

REFLEXIONES JURÍDICAS Y SOCIOJURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

REFLEXIONES JURÍDICAS Y SOCIOJURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO
ADRIANA MARÍA BUITRAGO ESCOBAR
Coordinadores

Aéquitas

Colección de la Facultad de Derecho
Universidad Santiago de Cali
2016

Reflexiones jurídicas y sociojurídicas contemporáneas / Diego Fernando Tarapués Sandino, Adriana María Buitrago Escobar [Coordinadores]

1 ed. Cali, Colombia. Editorial USC, 2016

122 p., 17x24 cm

ISBN: 978-958-8920-21-4

1. Derecho 2. Teoría legal 3. Ciencia jurídica I.Tit

340 – dc22

Reflexiones jurídicas y sociojurídicas contemporáneas.

Universidad Santiago de Cali, 2016

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

Cuerpo Directivo

Juan Portocarrero Cuero, Presidente Consejo Superior
Julieth Andrea López Arias, Vicepresidente Consejo Superior
Carlos Andrés Pérez Galindo, Rector
Arturo Hernán Arenas Fernández, Vicerrector
Julio Cesar Escobar, Director - Seccional Palmira
Lorena Galindo, Secretaria General
Jorge Olaya Garcerá, Director General de Extensión
Oscar Albeiro Gallego Gómez, Gerente de Bienestar Universitario
Humberto Salazar Grajales, Gerente Financiero
Zonia Yasmín Velasco Ramírez, Gerente Administrativa

Comité Científico - Humanidades y Ciencias Sociales

Ángel Xolocotzi Yañez, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México); Carlos Thiebaut Luís-André, Universidad Carlos III de Madrid (España); Eduardo Chamorro Romero, Universidad Complutense de Madrid (España); Mario Teodoro Ramírez Cobian, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (México); Erick Valdés, Georgetown University (Washington, DC); Beatriz Carramolino Arranz, Universidad de Valladolid (España); Tuillang Yuing Alfaro, Universidad Católica de Valparaíso (Chile); Martha Boeglin, Université Paul Valéry (Francia); Beatriz Lourdes González, Universidad de Salamanca (España); Juan Moreno, Universidad del Valle (Colombia); Jorge Prudencio Lozano Botache, Universidad del Quindío (Colombia).

Comité Editorial - USC

Arturo Hernán Arenas Fernández, Martha Cecilia Valbuena Tenorio, Diego Fernando Tarapués, Patricia Medina Agredo, Yamile Sandoval Romero, Julieth Orduña, Jorge Antonio Silva Leal, Ricardo Astudillo Villegas, José Ignacio Claros V., Jasmín Bedoya González, José Ricardo González Bedoya.

Comité Editorial - Humanidades y Ciencias Sociales

Agostina Marchi, Universidad de Buenos Aires (Argentina); Manuel Rodríguez López, Universidad de Sevilla (España); María Belén Izquierdo Magaldi, Universidad de Cantabria (España); Aceneth Perafán Cabrera, Universidad del Valle (Colombia); Yamile Sandoval Romero y Diego Fernando Tarapués Sandino, Universidad Santiago de Cali (Colombia).

Producción

Editor: José Ignacio Claros V.
Diseño y diagramación: Claros Editores S.A.S.
Corrección de estilo: Claros Editores S.A.S.
Edición electrónica: Daniela Claros C.
Imagen de portada: adaptada con base en imagen de Clipartbest.com
Impresión: Carvajal, Cali - Colombia



El contenido de esta obra no compromete el pensamiento institucional de la Universidad Santiago de Cali o su sello editorial, ni genera responsabilidades legales, civiles, penales o cualquier otra índole frente a terceros.

Editorial USC

Calle 5 N° 62 – 00, Barrio Pampalinda, Cali (Colombia). Tel: (572) 518 3000. <http://editorial.usc.edu.co/>
1 ed. Abril de 2016

COORDINADORES

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Es Master of Laws (LL.M.) y Doctorando en Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Máster en Derecho Público en la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Konstanz (Alemania); Abogado de la Universidad Santiago de Cali y Profesional en Estudios Políticos y Resolución de Conflictos de la Universidad del Valle (Colombia). Adelantó estudios de pregrado en Ciencia Política en la Pontificia Universidad Javeriana Cali (intercambio académico). Integrante del Programa de Retorno de Expertos del CIM y de la GIZ (Agencia Alemana para la Cooperación Internacional). Miembro del Grupo de Investigación GICPODERI. Calificado como Investigador Asociado por Colciencias (Colombia).

ADRIANA MARÍA BUITRAGO ESCOBAR

Coordinadora del Centro de Estudios e Investigaciones en Derecho CEIDE “Etanislao Zuleta” de la Universidad Santiago de Cali. Es Doctora en Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares (España), con Estancia Pos-doctoral en la Universidad de Alcalá de Henares (España) a través de la Beca Internacional Giner de los Ríos, Máster Universitario en Derecho de Empresa con Orientación en Investigación de la Universidad de Alcalá de Henares (España) y Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, pertenece al grupo de investigación GICPODERI. Calificada como Investigadora Junior por Colciencias (Colombia).

AUTORES

YILLY VANESSA PACHECO RESTREPO

Abogada de la Universidad Santiago de Cali, Magister en Derecho por la Universidad Santiago de Cali y Doctoranda en Derecho por la Universidad de Göttingen (Alemania), Becaria del programa Jóvenes Investigadores de Colciencias (2010-2011), Becaria de la Fundación Konrad Adenauer en Visita de Expertos en Política Exterior (Berlín-Hamburgo-Munich, 2012) y Becaria del programa de Relevo Generacional “Los Mejores para la Mejor” de la USC (2015). Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, pertenece al grupo de investigación ATARAXIA. Calificada como Investigadora Junior por Colciencias (Colombia).

HÉCTOR HERNÁNDEZ MAHECHA

Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Es Magister en Filosofía del Lenguaje de la Universidad del Valle; Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Santiago de Cali; Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Cali; Especialista en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Bolivariana; Abogado de la Universidad Nacional de Colombia; y Diplomado en Teoría de la Argumentación de la Universidad del Valle.

LISA STEPHANY CUADROS

Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, participante del nodo suroccidente de la Red de Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica en el encuentro realizado en la ciudad de Cali denominado Derecho, Política y Posconflicto, con la ponencia denominada: Definición del delito Político, límites y su trascendencia ante el posconflicto.

ISABELA RIOS CASTILLO

Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, participante del nodo suroccidente de la Red de Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica, como ponente. Ha sido integrante y coordinadora del semillero de investigación del Grupo ATARAXIA durante el periodo 2015 A y 2015 B.

LAURA ANDREA GIRALDO ÁNGEL

Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, actualmente cursa la Maestría en Derecho Penal y Justicia Transicional en la Universidad Santiago de Cali, Durante la realización del pregrado participó en eventos de investigación formativa en representación de la Universidad Santiago de Cali a nivel interno, Departamental y Nacional, así como en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos, Moot Court Competition en American University, Washington D.C., y en el Moot Court Competition Regional en la Universidad Rafael Landívar de la ciudad de Guatemala en 2014. Es Abogada de la Universidad Santiago de Cali, y miembro del grupo de Investigación Ataraxia.

ANA INÉS LÓPEZ

Asesora Jurídica Patrimonial en la firma boutique Juridex Abogados. Es Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Durante el programa de grado participó en competencias internacionales de Derechos Humanos: XVIII Concurso Interamericano de Derechos Humanos, Concurso Iberoamericano Francisco Suárez S.J., V Competencia Regional "Moot Court" en materia de Derechos Humanos y fue semifinalista en el II Concurso Internacional Medellín Protege los Derechos Humanos.

MARÍA DORIS CAMACHO

Personera Municipal de Ginebra (Valle del Cauca, Colombia). Es Abogada conciliadora de la Universidad Santiago de Cali. Durante la realización del pregrado participó en eventos de investigación formativa en representación de la Universidad Santiago de Cali a nivel interno, Departamental y Nacional y ha participado del nodo suroccidente de la Red de Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica, como ponente.

PEDRO HERNANDO GONZÁLEZ SEVILLANO

Docente-investigador adscrito al Centro de Estudios e Investigaciones de la Facultad de Derecho [CEIDE] de la Universidad Santiago de Cali. Es Doctor en Investigación de la Universidad de Sevilla (España); Máster en Historia Latinoamericana de la Universidad Internacional de Andalucía, sede Santa María de la Rábida (España); Magister en Administración Educativa de la Universidad del Valle (Colombia); y Licenciado en Filosofía, Historia y Ciencias de la Educación de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia). Miembro del Tribunal Académico del Doctorado en Humanidades, Línea Culturas Afrolatinoamericanas, Coordinador de la Línea de Investigación Población y Legislación Afrocolombianas, en proceso de reconocimiento en Colciencias.

TABLA DE CONTENIDO

Presentación Diego Fernando Tarapués Sandino, Adriana María Buitrago Escobar	13
Relación entre el régimen internacional ambiental de protección de humedales y el régimen de cambio climático. Yilly Vanessa Pacheco	17
El juramento estimatorio como medio probatorio Héctor H. Hernández Mahecha	29
Desarrollo jurídico del genocidio Lisa Stephanny Cuadros, Isabella Ríos	61
Aplicación de la doctrina del margen de apreciación en el contexto de justicia transicional colombiano Laura Andrea Giraldo, Ana Inés López	75
Manifestaciones del conflicto social y sus formas de resolución: una mirada desde la teoría sociológica y su relación con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en Colombia María Doris Camacho	87
Quinientos años de la presencia afrodescendiente en el pacífico colombiano: una visión de contraste Pedro Hernando González Sevillano	101

PRESENTACIÓN

Aequitas, colección de la Facultad de Derecho, es un proyecto que retomamos como Facultad, luego de una primera fase en la que salió a la luz pública la revista Aequitas, la cual estaba asociada principalmente al desarrollo investigativo de docentes y estudiantes de la Maestría en Derecho. El posicionamiento de nuestra revista científica Contextos, que el 28 de enero de 2015 pasó a estar indexada por Colciencias en el Índice Bibliográfico Nacional de Publicaciones Seriadas, Científicas y Tecnológicas Colombianas – IBN Publindex, nos permite retomar el propósito de sacar adelante una colección que brinde a la comunidad académica, documentos derivados de nuestra producción investigativa y que sirvan para el análisis jurídico y sociojurídico en general. Esta colección busca reunir resultados de investigación de los estamentos de nuestra universidad, vinculados a los procesos investigativos que se desarrollan en esta fase institucional de “Transformación y Buen Gobierno”. Para garantizar elevados niveles de inclusión, pero a la vez de calidad, se publican artículos que han pasado por una convocatoria pública interna y por un detallado proceso de evaluación adelantado por pares académicos anónimos.

En esta primera edición del renacimiento de Aequitas como colección de la Facultad de Derecho, presentamos resultados de investigaciones desarrolladas por integrantes de nuestra Facultad, especialmente de docentes investigadores y egresados. Este primer libro lo hemos denominado “Reflexiones Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas” y contiene seis trabajos que van, desde análisis dogmáticos, hasta reflexiones jurídicas y sociojurídicas con elevado valor práctico. Las contribuciones publicadas en esta edición son principalmente productos derivados de ponencias en encuentros de investigación en redes académicas nacionales y, en otros casos, hacen parte de la producción profesional y académica de nuestros docentes.

En esta edición encontramos diversos temas de relevancia jurídica nacional, tales como el desarrollado por la profesora Yilly Vanessa Pacheco, sobre la relación entre el régimen Internacional ambiental de protección de humedales y el régimen de cambio climático, en el cual revisa las Convenciones Internacionales al respecto, tales como la Convención de Ramsar y las Resoluciones de las Conferencias de las Partes, como normas integradoras del régimen internacional ambiental, resaltando la importancia de la lucha contra el cambio climático como un desafío global para los Estados. La autora parte de la consideración de que los humedales son ecosistemas estratégicos que representan el hábitat de múltiples especies de flora y fauna, que representan un factor de biodiversidad y su protección constituye un elemento esencial en la lucha contra el

cambio climático. En esa labor, resalta que no existe en el plano internacional un instrumento jurídico vinculante que contenga la visión integral de la protección de dichos humedales, para garantizar, a su vez, la conservación de la mencionada biodiversidad.

En el segundo capítulo, el profesor Héctor Hernández Mahecha nos ilustra sobre el juramento como medio probatorio. Esta labor la realiza desde una perspectiva crítica frente al contenido normativo y a la incidencia de dicho medio de prueba en la decisión final por parte del operador jurídico. Su trabajo incluye un análisis de la jurisprudencia que ha revisado la exequibilidad de las normas procesales contentivas del ya referido juramento, así como su naturaleza y connotación jurídica en las diversas tipologías de procedimientos judiciales, haciendo de este capítulo, un texto de revisión y análisis que brinda herramientas jurídico-procesales frente a la utilidad y valoración del juramento como medio de prueba en el proceso judicial.

Por la misma línea, en el capítulo tercero aparecen las abogadas Lisa Stephanny Cuadros e Isabella Ríos, que se han caracterizado por su activa participación en semilleros de investigación, quienes abordan el desarrollo jurídico del genocidio. Para ello realizan una revisión teórica desde su aparición como delito en el ámbito internacional, que genera un desequilibrio en la organización interna de cualquier país, lo cual resalta la importancia de generar reflexiones jurídico-académicas tendientes a revisar y analizar la configuración e incidencia del mismo, así como los tipos de genocidio y los más casos representativos en la historia mundial.

Posteriormente, encontramos la revisión de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en el contexto de la justicia transicional colombiana, el cual representa un análisis al deber de juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos, articulado a la necesidad de satisfacer los derechos de las víctimas de dichas violaciones para obtener verdad, justicia y reparación en un contexto de justicia transicional. Todo ello desde tres matices de análisis, a saber, la contextualización de la justicia transicional y el enfoque adoptado por Colombia y el marco legislativo en que se sustenta, la doctrina del margen de apreciación, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el desarrollo del margen de apreciación como mecanismo de defensa del Estado colombiano respecto del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de Derechos humanos en conexidad con los derechos de las víctimas a obtener verdad, justicia y reparación. Todo lo anterior desde una perspectiva teórica que revisa una temática de actualidad nacional y de interés general que se expone con suficiencia por parte de las docentes investigadoras Laura Andrea Giraldo y Ana Inés López.

En el quinto capítulo encontramos la reflexión de la abogada María Doris Camacho, destacada integrante de los semilleros de investigación de la Facultad, quien

aborda el análisis de las manifestaciones del conflicto social y sus formas de resolución desde una mirada sociológica y ahondando en la relación de los estudios sociológicos con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en Colombia. Su trabajo parte de analizar diferentes posturas de sociólogos y de su relación con las formas de resolver los conflictos en Colombia. En este trabajo se hace una revisión jurisprudencial y normativa frente a los fundamentos de los mecanismos alternativos, resaltando la importancia de que los Estados generen nuevas herramientas jurídicas para la resolución de conflictos, enfatizando en que el tratamiento de estas figuras jurídicas debe abordar directamente un análisis del conflicto social concreto, de tal forma que lo jurídico y lo socio-jurídico encuentren un puente indisoluble.

Para finalizar, el profesor Pedro González Sevillano nos presenta un artículo que reflexiona sobre los contrastes dados en los quinientos años de la presencia afrodescendiente en el pacífico colombiano, presentando un recorrido histórico por la conquista y sometimiento del imperio inca y rescatando una postura invisibilizada, como lo es, que para llegar al Perú, los españoles tuvieron que recorrer primero la costa pacífica colombiana y ecuatoriana. El autor recrea de forma detallada y crítica, los sucesos de aquel momento de nuestra historia y la incidencia de la presencia de la población afro-descendiente en el pacífico, contrastando similitudes y diferencias de los procesos históricos que determinaron el descubrimiento del Pacífico americano y del asiático, es justamente esa versión aún no contada, la que enmarca este capítulo. Un texto rico en importancia social, que indaga en aspectos históricos claves para comprender dimensiones socio-jurídicas de gran importancia en nuestra región.

Agradecemos a todos los que han hecho posible la publicación de esta primera edición, en primer lugar, al Rector Carlos Andrés Pérez, por el respaldo y liderazgo institucional, y al Vicerrector Arturo Hernán Arenas, por su disposición y apoyo en todas las iniciativas académico-investigativas de nuestra Facultad. Asimismo, a todos los miembros de la Facultad de Derecho, directivos, docentes, egresados y estudiantes, que en su paso por la Facultad han contribuido de diversas formas con el propósito colectivo de sacar adelante este libro y con el deseo de retomar el ambicioso proyecto de posicionar una colección. Finalmente, a la Editorial USC por su valioso acompañamiento y por la calidad editorial de este libro y, por supuesto, a los autores por su compromiso con la investigación, quienes con sus contribuciones, enriquecen el quehacer jurídico.

Diego Fernando Tarapués Sandino
Decano de la Facultad de Derecho

Adriana María Buitrago Escobar
Coordinadora del Centro de Estudios e Investigaciones en Derecho, CEIDE

Universidad Santiago de Cali
Septiembre de 2016

RELACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN INTERNACIONAL AMBIENTAL DE PROTECCIÓN DE HUMEDALES Y EL RÉGIMEN DE CAMBIO CLIMÁTICO

Yilly Vanessa Pacheco

Introducción

Este capítulo se deriva de la ponencia “Análisis del régimen internacional ambiental sobre protección de humedales y cambio climático”, presentada por la autora durante el II Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional [REDCOLDI].

Los ecosistemas de humedales son sistemas naturales que desarrollan importantes funciones ecológicas, sociales y culturales. Su protección jurídica, a nivel internacional, se consagra específicamente en el régimen conformado por la Convención Ramsar y las resoluciones de la Conferencia de las Partes [COP]. No obstante, debido a la interconexión de bienes ambientales, como los recursos hídricos, la biodiversidad y el sistema climático, es posible articular también otras normas de derecho internacional ambiental, que en esencia corresponden a regímenes internacionales específicos, pero que resultan complementarios a la protección de humedales, entre ellos, el régimen de cambio climático.

Los humedales son considerados parte vital de la infraestructura natural que se requiere para afrontar el cambio climático. En efecto, la degradación y pérdida de humedales agudiza el cambio climático y hace que las personas sean más vulnerables a su impacto: inundaciones, sequías y hambruna. Muchos tipos de humedales desempeñan un importante papel en el almacenamiento de carbono, por lo que son especialmente vulnerables al impacto del cambio climático y, al mismo tiempo, las perturbaciones humanas en esos sistemas de humedales pueden causar enormes emisiones de carbono. De igual forma, muchas respuestas normativas al cambio climático, encaminadas a aumentar el almacenamiento y las transferencias de agua, así como la generación de energía, pueden tener un impacto nocivo en los humedales, si se aplican de forma deficiente (Secretaría de la Convención de Ramsar, 2011).

