema absolutamente, es decir, se aparta de emitir norma alguna. Esto supedita al interpretador o al operador jurídico a distinguir aquellas normas programáticas y aquellas de aplicabilidad inmediata, ello porque de las segundas no podemos derivar perjuicios, e incluso la inconstitucionalidad de la omisión es cuestionable.

⁸ En esta ley se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política de Colombia y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

La omisión legislativa así descrita no puede conducir a una negación perpetua del derecho de asociado, sea cual sea éste. La Constitución es vinculante en todo momento y para todo poder constituido, motivo por el cual la libertad de configuración legislativa y política, basada en la omisión, no puede convertirse en un mecanismo para derogar de facto normas constitucionales programáticas. La inmediatez de la regulación legislativa no es exigible nunca, pero la negación perpetua de derechos constitucionales, cualquiera que sea su generación, siempre es un acto reprochable al legislador.

Además, el Estado es garante primario de cualquier derecho, sea fundamental, económico, social y cultural o colectivo. No obstante frente a algunos derechos, la acción del Estado es más pasiva que frente a otros. Así por ejemplo, los derechos fundamentales como la vida, el derecho a la honra, el derecho de petición, entre otros, supone la presencia del Estado solo cuando están en peligro, pero se supone, de forma directa, la construcción de sistemas institucionales, jurídicos y económicos que permitan su ejercicio.

Se tiene, entonces, que la intervención del Estado no depende tanto de la generación a la que pertenezca el derecho, sino de las condiciones que existan para el ejercicio de ese derecho. Si el derecho a la igualdad amerita un sentido positivo, el Estado debe ofrecer las condiciones necesarias para que todos los asociados alcancemos la igualdad real y efectiva, y de esta manera, disfrutemos realmente de los mismos derechos. La Constitución le confirió al legislador un papel decisivo en el desarrollo de instituciones y decisiones presupuestales para lograr la satisfacción de derechos sociales y económicos. Pero no puede confundirse la amplia libertad del Legislador para desarrollar los medios destinados a alcanzar este objetivo, con el de que no puede haber control constitucional sobre esas políticas sociales y económicas.

Así se tiene que la organización, mediante la libertad de configuración legislativa, abre la puerta de control de constitucionalidad cuando la disposición normativa debatida no realiza el derecho constitucional para la cual fue creada. Es esta la razón que permitirá al juez administrativo declarar la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, cuando la mencionada omisión ocasiona unos daños particulares, normalmente reivindicativos y no tanto declarativos, es decir, en búsqueda de la reparación de derechos que se dejaron de disfrutar y de aquellos que no se han ejercido debido a la ausencia de consagración legislativa en relación con la realización futura de derechos. El Consejo de Estado ha expuesto que los términos para la expedición de una ley es el supuesto esencial para imputar responsabilidad en el Estado Legislador.

Dentro de este marco ha de considerarse que el desarrollo jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado por la omisión del legislador, se puede concretar en tres momentos:

1. Escenario de irresponsabilidad absoluta, propia de la época del Estado imperialista y absolutista.
2. El Estado realizaba una insuficiente labor de intervención económica y social.
3. El Estado responsable por el desarrollo de la industria e intervención creciente en actividades de prestación del servicio público.

Como resultado del desarrollo del presente capítulo, podemos concluir que, el tipo de responsabilidad patrimonial atribuida al Estado en el caso de las niñas y mujeres de la comunidad Embera Chamí es por omisión legislativa absoluta, en donde el Senado colombiano no ha legislado sobre la situación de las niñas a las que sus órganos genitales son mutilados, sin ningún tipo de cuidados hospitalarios, de lo que tratará otro acápite.

CAPÍTULO 2

2. La práctica de la ablación dentro de contextos multiculturales

En Colombia se ha producido un proceso fundado en razones históricas jurídicas, reconociendo la diversidad étnica y multicultural de la Nación. La Constitución Nacional de 1991, en su artículo 7º, imparte un mandato a la sociedad y al Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana el cual, al analizarlo en armonía con el artículo 246 de la C.N., pone en evidencia una tensión entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional.

2.1. Generalidades de la ablación

La ablación se da en algunos grupos étnicos en Colombia ya sea basado en motivos culturales, religiosos, o por cualquier otra razón. Esta es una de las prácticas más horrendas que sobreviven en nuestro mundo, ya que violenta el cuerpo, la sexualidad y el espíritu, constituyendo una de las formas de degradación, tortura cruel e inhumana más reprochable.

La ablación es realizada principalmente a las niñas desde muy pequeñas porque cuando crecen se niegan a hacerlo, por eso ocasionalmente se practica a las mujeres maduras, y es realizada por parteras tradicionales que atienden a la tribu o por la persona de jerarquía, quienes utilizan cualquier objeto punzante o cortante como una cuchilla, una piedra, etc., sin anestesia y sin ningún cuidado sanitario, motivo por el cual mueren las menores, ya por infecciones o por causa de hemorragias.

Esta consiste en la reducción o eliminación del tejido sensible de los genitales externos para atenuar el deseo sexual femenino, mantener la castidad y la virginidad antes del matrimonio, fidelidad durante el matrimonio y aumentar el placer sexual masculino.

También se tiene la creencia que busca mantener una buena higiene y para fomentar un atractivo estético. Existe el mito que aumenta la fertilidad, la sanidad de los hijos, mantenimiento del orden social, ya que se evita la infidelidad.

Según la Organización Mundial de la Salud -OMS- esta práctica consiste en la extirpación total o parcial del clítoris -órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos- y en casos muy infrecuentes solo el prepucio- pliegue de piel que rodea el clítoris- o su alteración por motivos culturales u otras razones de índole no médicas, la cual a simple vista pareciera legítima ante la comunidad para que la mujer adopte un comportamiento sexual adecuado, vinculándose esos procedimientos con la virginidad prematrimonial y la fidelidad matrimonial. El historiador Víctor Zuluaga afirma:

Se trata de un tema sagrado que se basa en la creencia que es una de las maneras para evitar el fin del mundo -pues se le puede caer de las manos a su dios Karabi-, por lo que las mujeres deben evitar moverse durante el acto sexual, lo cual se garantiza extirpando con una cuchilla o una puntilla caliente (*El Tiempo*, 2007).

Esto indica la forma como se les vulnera a estas mujeres el derecho a su sexualidad y a otros derechos fundamentales.

2.2. Consecuencias médicas en la práctica de la ablación

Con la práctica de la ablación, las niñas, cualquiera que sea la tribu a la que pertenezca, les causan daños irreparables; pueden perder la vida por colapso hemorrágico o colapso neurogénico a causa del intenso dolor y traumatismo, así como infecciones agudas y septicemia. Muchas niñas entran en colapso neurológico a causa del intenso dolor, sufren trauma psicológico y agotamiento a causa de los gritos (OMS, 2012). Por tanto, la mutilación genital femenina no aporta ningún beneficio a la salud de las mujeres y niñas, sino que la perjudica de formas muy variadas. Implica la resección y daño del tejido genital femenino normal y sano, e interfiere con la función natural del organismo femenino. Entre sus complicaciones inmediatas se encuentran el dolor intenso, shock, hemorragia, tétanos, sepsis, retención de orina, llagas abiertas en la región genital y lesiones de los tejidos genitales vecinos.

Las consecuencias a largo plazo pueden consistir en: infecciones urinarias recurrentes; quistes, esterilidad, aumento del riesgo de complicaciones del parto y muerte del recién nacido. Se tiene la necesidad de nuevas intervenciones quirúrgicas, por ejemplo, cuando el procedimiento de sellado o estrechamiento de la abertura vaginal es cosido cuando se mutila, y se debe corregir quirúrgicamente para permitir las relaciones sexuales y el parto. A veces se vuelve a cerrar nuevamente, incluso, después de haber dado a luz, entonces la mujer se ve sometida a aperturas y cierres sucesivos, aumentándose los riesgos inmediatos y a largo plazo. (OMS, 2012).

2.3. Contexto cultural de la práctica de la ablación

Las causas de la mutilación genital femenina consisten en una mezcla de factores culturales, religiosos y sociales existentes ya sean familiares o comunitarios. Cuando es una convención social, la práctica tiende a perpetuarse por la presión social en adaptarse a lo que hacen los demás y a lo que se ha venido haciendo tradicionalmente.

La mutilación genital femenina se considera a menudo parte necesaria de la buena crianza de la niña y una forma de prepararla para la vida adulta y el matrimonio. La mutilación genital femenina suele estar motivada por creencias acerca de lo que se considera como un comportamiento sexual adecuado, relacionándose los procedimientos con la virginidad prematrimonial y la fidelidad matrimonial. En múltiples comunidades se considera que la mutilación genital femenina reduce la libido femenina, ayudando a la mujer a resistirse a los actos sexuales ilícitos. Ejemplo, cuando se estrecha o cubre la abertura vaginal se dificulta físicamente que la mujer tenga relaciones sexuales prematrimoniales. Posteriormente, se necesita un doloroso procedimiento para reabrir la vagina y permitir el coito.

Los líderes religiosos adoptan diferentes posiciones con respecto a la mutilación genital femenina, pues algunos la fomentan, mientras que otros la consideran irrelevante para la religión, y otros contribuyen a su eliminación.

Las estructuras locales de poder y autoridad, como los líderes comunitarios y religiosos, los circuncidados e incluso parte del personal médico, contribuyen en algunos casos al mantenimiento de la práctica. En la mayoría de las sociedades la mutilación genital femenina se considera una tradición cultural, argumento que se utiliza a menudo para mantener su práctica.

En algunas sociedades, la adopción reciente de esta práctica está relacionada con la imitación de las tradiciones de grupos vecinos. A veces ha comenzado como parte de un movimiento más amplio de resurgimiento religioso o tradicional. En algunas sociedades la mutilación genital femenina se está introduciendo en nuevos grupos desplazados hacia zonas donde la población local la práctica.

2.4. Práctica de la ablación en la población indígena Embera Chamí - Colombia

Existen relatos históricos y antropológicos que muestran la práctica de la ablación en las etnias Paeces y los Embera-Chamí, prácticas que se creía desaparecida desde el siglo XVIII.