Por lo anterior, en este capítulo se presenta: en primer lugar, el estudio teórico y conceptual del régimen internacional ambiental; luego se analiza el régimen internacional para la protección de humedales; y por último, se establece su relación con el régimen de cambio climático.

Metodología

La presente investigación, de tipo cualitativo, constituye un trabajo interdisciplinario en las ciencias sociales, ya que a la luz de la teoría de regímenes internacionales se realiza la interpretación de normas ambientales internacionales sobre protección de humedales y su relación con otras normas del sistema, como la Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

En ese sentido, el método empleado es el hermenéutico, propio de las denominadas *ciencias histórico-hermenéuticas*, en las que el sentido de validez del conocimiento se adquiere, no a partir del control sistemático de hipótesis –como ocurre en las ciencias empírico analíticas–, sino por la interpretación de textos (Habermas, 1973, p.68). Así, en el desarrollo de esta investigación ha sido necesario interpretar fuentes documentales primarias, como las normas internacionales para la protección de los ecosistemas de humedales: la Convención Ramsar, la Declaración de Estocolmo, la Declaración de Río, el Convenio de Diversidad Biológica, la Convención de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, las Resoluciones de la Conferencia de las Partes de Ramsar; y fuentes documentales secundarias, como la doctrina sobre teorías de los regímenes internacionales.

La teoría del régimen internacional ambiental

Los regímenes internacionales son definidos como el conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión donde convergen las expectativas de los actores en el sistema internacional (Krasner, 1983, citado por O'Neill, 2009). Por principios se entienden creencias de hecho, causas y rectitud; por normas, los estándares de comportamiento definidos en términos de derechos y obligaciones; por reglas, las prescripciones específicas para la acción; y por procedimientos de toma de decisión, las prácticas prevalentes para hacer e implementar la elección del colectivo (Krasner, 2006).

Los regímenes también pueden ser entendidos como las reglas de juego acordadas por los actores del sistema internacional (usualmente Estados-Nación), delimitando, para esos actores, la legitimidad o admisibilidad de su comportamiento en un contexto específico (Rittberger, 1995 citado por O'Neill, 2009). En otras palabras, los regímenes internacionales constituyen el entramado normativo y jurídico que orienta la conducta de los actores en el sistema internacional.

Otros autores como Porter y Welsh Brown (1996) han definido los regímenes como un sistema de normas y reglas que están especificadas en acuerdos multilaterales celebrados entre varios Estados para regular acciones nacionales sobre un tema específico o sobre un conjunto de asuntos interrelacionados. Muchos regímenes adquieren la forma de un acuerdo vinculante o de otro instrumento legal, por lo que usualmente son más efectivos.

Acorde con O'Neill (2009), los regímenes internacionales desarrollan diferentes funciones:

- Desde una perspectiva institucionalista, las reglas y las prácticas contenidas en ellos reducen los costos de las transacciones asociadas con la cooperación internacional, pues crean un foro en el cual los Estados pueden llegar a consenso sobre temas de interés común, y acordar entre ellos unas reglas multilaterales. Sin embargo, no contienen mecanismos sancionatorios formales para quienes infringen las normas.
- Desde una perspectiva más constructivista, el proceso de creación del régimen y su consolidación a través del tiempo generan la construcción de roles de los Estados, quienes tienden a crear mayor cooperación en el sistema internacional.
- Desde una perspectiva realista, los foros se consideran un excelente espacio para el ejercicio del poder y para reafirmar o cambiar el balance de poder entre los jugadores clave. Un ejemplo de ello es la Convención de Diversidad Biológica y la disputa sobre si la biodiversidad es propiedad soberana de los Estados o si es patrimonio común de la humanidad.

En materia ambiental, Okereke (2008) sostiene que los regímenes tienen funciones distributivas que incluyen: garantizar el acceso a los recursos y bienes comunes globales; definir los derechos de propiedad en las disputas entre usuarios; determinar las reglas internacionales de comercio; tener responsabilidades compartidas; y confirmar los derechos y privilegios básicos en materia ambiental.

Ahora bien, en relación con el derecho internacional, Urrutia (2010, pp. 602-603) plantea que:

(...) El derecho internacional ambiental moderno se desarrolla predominantemente a través del establecimiento y la evolución de regímenes internacionales altamente dinámicos conformados sobre la base de tratados ambientales multilaterales (“Multilateral Environmental Agreements”), en donde se regulan áreas y problemas ambientales específicos. Se trata de instrumentos de carácter más o menos general –a veces llamados acuerdos constitutivos o tratado marco–, a los cuales se

irán agregando en forma progresiva subsecuentes instrumentos, tanto vinculantes, como no vinculantes, que los complementan y desarrollan: protocolos, anexos, decisiones de las partes, códigos de buena conducta, directrices y otros instrumentos de “soft law”. De esta forma se va construyendo un régimen jurídico multilateral que, a partir de ciertas obligaciones fundamentales recogidas en instrumentos de carácter obligatorio, tiene la capacidad de evolucionar dinámica y gradualmente en el tiempo, sobre la base de la evidencia científica acerca del problema ambiental que constituye su objeto y de acuerdo con las opciones políticas y técnicas del momento.

Así, la creación de regímenes internacionales se ha constituido en la manera más adecuada de asumir las cuestiones concernientes al medio ambiente en el marco de la cooperación entre Estados. Según O’Neill (2009) existen más de 140 y se destacan: el Régimen de cambio climático, el Régimen de diversidad biológica, el Protocolo de seguridad biológica de Cartagena. Todos ellos contienen los principios, normas y reglas que orientan el comportamiento de los actores: Estados, organizaciones internacionales, sociedad civil, empresas, etc.

En todo caso, los regímenes internacionales crean obligaciones jurídicamente vinculantes a los gobiernos que voluntariamente participaron en su construcción o se adhirieron a ellos, y tal como lo plantea Joyner (2004) los Estados heredan ciertas normas al aceptar el instrumento multilateral, las cuales deben reflejarse en los principios y normas de su legislación interna.

Ahora bien, los principios en el derecho internacional ambiental también se consideran parte del régimen, desempeñan un importante papel, pues: indican las características esenciales del derecho de protección al medio ambiente y sus instituciones; guían la interpretación de las normas legales; constituyen normas fundamentales; y fortalecen el derecho positivo (Kurukulasuriya & Robinson, 2006).

Los principios aparecen consagrados en diversas declaraciones, tratados, convenciones, convenios y protocolos que integran el derecho internacional ambiental, así como en tratados de carácter regional y normas nacionales, como las constituciones y la legislación interna de los Estados.

Así mismo, la doctrina ha identificado una distinción entre principios sustantivos y principios procedimentales del derecho internacional del medio ambiente. Los primeros, centrados en el resultado, incluyen: soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daños al medio ambiente de otros Estados; buena vecindad y obligación de cooperar; desarrollo sostenible; responsabilidad común pero diferenciada; y quien contamina paga (Barreira, Ocampo, & Recio 2007). Como

principios procedimentales se entienden, los de: prevención; precaución; y notificación previa, consulta y obligaciones de negociación (Barreira et al., 2007).

Se destacan igualmente los principios de: *eticismo* y solidaridad; enfoque sistémico; participación pública, interdisciplinariedad; protección, mejora, defensa y restauración de la biósfera; uso racional del medio; coordinación de actuaciones; ordenamiento ambiental; calidad de vida; cooperación internacional (Pigretti citado por Cafferata, 2004); precaución; prevención; conservación; restauración efectiva; corresponsabilidad y responsabilidad diferenciada; subsidiariedad; diversidad estratégica normativa; exigencia de la mejor tecnología disponible; primacía de la persuasión sobre la coacción; realidad; vecindad; igualdad; responsabilidad y reparación de daños ambientales; evaluación de impacto ambiental; participación ciudadana; internalización de acciones ambientales, entre otros (Biblióni citado por Cafferata, 2004).

Los principios básicos del derecho ambiental: prevención, reducción y control de la contaminación (Brotóns, 1997), se reflejan en múltiples instrumentos adoptados multilateralmente, entre ellos, la Convención de Ramsar.

Henoa (2010) manifiesta que el derecho al ambiente sano es absolutamente indispensable para el goce efectivo de otros derechos como la vida misma e incorpora dos principios más: solidaridad y humildad.

De la solidaridad, se puede decir que es el fundamento de todos los derechos colectivos, entre ellos el ambiente. Se trata de una relación entre seres humanos que no se limita a las actuales generaciones, sino que comprende a las futuras, y que parte, sobre todo, de la noción de justicia. Por ello, el mantenimiento en condiciones óptimas del entorno, además de ser necesario para la generación actual, es indispensable para los descendientes (Henoa, 2010). Comprendida en este sentido, la solidaridad, como principio, se expresa en otros como el principio del desarrollo sostenible, consagrado en el régimen a través de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Pacheco, 2014).

El segundo principio propuesto por Henoa (2010), el de humildad, obliga a una reflexión acerca del ser humano quien, en todo caso, tiene que superar un antropocentrismo exacerbado y un individualismo irresponsable y radical (Pacheco, 2014). La vida humana es imposible si no se relaciona con su entorno. Los alimentos devienen de los ecosistemas, los afectan e influyen en ellos. Para los ecosistemas, las personas son relevantes en la medida en que los perturban, pero no son relevantes para subsistir. La humildad obliga a aceptar que los seres humanos son dependientes de la naturaleza y no al revés (Henoa, 2010). Desde el principio de la humildad, se concibe que la relación con el entorno ambiental tiene la potencialidad de destruir a la especie humana. Asimismo, el debate en torno a los derechos de otros seres vivos –

diferentes de los humanos– y sus descendientes se deriva precisamente del principio de la humildad.

Finalmente, la estrecha relación entre el derecho internacional ambiental y el derecho internacional de los derechos humanos, por el reconocimiento del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano, supone complementariedad¹, sin implicar ninguna contradicción o prevalencia para la comprensión de la protección jurídica del medio ambiente (AIDA, 2008). En ese sentido, a la luz de la teoría de los regímenes internacionales, en materia ambiental éstos se comportan, no sólo las normas directamente relacionadas con la protección del medio ambiente, sino también las relativas a los derechos humanos.

La importancia de las normas del régimen se explica en razón a que los Estados, en virtud de los compromisos adquiridos en el sistema internacional a través de los tratados, deben adoptar en sus legislaciones internas los principios y valores emanados del régimen.

El régimen internacional de protección de humedales

En principio, el régimen internacional para la protección de humedales se construye a partir de las normas, instituciones, principios y procedimientos consagrados en la Convención de Ramsar (1971) y las resoluciones de las Conferencias de las Partes [COP]. No obstante, desde una perspectiva sistémica, también hacen parte del Régimen los demás instrumentos normativos afines, como son: las Declaraciones de Estocolmo (1972) y de Río (1992), el Convenio de Diversidad Biológica (1992), la Convención de CITES (1973²) y, por supuesto, la Convención sobre Cambio Climático (1992).

La Convención Ramsar, que en principio tiene por objeto proteger los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, es la expresión del consenso de los Estados sobre el reconocimiento de:

- la interdependencia del hombre y su medio ambiente;
- las funciones ecológicas de los humedales como hábitat de fauna y flora, especialmente aves acuáticas;

¹ En virtud del principio de interrelación e interdependencia que caracteriza a los derechos humanos, se predica hoy en día que todos ellos –sean civiles y políticos, económicos, sociales y culturales o colectivos– son indivisibles, interrelacionados e interdependientes, pues el avance de uno facilita el avance de los demás, y en caso contrario, la privación de uno afecta negativamente a los demás (Salvioli & González, 2012). Esta connotación trasciende la tradicional clasificación de los derechos humanos en generaciones, en la cual, el derecho al medio ambiente –junto con el derecho al desarrollo, a la paz, al patrimonio común de la humanidad, a la seguridad alimentaria, entre otros– era considerado de tercera generación (Dellutri, 2008).

² Enmendada en 1979 y 1983.

- la importancia cultural, científica, recreativa y económica de los ecosistemas de humedales;
- la existencia de recursos ambientales transnacionales, como son las aves acuáticas; y
- la necesidad de armonizar las políticas de prevención nacionales en consonancia con lo dispuesto en el orden internacional para la conservación de los humedales y de su flora y fauna.

En efecto, dicho reconocimiento motiva, no solo el diseño del instrumento jurídico propiamente dicho, sino también la conducta de los actores, en los niveles interno e internacional, especialmente de los Estados (Pacheco, 2014).

Por otra parte, hasta ese momento histórico la mayoría de los tratados celebrados por los Estados en materia ambiental estaba enfocada en la protección del medio ambiente por cuestiones fronterizas bilaterales o, en algunos casos, regionales (Pastrana & Pacheco, 2010). Por ello, políticamente Ramsar representa el primer tratado de alcance multilateral celebrado a inicios de la década de los 70, que inclusive, puede considerarse, sirve de fundamento axiológico a la posterior Declaración de Estocolmo de 1972, catalogada como el primer instrumento de derecho internacional ambiental, y a la Declaración de Río de 1992, así:

Tabla 1. Principios del régimen ambiental internacional. Relación entre: Declaración sobre Medio Ambiente Humano, Declaración sobre el Medio Ambiente y Desarrollo y Convención Ramsar (Pacheco, 2014)

Convención de Ramsar (Irán, 1971)	Declaración sobre Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972)	Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992)
Reconocimiento de la interdependencia del hombre y su medio ambiente	Reconocimiento al medio ambiente como el proveedor del sustento material que le brinda la oportunidad al hombre de desarrollarse intelectual, social y espiritualmente	Reconocimiento de la interdependencia entre el hombre, la paz y el medio ambiente (Principio 25).
Intención de impedir, ahora y en el futuro, las progresivas intrusiones en y la pérdida de humedales (Preámbulo)	Principio de preservar para las generaciones presentes y futuras los recursos naturales, incluida el agua (Principio 2).	Derecho al desarrollo que responde equitativamente a las necesidades ambientales y de desarrollo de las generaciones presentes y futuras (Principio 3)
Protección de humedales como hábitat de una fauna y flora características, especialmente de aves acuáticas (Preámbulo).	Responsabilidad de preservar el patrimonio de la flora y fauna silvestre y su hábitat (Principio 4).	Aplicación del principio de precaución para proteger el medio ambiente y reducir la degradación ambiental (Principio 15).
Principio de uso racional de los humedales (Art. 3).	Empleo racional de los recursos no renovables de la tierra para evitar su futuro agotamiento (Principio 5).	
Fomento de la investigación para la conservación de los humedales (Art. 4.3).	Fomento de la investigación y desarrollo científico sobre problemas ambientales nacionales y multinacionales (Principio 20).	Incremento e intercambio del saber científico y tecnológico, y transferencia de tecnología (Principio 9).

Convención de Ramsar (Irán, 1971)	Declaración sobre Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972)	Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992)
Programas de la Convención sobre Comunicación, Educación, Concienciación y Participación – CECOP, a fin de fomentar la conservación y el uso racional de los humedales (Resolución X.8 COP 10).	Educación en cuestiones ambientales dirigida a individuos jóvenes, adultos, empresas, colectividades, comunidades vulnerables, etc. (Principio 19). Desarrollo del derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales (Principio 22).	Sensibilización y participación de la población, acceso a la información sobre medio ambiente, participación en procesos de toma de decisiones (Principio 10). Inclusión de jóvenes, mujeres, comunidades indígenas para el desarrollo sustentable y la ordenación del medio ambiente (Principios 20 y 22). Respeto y desarrollo del Derecho Internacional Ambiental (Principios 24 y 27).

En el caso de Ramsar, se destaca el principio de “Uso racional”, creado con la Convención, contenido en los preceptos normativos de sus artículos 2, 3 y 6, posteriormente desarrollado en las resoluciones emitidas por las Conferencias de las Partes. Este principio está definido como el mantenimiento de las características ecológicas de los humedales, logrado mediante la implementación de enfoques por ecosistemas, dentro del contexto del desarrollo sostenible, como se expresa en la Declaración de Changwon (Ramsar, 2008).

Este principio de “Uso racional” se articula con el de “Desarrollo Sostenible/Sustentable”, contenido en la posterior Declaración de Medio Ambiente y Desarrollo. En efecto, a fin de alcanzar el desarrollo sostenible/sustentable, la protección del medio ambiente debe constituir parte integral del proceso de desarrollo (Principio 4), y el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades –de desarrollo y ambientales– de las generaciones presentes y futuras (Principio 3).

Con relación a los procedimientos de toma de decisiones, la Convención, en su artículo 7 señala expresamente que “las Partes Contratantes representadas en una Conferencia tendrá un voto, y las recomendaciones, resoluciones y decisiones se adoptarán por mayoría simple de las Partes Contratantes presentes y votantes.” No obstante, en la gestión del recurso hídrico, los mismos Estados han insistido en que para la conservación y el uso racional de los humedales se implementen sistemas de gobernanza multinivel, en los niveles locales, regionales y nacionales, con los distintos actores, así como la cooperación internacional, de tal manera que contribuyan efectivamente al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo (Ramsar, 2008). Sobre este último punto, la cooperación internacional se entiende también con actores

de la academia, puesto que se requieren organismos internacionales competentes que preparen informes y estadísticas sobre asuntos de naturaleza esencialmente internacional que tengan relación con los humedales (Art. 6).

Régimen de cambio climático y su relación con la protección de humedales

El cambio climático constituye, para muchos, el desafío más importante del sistema de Naciones Unidas y uno de los mayores problemas ambientales contemporáneos. El fenómeno exhibe varias de las complejidades que informa transversalmente el derecho internacional ambiental moderno: la gobernanza mundial del medio ambiente; la equidad intrageneracional e intergeneracional; la existencia o aplicación del principio precautorio; y, en particular, las dificultades que existen para alcanzar acuerdos multilaterales y eficaces sobre los bienes comunes a toda la humanidad o *global commons* (Urrutia, 2010).

En efecto, como respuesta a este desafío, la comunidad internacional ha dado lugar a la creación del régimen internacional del cambio climático, conformado por dos instrumentos obligatorios: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Protocolo de Kioto.

De acuerdo con Urrutia (2010), a los anteriores instrumentos se agregan las múltiples decisiones de las Partes, que si bien en principio no son obligatorias, su estatus jurídico es bastante discutido y en la práctica deberá calificarse según la decisión de que se trate, y sin perjuicio de que, muchas veces, en la práctica operan de facto como tales. De ahí que el régimen internacional de cambio climático sea considerado uno de los más amplios y de mayor complejidad en los sistemas de gobernanza en materia ambiental, y uno de los más importantes políticamente en las instituciones internacionales ambientales (Oberthür & Gehring 2006).

Desde la perspectiva del régimen internacional, las normas y principios contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático [UNCC], relacionados específicamente con los cuerpos hídricos continentales y costeros, se suman al régimen internacional de protección de humedales.

En efecto, los humedales son parte vital de la infraestructura natural que se requiere para afrontar el cambio climático. Muchos tipos de humedales desempeñan un importante papel en el secuestro y almacenamiento de carbono, por lo que son especialmente vulnerables a los impactos del cambio climático; al mismo tiempo, las perturbaciones humanas en esos sistemas de humedales pueden causar enormes emisiones de carbono. Ciertamente la degradación y pérdida de humedales agudiza el cambio climático y hace que las personas sean más vulnerables a sus impactos, como las inundaciones, las sequías y la hambruna (Secretaría de la Convención de Ramsar, 2010).

Desde el punto de vista normativo se evidencia una falta de incorporación de los humedales en las estrategias, procesos y mecanismos internacionales y nacionales de respuesta al cambio climático. Ello implica, además, una desarticulación entre los organismos afines, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica [CDB], el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente [PNUMA], el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO], el Banco Mundial [BM], la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [CMNUCC] y el Intergovernmental Panel on Climate Change [IPCC].

Ante esta situación, la Resolución X.24.45 de Ramsar (2008) conmina a los Estados Parte para que a nivel nacional se promueva la colaboración entre los coordinadores de los acuerdos sobre medio ambiente para apoyar la aplicación de dicha resolución, en aras de aplicar, en forma eficiente, las respuestas normativas al cambio climático encaminadas a aumentar el almacenamiento y las transferencias de agua, y la generación de energía (Ramsar, 2008, Resolución X.24.50).

Conclusiones

El régimen internacional integra el conjunto de normas, instituciones, prácticas y organismos que orientan la conducta de los actores estatales y no estatales en el sistema internacional. Ellos son esenciales para el funcionamiento de las estructuras de gobernanza y la cooperación entre los actores. En materia ambiental, los regímenes internacionales abordan problemas asociados con bienes ambientales comunes, compartidos por los Estados, como el sistema climático, la atmósfera, la biodiversidad, el sistema hidrológico, entre otros.

La protección de los ecosistemas de humedales, a nivel internacional, está contenida en las normas de la Convención Ramsar (1971) y las resoluciones de las Conferencias de las Partes, a través de las cuales se ha venido actualizando los lineamientos para la aplicación efectiva de la Convención, de acuerdo con las nuevas realidades ambientales y sociales. Este conjunto de normas integra el régimen internacional de protección de humedales, al cual se suman las normas de derecho internacional ambiental afines, contenidas en las Declaraciones de Estocolmo sobre medio ambiente humano (1972) y la Declaración de Río (1992).

La lucha contra el cambio climático representa un desafío global para los Estados, pues trasciende la capacidad individual de acción de cada uno de ellos y exige su cooperación a nivel internacional. En ese contexto, se ha conformado el régimen internacional de cambio climático, considerado uno de los más sólidos y de mayor importancia a nivel internacional.

En la actualidad, los humedales son considerados ecosistemas estratégicos que representan el hábitat, no solo de aves acuáticas, sino también de múltiples especies de flora y fauna. Ello implica que de la existencia de estos ecosistemas depende la biodiversidad que albergan, por lo cual la protección de los humedales está ligada a la protección de la biodiversidad. Por otra parte, dadas sus características y propiedades técnicas, los humedales representan un elemento esencial en la lucha contra el cambio climático, sin embargo, no ha habido en el plano internacional un instrumento jurídico vinculante que contenga la visión integral de la protección de humedales, la lucha contra el cambio climático y la conservación de la biodiversidad, por lo cual se requiere que, desde el punto de vista jurídico e institucional, se generen instrumentos integrales y sinergias entre las organizaciones internacionales y nacionales para la aplicación efectiva de las normas del régimen.

Referencias

- Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente [AIDA]. (2008). *Guía de defensa ambiental: construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el sistema interamericano*. México, DF: AIDA
- Barreira, A., Ocampo, P., & Recio, E. (2007). *Medio ambiente y derecho internacional: una guía práctica*. Madrid, España: Obra Social Caja Madrid.
- Brotóns, A. (1997). *Derecho internacional*. Madrid, España: McGraw-Hill.
- Cafferata, N. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. México, DF: INE/SEMARNAT/PNUMA.
- Convención de Ramsar (1971). *Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas*. Recuperado de: http://archive.ramsar.org/cda/es/ramsar-documents-texts/main/ramsar/1-31-38_4000_2__
- Convención de Ramsar - COP10 (2008). *Declaración de Changwon: Humedales Sanos, Gente Sana*. Recuperado de: http://archive.ramsar.org/pdf/cop10/cop10_changwon_spanish.pdf
- Convención de Ramsar - COP 10 (2008). *Resoluciones de la 10a. Reunión de la Conferencia de las Partes*. Recuperado de: http://archive.ramsar.org/cda/es/ramsar-documents-recom-resolutions-of-10th/main/ramsar/1-31-110%5E21247_4000_2__
- Convención sobre el comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre (1973). Washington, DC: CITES. Disponible en: <https://cites.org/sites/default/files/esp/disc/CITES-Convention-SP.pdf>
- Dellutri, R. (2008). El derecho humano al medio ambiente: el caso de los pueblos autóctonos. *American University International Law Review*, 24(1), 73-101.
- Habermas, J. (1973). Conocimiento e interés. *Ideas y Valores*, 42-45(1), 61-76.
- Henoa, J. (2010). El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 16, 573-601. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2010/pr/pr38.pdf>
- Joyner, C. (2004). Rethinking international environmental regimes: What role for partnerships coalitions? *Journal of International Law and International Relations*, 1(1-2), 89-120.
- Krasner, S. (2006). Structural causes and regime consequences: Regimes as intervening variables, En: S. Beth., y R. Steinberg (Eds.). *International law and international relations* (pp. 3-18). Cambridge, MA: Cambridge University.
- Kurukulasuriya, L. & Robinson, N. (Eds.). (2006). *Training manual on international environmental law*. New York, NY: United Nations Environmental Program.

- O'Neill, K. (2009). *The environment and international relations*. Cambridge, UK: Cambridge University.
- Oberthür, S. & Gehring, T. (Eds.). (2006). *Institutional interaction in global environmental governance*. Cambridge, MA: MIT.
- Okereke, C. (2008). *Global justice and neoliberal environmental governance: Ethics, sustainable development and international cooperation*. Abingdon, UK: Taylor & Francis.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1972). *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* [A/CONF.48/14/Rev.1] [Declaración de Estocolmo]. Recuperado de: <http://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1992). *Convenio de la diversidad biológica*. Recuperado de: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Recuperado de: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). Convención sobre el cambio climático [FCCC/INFORMAL/84]. Recuperado de: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (1998). Protocolo de Kyoto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático [FCCC/INFORMAL/83]. Recuperado de: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>
- Pacheco, Y. (2014). *Gobernanza ambiental y protección de humedales: estudio de caso en el humedal Timbique, municipio de Palmira. Periodo 2011-2013* [tesis]. Universidad Santiago de Cali: Colombia.
- Pastrana, E. & Pacheco, Y. (2010). La convención Ramsar a lo largo del eje local-global: protección de humedales en el Valle del Cauca. *Papel Político*, 15(2), 573-616.
- Porter, G. & Welsh, B. (1996). *Global environmental politics* [2a ed.]. Boulder, CO: Westview.
- Salvioli, F. & González, J. (2012). Derechos humanos, terrorismo y políticas públicas. En: *Terrorismo, cuerpos de seguridad y derechos humanos* (pp. 35-158). Bogotá, Colombia: Policía Nacional.
- Secretaría de la Convención de Ramsar (2010). *Uso racional de los humedales: Conceptos y enfoques para el uso racional de los humedales. Manuales Ramsar para el uso racional de los humedales* [4ª ed., vol. 1]. Gland, Suiza: Secretaría de la Convención de Ramsar.
- Urrutia, O. (2010). El régimen jurídico internacional del cambio climático después del Acuerdo de Copenhague. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34, 597-633.

EL JURAMENTO ESTIMATORIO COMO MEDIO PROBATORIO

Héctor H. Hernández Mahecha

Introducción

Se tratará en este texto, que tiene carácter descriptivo, crítico y argumentativo, sobre el juramento, especialmente el deferido y el estimatorio, de conformidad con el Código General del Proceso, Ley 1564/2012. Sobre el juramento estimatorio en particular, se establecerá: el régimen legal; la exequibilidad de las disposiciones que lo regulan; los elementos que debe reunir como prueba; su naturaleza jurídica; los requisitos de existencia, validez y eficacia; el carácter condicional; y la objeción, valoración y sanciones a que ha lugar. Además, se harán algunas consideraciones sobre: el juramento estimatorio en los procesos ejecutivos y en los de rendición provocada de cuentas; el tránsito de la legislación procesal del Código de Procedimiento Civil [CPC] al Código General del Proceso [CGP], en lo relacionado con el juramento estimatorio; su incidencia en la condena en concreto; su compatibilidad con el régimen de las prestaciones mutuas establecido en el Código Civil para algunos procesos; y la posibilidad de que el juez pueda decretar pruebas de oficio.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en tres oportunidades sobre la constitucionalidad del régimen establecido en el Código General del Proceso respecto del juramento estimatorio en las sentencias, C 157, C 279 y C 332 de 2013. Todavía no hay jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el juramento estimatorio, habida consideración de su reciente vigencia. Aunque por la misma causa la doctrina es escasa, se tuvo en cuenta los trabajos de los profesores Marco Antonio Álvarez Gómez (2011), Jaime Azula Camacho (2003), Hernando Devis Echandía (1984), Andrés Prieto Quintero (2012), Miguel Enrique Rojas Gómez (2012) y Edgardo Villamil Portilla (2014), así como la Exposición de motivos del proyecto de Código General del Proceso presentada por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

El juramento como medio probatorio

El juramento es una afirmación o una negación con un testigo especial. Es una manera de afirmar que lo que se dice es cierto, poniendo como garante a alguien que

merece absoluto respeto y credibilidad. El juramento, desde el punto de vista judicial, es “la afirmación solemne que una persona hace ante un juez, de decir la verdad en la declaración que hace” (Devis, 1984, p. 261). El juramento ha tenido, desde sus orígenes, un carácter religioso que aún conserva. Lo usual es jurar poniendo a Dios por testigo de que lo que se afirma es cierto o ante la Biblia o los evangelios. Actualmente se impone lo que podría llamarse un juramento laico, en el sentido de que no se invoca a ninguna deidad ni a ningún símbolo religioso, sino que se afirma solemnemente que se va a decir la verdad. La palabra “juramento” ha reemplazado a la deidad o al símbolo religioso y basta con decir que “se jura decir la verdad” o que “lo que se va decir es cierto bajo la gravedad del juramento”.

Desde el punto de vista jurídico, se pueden considerar cuatro clases de juramento: juramento solemnidad o ceremonial, juramento decisorio, juramento deferido y juramento estimatorio.

El juramento solemnidad o ceremonial es una promesa de decir la verdad. Se utiliza en actividades políticas, religiosas, judiciales y administrativas, de carácter público o privado. La toma de posesión de un cargo de carácter público o privado, como la Presidencia de la República, una alcaldía, una magistratura o la gerencia o presidencia de una empresa, implica un juramento con el cual, quien asume el cargo promete afirma, bajo la gravedad del juramento, que cumplirá fielmente sus deberes.

En las actividades judiciales los demandantes y los demandados, al responder el interrogatorio de parte, deben prestar juramento (Artículo 203, inciso 1), así como los testigos antes de rendir su testimonio (Artículos 220, inciso 2 del CGP; y 383 del CPP); los peritos en la audiencia, a la que deben comparecer en el caso de contradicción del dictamen, responderán bajo la gravedad del juramento las preguntas que se les haga sobre su idoneidad, imparcialidad y el contenido del dictamen (Artículos 228 del CGP; y 405 y 417 del CPP).

En algunos casos se ordena expresamente que la declaración se reciba sin juramento, por ejemplo: a los menores de edad cuando rinden testimonio (inciso 2 del artículo 220 del CGP); y a las partes en el interrogatorio de parte, cuando se les haga preguntas cuyas respuestas puedan conllevar responsabilidad penal (inciso 5 del artículo 202 del CGP).

El juramento ceremonial o solemnidad conlleva, como ya se dijo, la promesa de decir la verdad, pero al mismo tiempo implica una forma de coerción lícita, en el sentido de que si se llegare a faltar a la verdad en la declaración rendida, habrá lugar a las sanciones penales establecidas en la ley para el falso testimonio (Art. 442 C.P). De hecho el juez, al tomar el juramento a los testigos, debe hacer la advertencia sobre la responsabilidad penal por el falso testimonio (Art. 220 del CGP).

Faltar a la verdad cuando se hace afirmaciones ante el juez, sin la solemnidad del juramento, puede tener implicaciones distintas a las del falso testimonio. En el CGP se establece que la afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, en la contestación de la demanda, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda (Art. 97 del CGP) y conforme al artículo 79 del CGP, se presumirá que ha existido temeridad y mala fe cuando a sabiendas se alegan hechos contrarios a la realidad o se aducen calidades inexistentes.

El juramento ceremonial o solemnidad no es un medio probatorio en las actividades judiciales, es un instrumento con el cual se pretende que algunos medios probatorios –declaración de parte, confesión, testimonio, dictamen pericial–, tengan un mayor grado de eficacia.

El juramento decisorio, el segundo de los tipos de juramento citados, no está contemplado en nuestro régimen probatorio. Se trata de la posibilidad de que el juez llame a las partes –o a alguna de ellas– para que rinda juramento sobre unos hechos y dicte su sentencia con base en ese juramento.

Por otra parte, hay juramento deferido cuando el legislador autoriza a una persona para que haga una declaración o manifestación con consecuencias jurídicas, oralmente o por escrito, bajo la gravedad del juramento. El artículo 207 del CGP establece que “el juramento deferido tendrá el valor que la ley le asigne”. Es un medio de prueba, según el cual, el sólo hecho de hacer la afirmación o negación bajo juramento, en un escrito u oralmente, implica que lo dicho es cierto y el juez debe tenerlo como tal. Deferir significa adherir, se entiende que el juez, en el caso del juramento deferido, adhiere a lo dicho por quien lo presta, sin ninguna otra consideración.

No son muchos los casos de juramento deferido contemplados en el CGP, se pueden citar los siguientes: al agente oficioso, según el artículo 57, le bastará firmar bajo juramento, que se entenderá prestado por la presentación de la demanda o la contestación, que actúa a nombre de una persona que se encuentra ausente o impedida para presentar o contestar la demanda; quien solicite amparo de pobreza deberá afirmar, de acuerdo con el artículo 152, que se no se halla en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos; el perito al rendir el dictamen, de conformidad con el artículo 226, deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen, que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional; los informes de las entidades públicas y privadas que constituyan prueba, de conformidad con el artículo 275 deben presentarse bajo la gravedad del juramento; y en el proceso monitorio, artículo 420, el demandante deberá manifestar bajo juramento que no tiene soportes documentales de la obligación contractual.

El juramento deferido obra como una especie de presunción a favor de quien lo hace y surte sus efectos, en el sentido de que lo afirmado se considera cierto mientras no obre prueba en contrario. El hecho indicador de la presunción, que es la afirmación hecha bajo juramento, tiene el carácter de especial, puesto que es un acto voluntario de quien se privilegia con ella. Se justifica como todas las presunciones de hecho, por: una consideración probabilística, en el sentido de que lo más probable es que lo dicho sea cierto; por una consideración evaluativa en el sentido de que es más grave no aceptar lo dicho; y por una consideración procesal, en el sentido de que evidentemente lo afirmado es difícil o casi imposible de probar. Basta repasar los ejemplos para darse cuenta de ello (Kelsen, Fuller, & Ross, 2003).

El juramento estimatorio, como se dirá más adelante, es una modalidad de juramento deferido, pero se diferencia en que en éste no hay que dar razones ni justificaciones, basta con afirmar bajo juramento.

Hay un caso especial de juramento deferido en el artículo 10 de la Ley 1561 de 2012 “por la cual se establece un proceso verbal especial para otorgar títulos de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica, sanear la falsa tradición y se dictan otras disposiciones”, que establece que las declaraciones de los literales a) y b) se entenderán realizadas bajo la gravedad del juramento. Se refieren a que en la demanda, el que pretende adquirir por prescripción, mediante el proceso verbal especial previsto en esa ley, deba afirmar que el inmueble no es imprescriptible y que tiene vínculo matrimonial o unión marital vigente, para adjudicar el inmueble a ambos cónyuges. Sin embargo, en el artículo 14 que trata del auto admisorio de la demanda, se ordena que el juez oficie a varias entidades oficiales para verificar sobre la imprescriptibilidad del inmueble, es decir, se presta juramento estimatorio, pero el juez comprueba. La afirmación respecto de la unión marital del demandante constituye, evidentemente, juramento deferido y el juez debe creer lo afirmado, pero respecto del vínculo matrimonial. Como la única prueba válida es el certificado del registro civil, no se ve cómo pueda ser prueba el juramento deferido.

El juramento estimatorio

El juramento estimatorio es la afirmación, bajo la gravedad del juramento, con la cual se da valor a una pretensión de condena de carácter patrimonial, sea indemnización, compensación, mejora o fruto. El profesor Briseño Sierra (1995, p. 1335) afirma que el juramento estimatorio “es el que se defiende con el fin de determinar la cuantía del daño sobre cuyo resarcimiento versa el juicio”.

En el anteproyecto del Código General del Proceso (ICDP, 2003, p. 3), se afirma que:

(...) se le da entidad al juramento estimatorio, que obliga a quien demanda solicitando el reconocimiento de mejoras, frutos, etc., a que obre con sensatez en el monto de la reclamación que hace y a la persona contra la cual se hace valer el juramento, a que especifique razonadamente la inexactitud que le atribuya a la estimación.

El profesor Andres Prieto Quintero (2012) afirma, refiriéndose al juramento estimatorio, quizá sin análisis suficiente, que:

(...) el daño se prueba a partir de una autoestimación de la parte... y sin objeción de la otra parte o sospecha fundada del juez, queda indubitable ese monto, ¿acaso será una verdad más probable la que anuncia el interesado en juicio? Si es un tema de testimonio de parte, se olvida de toda la teoría del testigo sospechoso. Igual prédica para los cambios en la declaración de parte en el proceso, pues cada uno de los litigantes, partir de sus propias afirmaciones, se hará su propia prueba.