La etnia Embera-Chamí se encuentra ubicada en el departamento de Risaralda, cerca del río San Juan, en los municipios de Pueblo Rico y Mistrató, las cuales practican la mutilación genital femenina o ablación del clítoris. También se encuentran grupos de esta etnia en los departamentos de Chocó, Cauca y Nariño. Colombia es el único país de América en el cual se ha identificado esta práctica milenaria como

una costumbre de esta etnia; sin embargo, alrededor del mundo es realizada en países como Burkina Faso, Ghana, Kenia, Nigeria, Senegal, Sudán, Etiopía, Egipto, Somalia, Malí, Camerún, Costa de Marfil, Djibouti, España, Italia, Francia y Reino Unido (Diario *El Tiempo*, 2007).

La estrecha relación del Pueblo Embera Chamí con la tierra empezó a desintegrarse con el inicio del proceso de conquista española y que desembocó en el abandono forzado de las tierras con las que habían creado esa relación y su reemplazo por territorios de selva húmeda, con suelo, clima y productividad diferentes. Estas circunstancias redujeron la disponibilidad de los recursos que ofrecía la tierra y transformaron las dinámicas internas de las comunidades, incorporando la noción de propiedad no colectiva y, con ésta una nueva estructura de grupo (Ministerio de Cultura, 2010).

Una vez asentados en sus nuevos territorios, surge la propiedad familiar sobre los terrenos destinados para la producción agrícola y se mantiene la propiedad colectiva sobre los sectores de caza, pesca y recolección de los frutos de los bosques. Si bien la propiedad familiar se posicionó para los Embera Chamí como la unidad básica de organización social, la vida en comunidad continuó para reforzar la resistencia a la pérdida de territorios (Ministerio de Cultura, 2010).

El pueblo Embera Chamí continúa sufriendo estos cambios con el avasallador proceso de colonización de la sociedad mayoritaria colombiana, finalizando el siglo XIX y durante el siglo XX. Practican la ablación, a través de las parteras quienes son las que deciden cuándo “curar”, así llaman a la práctica de la ablación a las bebés recién nacidas; pero no hay datos fidedignos sobre las Embera Chamí y las mujeres adultas no saben si le practicaron o no la ablación cuando eran bebés.

La práctica de la ablación femenina está muy extendida en África y Asia. Hasta el 2008, se contabilizaron 140 millones de mujeres que la habían sufrido. El de los Embera – Chamí era el único caso reportado en América Latina (Salazar, 2010), aunque no se descarta que haya pueblos que lo practiquen de manera encubierta.

En Colombia solo hasta el 2007 se descubrió la situación de los Embera – Chamí, pues el gobierno nacional no tenía conocimiento que esta práctica se realizaban en este grupo, y, desde entonces, se iniciaron las conversaciones para que dejaran dicha práctica por las consecuencias que esta trae a las mujeres y la pérdida de vidas femeninas de manera frecuente. En la comunidad Embera, aceptaron que la ablación violaba los derechos a la vida, la integridad y salud de las mujeres ya que cada año morían tres a cuatro niñas como mínimo a causa de este procedimiento. Llegaron a la conclusión de que esta no era una práctica ancestral, sino algo implantado por sacerdotes españoles en la época de la colonia y que no tiene nada que ver con Dios ni con su cosmografía. El anuncio de la prohibición de esta práctica se produjo en la ciudad de Pereira, en una ceremonia oficial en que el Consejo Indígena de Risaralda,

comunicó que la comunidad decidió sancionar a quienes practiquen la ablación. Este proceso implicó pedagogía con las parteras, las mujeres, los jóvenes, los profesores y las autoridades indígenas de Colombia –cerca de 100– y muy importante porque esta es una comunidad muy pobre y en vías de extinción.

En resumidas cuentas, el Estado colombiano ha sido laxo, muy pasivo frente a los daños ocasionados a estas niñas y mujeres de la comunidad Embera Chamí, pues esta labor de pedagogía no resuelve la tensión identificada, pues hoy día todavía se sigue conociendo su realización a pesar que desde el mismo momento del conocimiento de la denuncia pública, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y otras instituciones estatales aunaron esfuerzos para lograr a través de la reflexión la erradicación de la ablación al interior de esta comunidad.

2.5. Enfrentamiento entre la primacía de derechos de rango constitucional y el derecho de los indígenas

Los pueblos indígenas se caracterizan por tratar de mantener su sistema de vida y sus culturas en medio del avance impalpable de la hegemonía cultural impuesta por el capitalismo, y, de esa manera, ser ellos quienes tengan el desarrollo sobre sus vidas. En este sentido llevan décadas luchando en los diferentes ámbitos nacionales e internacionales por alcanzar un grado de reconocimiento y respeto hacia su dignidad como pueblos diferentes y hacia lo que ellos consideran sus derechos fundamentales. Derechos que, a pesar de coincidir básicamente en los derechos humanos, introducen una serie de elementos diversos respecto a estos, con la finalidad de que sean efectivos en la protección real de sus culturas.

La Constitución de 1991, reconoce la justicia de los pueblos indígenas al otorgar y autorizar su ejercicio dentro de su propio territorio. Pero luego de ese reconocimiento y protección a lo diverso, la limita al marco constitucional y legal de la república y anuncia que deberá sujetarse al sistema judicial nacional -Art. 246-. Es decir, la justicia indígena, con todo lo particular y propio que tenga, será posible en tanto haga parte de algo más grande, la justicia de la República de Colombia, y en el mismo sentido en tanto no proponga rupturas a la unidad nacional y no desconozca los principios fundamentales del derecho nacional, sino que aporte a su fortalecimiento (De Sousa, 2001, p. 161).

Si bien es cierto que hasta hoy esa coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional no se ha concretado en la ley Estatutaria del Poder Judicial, suscitó honda discusión; algunos fallos de la Corte Constitucional en su función de revisión de tutelas permiten saber cuál es la noción de justicia indígena que se quiere privilegiar con relación al resto de la justicia nacional (De Sousa y García, 2001). El Artículo 7º de la Constitución Política indica: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación.”

CAPITULO 3

3. Los derechos humanos y los derechos de los indígenas

3.1. Generalidades sobre los DDHH y los derechos fundamentales

Ante la versatilidad del concepto de derechos humanos se presenta un sinnúmero de problemas; esta diversidad de definiciones que se han ensayado en torno a él, ya sea como principio ético-filosófico o norma jurídica del derecho internacional, la teoría moderna de origen alemán ha optado por el término de derechos fundamentales cuando se trata de derechos humanos positivados, es decir, que se encuentran consagrados en la Constitución Nacional actual.

Alexy diferencia cuatro posiciones básicas, en las discusiones acerca de los derechos humanos: la aristotélica, la hobseniana, la kantiana y la nietzscheana:

Al defender una posición kantiana le atribuye, como a todas las variantes de esa tendencia, los principios de autonomía y universalidad. En la autonomía pública están ligados derechos humanos y democracia. La protección y factibilidad de ambas formas de autonomía es la primera tarea de los derechos humanos en la concepción kantiana. Un desarrollo pleno tanto de la autonomía privada como de la pública solo es posible en un Estado constitucional democrático, en la cual los derechos humanos han tomado la forma de derechos fundamentales. Cuando en adelante se hable a menudo de derechos fundamentales en lugar de derechos humanos, se conceptúa en esta conexión (Alexy, 1998, p. 296).

Esta metodología arroja claridad sobre la situación interna de los Estados, pues difiere la definición de los derechos humanos a la Constitución, convirtiéndolos en derechos fundamentales, es decir, derechos fundamentales transformados en normas positivas. Estos pueden considerarse, como dicen algunos autores sobre los derechos morales (Santiago Nino, 1989, p. 2 y ss):

[...] los derechos humanos son aquellos derechos subjetivos cuya titularidad se atribuye a las personas por el simple hecho de serlo. Esos derechos con minúsculas, puesto que se trata de derechos

subjetivos, son simplemente derechos morales cuando no están reconocidos por el derecho positivo -con mayúscula-. Cuando están incorporados al derecho positivo, es decir, forman parte de la Constitución, se les suele llamar derechos fundamentales (Atienza, 1993).

3.1.1. Derechos humanos

El tema de los derechos humanos está en el centro del debate filosófico y político contemporáneo, en relación con las diversas concepciones de justicia y moralidad y en el ámbito de lo práctico, por las diferentes posturas de los Estados, gobiernos y agentes públicos (Villar, 1998).

En este sentido se ha expresado Jürgen Habermas: “Los derechos humanos tienen originalmente una naturaleza jurídica”. Esta idea, junto con la de soberanía popular, determinan, según el mismo autor: “El sistema de derecho no puede ser atribuido ni a una versión moral de los derechos humanos, ni a una versión ética de la soberanía popular, porque la autonomía no puede ni ponerse ni subordinarse a su autonomía política” (Habermas, 1997, p. 285)

A partir del reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, no pueden desconocerse las particularidades por razones étnicas, culturales, religiosas, de conceptos filosóficos, que determinan diferencia entre los distintos pueblos y naciones exigiendo para ello una matización al aplicar los conceptos generales a las situaciones concretas. En el caso de los pueblos indígenas, cuyos derechos han sido reconocidos y ratificados por la Constitución Política dando origen a las doctrinas jurisprudenciales de notable trascendencia por parte de la Corte Constitucional.

3.1.2. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales están presentes en cada uno de los actos de la existencia de los seres humanos y aseguran el desarrollo básico e intelectual de la humanidad. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos directa e indirectamente en el texto constitucional y en los pactos internacionales como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud, de orden constitucional e internacional, que su aplicación no depende de decisiones políticas de representantes de la mayoría, pues usualmente los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos existen prestaciones fundamentales como el derecho a la asistencia técnica a la educación básica primaria o al mínimo vital (Corte Constitucional, sentencias C - 475 de 1997, C - 225 de 1995, C -373 de 1995 y C - 400 de 1998).

Los derechos humanos y los derechos fundamentales obligan a los órganos del Estado a que protejan, promuevan y se restauren estos derechos cuando han sido violados, a fin de determinar el límite en el ejercicio de poderes o facultades que tengan los poderes públicos y particulares, lo que hace que haya exigencia en el cumplimiento de parte de ambos.

Los derechos fundamentales tienen aplicación inmediata, según lo ordena el artículo 85 de la Constitución Nacional: "Son de aplicación inmediata los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40", y en él, los de la Constitución en sus artículos 11 al 42, que consagran los derechos fundamentales, destacándose el derecho a la paz, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo [...], en cumplimiento de la Constitución y la ley.

3.2. Los derechos inherentes al ser humano

Son los derechos que tiene toda persona por su propia condición humana, por el solo hecho de ser persona, independientemente de si está en un país democrático o en otro de cualquier régimen, entendiéndose como persona al ser humano y personalidad es la naturaleza jurídica del hombre, como valor superior fundamental, titular de derechos innatos.