Régimen legal del juramento estimatorio

En el régimen nacional colombiano, el juramento estimatorio está consagrado en varias disposiciones normativas, la principal, el artículo 206 del CGP, que está vigente por mandato expreso de su artículo 627, desde el 12 de julio de 2012. Las otras disposiciones normativas en las que se trata del juramento estimatorio son: el artículo 82, que lo considera requisito de la demanda; el artículo 96, que lo considera requisito de la contestación de la demanda; el artículo 379, como requisito de la demanda del proceso de rendición provocada de cuentas; y el artículo 428 respecto de los procesos ejecutivos por obligaciones de dar cosas muebles distintas de dinero o por la ejecución o no ejecución de un hecho. De conformidad con el artículo 627 del CGP, estas disposiciones entran en vigencia con la totalidad del Código, pero sobre este asunto se tratará al final de este escrito. El artículo 206 del CGP, Juramento estimatorio, dice:

(...) Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

Exequibilidad de las disposiciones normativas

Tres sentencias de la Corte Constitucional tratan sobre la exequibilidad del artículo 206 del Código General del Proceso, estas son las sentencias: C-157, C-279 y C-332 de 2013.

En la sentencia C-157/2013 la Corte resuelve:

Declarar EXEQUIBLE el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Para fundamentar la decisión la Corte afirmó que “la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones temerarias no es contraria a la Carta” y que “la temeridad

y la mala fe van en clara contravía de la probidad y la buena fe en las que se inspira y funda el Código General del Proceso”. Añade que:

(...) prever una sanción especial, de carácter patrimonial, para el evento en que las pretensiones sean negadas por no haberse demostrado los perjuicios, es un dispositivo normativo que, junto a las previsiones contenidas, entre otros, en los artículos 78, 79, 80, 81 y 86, sí puede ser potencialmente adecuada para desestimar la presentación de pretensiones temerarias. (Sentencia C-157/2013, 6.4.2)

Observa la Corte que, como la norma está redactada de manera indiscriminada y genérica, en la medida en que no hace distinción alguna respecto de las causas por las cuales se puede producir la decisión judicial de negar las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, es necesario considerar, como efectivamente lo hace, varias hipótesis.

El primer escenario hipotético: los perjuicios no se demostraron porque no existieron, se ajusta de manera estricta a la finalidad de la norma, e incluso coincide con el ejemplo que se dio al exponerla en el informe ponencia para primer debate en el Senado de la República.

El segundo escenario hipotético: los perjuicios no se demostraron porque no se satisfizo la carga de la prueba, daba lugar a plantear dos sub escenarios hipotéticos: los perjuicios no se demostraron por el obrar culpable de la parte a la que le correspondía hacerlo y los perjuicios no se demostraron pese al obrar exento de culpa de la parte a la cual le correspondía hacerlo.

(...) si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable. La principal consecuencia es la negación de sus pretensiones, con lo ello lleva aparejado. Pero merced a su propia culpa, tampoco es irrazonable o desproporcionado que se aplique la sanción prevista en la norma demandada. Y es que someter a otras personas y a la administración de justicia a lo que implica un proceso judicial, para obrar en él de manera descuidada, descomedida y, en suma, culpable, no es una conducta que pueda hallar amparo en el principio de la buena fe, o en los derechos a acceder a la justicia o a un debido proceso. (Sentencia C-157/2013, 6.4.3.1, párr. 2 y 3; y 6.4.3.2)

No obstante, si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración. Y es que algunos medios de prueba como el testimonio están sometidos a virtualidades como la muerte del testigo, caso en el cual la prueba se torna imposible; otros medios de prueba, como los documentos, están sometidos a la precariedad del soporte que los contiene, y a los riesgos propios de éste, como el fuego, el agua, la mutilación, el extravío, etc. (Sentencia C-157/2013, 6.4.3.3)

(...) cabe hacer una nueva subdivisión, pues es posible que la contingencia a la que está sometida el medio de prueba haya ocurrido antes de iniciar el proceso, y haya sido conocida por la parte a la que le corresponde la carga de la prueba, o que ésta ocurra en el transcurso del proceso, pero antes de la práctica de la prueba. (Sentencia C-157/2013, 6.4.3.4, párr. 1)

En el primer evento, es evidente la culpabilidad y temeridad de la parte que, pese a conocer que no existen medios de prueba para acreditar la existencia y la cuantía de los perjuicios, en todo caso insiste en presentar pretensiones que a la postre serán negadas por este motivo. Por tanto, en este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada no resulta desproporcionada. (Sentencia C-157/2013, 6.4.3.4, párr. 2)

En el segundo evento, es evidente que se está ante la fatalidad de los hechos, valga decir, ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada. (Sentencia C-157/2013, 6.4.3.4, párr. 3)

En la sentencia C-332/2013 la Corte decide ceñirse a lo resuelto en la Sentencia C-157/2013, respecto del párrafo del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 y a lo resuelto en la Sentencia C-279/2013, respecto del inciso cuarto del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012.

En la sentencia C-279/2013, la Corte hace un análisis de fondo sobre el artículo 206 del CGP para concluir declarándolo “exequible por los cargos examinados en esta sentencia”.

Los cargos del demandante se refieren fundamentalmente a que, para cumplir con la carga procesal de presentar el juramento estimatorio debidamente razonado y desglosado, en la mayoría de los casos se requerirá de un experticia previo; que la norma puede vulnerar el derecho a la administración de justicia respecto de aquellos demandantes que no cuenten con los medios económicos para contratar dicha experticia previa; que el demandado también deberá contar con un experto al realizar la contestación de la demanda para objetar la estimación; que en muchos eventos la estimación razonada de perjuicios o de los frutos solamente será procedente cuando se cuente con la información correspondiente y, en consecuencia, el artículo demandado consagra una carga cuyas consecuencias y sanciones a su incumplimiento o inexactitud resultan desproporcionadas e irrazonables, por lo cual vulnera el derecho a la administración de justicia, el debido proceso y el derecho a la defensa. Para fundamentar su decisión la Corte Constitucional (Sentencia C-279/2013, p. 2) afirmó:

(...) para establecer si la norma demandada vulnera los derechos a la administración de justicia o si simplemente es un desarrollo de la libertad de configuración del legislador en materia procesal civil es necesario analizar fundamentalmente cuatro criterios...

En primer lugar, es necesario que la norma atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros. En este aspecto, esta Corporación ha considerado que los requerimientos relacionados con la presentación de la demanda son cargas procesales que puede válidamente determinar el legislador en los términos predichos con el fin de darle viabilidad a la gestión jurisdiccional y asegurar la efectividad y eficiencia de la actividad procesal (Sentencia C-279/2013, 3.8.2.1):

Las cargas procesales, bajo estos supuestos, se fundamentan como se dijo, en el deber constitucional de colaboración con los órganos jurisdiccionales (art. 95-7 de la C.P.). De allí que sea razonable que se impongan a las partes, incluso en el acceso a la administración de justicia o durante el trámite del proceso, con el fin de darle viabilidad a la gestión jurisdiccional y asegurar la efectividad y eficiencia de la actividad procesal. Esas cargas son generalmente dispositivas, por lo que habilitan a las partes para que realicen libremente alguna actividad procesal, so pena de ver aparejadas consecuencias desfavorables en caso de omisión. Según lo ha

señalado esta Corte en otros momentos, las consecuencias nocivas pueden implicar “desde la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal, hasta la pérdida del derecho material, dado que el sometimiento a las normas procedimentales o adjetivas, como formas propias del respectivo juicio, no es optativo. (Sentencia C-1512/2000)

De allí que la posibilidad de las partes de acudir a la jurisdicción para hacer efectiva la exigencia de sus derechos en un término procesal específico, o con requerimientos relacionados con la presentación de la demanda, - circunstancia que se analizará con posterioridad en el caso de la prescripción y de la caducidad o de las excepciones previas acusadas -, son cargas procesales que puede válidamente determinar el legislador en los términos predichos. (Sentencia C-662/2004)

La finalidad de la introducción del juramento estimatorio en la regulación procesal se mencionó en la ponencia para primer debate en el Senado de la República del Código General del Proceso, en la cual se señaló que “Esta institución permite agilizar la justicia y disuade la interposición de demandas “temerarias” y “fabulosas”, propósitos que claramente se orientan a los fines de la administración de justicia.

En segundo lugar se requiere que la carga vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.). En este caso, la norma establece un procedimiento para la aplicación y contradicción del juramento estimatorio que garantiza el derecho de defensa y al debido proceso y que es muy similar al que analizó la Corte en la sentencia C – 472 de 1995. (Sentencia C-279/2013, 3.8.2.2)

En tercer lugar es necesario que la carga permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.). El juramento estimatorio tiene por objeto precisamente hacer prevalecer la buena fe y la lealtad procesal sobre las formas procesales, otorgándole un valor especial a lo señalado por las partes. Por otro lado, en relación con la realización material de los derechos deben tenerse en cuenta tres (3) circunstancias: (i) la inexistencia de recursos económicos no impide la realización de un juramento estimatorio, pues en caso de requerirse asesoría especializada

se podría solicitar un amparo de pobreza, (ii) la solicitud del amparo de pobreza no implica una demora que pueda concluir en la prescripción o en la caducidad de la acción, pues según lo dispuesto en el artículo 154 del Código General del Proceso la presentación de la solicitud de amparo “*interrumpe la prescripción que corría contra quien la formula e impide que ocurra la caducidad*” y (iii) según los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, la prescripción de la acción puede suspenderse en caso de imposibilidad absoluta de hacer valer un derecho, situación que podría aplicarse en aquellos eventos en los cuales exista imposibilidad temporal y justificada de realizar el juramento estimatorio, con el objeto de hacer prevalecer el derecho sustancial. (Sentencia C-279/2013, 3.8.2.3)

Finalmente, es necesario que la disposición obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas frente a lo cual es necesario destacar que la norma tiene tres (3) partes:

(i) La primera parte se consagra en el inciso primero y desarrolla los aspectos generales del juramento estimatorio, exigiendo su realización cuando se pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras y le otorga mérito probatorio. Sobre este aspecto, el actor señala que en un test de razonabilidad y proporcionalidad se ve sacrificado el derecho a acceder a la administración de justicia, pues la norma demandada estableció una presentación obligatoria de experticios como requisito de procedibilidad para acudir a la justicia ordinaria, sin percatarse que ello desconoce la realidad del país, pues en muchos casos el demandante o el demandado no cuentan con los medios económicos para presentar el juramento estimatorio exigido o para objetarlo.

Sin embargo, la ausencia de recursos económicos no constituye un obstáculo para realizar un juramento estimatorio, pues en la mayoría de los casos es el propio demandante quien conoce el valor de los frutos, las mejoras y los perjuicios y si requiere de asesoría técnica puede solicitar el amparo de pobreza, tal como dispone el artículo 152 del Código General del Proceso, según el cual “el amparo podrá solicitarse por el presunto demandante antes de la presentación de la demanda, o por cualquiera de las partes durante el curso del proceso.

De esta manera, tal como señalan algunos intervinientes, quien pretenda presentar una demanda y considere necesario contar con asesoría especializada para la determinación de los perjuicios puede solicitar el

amparo de pobreza para lograrla, lo cual salvaguarda su derecho a la administración de justicia.

(ii) Los incisos segundo, cuarto y quinto de la norma consagran el procedimiento aplicable al juramento estimatorio: otorga cinco (5) días para aportar o solicitar pruebas; permite al juez decretar pruebas de oficio si aprecia la existencia de injusticia, ilegalidad o fraude; impide el reconocimiento de una suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete y; señala que el juramento estimatorio no será aplicable a la determinación de daños extrapatrimoniales ni cuando el que reclame sea incapaz.

Estos incisos se refieren a aspectos de procedimiento y por ello no afectan el derecho a la administración de justicia, sino que por el contrario, otorgan garantías a las partes y establecen medidas para evitar el fraude y la colusión. De otro lado, la limitación de la condena a lo estimado en el juramento estimatorio es una consecuencia de la seriedad y lealtad que caracterizan a la administración de justicia y a los principios constitucionales de economía, celeridad, eficacia y buena fe que se predicen del ejercicio legítimo de la actividad jurisdiccional, los cuales se hacen extensivos, sin excepción a todos los sujetos que integran la relación jurídico-procesal.

La justicia es uno de los elementos esenciales del Estado y acudir a la misma exige el cumplimiento de cargas mínimas que deben acreditarse antes de poner en marcha el aparato judicial, para evitar que la justicia se utilice para realizar reclamaciones sin sentido, desproporcionadas o fraudulentas, reiterando que “la posibilidad de las partes de acudir a la jurisdicción para hacer efectiva la exigencia de sus derechos en un término procesal específico, o con requerimientos relacionados con la presentación de la demanda, -circunstancia que se analizará con posterioridad en el caso de la prescripción y de la caducidad o de las excepciones previas acusadas-, son cargas procesales que puede válidamente determinar el legislador en los términos predichos”

(iii) Finalmente el inciso cuarto y el parágrafo de la norma establecen sanciones específicas por haber realizado una estimación incorrecta de las pretensiones: del diez por ciento (10%) de la diferencia si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) de la que resulte probada y del cinco por ciento (5%) si las pretensiones fueron desestimadas. La primera sanción se encontraba desde el propio Código

Judicial de 1931 cuyo artículo 625 señalaba que “si la cantidad estimada por el interesado excede en más del doble de la en que se regule, se le condena en las costas del incidente y a pagar a la otra parte el diez por ciento de la diferencia” y fue conservada en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil; mientras que la sanción por desestimación de las pretensiones fue una creación del Código General del Proceso. (Sentencia C-279/2013, 3.8.2.4).

Elementos del juramento estimatorio

¿Quién lo hace? El sujeto proponente de la prueba, que puede ser el demandante o el demandado, el incidentalista o quien conteste el incidente y, en general, quien formule una pretensión de indemnización, compensación, frutos o mejoras. El destinatario, en todos los casos, puesto que se trata de un medio probatorio, es el juez. El contradictor es siempre la otra parte en el proceso o incidente o petición, es la parte contra quien se pretende la condena por indemnización, compensación, frutos o mejoras.

¿Cómo se hace? En términos generales se hace por escrito, puesto que la etapa de información de todos los procesos y de los incidentes se hace de esta manera. Sin embargo, es posible que en el incidente de reparación integral, en los procesos penales, el juramento estimatorio se haga en la audiencia en la cual se formulan las pretensiones de determinación de los valores objeto de las indemnizaciones (Art. 103, Ley 906 de 2004).

De conformidad con el artículo 206 del CGP, el texto con el cual se hace el juramento estimatorio debe mencionar: que se afirma bajo la gravedad del juramento; que se trata de juramento estimatorio; el valor de cada uno de los conceptos, rubros o partidas que componen la indemnización, frutos, mejoras o compensación; el valor total; y las razones que se tuvo en cuenta para cada uno de los valores asignados, exponiéndolos con precisión y claridad.

El juramento estimatorio debe contener las menciones de un dictamen pericial, pero no presentado por un perito sino por el abogado, quien actúa en nombre de su poderdante, sin que sea necesario explicar los experimentos e investigaciones efectuados ni aportar los documentos ni la información utilizados para la elaboración de la valoración, pero sí las razones consideradas para la estimación de cada uno de los valores asignados. De hecho, los abogados deben ser conscientes de que sus conocimientos de juristas no los hacen aptos para hacer valoraciones, por esa razón cualquier escrito que contenga juramento estimatorio debería tener como principal fuente un dictamen pericial, pero teniendo en cuenta que se trata de dos medios probatorios distintos. El dictamen pericial que se debe tener en cuenta para el

juramento estimatorio no se presenta con la demanda o con la contestación sino que se reserva para presentarlo si el juramento estimatorio fue válidamente objetado, claro está con las modificaciones a que haya lugar por las razones de la objeción.

Habiendo finalizado este escrito se tuvo la oportunidad de leer la ponencia del doctor Edgardo Villamil Portilla respecto del juramento estimatorio en el Código General del Proceso, quien afirma: “podría pensarse que el demandante está en mejor posición, si con el juramento estimatorio acompaña la pruebas que demuestran el valor de los perjuicios recibidos, por ejemplo documentos o un dictamen pericial, que de entrada fundamente la reclamación” (Villamil, 2014, p. 129).

Como el doctor Villamil Portilla afirma, aportar estos documentos tiene por objeto propiciar que el demandado entienda y acepte la valoración presentada con el juramento estimatorio, pero para el juez ningún valor puede tener la prueba pericial ni la de documentos pues el juramento estimatorio, suponiendo que se hizo en debida forma y no fue objetado o que fue objetado en indebida forma, es la prueba única que el juez tiene que valorar y aceptar, entendiéndose que las demás resultan inconducentes y superfluas.

El juramento estimatorio tiene por objeto probar el valor de la indemnización, compensación, frutos o mejoras. El artículo 206 del CGP establece la obligatoriedad de presentarlo por “quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”, dice además que “deberá estimarlo razonadamente, bajo juramento, en la demanda o petición correspondiente discriminando cada uno de sus conceptos”.

Prestar el juramento estimatorio es una carga procesal, como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia citada, en el sentido de que si se quiere una condena por un valor determinado, debe estimarse su valor mediante el juramento estimatorio. El carácter de carga resulta evidente si se tiene en cuenta que si se asume en debida forma se obtiene el resultado, es decir la condena, pero que si no se asume, se debe entender como una manera de renunciar a lo que asumiéndola se obtendría.

El juramento estimatorio se debe presentar con la demanda, con la contestación de la demanda, al proponer el incidente, al contestar el incidente al hacer la petición o al contestarla. Por cuanto el juramento estimatorio es una actuación judicial, se presenta necesariamente en el proceso, en el incidente o en la petición.

Sin embargo como de conformidad con el artículo 82 del CGP, prestar el juramento estimatorio, cuando sea necesario, es decir cuando se pretenda una condena por indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, es un requisito de la demanda, si no se hace, el juez debe inadmitir la demanda y otorgar al demandante el término de cinco días para que lo presente, so pena de rechazo de la demanda.

De la misma manera, si el demandado no presenta juramento estimatorio con la contestación de la demanda, debiendo presentarlo, es decir cuando reclama mejoras o cualquier otra prestación patrimonial, el juez le otorgará cinco días para que lo presente.

Nada dice el Código para cuando el juramento estimatorio deba presentarse en el trámite de un incidente o cualquier otra actuación, pero debe entenderse, por razones de igualdad de oportunidades, que en estos casos también debe otorgarse el término de cinco días para su presentación. Tampoco dice el Código si el juez debe otorgar el término de cinco en caso de que el juramento estimatorio no cumpla con los requisitos formales, pero por tratarse de un requisito de la demanda y de la contestación debe otorgarse el término para subsanar ese defecto de que adolece la demanda o la contestación.

No se trata en estos casos de la valoración de la prueba, sino de la verificación de los requisitos formales del juramento estimatorio que es parte de la demanda y de la contestación. Sin embargo, la omisión de este deber del juez sólo conlleva consecuencias gravosas para quien no prestó el juramento en debida forma, de la misma manera que en el caso de que se admita la demanda que contiene defectos que no implican nulidad.

Naturaleza jurídica

El juramento estimatorio: es un medio probatorio que aparece relacionado en los artículos 165 y 206 del CGP; es una modalidad de juramento diferido pero con la característica de que se debe explicar y justificar lo que se afirma y de que no afirma hechos sino valores patrimoniales; es prueba única y excluyente, mientras no sea cuestionado por el juez u objetado en debida forma por la contraparte; y constituye un carga procesal para el que pretenda condenas en concreto por pago de indemnizaciones, compensaciones, mejoras o frutos.

Como ya se dijo, el juramento estimatorio es requisito de la demanda y de la contestación. En la demanda, conforme al numeral 7 del artículo 82 del CGP, y de la contestación, conforme al numeral 3 del artículo 96. Si el demandante no presenta el juramento estimatorio el juez debe inadmitir la demanda de conformidad con el inciso 6 del artículo 90, es decir, señalar la omisión y otorgar un término de cinco días para subsanar; y si el demandado al contestar la demanda no presenta el juramento estimatorio debiendo hacerlo, el juez deberá requerirlo para que lo haga en un término de cinco días, según lo ordena el artículo 97.

Si el demandante no subsana la demanda, presentando el juramento estimatorio en el término que el juez le concede, se rechaza la demanda. Si el demandado no presenta el juramento estimatorio con la contestación de la demanda en el término de cinco

días que el juez de concede (Art. 97 del CGP) se considera que renuncia a la reclamación, es decir, el juez no puede considerar la reclamación que haya hecho respecto de indemnización, frutos, mejoras o compensación. No hay un tratamiento desigual para el demandante y el demandado, puesto que si en la demanda no se presenta juramento estimatorio, debiendo presentarse, no se tramita el proceso –y obviamente no habrá condena–, y si se trata de la contestación de la demanda sin juramento estimatorio, se tramita el proceso puesto que es derecho del demandante, pero el demandado pierde el derecho a la reclamación.

El CGP no establece expresamente la consecuencia de que en un incidente o en cualquier petición en el que sea necesario, se omita el juramento estimatorio, pero debe entenderse que se da el mismo tratamiento que para la demanda y la contestación.

Los requisitos de existencia del juramento estimatorio son: sujeto proponente; afirmación de lo que se dice es bajo la gravedad del juramento; y valoración de la prestación. Los requisitos de validez del juramento estimatorio son: capacidad del sujeto proponente; libre consentimiento del sujeto proponente; objeto y causa lícitos; y presentación oportuna y en debida forma. Los requisitos de eficacia del juramento estimatorio son: que la cuantía de la prestación haya sido estimada razonadamente, discriminando cada uno de los conceptos; que haya sido controvertido, es decir, que haya podido ser conocido por la contraparte y que esta haya tenido la oportunidad de objetarlo; que no haya sido cuestionado por el juez; y que no haya sido objetado en debida forma por la contraparte.

El carácter condicional del juramento estimatorio

El juramento estimatorio tiene eficacia condicionada. Si se presenta en debida forma, oportunamente y con las menciones establecidas en la ley, artículo 206 del CGP, es prueba del monto de la prestación. Pero si es rechazado por el juez u objetado en debida forma por la contraparte, deja de ser prueba, ya no tiene eficacia y debe ser reemplazado por otros medios probatorios, principalmente por un dictamen pericial, que sería la prueba pertinente y conducente. Azula Camacho (2003, p. 191), refiriéndose al juramento estimatorio en su obra –que es anterior al CGP–, sostiene que el juramento estimatorio “es plena prueba temporal mientras se encuentre pendiente la proposición o decisión de la regulación, pero si esta no se formula, adquiere la calidad de definitiva y el juez, por tanto, le da plena credibilidad”.

Trámite del juramento estimatorio

Del juramento estimatorio presentado con la demanda se debe correr traslado al demandado, para que lo conozca y tenga la oportunidad de objetarlo, pero el traslado

se surte con el de la demanda y no es necesario que se haga mención especial acerca del juramento estimatorio.

El CGP no señala un término especial para el traslado del juramento estimatorio presentado por el demandado, pero como en los procesos verbales, artículo 370, se concede un término de cinco días para que el demandante pida pruebas; si se formularon excepciones de mérito, se entiende que éste es el término para que el demandante objete el juramento estimatorio. Éste término debe concederse si se presentó juramento estimatorio aunque no se hayan presentado excepciones de mérito. El término del traslado en los procesos verbales sumarios, inciso 6 del artículo 391, es de tres días.

Valoración de la prueba de juramento estimatorio en caso de que no haya objeción ni rechazo por el juez

Si la prueba de juramento estimatorio se presenta en debida forma y no ha lugar a que el juez advierta que la estimación es notoriamente injusta o ilegal, o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, y si la contraparte no la ha objetado en debida forma, debe ser valorada por el juez como prueba del monto de la prestación, sin necesidad de otras pruebas.

La valoración de la prueba de juramento estimatorio, lo mismo que cualquier otro medio probatorio, se surte en dos oportunidades: la primera ocurre en la audiencia inicial o en la audiencia única, en la cual el juez deberá declarar que hay prueba del valor de las prestaciones alegadas y no podrá decretar otras pruebas con el mismo propósito, así lo dice el numeral 10 del artículo 372, según el cual,

(...) el juez decretará las pruebas solicitadas por las partes y las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con sujeción estricta a las limitaciones previstas en el artículo 168. Asimismo prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados.

La segunda en la sentencia, en el sentido de que si declara que ha lugar al pago de la indemnización, compensación, frutos o mejoras, condenará al valor dado en el juramento estimatorio.

Problema serio se presenta si en el momento de dictar sentencia el juez observa que el juramento estimatorio reúne los requisitos formales, no fue objetado, no fue rechazado por él mismo, pero es evidentemente contrario a la razón. En ese caso no podrá haber condena por lo valores del juramento estimatorio, pero el juez deberá proveer para que se puede hacer una condena en concreto de conformidad con el artículo 283 del CGP, pero teniendo en cuenta que el juramento estimatorio, no

objetado ni rechazado, es prueba única de los valores de las indemnizaciones, compensaciones, mejoras o frutos, y que el caso que se trata aquí es absolutamente excepcional.

Valor probatorio cuando no se cumplen las condiciones de validez o eficacia

Ya se dijo que si el juramento estimatorio es rechazado por el juez u objetado en debida forma por la contraparte, deja de ser prueba, ya no tiene eficacia y debe ser reemplazado por otros medios probatorios.

Rechazo del juramento estimatorio por el juez

Nada dice el artículo 206 del CGP sobre la oportunidad en que el juez podrá decretar, de oficio, las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido, cuando haya advertido que la estimación es notoriamente injusta o ilegal o cuando sospeche que hay fraude, colusión o cualquier otra situación similar. Hay dos oportunidades para ello, la primera, al momento de citar a la audiencia única, de conformidad con el parágrafo final del artículo 372, según el cual:

Quando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez, de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373.

La segunda, en la audiencia inicial, en el momento procesal de declarar lo que está probado y de decretar las pruebas. El numeral 10 del artículo 372, dice

El juez decretará las pruebas solicitadas por las partes y las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con sujeción estricta a las limitaciones previstas en el artículo 168. Asimismo prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados. Si decreta dictamen pericial señalará el término para que se aporte, teniendo en cuenta que deberá presentarse con no menos de 10 días de antelación a la audiencia de instrucción de juzgamiento.

No hay en el artículo 206 del CGP disposición alguna según la cual el juez deba fundamentar su decisión de decretar las pruebas de oficio que considere necesarias para tasar el valor pretendido, por lo que se podría considerar que es de su arbitrio y potestad. Por otro lado, la verificación de que la estimación hecha bajo juramento es injusta o ilegal y la confirmación de la sospecha de fraude, colusión o cualquier otra situación similar, sólo se producirá después de practicadas las pruebas de oficio.

La disposición normativa que autoriza a rechazar el juramento estimatorio es altamente benéfica y razonable puesto que permite impedir abusos de las partes, ojalá

no se convierta en una traba que le quite los efectos probatorios al juramento estimatorio.

Surge la pregunta sobre si el que presentó el juramento estimatorio que es rechazado por el juez tiene derecho a presentar pruebas para demostrar que no es injusto, que no hay colusión ni fraude ni cosa similar sobre el valor de las condenas que pretende, o tendrá necesariamente que acogerse a las pruebas de oficio ordenadas por el juez. No hay expresamente disposiciones normativas que permitan la intervención de quien prestó el juramento estimatorio en estos casos, sin embargo, es razonable que de alguna manera pueda intervenir y, sobre todo, que pueda presentar pruebas sobre la legalidad del juramento estimatorio presentado. Lo que es obvio es que no podrá presentar nuevo juramento estimatorio.

Por otra parte, si se practican las pruebas que de oficio ordenó el juez y se concluye que el juramento estimatorio era razonable ¿se deberá dictar sentencia con base en las pruebas del juez o con base en el juramento? Debería tenerse en cuenta el juramento estimatorio.

La objeción del juramento estimatorio

La parte contra quien se presentó puede objetar el juramento estimatorio. Para que la objeción sea oportuna debe hacerse en el término del traslado del escrito que contiene el juramento estimatorio, que como ya se dijo, es el término del traslado de la demanda, el de la contestación o el del incidente o petición que lo contiene. La objeción se hace ante el mismo juez que conoce del proceso, incidente o petición especial.

La objeción se hace por escrito, en el mismo proceso, incidente o petición especial, y debe cumplir con los requisitos que establece la última parte del inciso primero del artículo 206 del CGP, que indica la necesidad de: afirmar que se presenta objeción al juramento estimatorio; y especificar razonadamente la inexactitud que se atribuye a la estimación, es decir, referirse a cada rubro, partida o concepto del juramento estimatorio, afirmando por qué dicha cifra es inexacta.

De la misma manera que se afirmó que el juramento estimatorio podría considerarse como un dictamen pericial rendido por el abogado –no por un perito– sin que sea necesario explicar los experimentos e investigaciones efectuados ni aportar los documentos ni la información utilizados para la elaboración de la valoración, también la objeción tiene esa calidad y debe estar fundamentada en conceptos técnicos. Sin embargo quien objeta el juramento estimatorio puede estar interesado en fijar el monto de la indemnización, en caso de que haya condena, y para ese efecto puede presentar, además de la objeción al dictamen, todas las pruebas que considere necesarias, entre ellas un dictamen pericial. La oportunidad para presentar estas

pruebas es, para el demandado, el término de contestación de la demanda y para el demandante el traslado de las excepciones de mérito.

Es importante tener en cuenta que lo que se objeta es la cuantía, es decir el valor señalado en el juramento estimatorio, no se trata de alegar o poner argumentos para que no haya condena al pago de la indemnización, las mejoras, los frutos o la compensación solicitados. Tanto quien presenta el juramento estimatorio, como quien lo objeta, actúan sobre la hipótesis de que habrá condena, si no hay condena, el juramento estimatorio no tiene importancia alguna, pero si hay condena ya se sabe cuál es su monto.

Si la objeción no se presenta con el cumplimiento de los requisitos establecidos, es decir, “especificando razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación” (final del inciso 1 del artículo 206) se considera que es inexistente y, por consiguiente, el juez no la podrá tener en cuenta. En este caso el juramento estimatorio seguirá siendo prueba del valor de la prestación, siempre y cuando haya sido presentado en debida forma.

Se pueden considerar las siguientes posibilidades:

- se presenta el juramento estimatorio en debida forma y es objetado en debida forma, entonces el juramento deja de ser prueba;
- se presenta juramento estimatorio sin el cumplimiento de los requisitos y no es objetado, en este caso, hay prueba pero será ineficaz y el juez decidirá en la sentencia;
- se presenta juramento estimatorio sin el cumplimiento de los requisitos y es objetado en debida forma, así no hay prueba, pero por razón de la objeción puede ser reemplazado por otras pruebas; o
- se presenta el juramento estimatorio en debida forma y es objetado pero la objeción no cumple los requisitos legales, entonces, el juramento es prueba.

Trámite de la objeción

Presentada la objeción, el juez de inmediato concede a la parte que presentó el juramento el término de cinco días para que aporte o solicite las pruebas pertinentes sobre el valor de las pretensiones, indemnización, mejoras, frutos o compensación. El juez deberá previamente verificar si la objeción se presentó en debida forma, si es así, concede el término a quien presentó el juramento para que aporte o presente las pruebas pertinentes; pero si la objeción no cumple los requisitos legales, debe abstenerse de conceder el término, porque no puede haber dos medios probatorios sobre el valor de las pretensiones, pues como ya se dijo, el juramento estimatorio es prueba única si no es objetado o rechazado. El juez debe apreciar y valorar la objeción tan pronto como se presenta y no en la audiencia inicial ni en la sentencia, puesto que

quien presenta el juramento estimatorio tiene derecho a presentar otras pruebas –si hay objeción– y la oportunidad para presentar pruebas es anterior a la audiencia inicial.

Naturaleza jurídica de la objeción

La objeción al juramento estimatorio no aparece en la lista de medios probatorios, pero es un medio útil para la formación del convencimiento del juez y, por consiguiente, de conformidad con el artículo 165 del CGP, es un medio probatorio que, como ya se dijo podría considerarse como un dictamen pericial rendido por el abogado –y no por un perito–, sin que sea necesario explicar los experimentos e investigaciones efectuados ni aportar los documentos ni la información, pero si con fundamentación en conceptos técnicos.

El juramento estimatorio como límite de la pretensión

De conformidad con el inciso 5 del artículo 206 del CGP, el valor de la prestación asignado en el juramento estimatorio es el tope máximo de la condena. Es decir que el demandante no puede presentar otras pruebas en las cuales resulte un mayor valor, y si las presenta, de todos modos el valor máximo de condena es el del juramento estimatorio.

Lo que pretende el legislador con el juramento estimatorio es que la cifra del valor de la prestación que se pretende esté determinada desde la presentación de la demanda y evitar peticiones como “que se condene a la suma que resulte probada en el proceso”. El inciso 5 del artículo 206 estipula que son “ineficaces las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento”.

Con base en lo anterior, los valores determinados en el juramento estimatorio se convierten o constituyen en uno de los extremos de la aplicación del principio de congruencia, en el sentido de que el juez no podrá fallar *extra petita* ni *ultra petita*, no por mayores cantidades de las previstas en el juramento estimatorio ni por otras razones. Si hay en la demanda una pretensión no valorada en el juramento estimatorio se quedará sin condena, y no parece razonable que el juez pueda suplir la falta de previsión de quien debió presentar el juramento estimatorio. Sin embargo, son muy respetables las apreciaciones del Villamil Portilla (2014, p. 151), según las cuales debe prevalecer el derecho a la reparación integral frente al principio de congruencia.

(...) Cuando el juez resulta reconvenido con la realidad de las cosas y encuentra que la estimación bajo juramento hecho por el demandante no cubre ni satisface el principio de reparación integral de la víctima, no puede quedar impasible, caso en el cual debería prestar oídos más al principio de reparación integral que al principio de congruencia de que el juramento estimatorio es apenas contribuyente.

Excepciones al juramento estimatorio como límite de la pretensión

No habrá lugar tener en cuenta el juramento estimatorio para efectos de la condena cuando el juramento estimatorio haya sido objetado en debida forma, pues en este caso el juramento carece de valor probatorio y el valor de las prestaciones será el establecido con las otras pruebas (inciso 5 del Artículo 206); y cuando haya que condenar por los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda, que naturalmente no pueden aparecer en el juramento estimatorio.

Además, constituyen excepciones al límite los casos previstos los parágrafos primero y segundo del artículo 281 del CGP. En el primero de ellos, se autoriza al juez, en los asuntos de familia, para fallar *ultra y extra petita*, cuando sea necesario, para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña, o el adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole; en el segundo se faculta al juez, en los procesos agrarios, para reconocer u ordenar el pago de derechos e indemnizaciones *extra o ultra petita* en beneficio de una de las partes que goce de amparo de pobreza. Estas dos últimas excepciones no son posibles en los procesos civiles o mercantiles.

Sanciones pecuniarias originadas por razón del juramento estimatorio

Hay dos clases de sanciones por razón del juramento estimatorio fallido, la primera es una modalidad de multa y tiene dos causas; la segunda es la declaración de extinción de la obligación, que sólo opera en los proceso ejecutivos, como se verá más adelante.

El inciso 4 del artículo 206 del CGP expresa “si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia”. Sin embargo, con base a la Ley 1743 de 2014, esta multa ya no será a favor de la otra parte, sino a favor de la rama judicial. Dice el artículo 9 de la ley:

Multas. Los recursos provenientes de las multas impuestas por los jueces a las partes y terceros en el marco de los procesos judiciales y arbitrales de todas las jurisdicciones, así como las impuestas en incidentes de desacato a fallos de acciones de tutela, serán consignados a favor de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia.

Para establecer si hay lugar a la sanción, se debe haber objetado en debida forma el juramento o haber sido rechazado por el juez y que el exceso resulte evidente por razón de las pruebas aportadas por el que presentó el juramento, y con las de la otra parte o con las que el juez ordenó de oficio. La posibilidad de pagar la sanción es un

buen estímulo para evitar estimaciones fantasiosas que impiden que el sistema del juramento estimatorio cumpla el propósito pragmático que se propone y desestimulan cualquier tipo de conciliación.

La segunda causa de multa está relacionada en el párrafo del artículo 206 según el cual decía

(...) también habrá lugar a la condena a que se refiere éste artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La Ley 1743 modificó el artículo 206 e indica que el inciso cuarto y el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso quedarán así:

(...) si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

Ya se mencionaron las razones de la Corte Constitucional para fundamentar la exequibilidad condicionada del párrafo del artículo 206 del CGP (Sentencia C-157/2013). La reforma, al añadir un inciso al texto original hace eco de esta sentencia, en cuanto a que la sanción sólo podría aplicarse cuando la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

Causa de la sanción

Se trata, haciendo un ejercicio hipotético, del caso en que un demandante presenta demanda para obtener una declaración de que se causaron perjuicios en su contra por

algún hecho imputable al demandado, y que se condene al pago de los mismos en un valor determinado mediante juramento estimatorio, y que la sentencia del juez en el proceso niega las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. Quedan incluidos aquí todos los casos de responsabilidad civil extracontractual y los procesos por responsabilidad contractual, divorcio, nulidad de matrimonio y cualquiera otro donde el demandante pida condena por perjuicios.