En la actualidad es inconcebible no considerar a todo hombre, con independencia de sus condiciones personales, como persona. Sin embargo la historia del Derecho muestra que no siempre ha sido así pues en algunos momentos se llegó a considerar que ciertas personas no eran sino cosas -como los esclavos en las sociedades esclavistas- e incluso se llegó a concederle a ciertas cosas el tratamiento dado a los sujetos de Derecho (Ynchausti C, García, D., 2012). El mundo de hoy se caracteriza por la consideración de que todo hombre es persona, derivado esto de la dignidad humana y por la ampliación constante de esferas de protección jurídica de la persona. De este modo el hombre moderno encuentra un amparo más efectivo por parte del derecho a diversas esferas de su vida. Dentro de esta protección tienen un lugar privilegiado los llamados Derechos de la Personalidad. Los mismos pueden ser definidos inicialmente como: Los Derechos Supremos del hombre, los que garantizan el goce de sus bienes personales: el goce de sí mismo, la actuación de su propia fuerza física o espirituales (Ynchausti C, García D., 2012).

El artículo 5º de la Constitución reconoce la primacía de los derechos de las personas, sin discriminación y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Quiere decir esto que las autoridades están obligadas a proteger a las personas en todo momento y lugar, sin discriminación de raza, credo o religión.

La persona no es exclusivamente para el Derecho Civil sujeto de derechos y obligaciones, debe ocuparse también de la protección de ella misma, de sus atributos físicos y morales, a su libre desenvolvimiento y desarrollo.

3.3. Derechos humanos desde la perspectiva indígena

La declaración universal de derechos humanos fue hecha desde una óptica occidental, basada en los modos de vida y costumbres de las culturas dominantes en aquella época. Su objetivo principal era el de dotar a los individuos de una serie de derechos y mecanismos que les defendiesen en el futuro de

atrocidades y violaciones como las cometidas durante la segunda guerra mundial. Por ello la declaración universal se basó en las concepciones individualistas del momento, que situaban al individuo por encima de la colectividad y estableció unos derechos individuales. Por su parte, las culturas indígenas tienen fuertemente asumida una dimensión comunitaria, que obviamente no se asume en la declaración universal. Ellos centran la vida y las relaciones personales no en el individuo, sino en la comunidad, que es quien decide y actúa sobre los individuos (Berraondo, 1999, p. 13). Esta concepción comunitaria es la base que justifica la necesidad de gozar de unos derechos colectivos. Unos derechos que la comunidad ejercería como sujeto y gracias a los cuales la colectividad podría garantizar su pervivencia.

Actualmente, el único derecho colectivo que se reconoce es el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, entendiendo siempre que por pueblos se refiere a los Estados. Aparte de este derecho, no se entiende que los derechos puedan tener un aspecto colectivo y que algunos pueblos necesiten de este aspecto para salvaguardar sus culturas y comunidades. Se tiene miedo de aceptar derechos colectivos por la desestabilización política que pueden acarrear en muchos estados, donde las minorías pueden utilizarlos para sus reivindicaciones políticas y sociales y por mantener las concepciones individualistas que fundamentan la declaración de derechos humanos. Si los Estados no aceptan la dimensión comunitaria de los pueblos indígenas y no permiten la adopción de la perspectiva colectiva de los derechos, es prácticamente imposible que estos pueblos puedan mantener sus tradicionales formas de vida. Como consecuencia de las pretensiones colectivas de los pueblos indígenas y su conflicto con los Estados, está el tema del autogobierno o autodeterminación (Berraondo, 1999, p. 14). Un derecho que se les niega, a pesar de su importancia para la pervivencia de un pueblo o una cultura y que a pesar de ser reconocido en los pactos de 1966, los pueblos indígenas están excluidos de su disfrute.

Los pueblos indígenas, conscientes de su vínculo nacional, no reconocen las fronteras y las estructuras estatales creadas sin su participación. Por ello, insisten en afirmar su derecho a la autodeterminación, reconocido en los convenios de derechos humanos (Berraondo, 1999). Consideran que tienen derecho a decidir sus sistemas de gobierno y sobre todo a gobernarse a sí mismos y por lo tanto reivindican la aplicación a su caso del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos.

3.4. Fuente de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes

La consagración de los derechos del menor, no es estatuto novedoso en materia de legislación de menores, pues la mayoría de los regímenes mundiales lo contienen. Para esta declaración de los derechos se han tomado como fuentes las siguientes (Rodríguez, 2001, p. 529):

1. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 del 10 de diciembre de 1948.

2. Declaración Universal de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas del 20 de diciembre de 1959; abierta a la firma y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1763 del 7 de noviembre de 1962.
3. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo, y el registro de los matrimonios de la Asamblea Nacional, del 1º de noviembre de 1965.
4. Recomendación para el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio, y el registro de los matrimonios. Resolución 2018, de la Asamblea Nacional, 1º de noviembre de 1965.
5. Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de diciembre de 1965.
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
7. Declaración de los derechos del retraso mental. Proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1971.
8. Declaración sobre la protección de la mujer y del niño en estado de emergencia o de conflicto armado. Proclamada por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, el 4 de diciembre de 1974.
9. Declaración de los derechos de los impedidos. Proclamado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el 9 de diciembre 1975.
10. Normas especiales del protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados internacionales -Protocolo I- adoptado en Ginebra, el 8 de junio de 1977.
11. Convención Interamericana sobre adopción Internacional de menores, adoptada en la Paz -Bolivia- en 1984.
12. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1986.

13. Convención interamericana sobre restitución internacional de menores y obligación alimentaria suscrita en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 15 de julio de 1989, en la Cuarta conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.
14. Convención sobre los Derechos Humanos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.
15. Convención sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños suscrita en La Haya, el 25 de octubre de 1980.
16. Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya, de mayo de 1993.
17. Convención que fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo, agrícola y sobre obligaciones alimentarias
18. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad.
19. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.
20. Las Reglas de Beijing relativas a los derechos de los menores sometidos a procesos penales; son recomendaciones a los Estados aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985. Las Reglas de Beijing contienen los principios fundamentales que deben regir los procesos por delitos de los cuales se acusa al menor de edad. Se basan en el respeto a la dignidad humana y especialmente en las condiciones personales y socio-familiares del menor de edad, pero sin desatender los intereses de la comunidad. Allí se consagran derechos como el que tiene el menor al debido proceso, el de estar siempre atendido por un abogado defensor, a ser oído lo mismo que sus padres en el proceso y, en general, a que no se le trate en desigualdad en relación con delincuente adulto, y otras declaraciones como la O.E.A., o Universal (Martínez, 1994, p.72).

3.5. Derechos de los niños, niñas y adolescentes colombianos

Aunque el Derecho de Menores surgió a finales del siglo XIX, puede considerarse como nuevo y siempre actual, pues es la realidad sociocultural lo que le da vigencia.

La Constitución Política colombiana consagra un conjunto de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. En la Carta se enfatiza que a los niños, niñas y adolescentes se les deben garantizar todos los derechos universales y generales consagrados allí, en las leyes y tratados internacionales ratificados por Colombia. Además, señala que es referente jurídico, que es deber del Estado y del conjunto de la sociedad: “*los derechos de los niños prevalecen sobre los demás.*”

3.6. Derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas en el marco normativo nacional e internacional

Teniendo en cuenta el texto constitucional, también señala como derecho “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural colombiana”, el programa presidencial indígena considera que se deben hacer las adecuaciones institucionales necesarias para garantizar los derechos universales o generales, así como los derechos especiales de los niños, niñas y adolescentes indígenas pertenecientes al país, atendiendo a sus particularidades socioculturales, a sus contextos y requerimientos específicos. Existen fenómenos adversos, como el acceso a servicios y beneficios relacionados con los derechos fundamentales pues son más limitados para esta población que para el resto de la sociedad, haciendo evidentes problemas de discriminación e inequidad en el acceso a los beneficios generales del desarrollo del país. (Presidencia de la República de Colombia, 2013, p. 5)

3.7. El Derecho indígena

Sobre el particular, encontramos varias conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público moderno, en el Derecho Público interno, en la Sociología del Derecho, en la Antropología Jurídica y aun dentro de los mismos grupos indígenas, respecto de los vocablos: fuero indígena, derecho consuetudinario, derecho mayor, territorio indígena, resguardo, indio, indígena, pueblo, pueblos indios, minorías étnicas (Escobar Pérez, 2010, p.16).

Estos vocablos son de difícil conceptualización y en torno a ellos se han presentado discusiones y análisis de diversa índole a través del tiempo, por tal motivo mencionaremos las ideas más modernas al respecto.

Para las Naciones Unidas la definición de poblaciones indígenas ofrece una de las mayores dificultades que enfrentan sus especialistas. Por su parte, los países que cuentan con población indígena no solo tienen definiciones distintas, y a veces contradictorias. Así encontramos, entre otras: poblaciones indígenas, aborígenes, nativos, naturales, minorías étnicas, minorías nacionales, poblaciones tribales, indios, poblaciones no civilizadas, poblaciones no integradas, pueblos indígenas (Escobar, 2010, p.18).

Jurisdicción indígena Potestad de las comunidades indígenas para administrar justicia conforme a sus propias normas y procedimientos.

Fuero. Se llama fuero o fuero al juez o tribunal ante el cual una persona puede ser llamada a responder en cualquier asunto que no esté diferido a otro foro.

Fuero indígena. Es la garantía de que gozan los integrantes de las comunidades indígenas en razón de su pertenencia a ellas, principalmente por su nacimiento y por su particular relación frente a sus usos y

costumbres y en razón de los hechos frente a los cuales se involucran a la ocurrencia de los mismos en los territorios indígenas de ser juzgados por sus propios connaturales.

Tierra, territorio indígena. El pensar del indio, con el corazón, de que la tierra es su madre, fundamenta la filosofía, la axiología aborígen, que está íntimamente relacionada con la fraternidad extensa y la igualdad entre todos, el espíritu colectivista, comunitario, solidario. Todo ello constituye su identidad cultural. En el pensamiento indígena, la tierra no está al servicio de una persona en particular, de una sola familia, sino que está en función de la comunidad en general

Resguardo. Los resguardos constituyen una extensión de terreno o de territorio claramente delimitada por un título, en el que solo pueden vivir los indígenas. La ley los define como

[...] una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva gozan de las garantías de la propiedad privada, poseen un territorio y se rigen para el manejo de éste y de su vida por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio (Artículo 1ro del Decreto 2164 de 1995).

El artículo 286 de la Constitución establece que los territorios de las comunidades indígenas se consideren entidades territoriales, con autonomía administrativa y presupuestal.

Arango y Sánchez, en el libro *Los pueblos indígenas de Colombia*, manifiestan:

El reconocimiento de los derechos territoriales ha sido el eje en torno al cual han girado las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado. Para muchos de los pueblos indígenas la tierra tiene un profundo valor cultural. No es simplemente un valor productivo, tampoco un bien inmueble comercializable. Para los pueblos agricultores la tierra es considerada como madre. Otros han desarrollado una compleja relación con el medio natural circundante, incluyendo la tierra. Se habla entonces del territorio ancestral, del territorio propio (Arango y Sánchez, citado por Escobar Pérez, 2010, p.19).

La tierra para los indígenas ha sido, a través de la historia, el elemento central, el núcleo de su cultura. Representa la suma de sus valores, de su historia y su organización social y de su vida en común. La vida de los indígenas, sus costumbres, sus creencias, su subsistencia material, ha estado asociado a la tierra. Ellos han tenido un sentido de territorio en la dirección de que él les pertenece en conjunto a todos los miembros de su pueblo; excluyen por ello la idea de propiedad individual o particular de la tierra.

El derecho indígena es fundamentalmente consuetudinario. Dicho derecho es un conjunto de normas legales, o mejor, jurídicas de tipo tradicional, no escritas ni codificadas. Como derecho consuetudinario,

ese conjunto de normas no es coherente ni sólido y, por ende, su codificación se complica debido a que los recopiladores de esos usos o costumbres, pueden presentar una visión sesgada de la realidad étnica estudiada, asimismo, porque la compilación puede hacerse encajando las referidas normas en categorías jurídicas preestablecidas, provenientes de otros contextos. No obstante las dificultades que conlleva el intento de codificación y/o sistematización de sus normas jurídicas indígenas es importante para observar y constatar la existencia de sistemas jurídicos diversos al nacional y para hacer posteriormente comparaciones con el mismo sistema jurídico nacional.

3.8. Violación de los derechos indígenas

La tierra para los indígenas es lo más importante, es un elemento de vida, es decir, están unidos a la tierra y sin ella no es posible la subsistencia.

En diferentes ocasiones los medios de difusión presentan información relacionada con las condiciones de dificultad que experimentan los indígenas en el país. Una noticia que se ajusta a lo solicitado por el documento señaló la difícil situación de derechos humanos que se vivió en el departamento de Putumayo, luego del primer día de una visita humanitaria a esa región en compañía de la representante en Colombia de la Agencia de la ONU para los Refugiados -ACNUR-, Terry Morel, y de funcionarios de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -DDHH-.

Durante la jornada, la misión escuchó a los representantes de los 14 pueblos indígenas de Putumayo, quienes denunciaron que su pueblo estaba siendo desplazado por culpa de los grupos armados. En este departamento existe un total de 59.985 indígenas tradicionales, con asentamientos de los pueblos Awa, Embera Chamí y Nasa, quienes se habían mostrado afectados por los combates entre la guerrilla y el ejército (Diario El Espectador, 5 de julio de 2013). Adicionalmente, en varias ocasiones las comunidades indígenas manifestaron que debían confinarse en sus propios territorios pues los grupos ilegales siembran minas antipersonas. Al no poder salir de su territorio, las comunidades han sufrido desabastecimiento alimentario, razón por la cual los representantes de los indígenas han solicitado con urgencia el desminado humanitario.

De la misma forma, los voceros indígenas habían denunciado la presencia de las bases militares y los centros de entrenamiento del Ejército en sus territorios, por lo cual habían advertido los representantes de la región de haber sido convertidos en objetivo de los grupos subversivos.

CAPÍTULO 4

4. La jurisdicción nacional y la jurisdicción especial indígena

En este apartado, de manera breve, nos referiremos al modelo constitucional aludido, señalar los Sistemas de Paz en Colombia, como preámbulo a la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas y mostrar así su diferencia.

La Ley 497 de 1999 crea los jueces de Paz, en la que se prescribe que los jueces de paz y de consideración -segunda instancia- son particulares que administran justicia en equidad, de acuerdo con lo establecido en la concitación y la ley. Sus decisiones en equidad deben ser proferidas conforme a los criterios de justicia propios de la comunidad (Arbeláez, 2004, p. 4).

El impacto de la Constitución de 1991 se expresa en su aplicación práctica en el poder judicial, entre otras instituciones y realidades. La decisión del constituyente de 1991 de optar por un país multicultural y pluriétnico. El Estado colombiano -de acuerdo con el constituyente- debía superar las condiciones que forjaban estructuras institucionales arbitrarias, autoritarias e identificadas políticamente a través de relaciones de poder altamente excluyentes. Abrió la alternativa de compartir con los pueblos indígenas la posibilidad de llevar a cabo actuaciones judiciales, reconociéndoles pluralismo jurídico y otorgándoles un espacio legal para la participación como iguales en la diferencia. Estos pueblos, la mayoría de ellos, con cultura diferenciada y todos con un alto sentido de pueblo distinto, parten de su sistema de derecho propio que les ha permitido durante siglos organizar y vivir armónicamente la vida en sociedad, para conocer asuntos conflictivos y definidos como judiciales. La Constitución también define que ellos pueden utilizar como colombianos, además de su propia jurisdicción indígena, la jurisdicción ordinaria cuando se encuentren en conflicto, que a su saber y entender entren en las posibilidades de su solución en el marco que esta jurisdicción ofrece, si con ello no contravienen los marcos de competencia que habrán de respetarse.

A la Jurisdicción Especial indígena, la Constitución le da la facultad de administrar justicia, y tiene su soporte en el Art. 246, que ya mencionamos. Al lado de este articulado, que tiene relación directa con los

pueblos indígenas, encontramos otros principios importantes como el derecho a la igualdad, también el principio llamado diferenciación positiva, cuyo contenido señala la obligación de adoptar medidas especiales para la atención de sectores discriminados o marginados, en lo que claramente caben los pueblos indígenas.

4.1. Generalidades sobre la jurisdicción

Para relacionar las generalidades sobre la jurisdicción, se debe establecer que esa jurisdicción, según una de las más aceptadas definiciones, es la función pública, derivada de la soberanía, de administrar justicia mediante el proceso, razón por la cual es única e indivisible (López, 2005, p.130). Viene de los vocablos latinos *jurisdicere*, que significan decir el derecho, esto es, determinar quién tiene el derecho.

Ella es diferente de la administrativa y de la legislativa, funciones que también cumple el Estado moderno, normalmente mediante órganos dispuestos para el efecto, de manera que en principio los actos de contenido legislativo son realizados por el Congreso de la República, los de contenido administrativo los adelanta la Rama Ejecutiva y los jurisdiccionales son producidos por la Rama Jurisdiccional, encabezada en Colombia por la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior, sin embargo, no obsta para que, por vía de excepción, algunos actos jurisdiccionales sean realizados por órganos legislativos o administrativos, o que algunos de éstos se lleven a efecto por autoridades jurisdiccionales, etc., lo cual acontece, *verbi gratia*, cuando en la Rama Judicial se nombran empleados y empleadas, típica actuación administrativa (Tejeiro, 2009, p. 74). Pese a que, como se indicó, la jurisdicción es una sola, el legislador ha señalado, para su más adecuada realización, diversos organismos, funcionarios y funcionarias que la cumplen en determinados campos específicos, razón que ha traído a modo de consecuencia la distinción entre varias supuestas jurisdicciones, de suerte que en Colombia se acepta la existencia de una ordinaria y algunas especiales, entre las cuales se hallan la contencioso administrativa, la constitucional, la indígena y la de paz.

Por otra parte, el vocablo jurisdicción, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, tiene diversas acepciones y puede significar el poder o autoridad que se tiene para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio; o en el territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal o, finalmente, autoridad, poder o dominio sobre otro, tal como lo resalta Eduardo J. Couture, al indicar que:

en el Derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del Poder Público; y, en su sentido preciso y técnico, de función pública de hacer justicia. (Couture, 1966, p.28)

Para López Blanco es innegable que la jurisdicción constituye una función, por cuanto otorga, a quienes la ejercen, una serie de poderes y de facultades, e impone a su vez unos deberes y responsabilidades que hacen que la jurisdicción desborde el marco de la potestad, que, por esencia, no implica en todos los casos necesariamente esos correlativos deberes y responsabilidades.

En verdad, el Estatuto Procesal Civil acoge íntegramente este criterio de jurisdicción como función, y destina todo un título, el cuarto, a regular lo concerniente a deberes, poderes y responsabilidades de los jueces civiles.

Esa función es pública por cuanto es el Estado el que mediante los órganos y personas especialmente consideradas aptos por la ley para ejercerla, la lleva a efecto. Por regla general, ese órgano es el jurisdiccional, aun cuando, en casos especiales, que, por cierto tienden a aumentar, la jurisdicción se radica en cabeza de ramas del poder público diferentes, como la Legislativa y la Ejecutiva. En realidad, son esos diversos significados de la palabra jurisdicción los que han originado gran dificultad para lograr un mayor acuerdo doctrinario con respeto a ella. Con todo, puede decirse que solo en la última acepción indicada puede aceptarse la noción de jurisdicción (López, 2012, p.141). Entendiendo, entonces, por jurisdicción, la función pública de administrar justicia mediante un proceso.

4.2. Esquema de la Jurisdicción Colombiana

Señala el Proyecto de Ley No. 58 de 1994, en su artículo 1º:

La administración de Justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional” (Corte Constitucional, Sentencia C - 037 de 1996).

Esta función pública debe estar organizada de manera tal, que el acceso a la justicia como garantía, ofrezca la efectiva tutela judicial y el cumplimiento de las características propias del área o caso que se estudia, es por ello que existe la jurisdicción ordinaria y algunas especiales, tal como se ha indicado anteriormente.

Condensando la jurisdicción en Colombia, se puede relacionar (Tejeiro, 2009,p 75 y ss)

La ordinaria está compuesta por la Corte Suprema de Justicia con sus Salas de Casación Civil, Penal y Laboral; los tribunales superiores de distrito judicial, con sus salas civiles, penales, laborales y de familia, los jueces y juezas de circuito, que son civiles, penales, laborales y de familia, y los jueces y juezas municipales que son civiles y penales, todo lo cual no descarta las salas promiscuas que en algunos tribunales existen, ni los juzgados de circuito y municipales, también promiscuos en algunas poblaciones, según las necesidades del servicio.