Aún con la reforma deben tenerse en cuenta las hipótesis planteadas por la Corte Constitucional para determinar el cumplimiento de las condiciones para que pueda darse la sanción, y también la aclaración del voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa:

(...) considero necesario aclarar mi voto sobre este punto, porque estimo que en la decisión no se expresa el sentido del condicionamiento con suficiente precisión, lo que puede dar lugar a equívocos en la interpretación constitucionalmente admisible de la norma demandada.

En primer lugar, el parámetro para determinar que la sanción no es aplicable por *“hechos o motivos ajenos a la voluntad”*, tal y como quedó consagrado en el condicionamiento, puede resultar ambiguo e impreciso. El fallo no establece los criterios para identificar qué constituye una *“causa ajena a la voluntad”* ni ofrece elementos objetivos para que ésta pueda ser precisada. En segundo lugar, el requisito de acuerdo con el cual dichos hechos ajenos a la voluntad deben ocurrir *“a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”* podría eventualmente entenderse por los intérpretes como un estándar de responsabilidad más alto que aquel buscado por la norma. En efecto, la decisión no sólo excluye de la sanción a quien no ha obrado temerariamente o negligentemente, conductas que la norma busca disuadir, sino que exige a quien acude a la administración de justicia obrar de manera excesivamente diligente y esmerada, hasta el punto que sólo en los casos fáciles, donde exista absoluta certeza sobre las pretensiones, sería posible evitar el riesgo a la sanción. En cierta forma, se impediría el acceso a la justicia de procesos que la teoría jurídica denomina *“casos difíciles”*, en donde precisamente la tarea del juez y de las partes es precisar la verdad de los hechos o el alcance normativo de una disposición.

Ahora, toda vez que la decisión sustenta en varios apartes la razonabilidad de la norma en términos de su finalidad, es decir disuadir conductas temerarias o negligentes mediante la sanción a la parte que *“ha actuado de manera indebida y al margen del ordenamiento constitucional y legal”*, considero que el condicionamiento que hace la Corte debe entenderse en

el sentido de que no existe lugar a la sanción sino en los casos de probada negligencia, temeridad o deliberado ánimo de incumplir las cargas procesales.

Aunado a lo anterior, en un aparte de la sentencia parece afirmarse de manera fragmentaria que la decisión judicial que niega las pretensiones por falta de demostración de perjuicios, constituye una evidencia objetiva de una conducta temeraria. Además de que tal sugerencia contradice las razones que la misma sentencia aduce para sustentar el condicionamiento, en particular la ratio de esa misma decisión, de conformidad con la cual una sanción no puede fundamentarse en un mero resultado –la negación de las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios– la decisión no suministra las razones que justificarían esta excepción a la proscripción general de la responsabilidad objetiva. Ese aparte de la sentencia corresponde entonces a un *obiter*, sin fuerza vinculante ni relación con la parte resolutive de la decisión.

La decisión adoptada por la mayoría sobre las condiciones para declarar la constitucionalidad de la norma demandada, quedaba expresada de manera más clara y precisa en los siguientes términos:

(...) Declarar EXEQUIBLE el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción por falta de demostración de los perjuicios, solo procede cuando la causa de la misma sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte. (Aclaración del voto, sentencia C-157/2013)

Caso de mejoras, frutos o compensaciones

No parece que haya lugar a aplicar la sanción cuando el juramento estimatorio tenga por objeto mejoras o frutos o compensaciones, puesto que el parágrafo que se comenta sólo se refiere a perjuicios que se incluyen en el concepto de indemnizaciones, recordando que el juramento estimatorio tiene por objeto, según el inciso 1 del artículo 206, el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras. Es decir que si se demanda el pago de mejoras, frutos o compensaciones, y no hay lugar a condena por no haberse demostrado su existencia, no podrá aplicarse el parágrafo del artículo 206 puesto que es restrictivo a perjuicios, y sabido es que las disposiciones normativas que establecen sanciones son de interpretación estricta y restrictiva.

De la tercera causa de la sanción, es decir la declaración de extinción de la obligación en el caso del juramento estimatorio con el cual se da valor a los perjuicios compensatorios en los procesos ejecutivos por obligaciones de dar cosas muebles

distintas de dinero o por la ejecución o no ejecución de un hecho, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 439, asunto del que se tratará de inmediato.

Juramento estimatorio en procesos ejecutivos

En los procesos ejecutivos por obligaciones de dar cosas distintas de dinero o de hacer o de no hacer, el demandante tiene la opción de pretender el pago de la obligación *in natura*, es decir tal y conforme aparece en el título ejecutivo, o demandar por los perjuicios compensatorios. Si decide optar por los perjuicios compensatorios, de conformidad con el artículo 428 del CGP deberá estimar el valor de los perjuicios, especificándolos bajo juramento, si no figuran en el título ejecutivo.

El juramento estimatorio debe presentarse con la demanda y debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 206 del CGP. Si la estimación jurada cumple los requisitos, el juez librará el mandamiento de pago por los valores del juramento estimatorio. Como debe aplicarse en artículo 206 del CGP, es posible que el juez, *motu proprio*, rechace la estimación hecha por el demandante si la considera injusta, ilegal o sospecha que hay fraude, colusión o cualquier otra situación similar.

El demandado, en el término que se le concede para proponer excepciones, podrá objetar la estimación de los perjuicios hecha por el demandante. La objeción debe cumplir también con los requisitos establecidos en el artículo 206, pues así lo ordena el primer inciso del artículo 439. Si no se presente objeción o se la presenta en indebida forma, el valor de los perjuicios compensatorios señalado en el juramento estimatorio hace prueba de su cuantía; si hay rechazo del juez u objeción del demandado, habrá lugar a determinar los perjuicios compensatorios mediante otras pruebas.

Presentada la objeción o rechazado el juramento por el juez, se deberá convocar a una audiencia para practicar las pruebas y definir el monto de los perjuicios, pero si se propusieron excepciones de mérito, en la misma audiencia en la cual se tramitan las excepciones se tratará sobre el valor de los perjuicios compensatorios.

No establece el artículo 439 la oportunidad para solicitar las pruebas, sin embargo, se considera razonable que si sólo se presenta objeción al dictamen, el juez debe conceder al demandante el término de cinco días, previsto en el artículo, para que solicite las pruebas que ha de hacer valer; pero si se proponen excepciones, además de la objeción, los términos para solicitar y presentar pruebas son los de las excepciones.

Si la estimación jurada es rechazada por el juez, en el auto con el cual señala fecha para la audiencia, deberá ordenar la práctica de las pruebas que considere pertinentes, aplicando el inciso 4 del artículo 206, en el cual se dice que el juez “deberá decretar de oficio las pruebas que considera necesarias para tasar el valor de los perjuicios.”

El objetivo de la audiencia es determinar el valor de los perjuicios compensatorios, por esa razón, tanto el demandante, como el demandado, deben presentar todas las pruebas que sean pertinentes. Practicadas las pruebas, el juez decidirá sobre el valor de los perjuicios compensatorios.

De conformidad con el segundo inciso del artículo 439 del CGP, si no se acredita la cuantía de los perjuicios, el juez declarará extinguida la obligación. En este caso no hay lugar a multas, sólo a la extinción de la obligación. Esta fuerte sanción, que es desestimulante para intentar el proceso ejecutivo por perjuicios compensatorios, obliga a que los demandantes obren con sensatez al determinar el monto de la reclamación. Como se ha venido sosteniendo, el sustento del juramento estimatorio debe ser un dictamen pericial.

Juramento estimatorio en el proceso de rendición provocada de cuentas

En este proceso, de conformidad con el numeral 1 del artículo 379 del CGP, el demandante deberá estimar, en la demanda, bajo juramento, lo que se le adeuda o considera deber. El juez condenará al demandado al pago de este valor en caso de que en el término del traslado no se oponga rendir cuentas, no objete la estimación, no proponga excepciones previas o si es condenado a rendir cuentas y no las rinde oportunamente. La objeción debe ir necesariamente acompañada de las cuentas con sus respectivos soportes. El trámite que se le da a la objeción es el señalado en el numeral cinco del artículo 379, que es distinto del previsto para el juramento estimatorio.

Para la estimación jurada en este proceso no se tienen en cuenta las disposiciones del artículo 206 del CGP, puesto que aunque es un proceso declarativo verbal, tiene reglas especiales, algunas de ellas relacionadas con la estimación que debe hacer el demandante, bajo juramento, de lo que considere que se le adeuda o considera deber.

Juramento estimatorio en el tránsito de la legislación procesal

A la fecha de éste escrito, en algunos distritos judiciales del país rige el Código de Procedimiento Civil; en otros, este mismo código con las modificaciones de la Ley 1395/2010. Todavía no ha entrado en vigencia plena el CGP, pero, desde julio 12 de 2012 está vigente su artículo 206, el cual regula el juramento estimatorio. Quiere decir que cualquier demanda que se haya presentado después de esta fecha, si en ella se pretendió condena por indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras, debió llevar el juramento estimatorio; asimismo, todas las demandas que se presenten en adelante deben contenerlo. A partir del 12 de julio de 2012 el régimen de pruebas respecto de indemnizaciones, compensaciones, frutos y mejoras fue modificado.

El problema que se presenta es que por mandato expreso del artículo 627 del CGP está vigente el artículo 206, pero nada se dijo respecto de la vigencia de los artículos 82 y 90, que tratan de la demanda, y de los artículos 96 y 97, que tratan de la contestación de la demanda, en los cuales se menciona el juramento estimatorio.

Como se dijo, el juramento estimatorio es requisito de la demanda y de la contestación (numeral 7, Art. 82 y numeral 3 del Art. 96, CGP, respectivamente). Si el demandante no presenta el juramento estimatorio, el juez debe inadmitir la demanda, de conformidad con el inciso 6 del artículo 90; y si el demandado, al contestar la demanda, no presenta el juramento estimatorio, debiendo hacerlo, el juez deberá requerirlo para que lo haga en un término de cinco días, según lo ordena el artículo 97. Si el demandante no subsana la demanda presentando el juramento estimatorio en el término que el juez le concede, se debe rechazar la demanda; si el demandado no presenta el juramento estimatorio con la contestación de la demanda en el término de cinco días que el juez le concede (Art. 97, CGP) se considera que renuncia a la reclamación, es decir, el juez no podría considerar la reclamación que haya hecho respecto de indemnización, frutos, mejoras o compensación.

Si los artículos 82, 90, 96 y 97 no están vigentes, el juez no estaría obligado a inadmitir la demanda ni a hacer el requerimiento al demandado para que lo presente; entonces, muchos procesos se estarían tramitando sin juramento estimatorio con la consecuencia de que al momento de dictar sentencia el juez no podrá hacer condena por falta de prueba y tampoco podrá ordenar la práctica de pruebas –ni de oficio ni por solicitud de parte–, para determinar el valor de las condenas, puesto que la carga del valor la tienen las partes y la cumplen con el juramento estimatorio. Como es inconcebible un estado de cosas de esta naturaleza, es necesario considerar que al entrar en vigencia de manera expresa el artículo 206 del CGP, también entraron en vigencia los artículos 82, 90, 96 y 97, en lo que se refiere al juramento estimatorio, por lo que el juez debe darles aplicación en todos los casos.

En los procesos que están en curso y que no tienen juramento estimatorio, el juez, al momento de determinar la legalidad de la actuación para prevenir nulidades, irregularidades o sentencias notoriamente injustas, debe dar la oportunidad de que se presente el juramento estimatorio y cumplir con el trámite correspondiente.

Juramento estimatorio y condena en concreto

No hay incompatibilidad entre el artículo 206 y los artículos 283 y 284 del CGP; en el primero se ordena el juramento estimatorio como condición para lograr la condena por una cantidad y un valor determinados; en los segundos, se ordena que el juez no haga condenas en abstracto y se establece que él debe ordenar la práctica de las pruebas necesarias para determinar la cuantía de la condena.

Lo que se prohíbe en el artículo 283 del CGP es la condena en abstracto. Si el juez ha de condenar al pago de indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras, debe hacerlo en concreto, por un valor determinado, y ese valor deviene del juramento estimatorio o de las pruebas que se practiquen en caso de que el juramento haya sido objetado en debida forma. Si no hay juramento estimatorio, simplemente no se hará condena, situación poco probable respecto del demandante, puesto que la falta de juramento estimatorio hace inadmisibile la demanda, y respecto del demandado, pues se sabe que la falta de juramento estimatorio, pese al requerimiento que le hace el juez para que lo presente, es indicativo de renuncia a las pretensiones.

El juramento estimatorio reforma el régimen de las prestaciones mutuas del Código Civil

En los procesos reivindicatorios, de nulidad, rescisorios y, en general, en todos aquellos en los que el demandado vencido queda obligado a restituir la posesión, el juez debe decidir sobre las prestaciones mutuas de que tratan los artículos 965 y 966 del Código Civil. En estos procesos, el juez debe adoptar las decisiones consecuenciales obligatorias relacionadas con las prestaciones mutuas de que tratan los artículos 961 y siguientes del Código Civil, es decir, las relacionadas con los daños o el deterioro que la cosa objeto del proceso haya podido sufrir por culpa o dolo del demandado, y el pago de los frutos naturales o civiles que la cosa produjo o ha debido producir. El demandado podrá exigir el pago de las mejoras hechas en la cosa objeto del proceso y los gastos o expensas de conservación.

Para determinar el valor de las condenas, el demandante, necesariamente debe, en la demanda, estimar razonadamente el valor de cada una de esas prestaciones, mediante juramento estimatorio, según el artículo 206 del CGP; y si el demandado es condenado a restituir, tiene derecho a que se le pague el valor de las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa reivindicada y el valor de las mejoras. El demandado debe estimar razonadamente en la contestación de la demanda el valor de cada una de las prestaciones, es decir prestar el juramento estimatorio, según el artículo 206 del CGP.

En ambos casos el juez debe, en la sentencia, declarar que hay lugar a la prestación y condenar a su pago; pero si no hubo juramento estimatorio y el juez, por alguna razón, no admitió la demanda o no ordenó al demandado prestar el juramento estimatorio, el juez no podrá hacer las condenas correspondientes y tampoco podrá ordenar pruebas de oficio para determinar los valores de esas prestaciones.

En sentencia de junio 3 de 1948, la Corte Suprema de Justicia (G.J., t. LXIV, p. 415, citado por Tafur, 2009), dijo:

El poseedor de buena fe vencido tiene el derecho que está regulado por los artículos 965 y 966 del Código Civil, de que se le abonen tanto las

expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa como las mejoras útiles hechas antes de contestar la demanda y a retener la finca hasta que se verifique el pago, o se asegure a su satisfacción (artículo 970 del C.C.). Esos derechos, como consecuenciales que son de la prosperidad de la acción reivindicatoria, cuando se comprueba que existen pueden y deben ser reconocidos oficiosamente por el juzgador, es decir, sin necesidad de que medie reclamo alguno al respecto, según así lo ha admitido invariablemente la jurisprudencia.

El texto de la Corte, que ha constituido doctrina pacífica, según el cual “pueden y deben ser reconocidos oficiosamente por el juzgador, es decir, sin necesidad de que medie reclamo alguno al respecto” debe considerarse revaluado por cuanto si no hay juramento estimatorio no puede haber determinación de la condena. El profesor Miguel Enrique Rojas Gómez (2012), al comentar el artículo 206 anota que:

(...) la formulación del juramento estimatorio resulta obligatoria siempre que se reclamen indemnización, compensación, frutos o mejoras, ya sea en la demanda (art. 82.7), en la contestación de la demanda (art. 96.3) o en cualquiera otra oportunidad de las establecidas en la ley para hacer tales reclamaciones.

El juramento estimatorio y las pruebas de oficio

Al decir de sus redactores en la exposición de motivos, el Código sigue inspirado por el principio dispositivo, pero sustentado en una concepción publicista del mismo, y quizá con base en esa concepción consagra la facultad-deber de decretar pruebas de oficio, las cuales sirven para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, porque difícilmente se puede concebir el proceso como justo cuando la sentencia no se construye sobre la verdad.

Efectivamente, el artículo 170 establece que “el juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”; asimismo, el artículo 169 establece que:

(...) las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Y en el numeral 4 del artículo 42, que establece los deberes del juez, ordena “emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”.

De la lectura fácil de las dos disposiciones normativas se concluye que la facultad-deber del juez de decretar pruebas de oficio está restringida a la necesidad de esclarecer hechos, cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

En el caso del juramento estimatorio, ya se ha visto que el juez, en virtud de lo ordenado en el inciso 3 del artículo 206, si advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido. Quiere decir que la posibilidad de ordenar pruebas de oficio en el caso del juramento estimatorio se limita a la eventualidad prevista en esta disposición. No hay otra oportunidad para hacerlo, entre otras cosas porque el régimen del juramento estimatorio implica que sean las partes las que determinen el valor de las prestaciones de condena por indemnizaciones, mejoras frutos y compensaciones. Ninguna gracia tendría el régimen establecido si el juez *motu proprio* decide cómo determinar la condena.

Sin embargo, el doctor Villamil Portilla (2014, p. 143), sostiene que:

Puede ser que el demandado no haya objetado el juramento estimatorio, o que haya guardado silencio o hecho una objeción carente de los requisitos formales que exige el artículo 206 del CGP caso en el cual resulta razonable, porque es lo que manda la ley, que el juez pueda decretar pruebas de oficio para morigerar la injusticia.

Considera el autor que en este caso no habría lugar a pagar la multa a favor del demandado, puesto que sería absurdo que si la estimación hecha por el demandante excediera en un 50% a la que resulte probada, fuera sancionado el demandante a favor del demandado, pues no puede ser premiado el demandado que no objetó el juramento. Pero la Ley 1743/2014 determinó que la multa ya no será a favor de la otra parte, sino a favor de la rama judicial, “Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces”, habría que pensar que si se adopta la tesis del doctor Villamil sobre la posibilidad de decretar pruebas de oficio, la multa se causaría a favor de la rama judicial.

En la exposición de motivos del proyecto de Código General del Proceso, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal (2003) manifestó:

Se le da entidad al juramento estimatorio, que obliga a quien demanda solicitando el reconocimiento de mejoras, frutos, etc., a que obre con sensatez en el monto de la reclamación que hace y a la persona contra la cual se hace valer el juramento, a que especifique razonadamente la inexactitud que le atribuya a la estimación.