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa es presidida por el Consejo de Estado y a ella pertenecen los tribunales contencioso-administrativos y los jueces y juezas administrativos, que, creados por la ley desde hace tiempo, empezaron efectivamente en 2006 a ejercer sus atribuciones.

A la jurisdicción constitucional pertenece la Corte Constitucional y, según expresa el artículo 11 de la ley 270 de 1996, las demás corporaciones y juzgados que, excepcionalmente, cumplan funciones de control judicial constitucional. Esta expresión implica que, en el sentir de esa Corte, cuando se deciden acciones de tutela, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, todos los tribunales ordinarios, los contencioso administrativos, los consejos seccionales de la judicatura, y los jueces y juezas de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, no hacen parte de esa organización.

Todos esos funcionarios y funcionarias, por la mera condición que tienen de jueces y juezas, pese a que laboran en diversas materias jurídicas, poseen jurisdicción, esto es, ejercen esa especial función del Estado, lo cual puede originar, en ocasiones, conflictos en que dos órganos se disputen el conocimiento de algún negocio, sea positiva o negativamente, caso en que se dice que se produce una colisión de jurisdicción, si es que los dos encontrados pertenecen a diferentes organizaciones jurisdiccionales, como cuando discute uno de la ordinaria, usualmente ramo civil, con uno de la contencioso administrativa, o uno de la ordinaria, generalmente ramo penal, con uno de la indígena, etc. Estos eventos deben ser resueltos por el Consejo Superior de la Judicatura, en Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que es, para esos precisos efectos, el superior común y debe decidir cuál es el llamado a asumir el respectivo proceso.

No se debe pasar por alto que a partir de la Ley 497 de 1999 existe en Colombia una jurisdicción especial que labora profiriendo decisiones en equidad a solicitud de las partes involucradas en ciertos litigios: La Jurisdicción de Paz, a cuya actividad se hizo breve alusión en capítulo anterior.

En Colombia hay, en la jurisdicción ordinaria, jueces y juezas municipales, con competencia territorial dentro de los límites del respectivo municipio, que llevan el nombre de esa entidad estatal, aunque sean varios. Así, por ejemplo, el juez o jueza Civil Municipal de Bogotá, función que ejercen múltiples funcionarios y funcionarias en igualdad de condiciones. No existen jueces ni juzgados administrativos municipales como quiera que la ley que les dio vida únicamente a los de circuito.

Existen también los jueces y juezas de circuito, funcionalmente superiores a los anteriores, que realizan su función dentro de un ámbito territorial mayoral de un municipio, al punto que en muchos casos cada circuito está conformado por varios municipios, aunque en las grandes ciudades normalmente el circuito se restringe a ellas. Lleva el nombre del lugar en que se halla su sede, ejemplo de lo cual es el Juzgado

Penal del Circuito de Cali o el de Bogotá, etc. Los Juzgados administrativos, con categoría de circuitos pero pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa, tienen también vigencia actual luego de su reciente puesta en funcionamiento en 2006.

Los tribunales superiores y los contenciosos administrativos adelantan su misión dentro de un distrito, que es la unión de varios circuitos y, así, son los superiores funcionales de los jueces y juezas que en ellos laboran. La Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, tienen competencia en todo el territorio del país, que está conformado, cual se nota, por muchos distritos.

4.3. La jurisdicción especial indígena

El Estado tiene como uno de su deberes más esenciales, el proveer de justicia a las personas que conforman su nación. Para ello está investido de jurisdicción, entendida ésta como la facultad de administrar justicia. En cumplimiento de este deber, el Estado colombiano ha diseñado un sistema de administración de justicia que ha pretendido cubrir a toda la población. Sin embargo, este sistema no es el único, pues históricamente, la jurisdicción indígena es curiosa. Si se tomaran solamente los puntos de partida y de llegada se diría que no ha evolucionado mucho (De Sousa, 2001, p. 61). En 1542, por medio de la Legislación de Indias se estableció: “En los conflictos entre indígenas se aplicarán sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos.”

Más de cuatro siglos después el artículo 246 de la Constitución Política, estableció la jurisdicción de las autoridades indígenas, así:

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

También, la Ley 270 de 1996, en su artículo 11, haciendo alusión a la Constitución de la Rama Judicial indica que: “La Rama judicial del poder público está constituida por [...] e. de la Jurisdicción de las Comunidades indígenas.”

El artículo 12 de la precitada ley, se refiere así a la función jurisdiccional por la rama judicial:

La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente ley Estatutaria. Dicha función es ejercer por [...] las Jurisdicciones especiales, tales como la indígena.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, cuyo Magistrado Ponente el Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, manifestó lo siguiente:

El presente artículo se refiere al ejercicio de la función jurisdiccional, entendiendo este término, contrario a lo expresado con anterioridad, en su significado clásico, es decir, como la facultad de administrar justicia por parte de un órgano del Estado, con el fin de declarar o reconocer el derecho mediante la aplicación de la Constitución y la ley (Corte Constitucional, Sentencia C - 037 de 1996)

Con estos lineamientos, no queda la menor duda en cuanto a que la Constitución colombiana ha dado funciones de índole jurisdiccional a las autoridades de los territorios indígenas. Lo que significa que el Estado ha investido a las autoridades indígenas de la potestad que soberanamente tiene para crear, aplicar o definir el derecho propio de las comunidades.

4.4. La Corte Constitucional y la Jurisdicción Especial Indígena

En torno a los elementos centrales que determinan la Jurisdicción Especial Indígena, la Corte Constitucional en Sentencia C-139 de abril 9 de 1996, hizo los siguientes razonamientos:

Los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional son: la posibilidad de que existan autoridades indígenas propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas –que se extiende no solo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos–, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional (Corte Constitucional, Sentencia C - 139 de 1996)

En estos términos, la Corte Constitucional señaló con algún grado de precisión los elementos centrales y determinantes de la denominada Jurisdicción Especial Indígena.

La Constitución Nacional a partir del Artículo 246, abre la posibilidad para que los grupos étnicos puedan ser tratados de manera especial como distintos, en función de generar procesos que permitan nivelar condiciones más equitativas y su real reconocimiento en la diferencia.

Las comunidades indígenas han sorteado grandes luchas para conseguir tierras, han hecho resistencia a los misioneros, han buscado maneras propias para proteger los lugares sagrados, enfrentado a colonos.

Estas prácticas las han orientado para hacer valer sus derechos de acuerdo a leyes nacionales vigentes.

La Tutela como instrumento de protección representa la más clara manifestación del cambio proyectado a partir de la Constituyente. Esta novedad foránea es contenido y forma a las tradicionales manifestaciones de los pueblos para asumir derechos, trayendo repercusiones.

La primera tutela en la historia de Colombia que es demandada por una autoridad indígena a favor de un sujeto colectivo de derecho es la T - 428 de 1992; la segunda, la 380 de 1993, en las que están involucrados Emberas; y así se encuentran sinnúmero de sentencias, que han sido revisadas por la Corte Constitucional.

4.5. La autonomía de las comunidades indígenas frente a la minimización de las restricciones legales particulares

El gobierno, a través de una multiplicidad de agencias, ha adelantado un trabajo en el que se ocupan tímidamente del tema indígena, con el fin de coordinar la coexistencia de líneas de acción, correspondiente a cada jurisdicción.

Si bien se procuró centralizar los asuntos indígenas a través del Ministerio del Interior, la amplia gama de asuntos en la que los pueblos tradicionales se relacionan con el Estado, ha hecho imposible la existencia de una línea clara y de un control por parte del Ministerio para con los indígenas (De Sousa y García, 2001, p. 58)

Finalmente, se encuentra el trabajo desarrollado por el poder judicial, concretamente por la Corte Constitucional. De manera sorprendente esta corporación tomó en serio el compromiso de desarrollar el principio de diversidad, convirtiéndose en la impulsadora de la construcción de la política de reconocimiento. Sus fallos han obligado a que el Estado acepte que el artículo 7º de la Constitución y las demás disposiciones concordantes no sean meras declaraciones de principio que tengan fuerza vinculante. Esto les ha impuesto el deber de diseñar sus políticas teniendo en cuenta la variable indígena. Sin embargo, a esta Corporación debe abonársele haber creado conciencia acerca del tema y a la responsabilidad del Estado. Estas reglas en favor de los pueblos indígenas son las siguientes (Corte Constitucional, Sentencia C - 139 de 1996):

1. El nuevo Estado colombiano debe definirse como un Estado Social de Derecho basado en la democracia participativa, el pluralismo, la unidad y el respeto a los derechos fundamentales.
2. El pluralismo es uno de los pilares axiológicos del Estado Social de Derecho colombiano, de acuerdo con el artículo 7º de la Constitución. Lo que quiere decir, que éste se encuentra comprometido en llevar a cabo acciones tendientes a proteger a las comunidades indígenas,

garantizando su respeto, y garantizando las condiciones necesarias que estas puedan desarrollarse.

3. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución significó el abandono de la posición paternalista del Estado colombiano en relación con las comunidades indígenas.

4. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. Se trata de un sujeto colectivo autónomo, titular de derechos fundamentales los cuales se radican y predicen de la comunidad misma, la cual aparece dotada de singularidad propia.

5. Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros de otros grupos humanos.

6. Las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones que por medio de sus autoridades ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social.

7. Las comunidades indígenas son parte de la nación colombiana. La autonomía política, económica y jurídica que les ha sido reconocida por el constituyente debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados en el texto constitucional, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y la ley.

8. La calidad de indígena de un individuo está determinada por dos elementos: El residir en su comunidad y el preservar los usos y costumbres tradicionales.

9. Las comunidades indígenas tienen el derecho a participar en la toma de las decisiones que los afectan, en particular sobre aquellas que afectan el desarrollo de proyectos económicos.

10. No hay posición clara en relación a lo que ocurre cuando el interés de una comunidad se enfrenta al interés de una nación.

11. El tema de la protección a la diversidad étnica y cultural está íntimamente ligada al tema de la protección al medio ambiente y de la biodiversidad.

Estas reglas han sido elaboradas desde la perspectiva oriental. La Corte no ha creado un espacio en el que se pueda realizar un diálogo intercultural, pues dentro del proceso de toma de decisiones, solo se concede un pequeño espacio para escuchar a las comunidades indígenas. Este espacio parece ser más una concesión generosa del juez blanco, que un derecho de los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional ha considerado que, en principio, la efectividad de los derechos de los indígenas determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades solo son aquellos que se refieren a lo que verdaderamente resulte intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre. Corte Constitucional, Sentencia T - 617 de 2010). La referida Corte ha aceptado, que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionan gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales en los miembros de la comunidad.