Conclusión

Se puede afirmar que el régimen de juramento estimatorio establecido en el Código General del Proceso constituye una fuerte reforma al régimen de pruebas, fundada en la aplicación del principio constitucional de la buena fe y que tendrá como consecuencia que los procesos se tramiten con sujeción al debido proceso en un plazo razonable. La sensatez y la razonabilidad son la clave para que juramento estimatorio como medio probatorio sea eficaz.

Referencias

- Álvarez, M. (2011). La prueba pericial y el juramento estimatorio. [Conferencia en VII Congreso Binacional de Derecho Procesal - Video]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=bdIKdgWyGSE>
- Azula, J. (2003). *Manual de derecho procesal*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Briseño, H. (1995). *Derecho procesal*. México, DF: Harla.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1995, octubre 19). *Sentencia C-472/1995*. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013, marzo 21). *Sentencia C-157/2013*. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013, mayo 15). *Sentencia C-279/2013*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013, junio 5). *Sentencia C-332/2013*. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Devis, H. (1984). *Compendio de derecho procesal*. Bogotá, Colombia: ABC.
- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (2003). *Proyecto de código general del proceso: exposición de motivos*. Recuperado de: <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>
- Kelsen, H., Fuller, L., & Ross, A. (2003). *Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Ficciones jurídicas*. México, DF: Fontamara.
- Ley 906 de 2004 [Código de procedimiento penal]. (2004, septiembre 1). *Diario Oficial No. 45.658*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 1395 de 2010. (2010, julio 12). *Diario Oficial No. 47.768*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 1561 de 2012. (2012, julio 11). *Diario Oficial No. 48.488*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 1564 de 2012 [Código general del proceso]. (2012, julio 12). *Diario Oficial No. 48.489*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 1743 de 2014. (2014, dic. 26). *Diario Oficial No. 48.488*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Prieto, A. (2012). La nueva normativa procesal colombiana: del proceso monitorio y de los procesos ejecutivos. *Temas procesales*, V(#), xx-xx.
- Rojas, M. (2012). *Código general del proceso: comentado*. Bogotá, Colombia: Esaju.
- Tafur, Á. (2009). *Código civil: anotado*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Villamil, E. (2014). *Juramento estimatorio en el Código General del Proceso* [ponencia]. En: XXXV Congreso de derecho procesal. Cartagena, Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

DESARROLLO JURÍDICO DEL GENOCIDIO

Lisa Stephanny Cuadros Cortes
Isabela Rios Castillo

Introducción

Tras la acogida de los Estados partes de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, éste último se ha entendido como el delito perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal, incurriendo en la matanza o lesión grave a la integridad física o mental de sus miembros, al sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, a la toma de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y al traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo (ONU, 1948, Art.2).

El genocidio es entonces un delito de carácter internacional que ha infligido grandes pérdidas humanas, contrarias al mundo civilizado, lo que hace pertinente un estudio explicativo con el que se determinen sus razones de causalidad. Para esto se ha desarrollado el presente capítulo, utilizando: fuentes primarias, como la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio y el Estatuto de Roma; y secundarias, como doctrina y artículos especializados.

En este orden de ideas, se hace inicialmente un recuento de los acontecimientos genocidas más importantes, tratando la historia del genocidio; seguido, se hace énfasis en el genocidio político, analizando particularmente los casos más relevantes, como el armenio y el gitano, entre otros; posteriormente se hace referencia a la conceptualización y tipificación de la conducta criminal, para finalmente abordar los elementos del tipo. Por último, se presentan las conclusiones acerca de los temas tratados.

Historia del genocidio

El genocidio ha sido entendido como una práctica social que siempre ha existido, es decir, se ha consolidado desde que los humanos lograron fortalecerse en grupos familiares, tribus y demás. A manera de ejemplo, merecen mención: la persecución de los judíos por parte de los reyes asirios en el siglo VII a.C., momento en el cual se destruyó Samaria, extinguiendo así diez tribus israelitas; y las famosas cacerías de brujas, que tuvieron lugar en Europa en los años 1450-1750. En el continente

americano, para proponer una situación más cercana, el genocidio está presente desde el momento mismo de su descubrimiento y conquista, tras la llegada de Cristóbal Colón se destruyeron pueblos enteros (incluso etnias enteras). Aun así, fue solo hasta 1948 que se logró tipificar esta conducta en un mecanismo internacional y se creó el concepto jurídico de lo que dicha práctica social significa (Ávila, Castrillón, Gutiérrez, & Mantilla, 2005, pp. 40-42).

Aunque más adelante, en la sección “Genocidio político” se retoman ambos casos, los genocidios perpetrados durante el siglo XX en Alemania y Ruanda merecen especial atención, ambos estuvieron dirigidos al exterminio de un grupo poblacional, en el primero los judíos, en el segundo los tutsis; ambos tienen todos los elementos que permiten entender la definición del término.

Genocidio en Alemania

Con el paso del tiempo se han practicado múltiples genocidios de diferente índole. El principal o más significativo fue el acontecido en Europa, desarrollado a partir del ascenso de Adolfo Hitler al poder en Alemania, quien prometió recuperar el prestigio de su Nación. Sus ideas expansionistas originaron la Segunda Guerra Mundial –el conflicto determinante del siglo XX debido a la gran cantidad de bajas ocasionadas–, y en ella tuvo lugar un plan genocida que consistía en depurar la raza mediante la ejecución de los judíos; se hablaba de una raza superior, cuya preservación era prioritaria, por lo que otros pueblos debían morir. Hitler no solo persiguió a los judíos, sino también a todo aquel cuya procedencia consideraba inferior. Alemania obtuvo alianzas para fortalecer su iniciativa: en 1938 logró que en Checoslovaquia se empezaran a arrastrar a los judíos (quienes debían llevar un brazalete que los identificaba como hombres inferiores) más adelante unieron fuerzas con Moscú e invadieron Polonia en 1939 (Akers & Zimmerman, 2012).

Alemania estipuló las leyes raciales de Núremberg, las cuales establecían la prevalencia de la pureza racial, con éstas se impedía que el colectivo judío se relacionara racialmente con el pueblo alemán, fue el inicio de la persecución judía. Hitler creó diferentes campos de trabajo, campos de exterminio y campos de prisioneros de guerra, campos que con el correr del tiempo fue difícil diferenciar, porque en todos ellos se realizaban trabajos forzados. Hitler reclutó a miles de personas que consideraba de raza inferior; al principio reclutaba mendigos y delincuentes, posteriormente a todo el que estuviera en contra de la política Nazi, luego judíos –por ser judíos–. Sin embargo, el mayor número correspondía a judíos. En los campos de exterminio los prisioneros eran introducidos en lugares donde recibían “duchas” de gas, hasta morir asfixiados; luego algunos eran quemados. Otros tantos murieron de enfermedades provocadas por el hacinamiento, otros simplemente eran masacrados (Zadoff, 2004).

De ahí que se originara un cuestionamiento acerca de si un gobierno podía destruir impunemente a sus propios ciudadanos y si tales actos de destrucción eran asuntos nacionales o de interés internacional. Se llegó a la conclusión de que los mencionados sucesos deberían ser llamados con el término de genocidio, que proviene del griego antiguo –*genos*, raza o tribu; *cide*, matanza o muerte– (Lemkin, 1947).

Esta matanza trajo como principal efecto la creación del Estatuto y Tribunal Militar Internacional de Núremberg, establecido para condenar a los responsables de estos actos reprochables. En él se imputó a los acusados por los cargos de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, además el Tribunal definió los crímenes contra la humanidad como el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o persecución por razones políticas, raciales o religiosas. A partir de este hecho, los tribunales contarían con jurisdicción para enjuiciar a cualquier individuo.

Posteriormente y dado los anteriores hechos se creó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de genocidio, con el objetivo de evitar que se repitieran estos hechos, pero esta Convención no estableció cómo los perpetradores iban a ser juzgados, ya que esto era competencia de cada país (Caretto, 2009).

Genocidio en Ruanda

Cincuenta y dos años después, en 1994, otra tragedia estuvo ante los ojos del mundo, el genocidio cometido en Ruanda, en donde un grupo étnico, los hutus –la gran mayoría de la Nación– decidieron, por razones políticas y de raza, asesinar y destruir por completo a la otra parte de la Nación, los tutsi.

Este genocidio inició desde cuando Bélgica, el conquistador de Ruanda, marcó diferencias entre las dos tribus que habitaban el territorio y tiene su origen en la lucha por la posesión de las riquezas naturales del país. Los tutsis, en su mayoría ganaderos, fueron favorecidos, primero por los colonialistas alemanes, luego, a ser estos derrotados en la Primera Guerra Mundial, por los belgas, sus “sustitutos”, quienes continuaron con la misma política, en detrimento de los hutus. De esa manera, mientras los tutsis recibían una cierta educación y sus jefes alcanzaban puestos políticos en medio de su escasez económica, a los hutus, un pueblo de agricultores, se les relegaba y se les negaba el acceso a las escuelas. Así, siendo mayoritarios en el país, eran sometidos por la minoría tutsi que los trataba como a siervos. Desde ahí se inició la lucha por el poder. Durante el genocidio, que ocurrió entre abril y julio de 1994 fueron asesinadas alrededor de 800.000 personas (Andrade, 2012).

La tragedia ocurrida en Ruanda tuvo un fuerte impacto en la humanidad. En ese momento no existía la Corte Penal Internacional, por ello se crearon Tribunales *Ad Hoc* encargados de juzgar y sancionar a los autores de dichos actos. Se creó además el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, con el objetivo de procesar a los

responsables de genocidio y de otras violaciones del derecho internacional humanitario. En los estatutos del Tribunal se toma casi exactamente la misma definición de genocidio prevista en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Caretto, 2009).

En 1998 se creó la Corte Penal Internacional, a través del Estatuto de Roma, por medio de la cual se buscó que los perpetradores de este tipo de actos tuvieran una responsabilidad penal ante una corte internacional, ya que la mayoría de los responsables de estas conductas eran personas con mucho poder dentro del país, por lo que en algunos casos era posible que hubiese impunidad.

Al explicar el origen de una matanza que constituya un genocidio, Stanton (1998) ha manifestado que el crimen tiene ocho etapas que se consideran predecibles:

- la clasificación, donde se determina cuál será el grupo tendiente a la destrucción, sea, étnico, racial, religioso o nacional;
- la simbolización, donde se configura el odio hacia el grupo clasificado;
- la deshumanización, en la que se realizan actos humillantes en contra del grupo amenazado;
- la organización, donde se planea de manera formal, la manera de llevar a cabo el delito;
- la polarización, que es el acto de separar a las víctimas de otros con quienes se encuentra en interacción,
- la preparación, donde el grupo (o grupos) identificado y discriminado se coloca en las listas de muerte;
- el exterminio, donde se destruye al grupo; y
- la negación, que ocurre porque, por lo general, los perpetradores hacen lo que este a su alcance para cubrir sus actos delictivos.

Se puede afirmar que el genocidio ocurre cuando un grupo en el poder ejecuta la idea de aniquilar a un pueblo sobre la base de su pertenencia a un grupo –racial, étnico, religioso o social–. Los resultados de un genocidio, no sólo son los efectos mentales y físicos en los sobrevivientes, sino también las tensiones financieras de los países de acogida que se ven directamente afectados, cuando se trata de proveer vivienda y asistencia a los grupos de refugiados (Smith, 2004).

A pesar de contar con organismos internacionales cuyo fundamento es la prevención de aquellos delitos que atentan contra la humanidad, su integridad y tranquilidad, que vulneran cruelmente la dignidad humana, como el genocidio, éste no se ha prevenido, por el contrario, desde la antigüedad se han exteriorizado múltiples conductas que manifiestan la intolerancia entre los habitantes de un mismo espacio, y puede cometerse en tiempos de paz o en tiempos de guerra.

Genocidio político

A pesar de que los instrumentos internacionales tipifican las clases de genocidio en el contexto supra nacional y establecen su marco de protección para los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, descartan su extensión a los grupos políticos, cuando con el transcurrir del tiempo son cada vez más reconocidas víctimas de genocidio por razones políticas. Entonces, resulta correcto afirmar que el genocidio político es la conducta atroz de aniquilación sistemática y deliberada de un grupo por razones de su ideología política (Cáceres, 2012).

Armenios

Por más de un siglo las conductas criminales revestidas como genocidio han afectado a la humanidad, aunque no sean denominadas de tal manera. Es el caso de la tragedia Armenia, la cual ocurrió durante la Primera Guerra Mundial, cuando secretamente se formó un tratado conocido como la “Alianza turco-germana” por el cual el Imperio Otomano entró oficialmente en la guerra como aliado de Alemania. Mediante esta alianza, las partes decidieron exterminar a la etnia Armenia. La decisión para llevar adelante el genocidio en contra de esta población fue tomada por el partido político que adoptaba el poder en el Imperio Otomano, el Comité de Unión y Progreso [CUP], conocido popularmente como “los jóvenes turcos” (Caretto, 2009).

Este exterminio se conoce como “la masacre de los turcos” o “la tragedia de los armenios”, cuando se trata, históricamente, de un verdadero genocidio ocasionado por los turcos en 1915, que tiene su origen a fines de 1890, cuando la larga serie de asesinatos políticos cometidos en ese territorio, entonces otomano, derivó en lo que entre 1915 y 1923 se convirtió en una verdadera ola de matanzas colectivas, a las que hoy algunos se refieren -genéricamente- como “el genocidio de los armenios”, el mismo que oficialmente no se ha reconocido así, pues Turquía señala que las muertes se produjeron “en el contexto del caos del conflicto bélico”. Las víctimas fatales se estiman en más de un millón y medio de personas. El inicio de este trágico episodio se suele ubicar en el asesinato de decenas de armenios prominentes, ocurrida en Constantinopla, el 24 de abril de 1915 (Boghossian, 2006).

Gitanos

La Alemania nazi de la Segunda Guerra Mundial no tenía como único objetivo a la raza judía, sino a todas aquellas a las que ellos consideraba inferiores racialmente. Muestra de ello es la destrucción parcial de la población gitana, la cual fue señalada por los nazis como asociales. Los gitanos, conocidos también como romanos europeos –debido a su condición nómada–, cuyo origen no se conoce con exactitud, emigraron del noreste de la India extendiéndose por toda Europa. En Alemania su llegada fue evidente, por lo que la policía de Baviera creó una sección especial de

“cuestiones gitanas”, con sede central en Múnich. En 1929 a los gitanos se les prohibió circular libremente por el país, estaban sujetos a encarcelación, trabajos forzados, masacre y deportación; posteriormente fue creado el primer campo de concentración, a donde fueron enviados por tener “sangre peligrosa” y ser netamente inferiores. De esta manera, poco a poco toda la raza se encontraba confinada en diferentes campos, en los que la mayoría moría debido a las condiciones horribles en que vivían. El auge del nazismo provocó la destrucción de los gitanos. Se masacró con crueldad a gran parte de esta población, sin embargo, se desconoce el número exacto de víctimas, y las estimaciones van desde 50.000 hasta 1.500.000 (Caretto, 2009).

Camboya

En Asia, específicamente en Camboya se originó el que ha sido denominado como el genocidio más odioso de la actualidad. Su fundamento se remonta a razones políticas, durante el gobierno de Pol Pot, quien con el apoyo de la República Popular de China y de Corea del Norte inició una revolución que buscaba acceder al poder e imponer un sistema comunista.

En la matanza de la población se observó una atrocidad incalculable, hubo mucho más crueldad que en el genocidio cometido por Hitler, la experiencia fue más terrible que cualquier otra que el mundo hubiera conocido.

El crimen fue ejecutado por el régimen de los Jemeres Rojos, la organización comunista camboyana-. El 17 de abril de 1975 fueron desalojados de Phnom Penh todos los ciudadanos de esta ciudad obligándoseles a vivir en el campo y a trabajar a sus órdenes. Fue de tal magnitud y tan tajante el comunismo que se quiso imponer que se prohibieron los pensamientos, por ser propios y, por tanto, egoístas. Así se implantó la política genocida, afirmando que quien no estuviese de acuerdo con ella sería eliminado, por ser enemigo del Estado (Fernández, 2013).

El centro del genocidio camboyano se encontraba ubicado a 17 kilómetros al sur de Phnom Penh. En el lugar se encontraron ocho mil cadáveres y cinco mil cráneos de personas de todas las edades. La ejecución de las personas ese hacía, principalmente, por contusiones o usando armas blancas, para “ahorrar munición”. Las víctimas eran aproximadas al borde de la fosa y ahí asesinadas. Además, había una figura conocida como “el árbol de los niños”, al lado de una de las fosas los recién nacidos eran golpeados y después arrojados al sepulcro. También existe en el lugar otro árbol célebre, “el árbol del silencio”, donde, para ahogar los gritos y llantos de las víctimas, los victimarios ataban un equipo de sonido a todo volumen. De este modo se asesinaron alrededor de tres millones de personas, un cuarto de la población camboyana (Caretto, 2009).

Tutsis

Por motivos similares se produjo en Ruanda el genocidio Tutsi. En 1994, en el marco de una guerra civil, se perpetró la masacre. En éste caso, a diferencia de Camboya, el genocidio no fue cometido y liderado por una persona, sino que más de la mitad de la población quiso acabar con los demás. Fue en Abril de este año, a partir del asesinato del presidente de la República, Juvénal Habyarimana, –lo cual condicionó el progreso del Frente Patriótico Ruandés [FPR]–, que se desencadenó una serie de matanzas lideradas por un grupo étnico, los hutus, hacia otro, los tutsis, que obligó a estos últimos a desplazarse de forma masiva hacia los campos de refugiados situados en la frontera con los países vecinos, en especial a la República Democrática del Congo. Los tutsis eran relacionados con el FPR y por lo tanto supuestos opositores del régimen de Habyarimana.

De alguna manera, considerando todos los datos y testimonios que se poseen acerca del genocidio, se debe puntualizar que no fue exactamente una matanza de hutus contra tutsis, sino que tuvo un carácter político, pues igualmente hubo entre las víctimas miles de ciudadanos hutus muertos a manos del FPR. Más de 800.000 personas fueron asesinadas, las mujeres fueron violadas y más de 5.000 niños –fruto de esas violaciones– fueron asesinados. De ahí que este genocidio no se catalogue únicamente como étnico, sino también como político. Esta guerra produjo por varios años una crisis social y política, quizás la más grande que se generó en este país (Caretto, 2009).