4.6. Las sanciones

Existe el Derecho Penal Indígena, pero cuando una determinada comunidad indígena ejerce su facultad para enjuiciar hechos objeto de su competencia con arreglo a su propio derecho, en principio, no tiene límites por razón de la materia; pero han de cumplir con unos presupuestos mínimos, cuales son que exista en el seno de cada poblado la voluntad común de administrar su propia justicia, que se siga una ley impuesta por la tradición y que se respeten las reglas básicas del debido proceso. De ahí que no sea extraño encontrar sistemas jurídicos aborígenes absolutamente autónomos que encuentran reconocimiento y legitimidad en el respectivo texto constitucional. (Borja, 2006, p.118)

También encontramos a pueblos que no han mantenido su propio derecho, y que se han integrado al aparato de justicia estatal para resolver sus conflictos por vías jurídicas.

Es frecuente encontrar comunidades que emplean una doble vía de enjuiciamiento para mantener su pacífica convivencia. Así, los hechos menos graves y más frecuentes, hurtos y robos de pequeña entidad, lesiones, atentados al honor, usurpación de tierras, hechos imprudentes, etc.- son sometidos a su competencia con arreglo a las reglas tradicionales de solución de conflictos (Borja, 2006). Los casos de mayor gravedad como violación, asesinato o tráfico de drogas son elevados a los órganos jurisdiccionales estatales.

Pero, en la mayoría de los pueblos indígenas, se castiga un conjunto de comportamientos humanos que son reprobados por su lesividad individual y social, equiparables a los delitos del Derecho Penal de corte occidental. Hechos punibles contra la vida, la integridad física, la libertad sexual o el patrimonio, son sancionados en uno y otro ordenamiento (Borja, 2009, p. 25). También es frecuente en comunidades que comienzan a recuperar de nuevo su autonomía en el ejercicio de la administración de justicia, que exista una dualidad en el ámbito de competencia penal atendiendo a la gravedad de las infracciones.

Es de anotar, que las sociedades amerindias, en materia de consecuencias jurídicas del delito, ha tenido mucha influencia el sistema punitivo colonizador. De este modo, aparecen en la tradición indígena pe-

nas que procedían de los antiguos conquistadores españoles como el cortar el pelo, el empleo del cepo o el fuste. Esta influencia, sin embargo, no significa que las instituciones no puedan ser consideradas en la actualidad como propias de los correspondientes ordenamientos jurídicos indígenas (Borja, 2006, p.18). La misma Corte Constitucional ha reiterado en varias ocasiones que el derecho consuetudinario de los pueblos originarios va evolucionando a través del tiempo.

Es importante resaltar los sistemas normativos aborígenes respecto de los estatales oficiales. La sanción en el Derecho Penal moderno tiene un carácter estrictamente personal. Se aplica tan solo a los que han intervenido en la comisión del hecho, bien sea a título de autor o a título de partícipe. Sin embargo, encontramos en muchos ordenamientos amerindios que el grupo es el responsable de la consecuencia jurídica del ilícito punible perpetrado por uno de sus miembros (Borja, 2006, p 26). La mediación es un factor relevante en la aplicación de la sanción, y que se pretende restaurar la paz rota por el acto antisocial, es comprensible que la compensación y los pagos por parte de los grupos de donde procede el actor en favor de la víctima, sea una institución muy importante en la mayoría de las comunidades indígenas.

CAPÍTULO 5

5. Delitos que atentan contra el bienestar integral y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes en Colombia

La mutilación genital femenina, es reconocida internacionalmente como una violación de los derechos humanos de las mujeres y niñas. Refleja una desigualdad entre los sexos muy arraigada, y constituye una forma extrema de discriminación de la mujer (Rodríguez, 2011, p.77). Es practicada casi siempre en menores y constituye una violación de los derechos de la niña. Asimismo, viola el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida, la seguridad y la integridad física, el derecho a no ser sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a la vida en los casos en que el procedimiento acaba produciendo la muerte.

Por todo lo anteriormente anotado, la práctica de la ablación vulnera los derechos fundamentales de las niñas reconocidos en la Constitución y en la ley de la infancia y la adolescencia; además de otros, como el derecho a la igualdad con las otras niñas colombianas, a la salud, a la integridad física, derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a manejar su propia sexualidad.

5.1. Derechos constitucionales transgredidos con la práctica de la ablación

La ablación genital femenina constituye una violación a los derechos fundamentales de las niñas. Es una práctica discriminatoria que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades, a la lucha contra la violencia, el daño, el maltrato, la tortura y el trato cruel inhumano y degradante, el derecho a la protección frente a práctica de costumbres peligrosas, el derecho a decidir sobre su propia reproducción (Unicef); el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida -Art.11 C.N.-, la prevalencia del derecho de los niños, derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y psicológica, situación está que genera una responsabilidad del Estado por omisión legislativa, debido a que no ha regulado desde 1991, hasta hoy, la coordinación de las dos jurisdicciones y, para el caso que tratamos, en lo que se relaciona a la salvaguarda de los derechos fundamentales de las niñas, mujeres Emberas frente a la práctica de la ablación. Además se encuentran protegidos por el Derecho Internacional.

5.2. Sanción penal y patrimonial en delitos que atentan contra la integridad física, sexual y psicológica de los niños, niñas y adolescentes

Las violencias basadas en género y contra las mujeres son un flagelo que recorre el mundo desde tiempos inmemoriales y que va tomando matices de acuerdo con el contexto cultural, social, económico y político de cada territorio donde se enmarca (Barragán, 2010, p. 4). En Colombia, estas violencias constituyen un problema de gran magnitud que impide el desarrollo equitativo de las mujeres principalmente y por ende, de la democracia. Incluso, la dimensión del fenómeno lo ubica como un problema de salud pública, además de un asunto que afecta la seguridad, la paz y la convivencia ciudadana, que lo posiciona como una prioridad en la agenda pública del Estado.

Para las mujeres y las niñas víctimas de violencia sexual se desprenden escenarios que agravan su situación, como las enfermedades de transmisión sexual, el embarazo o los trastornos de salud mental, el embarazo o los trastornos mentales. Estas condiciones no son atendidas, ni vigiladas, ni contabilizadas. La Ley 1098 de 2006, Ley de la Infancia y la Adolescencia, establece que se debe proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes de toda forma de agresión física y psicológica, el maltrato, la humillación, discriminación, burla de parte de los compañeros (Procuraduría General de la Nación, 2009, p.9). La misma ley establece que la comunidad educativa pondrá en marcha mecanismos que permitan la detección temprana del maltrato, agresión, abuso sexual, violencia intrafamiliar, explotación económica y laboral y las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de violencia infantil.

5.3. Corte Constitucional: la legalidad del delito de la ablación dentro de la jurisdicción indígena

El debido proceso aparece recogido en el Artículo 29 de la Constitución Política de 1991, y reza así:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones indebidas; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Cuando se hacía referencia a los límites de la jurisdicción especial indígena y a los derechos considerados intangibles, dentro de éstos incluíamos, por “expresa exigencia constitucional”, los principios de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas, pero no al debido proceso (Cabedo, 2000). El problema viene dado porque la Corte extrae esa exigencia constitucional del artículo 246, cuando prescribe el ejercicio de las funciones jurisdiccionales indígenas de conformidad con sus propias normas y procedimientos, y no del artículo 29 transcrito. Con ello cabe preguntarse si es necesario respetar o no el derecho de defensa, con todas sus implicaciones, y el de asistencia de un abogado.

La Corte, al referirse a la legalidad del procedimiento parte de que “la comunidad -indígena- repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica una censura de la arbitrariedad, y es ésa la finalidad que persigue el debido proceso”, de ahí concluye que,

[...] dentro del respeto a su cultura, dicha noción -debido proceso pero entendido como legalidad del procedimiento- hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al elegir el pluralismo en un principio básico de la Carta.

En definitiva, lo que se requiere cuando se habla del principio de legalidad del procedimiento “*es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social*”. En virtud a esto, la ablación no es considerada delito dentro de las comunidades indígenas, en especial los Embera Chamí, pero de todas formas el Estado está en la obligación de evitar que esto siga sucediendo por la pérdida de vidas de las niñas (Cabedo, 2000)

5.4. Las sanciones indígenas y la prohibición de la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes

La prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes se encuentran consagrados en varios tratados interamericanos sobre derechos humanos. En primer lugar, la Convención Interamericana establece el derecho a la integridad personal. El artículo 5º garantiza el derecho a la integridad física, síquica y moral. Esta Convención fue aprobada por Colombia el 15 de diciembre de 1986. La Corte ha definido “*que el alcance de este derecho tiene diferentes connotaciones de grado que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes, tratos crueles, inhumanos, cuyas secuelas físicas varían de intensidad de acuerdo a los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta*”.

A través de los estudios del sistema jurídico indígena, se constata la existencia de castigos corporales como los fuetazos o el cepo. El cepo es una pena bastante frecuente en los sistemas jurídicos Páez y Embera Chamí, así como la flagelación que supone el fuate (Perafán, 1995); conviene precisar que no

todas las comunidades pertenecientes a estos sistemas aplican estas sanciones, por ejemplo los Páeces de Toribío y los guambianos no lo utilizan.

El cepo. Para poder determinar si el cepo es o no una tortura, o si representa un trato cruel o degradante, debemos definir lo que es el cepo, definiéndolo el profesor Carlos Perafán:

Consiste en dos maderos de 4 pulgadas por 10 pulgadas por 320 metros de largo con hasta 20 huecos cilíndricos de dimensiones pequeñas y grandes para acomodar los tobillos de personas de diferentes tamaños, de tal manera que en cada madero va la mitad de un cilindro, con el propósito de que, enfrentados los maderos, conformen los cilindros completos. Sobre el madero inferior se colocan las piernas, a la altura de los tobillos, para que el madero superior, al colocarse encima, coincidiendo los huecos, atrape al penado -dejándose flojo, con un poco de luz-, el cual no se puede soltar porque por dichos cilindros no le caben los pies. Los maderos están unidos por un extremo con una bisagra y se aseguran por el otro con un candado (Perafán C y Azcárate L, 1996, p. 95).

El cepo se aplica como castigo y los efectos que produce en el indígena que ha sido sometido al mismo, no es aguantable sino 24 horas. Por esta razón muchas penas menores se castigan con 12 o 24 horas de cepo, exclusivamente. En penas más graves se pueden prescribir hasta 8 días de cepo, pero con descansos de una hora dos veces al día y con salidas adicionales para hacer sus necesidades. Se considera que “*a según los huecos*”, una persona, sometida continuamente al cepo, se enferma -hinchándosele las piernas- a los 8 o 15 días. En el cepo la persona está acostada de cúbito. Se puede sentar, teniéndose con las manos del cepo, fumar, charlar, pero no puede girarse, lo que al cabo de poco tiempo “*aburre*”.

Así, siguiendo con la jurisdicción Chamí, se aplica a los de falsos testimonio, homicidio, lesiones corporales, hurtos, infidelidad, envenenamiento de aguas, contaminación, etc. No se trata, por tanto, de una sanción esporádica o excepcional.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la Sentencia T-349/96 sobre el cepo, llegando a la conclusión que dicha pena corporal no constituye tortura ni tan siquiera trato inhumano o degradante. Esta sentencia es fruto de una acción de tutela interpuesta por un indígena de la comunidad Embera Chamí acusado de homicidio, delito que es castigado con el cepo, estima que dicha pena corporal es admisible con los siguientes fundamentos principales y otros más secundarios:

Los argumentos principales de la Corte Constitucional son:

[...] se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto poder intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la

integridad del condenado. Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad. (Corte Constitucional, Sentencia T - 349 de 1996).

La Corte Constitucional reconoce que el fueite produce aflicción, aunque acto seguido deja claro que “su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo”. Es pues -continúa exponiendo-, “una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía”. (Corte Constitucional, Sentencia T - 349 de 1996). Una vez más, el Alto Tribunal intenta desviar el asunto haciendo referencia a lo que representa el fueite, la hermosa finalidad de restablecer el equilibrio, cuando la cuestión a determinar es si a una persona que reciba 60 latigazos se le causa daño, aunque no sea esa la finalidad, y si ese daño puede calificarse como tortura o trato inhumano.

El artículo 38 de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer pena de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social. De acuerdo con el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos solo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del artículo 38 de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia T - 523 de 1997). Por otra parte, el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena. La Corte Constitucional, en la sentencia citada anteriormente, aborda entre otras cuestiones como la sanción del destierro o lo que debe entenderse por debido proceso.

5.5. Prácticas indígenas que transgreden los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes de su comunidad

El Juez Promiscuo Municipal de Pueblo Rico -Risaralda-, que en su momento conoció del caso el caso de tres niñas a las que se les practicó la ablación, por la remisión que de las fichas epidemiológicas hiciera la Inspección de policía de la localidad, basado en el numeral uno del artículo 4º de la ley 294 de 1996, ordenó asumir conocimiento de los casos de violencia intrafamiliar, entre otros; sin embargo, el parágrafo dos del mismo artículo prevé que en el “caso de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas, el competente para conocer de ellos es la respectiva autoridad indígena en desarrollo de la jurisdicción especial prevista en el Art. 246 de la C.N.”. No obstante, la jurisdicción indígena no tiene facultades para asumir el conocimiento de esta clase de delitos por el desconocimiento de derechos humanos, por no operar esa jurisdicción como manifestación de la autonomía étnica, casos en los cuales

se excluyen los mínimos jurisprudenciales establecidos en la Carta Constitucional, para que prime la autonomía indígena y, en consecuencia, es al juzgador a quien corresponde determinar las medidas de protección si fueran procedentes.

El citado juez, se niega a decretar medidas de protección familiar a la luz de la ley de violencia intrafamiliar, por cuanto “la mutilación de que fueron objetos las menores no es asunto que pueda conocerse y desatarse con base en la legislación penal y de protección familiar.”

Lo anterior evidencia un divorcio entre las dos jurisdicciones, por una parte la validez de la práctica de la ablación al interior de la cultura indígena Embera Chamí, y por otra, el reconocimiento de una nación libre y soberana que consagra para todos los habitantes del territorio nacional ser beneficiarios de derechos fundamentales, los cuales, a la luz del derecho positivo, son violados con esta práctica.

Conclusiones - Recomendaciones

La responsabilidad del Estado colombiano es relativamente nueva por cuanto antiguamente predominaba la irresponsabilidad del mismo. Pero a través del tiempo las condiciones se fueron dando y tomando como muestra las legislaciones foráneas hasta lo que es hoy, y sobre todo, desde 1991, con la nueva Constitución.

En el caso de la comunidad Embera Chamí, que practican la ablación en niñas siendo apenas unas bebés -la cual consiste en la mutilación del clitoris y los genitales femeninos-, procedimiento éste que se hace con una cuchilla o cualquier instrumento corto punzante por la partera de la comunidad o quien tenga jerarquía en la familia, luego lo que queda es cosido -cerrado- de manera rudimentaria, para así lograr la resección total o parcial de los genitales femeninos, lo que se hace sin ninguna clase de cuidados médicos y generalmente las niñas sufren de hemorragias, infecciones agudas, problemas urinarios graves, entre otras y en el peor de los casos les puede sobrevenir la muerte, se nota una falta por parte del Estado, en el sentido de no haber hecho lo suficiente para prevenir y parar esta práctica atentatoria de derechos fundamentales de las niñas de esta etnia.

Solo hasta el 2007, el gobierno tuvo conocimiento de esta práctica, pero no ha legislado sobre esto, de tal forma que solo se cuenta con la promesa de las comunidades indígenas que la practican en no continuar con esta práctica; hay que tener en cuenta que son grupos en vías de extinción. Además, en cuanto a la responsabilidad patrimonial por omisión legislativa, al Estado colombiano le corresponde indemnizar a estas comunidades porque ellas hacen lo que tienen por costumbre desde tiempos ancestrales, de acuerdo con el Artículo 90 de la Constitución nacional: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas [...]"

El tema de la articulación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema Jurídico Nacional, debía de haberse plasmado, de acuerdo con la previsión constitucional del artículo 246, en una Ley, pero, todavía hoy, veintitrés -23- años después de promulgada la Constitución Política colombiana, no existe la necesaria Ley de coordinación de las dos jurisdicciones.

La falta de la referida Ley de coordinación ha provocado que la Corte Constitucional colombiana se haya convertido, con sus sentencias en esta materia, en un auténtico legislador positivo, tal y como hemos podido comprobar en el presente trabajo. Esta situación resulta claramente insostenible, por cuanto no es esta la labor de un Tribunal Constitucional, sin entrar a valorar los peligros que ello conlleva.

La futura Ley de coordinación debería ser una Ley que reglamentara la articulación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional; es decir, lo que se reglamentaría sería la articulación de jurisdicciones y no los sistemas de justicia de los pueblos indígenas, pues ellos están actuando en la práctica y son dinámicos e inherentes a su autonomía. No debe, por tanto, el legislador suplantar la autonomía de los pueblos indígenas en relación con sus sistemas jurídicos.

Conforme con lo indicado, la regulación legal de esta coordinación o articulación de jurisdicciones debería partir del respeto y reconocimiento de una amplia autonomía de la jurisdicción especial indígena y, consiguientemente, de un alto grado de restricción en la intervención del sistema judicial nacional. Intervención que, aunque restringida, es necesaria en aras del respeto de los derechos humanos.

Sobre estos presupuestos, los temas clave objeto de esta Ley de coordinación serían, principalmente, los siguientes:

- Establecer las bases para la determinación, en aquellos conflictos en los que intervengan indígenas, de la competencia del sistema judicial nacional y de la jurisdicción especial indígena, así como para la resolución de posibles conflictos de colisión entre ambas jurisdicciones.
- Determinar unos límites mínimos en materia de derechos humanos en relación con la jurisdicción especial indígena.

Si bien el problema de la competencia ha sido resuelto, a nuestro entender, de forma satisfactoria por la Corte Constitucional, como hemos tenido la oportunidad de comprobar, no ocurre lo mismo con los límites a la jurisdicción especial indígena.

La Corte Constitucional, en esta espinosa materia de considerar los derechos humanos como límites a la jurisdicción indígena, acierta en sus planteamientos iniciales pero se equivoca, no es congruente, en sus conclusiones.

Lo anterior se debe a que las comunidades indígenas tienen sus propias leyes y costumbres y, además de ello, en caso de delitos graves deben ser sometidos a la jurisdicción estatal, sin violentar sus derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

- Alessandri Rodríguez, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil* Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Alexy, R., citado por Villar Borda, I. (1998) "Derechos humanos, responsabilidad y multiculturalismo". *Contrastes*, Revista Interdisciplinar de Filosofía, Vol. III, Sección de Filosofía. España: Universidad de Málaga.
- Arango, R. & Sánchez E. "Los pueblos indígenas de Colombia", citado por: Escobar Pérez, E. (2010). *La jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.
- Arce y Flórez Valdez, J. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, España, en Gil Botero, E. (2011) *Responsabilidad extracontractual del Estado*. 5ª Edición, Editorial Ternis, Bogotá D.C.
- Atienza, M. (1993) *Tres la justicia* Barcelona, España. Editorial Ariel.
- Barragán Ávila, F. y Alfonso Jurado, M. (2010). *Lineamientos de política pública para la prevención, protección, atención y sanción de las violencias basadas en género y contra las mujeres en Colombia*. Documento de trabajo - Bogotá: Equidad Mujer.
- Bazan, V., citado por Sarmiento Erazo, J. (2010). *Responsabilidad patrimonial del estado por omisión legislativa*. Bogotá D.C. Editorial Ibáñez.
- Berraondo López, M. (1999). "Los derechos humanos y los pueblos indígenas", Forum II: Propuestas en Desarrollo Constitucional y Jurisprudencia: Derecho Indígena y Derechos Humanos. Alertanet en Derecho y Sociedad. Consultado en: <http://www.alertanet.org/F2b-MBerraondo.htm>
- Berraondo López, M. (1999). "Los derechos medioambientales de los pueblos indígenas: la situación en la región amazónica". Ecuador: Hombre y Ambiente, No. Monográfico 55 - 56.
- Borja Jiménez, E. (2009). "derecho indígena, sistema penal y derechos humanos", Nuevo Foro Penal No. 73, Julio - Diciembre, Universidad EAFIT, Medellín.
- Borja Jiménez, E. (2006) "Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica". En: *Derecho Penal y pluralidad cultural*, Anuario de Derecho Penal.
- Botero Aristizábal, I. (2007). *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Colombia: Universidad del Rosario: Editorial Legis: Serie Lex Nova.
- Bustamante Ledesma, Á. (1999). *La responsabilidad extracontractual del Estado* Bogotá D.C. Editorial Leyer.
- Cabedo Mallol, V. *La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos*, Forum II: Propuestas en desarrollo constitucional y jurisprudencia: derecho indígena y derechos humanos. Alertanet en Derecho y Sociedad. Consultado en: <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>
- Camacho Hurtado, E. & Narváez Díaz, I. (2009). *La responsabilidad extracontractual del estado por falta o falla del servicio en la gestión del riesgo ambiental y de la prevención, reducción y mitigación de los efectos del desastre natural en el suceso del 12 de abril de 2006 tramo III de la vía Alejandro Cabal Pombo*. Tesis de grado. Cali: Universidad San Buenaventura.
- Cerda, H. (2002). *Los elementos de la investigación*. Bogotá D.C.: Editorial El Búho.
- Chironi, G. P. (1978) *La culpa en el Derecho Civil moderno*. Madrid - España. Editorial REUS, Consejo de Estado de Colombia Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 26 de agosto de 1960, Rad. No. 19600826. M.P. Carlos Gustavo Arrieta.
- Consejo de Estado de Colombia Fallo 29 de julio de 1947. C. P. Gustavo Valbuena.
- Consejo de Estado de Colombia Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, fallo de mayo 23 de 1973, Exp. 978, C. P. Alfonso Castilla Saiz.
- Consejo de Estado de Colombia Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sent. 2 de marzo de 1993. C. P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado de Colombia Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre de 1990, Exp. 5396. Citado por Torregrosa Sánchez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 7 de 1998. Exp.10397. C.P. Ricardo Hoyos Duque

Corporación Contigo Mujer, publicación del 27 de enero de 2009. Consultado el 23 de junio de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 523 de octubre 15 de 1997. M.P. Carlos Gaviria D.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 254 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. C - 139 de abril 9 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 037 de 5 de febrero de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 037 de febrero 5 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 038 de 1º de febrero de 2006. Exp. 5839. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 151 de 5 de abril de 1995. M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 349 de agosto 8 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 406 de junio 5 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 505 de agosto 28 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz - Sentencia T - 312 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 617 de agosto 5 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C - 475 de 1997, C - 406 de 1992, C - 225 de 1995, C - 373 de 1995, C - 400 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sala de Casación Civil, Sentencia 31 de julio de 2001. Expediente 5831.

Corte Suprema de Justicia de la Nación - Argentina. Sentencia de 9 de junio de 1965. Caso Corporación Cementera Argentina S.A. C/Mendoza. Superior Gobierno de la Provincia de S/Daños y Perjuicios.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de junio 24 de 2008. Rad. 66572-40-89-001-2008-00005-00.

Couture, Eduardo J. (1966). *Fundamentos del Derecho procesal civil*. 3ª Edición: Argentina: Editorial de Palma.

De Sousa Santos, B. y García Villegas, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*: Torno II. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Diario *El Tiempo* (23 de marzo de 2007). "A decenas de embera chamí les habrían quitado el clitoris". Sección Nación. Consultado junio de 2013.

Diario *El Tiempo* (22 de marzo de 2007). "A unas 8000 indígenas embera chamí les han cortado el clitoris". Sección Otros.

Díaz Revorio, F. (2001). "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado europeo". *Revista española de Derecho Constitucional* Año 21, No. 61.

Duguit, L. (1926). *Las transformaciones del derecho público*. Madrid: Librería Española y Extranjera. Traducción de Alfonso Posada.

Echeverría Acuña, M. (2011). "El pensamiento liberal y su influencia en la responsabilidad del Estado". *Revista Cultural Unilibre* -Cartagena. Año 10.

El Espectador (julio 2013). "Crisis humanitaria: Defensor del Pueblo constató difíciles condiciones humanitarias en Putumayo". Sección nacional.

Escobar Pérez, E. (2010). *La jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Siglo XXI.

García De Enterriá, E. (2005). *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Madrid: Aranzada - Thomson - Civitas, citado en: Alonso García, M. y Leiva Ramírez, E. (2013). "La responsabilidad patrimonial del Legislador en Colombia, Francia y España". *Revista de Derecho*, No. 39, Barranquilla.

Garrido Falla, citado en Castro Estrada, Á. (2006). *Responsabilidad patrimonial del Estado: análisis jurisprudencial y doctrinal comparada*. Propuesta legislativa en México, Editorial Porrúa. 3ª edición.

Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. 5ª edición, Bogotá D.C: Editorial Temis.

Henao, J. (1998). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Hernández Enríquez, A. (2001). "Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado Colombiano". *Revista Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada*, Vol. IV, No. 8, Bogotá D. C.

Hinestroza, F. *Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa*, citado por: Henao, J. (1998). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Colombia.

- Hobbes, Thomas (1968). *Leviathan*. Middlesex: Penguin Books.
- Irisarri Boada, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana. Tesis de grado, Bogotá D.C.
- Jaramillo, Efraín. "La mutilación de clitoris de niñas Emberas: un debate necesario". [Recurso electrónico]. Tomado de la página oficial de etnias de Colombia Consultado, junio de 2013.
- Laferriere, E., *Traite de la juridiction administrative*, 2 ed. Paris, Berger-Levrault, 1888, t 2, p. 675, citado en Camille Broyelle, "La responsabilité de L'Etat du fait des lois", Paris, LGDJ, en Botero Aristizábal, Luis Felipe.
- Leyva Ramírez, E. (2010). *Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador: análisis jurisprudencial y doctrinal*. Bogotá D.C.: Ibáñez Editores.
- Locke, J. (1990). *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid - España: Alianza Editorial.
- López Blanco, H. (2012). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*: Tomo I, 11ª edición. Bogotá: Dupre Editores.
- López Blanco, H. (2005). *Derecho procesal civil colombiano*: Tomo I, Novena Edición. Bogotá: Dupré Editores. Citado En: Tejeiro Duque, O. (2009). *Elementos de práctica procesal*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Editorial Universidad Nacional.
- Marín Cardona, I. (2013). *Proyecto Constitución y democracia*. Rionegro: Institución Educativa Normal Superior de María.
- Martínez López, A. (1994). *Código del menor y jurisdicción de familia*. 2ª Edición, Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional.
- Martínez Rave, G. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín - Colombia: Editorial Dike. 4ª edición.
- Mazeaud, H - I. - J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil Parte segunda, vol. II, la responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Jurídicas Europa - América.
- Ministerio de Cultura. (2010). "Embera Chamí". República de Colombia. Consultado en: <http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/files/Caracterizaci%C3%B3n%20del%20pueblo%20Embera%20Cham%C3%AD.pdf>
- Molina Betancur, C. (2007). "El rol institucional de la Corte Constitucional". Revista de Derecho, Universidad del Norte, No. 28.
- OMS - Organización Mundial de la Salud. (Febrero de 2012). "Mutilación genital femenina". Nota descriptiva No. 241. Consultado en: <http://www.index-fcom/para/n25/107.php>.
- Perafán Simmonds, C y Azcárate, L. (1996). *Sistemas jurídicos Tukana, Chamí, Guambiano y Sikuaní*. Bogotá D.C. Editorial del Instituto Colombiano de Antropología.
- Perafán Simmonds, C. (1995). *Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología.
- Presidencia de la República De Colombia (2013). "Derechos de la infancia y la adolescencia: principales instrumentos y normas internacionales y nacionales". Colección cuadernos legislación y pueblos indígenas de Colombia No. 7, Programa Presidencial Indígena. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Procuraduría General de la Nación (2009). "Procurando la equidad: situación de la violencia contra las mujeres, ley 1257 de 2008". Revista *Procurando la Equidad* No. 4. Bogotá.
- Ramos Huertas, R. (2010). "La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia por vulneración del principio de confianza legítima en el tratamiento de exenciones tributarias". Tesis de maestría. Bogotá D.C. Facultad de Jurisprudencia, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.
- Real Academia Española, "Diccionario de la Lengua Española", 21ª Edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid - España, 1992. Citado en: Blanco, Hernán F. (2012). "Instituciones de derecho procesal civil colombiano: Tomo I", 11ª Edición. Bogotá: Dupre Editores.
- Riestrepo C., Sánchez S. & Tamayo C. (2010). *Derecho y diversidad sexual*. Colombia: Universidad de Medellín.
- Rivera Villegas, A. (2003). *Responsabilidad extracontractual del Estado: análisis del daño fisiológico o a la vida de relación*. Pontificia Universidad Javeriana. Trabajo de Grado. Bogotá D.C.
- Rodríguez Luna, R. y Bodelón, E. (2011). *Las violencias machistas contra las mujeres*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona. Grupo Antígona, Servei Publicacions.
- Rodríguez Marín, E. (2001). *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rousseau, Jean-Jacques (1995). *El contrato social: o principios de Derecho Político*, estudio preliminar y traducción de María José Villaverde. Bogotá - Colombia: Rei Andes Editorial.
- Ruiz Orejuela, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, 2ª edición. Bogotá D. C. Ecoe Editores.
- Ruiz Orejuela, W. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, 2ª edición. Bogotá D. C. Ecoe Ediciones.
- Salazar, H. (2010, 4 de diciembre). "Colombia: etnia indígena prohíbe la ablación femenina". BBC Mundo. Consultado: <https://almacosta.wordpress.com/>

category/ablacion/.

Santiago Nino, C (1989). *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1989.

Santos Ballesteros, J. (2011). *Responsabilidad profesional*, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia.

Suárez Hernández, D (2004). "Responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial y del funcionamiento anormal del servicio público de justicia". Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, No.18 – 19, Colombia.

Tamayo Lombana, A. (2005). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual* Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Tejeiro Duque, O (2009). *Elementos de práctica procesal* Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla Editorial Universidad Nacional.

Torregrosa Sánchez, J. (2007). *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del Legislador*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. "Protección infantil contra el abuso y la violencia". Mutilación / ablación genital femenina. Consultado en: https://www.unicef.org/spanish/protection/index_genitalmutilation.html

Welzel, H. (1971). *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, 2ª Edición. Madrid – España: Editorial Aguilar.

Ynchausti Pérez, C. y García Martínez, D. (2012). "Los derechos inherentes a la personalidad: el derecho a la identidad personal". Contribuciones a las Ciencias Sociales. Consultado en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ypgm.html>.