Srebrenica

La masacre o genocidio de Srebrenica consistió en el asesinato de aproximadamente 8.000 personas de etnia bosnia en la región de Srebrenica, en julio de 1995, durante la guerra de Bosnia. De acuerdo con Ceretto (2009, p. 8):

(...) dicho asesinato masivo, llevado a cabo por unidades del Ejército de la República Srpska, el VRS, bajo el mando del general Ratko Mladić, así como por un grupo paramilitar serbio conocido como “los escorpiones”, se produjo en una zona previamente declarada como “segura” por las Naciones Unidas ya que en ese momento se encontraba bajo la “protección” de 400 cascos azules holandeses. Aunque se buscó especialmente la eliminación de los varones musulmanes bosnios, la masacre incluyó el asesinato de niños, adolescentes, mujeres y ancianos, con el objetivo de conseguir la limpieza étnica de la ciudad. Tras los acuerdos de Dayton, que pusieron fin a la guerra, Srebrenica quedó ubicada en la subdivisión del país denominada República Srpska, que agrupa al 90% de los serbios de Bosnia.

La Comisión Federal de Personas Desaparecidas elaboró una lista de personas asesinadas o desaparecidas en la que se incluye 8.373 nombres. Es pertinente además, aclarar que este ha sido el primer atentado mundial que constituye la primera condena internacional por genocidio proferida en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia [ICTY], y la primera en reconocer la violencia sexual como acto constitutivo de genocidio (Caretto, 2009).

Judíos

El genocidio judío es uno de los más destacados en la historia y puede dividirse en varias etapas, todas ocurridas alrededor de la Segunda Guerra Mundial. La primera etapa sucede durante la toma del poder de los nazis en Alemania, producto de la cual se estableció la “superioridad” de la raza aria sobre todas las demás; en ese tiempo los alemanes expulsan a los judíos de sus tierras, queman sinagogas y tiendas comerciales, y encarcelan a varios de ellos. La segunda etapa sucede tras la conquista a Polonia, y se centra en la programación de varias formas de deportar a los judíos de Europa, todas ellas truncadas por falta de medios. La tercera y última etapa transcurre con la invasión del terreno ruso, tras lo cual se inicia, de forma inmediata, el exterminio total de los judíos (Caretto, 2009).

Argentina

En el territorio latinoamericano se destaca la experiencia argentina, ocurrida entre 1974 y 1983. El inicio de este golpe genocida se remonta a la tercera presidencia de Juan Domingo Perón, cuando una fuerza paramilitar, la Alianza Anticomunista Argentina [AAA o Triple A], inició una ofensiva terrorista que incluyó el asesinato de políticos y representantes de la izquierda, en un momento en que los movimientos obreros arrasan con continuas huelgas en uno de los peores momentos de la economía argentina. Perón murió en Julio de 1974, un año después de su llegada a la Casa Rosada, y deja en el poder a su tercera esposa Isabel Martínez de Perón. Sin embargo, el poder en el gobierno lo detentaba José López Raga –fundador de la AAA–, quien ejercía como asesor de la gobernante. En consecuencia, se desató una guerra contra los movimientos de izquierda, los comunistas e incluso facciones de los antiguos defensores del difunto marido de la presidenta, lo que desató una crisis en toda la República. López Raga intentó, sin éxito, combatir la crisis con una serie de medidas económicas, las cuales desencadenaron múltiples protestas, y dispararon a cifras históricas la inflación y el desempleo, mientras en las calles grupos paramilitares –de izquierda y derecha– continuaban matándose (Ortiz, 2012).

(...) el caso argentino constituye un genocidio que es puro y exclusivamente reorganizador, un proceso que aparece explícitamente como un genocidio político sin necesidad de apelar al concepto

decimonónico de raza para ocultar el contenido de su operatoria. Esto es ratificado incluso por sus propios perpetradores al autodenominar la etapa que venían a inaugurar como Proceso de Reorganización Nacional. El gobierno de facto se propone así reorganizar, desde sus propias bases, a la sociedad argentina, por medio del uso del terror y su efecto ejemplificador en la figura del “desaparecido”. Esta característica es finalmente la que distingue a esta dictadura de anteriores experiencias de facto ya que ninguna se propuso un objetivo de tal envergadura. (Máspoli, 2008, p. 268)

Conceptualización y tipificación de la conducta criminal

Es importante mencionar que, a pesar de que la conducta existe desde que la humanidad empezó a agruparse, fue solo en 1930 cuando surgió el término “genocidio” tras la denominación hecha por Raphael Lemkin. El genocidio, antes de su tipificación, se entendía como un crimen. El delito aparece cuando el hecho ilícito ya es sancionado por la ley, tiene una íntima conexión con la vida social y jurídica, y es susceptible a los cambios de la misma. De esta manera, tras la aparición de la Convención para la Sanción y Prevención del Genocidio [CSPG] surgió éste último como delito, entendiéndose que está compuesto por la acción u omisión, que corresponde a una conducta, es antijurídico –es decir, contrario a una norma jurídica–; y existe tipicidad –que es la correspondencia a una figura de delito definida por la ley–, culpabilidad –que consiste en que una conducta pueda ser atribuida a una persona– y sanción penal (Ávila, Castrillón, Gutiérrez, & Mantilla 2005).

Elementos del tipo

La CPSG tiene como preocupación establecer los elementos estructurales del delito de genocidio y establece que el mismo se podrá cometer en tiempos de paz o en tiempos de guerra. La conducta típica, según la CPSG, consiste en la:

(...) matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. (López de la Viesca, 1997, p. 15).

En la Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, las Naciones Unidas definieron el delito en analogía con el homicidio y establecieron las características por la tipología de la acción, es decir la muerte colectiva frente a la muerte individual. En dicha resolución no se tipificó por las características de las víctimas, sino por las

características de la acción material cometida; mientras, en la CPSG se configuró solamente cuando las conductas se cometen en contra de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, es decir se tipificó, no por el sujeto activo de la acción, sino por el sujeto pasivo de la misma, excluyendo a los grupos políticos y culturales (Feierstein, 2007).

Elemento objetivo

El elemento objetivo del genocidio consiste, no sólo en el exterminio de un pueblo en sentido estricto, sino que se exige, objetivamente, el ataque a la existencia física de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La doctrina ha diferenciado entre el genocidio físico y el genocidio biológico.

El genocidio físico está dirigido a tipificar los actos cometidos directamente a un grupo y es aquel que se refiere a la matanza de sus miembros y a las lesiones graves a su integridad física y mental. Frente a las lesiones a la integridad física, es válido decir que deben considerarse graves para que el genocidio se configure. Las lesiones mentales fueron una preocupación de China, ya que existía la posibilidad de que se configurara en el caso de uso de estupefacientes para el aprovechamiento del grupo, lo que sería un atentado a las facultades intelectuales a través de las drogas, la tortura o técnicas análogas.

El genocidio biológico está dirigido a tipificar las siguientes conductas: el sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física parcial o total, que consiste en la represión del grupo, su sometimiento a condiciones que pongan en peligro su existencia, sin que sea necesario la matanza o las lesiones graves de la agrupación. Existió una discusión acerca de los daños a los bienes, pero algunos miembros hicieron alusión a que dicho daño entraría dentro de esta conducta. Por otro lado, están las conductas destinadas a impedir los nacimientos en el grupo –abortos, esterilizaciones e imposición de obstáculos al matrimonio, entre otros–, y el traslado de niños a otros grupos con el fin de evitar que los niños aprendan sus costumbres culturales. No fueron incluidas las conductas dirigidas a la destrucción de bibliotecas, monumentos o lugares de culto (López de la Viesca, 1997).

Elemento subjetivo

El elemento principal de este delito es la “intención de destruir en todo o en parte”; por tanto, ni la destrucción ni un ataque a todos los miembros del grupo son necesarios para la realización del tipo, basta con tener la intención, por tanto la intención secundaria no constituiría genocidio. Si por ejemplo, la destrucción del grupo se da como consecuencia de un conflicto armado, no constituiría genocidio,

dado que la intención principal no es la destrucción del grupo como tal, sino que ellos es consecuencia del enfrentamiento armado. Podría establecerse que el delito tiene una doble intención, dado que el mismo es un delito que solo se configura a través del dolo genérico, por tanto al referirse que éste se configura con la intención de destruir se estaría hablando de una doble intención (Ambos, 2005).

El genocidio como delito de intención

El delito protege al grupo como tal, como una unidad social en su conjunto, pero deja abierta la posibilidad de que se busque una destrucción parcial del grupo, por lo tanto, una lesión al bien jurídico se configura con la violación a esa unidad a la que hace alusión el delito, por ello basta con el ataque a un miembro del grupo.

La sentencia de Jelisić del Tribunal *ad hoc* para Yugoslavia afirma que con un ataque a un solo miembro del grupo es posible que se vislumbre la intención ulterior de destruir cualitativamente o cuantitativamente una parte significativa del grupo. En cambio al realizar una interpretación literal del artículo sexto del Estatuto de Roma, se establece que el delito solo se tipificaría si se atentara contra más de una persona, lo cual determina que el delito perdería su carácter de intención, ya que lo que se debe observar o tener en cuenta es la intención como tal de posteriormente atacar al grupo en su totalidad o al menos a una parte de este (Ambos, 2005).

Para el delito de genocidio, en particular, la intención general se refiere a la voluntad de querer cometer las acciones que especifican la conducta típica, por tanto el sujeto activo de la acción deberá conocer que su actuar se dirige contra el grupo protegido como tal, ya que el elemento del grupo es la circunstancia fáctica. Por consiguiente, haciendo un análisis del elemento que ofrece la redacción del delito, es decir, “la intención de destruir”, este sería un elemento subjetivo adicional, complementario a la intención general, es decir, el dolo, por lo que se configura un “exceso de intención”.

En ese orden de ideas, es válido afirmar que el genocidio es un delito de intención. Ambos (2010) afirma que al considerar la manera en que el delito puede ser consumado, se puede establecer que si una persona busca de manera individual la comisión del mismo no lograría tener el gran impacto que éste exige, es decir la intención de destruir al grupo, pero su intención genocida bastaría para la estructuración de la conducta típica.

A partir de la sentencia de Akayesu –considerada un hito mundial, por ser la primera condena impuesta a raíz de un genocidio–, donde el Tribunal Penal Internacional para Ruanda declaró a Jean Paul Akayesu culpable por no haber impedido ni detenido una violación en su calidad de oficial –no por haberla cometido personalmente–, puede apreciarse la intención de destruir, como un dolo especial, es

decir la intención específica requerida como elemento constitutivo del delito, dado que al sujeto activo debe tener la claridad de realizar la conducta que se le imputa, caracterizada por una relación psicológica entre el resultado físico y el estado mental del sujeto. De igual forma, la jurisprudencia del Tribunal *ad hoc* para Ruanda dice que esta se adhirió a lo que se estableció en la sentencia de Akayesu, adicionándole el objetivo de destruir a alguno de los grupos protegidos por la Convención (Ambos, 2010).

Muchos doctrinantes no comparten la tesis de que el delito de genocidio contiene la intención ulterior al mismo dolo general. Algunos interpretan la intención del genocidio como una intención condicional y lo explican desde la tentativa del delito como tal, pues establecen que la tentativa se configura del dolo eventual, y por otro lado, la voluntad como elemento subjetivo de los actos constitutivos del delito (Ambos, 2010).

Conclusiones

Inicialmente resulta correcto afirmar que, desde la misma definición de genocidio, éste delito ha tenido un tratamiento tardío a nivel internacional –tomando en cuenta que ha sido una práctica que existe desde que el hombre interactúa con otros y por lo tanto, se asocian en grupos–, pues sólo tomó importancia para la humanidad tras los hechos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, por la necesidad de evitar la recurrencia de hechos similares, y se estableció la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio. Así mismo, es posible considerar que, de acuerdo con el contexto histórico, las necesidades y los intereses de la humanidad cambian, y se conciben nuevas ideologías, que no son aceptadas por la sociedad en todas las ocasiones y que, por esto, no son respetadas. De ahí que se hayan originado los exterminios que fueron objeto de análisis en esta investigación, en los cuales su causa principal radica en una constante lucha por el poder.

Parafraseando a Kai Ambos (2005), profesor de derecho penal internacional, resulta evidente que la tipificación del genocidio está dada bajo las características de la víctima y no por la acción del sujeto activo de la conducta, quebrantando totalmente el derecho de igualdad ante la ley en un sistema penal donde no es usual definir una conducta típica por argumentos de tipo cualitativo y que, de ser así, estos se asumen como agravantes o atenuantes de la misma.

Por lo anterior, es recomendable que el genocidio, a partir de sus ingredientes – elemento objetivo y elemento subjetivo–, sea visto como un delito de intención, donde ésta última no es otra que destruir a un grupo, por lo que cualquier grupo resulta vulnerable sin importar sus características o composición.

El genocidio, por tratarse de un delito de carácter internacional, genera un desequilibrio en la organización interna de cualquier país, por lo que resulta importante su estudio.

Referencias

- Akers, K. & Zimmerman, N. (2012). *Inside the World War II* [serie de televisión]. US: National Geographic.
- Ambos, K. (2005). *La parte general del derecho penal internacional*. Montevideo, Uruguay: Temis.
- Ambos, K. (2010). ¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio? *Revista Penal*, 26, 47-59.
- Andrade, O. (2012). Ruanda: raza, poder y genocidio. *Suma Cultural*, 16, 33-41.
- Ávila, S., Castrillón, X., Gutiérrez, E., & Mantilla, M. (2005). *Akayesu: la primera condena internacional por genocidio* [tesis]. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá, Colombia.
- Boghossian, J. (2006). *Una mujer armenia: Karen Jeppe* [blog GenocidioArmenio.org]. Recuperado de: <http://www.genocidioarmenio.org/karen-jeppe/>
- Cáceres, V. (2012). *El tratamiento del genocidio político en el marco del derecho penal internacional* [tesis]. Universidad Libre: Bogotá, Colombia.
- Caretto, D. (2009). *Tesis: ¿Genocidio, holocausto o comodidad?* Recuperado de: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/genocidio-holocausto-comodidad/genocidio-holocausto-comodidad.pdf>
- Feierstein, D. (2007). *El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia Argentina: hacia un análisis del aniquilamiento como reorganizador de las relaciones sociales*. Buenos Aires, Argentina. Fondo de Cultura Económica.
- Fernández, C. (2013, febrero 6). *Genocidio en Camboya: culpables y cómplices* [blog Periodistas Viajeros]. Recuperado de: <http://periodistasviajeros.com/genocidio-en-camboya-culpables-y-complices-segunda-parte>
- Lemkin, R. (1947). El genocidio como crimen internacional. *American Journal of International Law*, (41)1, 145-151.
- López de la Viesca, E. (1997). *Consideraciones penales y criminológicas sobre el delito de genocidio* [tesis]. Universidad de Sevilla: España.
- Máspoli, E. (2008). Daniel Feierstein: el genocidio como práctica social, entre el nazismo y la experiencia argentina. *Trabajos y comunicaciones*, 8(34), 265-270.
- Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* [A/RES/3/260]. (1948). New York, NY: ONU.
- Ortiz, G. (2012, diciembre 16). *No diga Argentina, diga golpe de Estado (2. el genocidio de las juntas militares)* [blog Unfollow. Recuperado de: <http://unfollowmagazine.com/2012/12/no-diga-argentina-diga-golpe-de-estado-2-el-genocidio-de-las-juntas-militares/>
- Smith, R.W. (2004). *América propio interés y la respuesta al genocidio* [repositorio 16 Beaver]. Recuperado de: <http://www.16beavergroup.org>
- Stanton, G. (1998). *Las 8 etapas del genocidio* [ponencia en First Working Paper (GS 01) - Yale Program in Genocide Studies]. Recuperado de: <http://www.genocidewatch.org/images/8StagesBriefingpaper.pdf>
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1998, septiembre 2). [Caso N° ICTR-96-4-T]. *Fiscal vs. Jean Paul Akayesu* [sentencia]. Recuperado de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/IV.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20Ruanda_1.pdf
- Zadoff, E. [Ed.]. (2004). *Enciclopedia del Holocausto*. New York, NY: Nativ.

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL CONTEXTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL COLOMBIANO

Laura Andrea Giraldo Ángel
Ana Inés López Ramírez

Introducción

El presente trabajo de investigación pretende dilucidar un instrumento jurídico, como la doctrina del margen de apreciación, en relación con el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos en conexidad con los derechos de las víctimas a obtener verdad, justicia y reparación, en un contexto de justicia transicional. Para lograr ese propósito se proponen tres matices analíticos: el primero, conceptualiza el contexto de justicia transicional, el enfoque adoptado por Colombia y el marco legislativo en el que se sustenta; el segundo comprende, a grandes rasgos, la doctrina del margen de apreciación tanto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]; y el tercero desarrolla el margen de apreciación como mecanismo de defensa del Estado colombiano respecto del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos, en conexidad con los derechos de las víctimas a obtener verdad, justicia y reparación.

Conceptualización teórica

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas define la justicia transicional como:

(...) toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. (Annan, 2004).

Así mismo, el Centro Internacional de Justicia Transicional [ICTJ] concibe la justicia transicional como:

Así mismo, el Centro Internacional de Justicia Transicional [ICTJ] concibe la justicia transicional como:

(...) el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos (...) entre ellas (...) las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales.

e indica que:

(...)no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición, desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado (que) al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas (...) (les) proporciona (...) el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho. (Van Zyl, 2008, p. 14)

Una vez definida, cabe resaltar que este tipo de procesos exige que: se lleve a juicio a los perpetradores, se revele la verdad acerca de crímenes pasados, se repare a la víctimas y se dé la reforma a las instituciones abusivas para promover la reconciliación (Van Zyl, 2008, p. 14).

Uprimny y Saffon (2006) conceptualizan la justicia transicional y sostienen que, según la necesidad de transformaciones radicales de un orden social y político, se da porque se busca el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, o bien porque se pretende finalizar un conflicto armado interno para la consecución de la paz, dotando a las transiciones de justicia, es decir, enmarcar la política de las transiciones en ciertos estándares jurídicos –en particular aquéllos que se refieren a los derechos de las víctimas– a la verdad, la justicia y la reparación.

Ante la especificidad del caso colombiano –por sus condiciones y contexto de conflicto armado persistente por más de 40 años–, se demandan estrategias complejas y específicas, ante los grandes dilemas de la justicia transicional al interior del Estado colombiano. Uprimny, Sánchez, y Sánchez (2014) refieren los tipos ideales de transición que se pueden adoptar y ajustar a las sociedades de conformidad con sus dilemas internos, que permitan una salida al conflicto, es por ello que retoma lo mencionado en sus investigaciones anteriores sobre el tema, en las cuales han identificado cuatro modelos de justicia transicional, a saber:

(i) el de perdones amnésicos, (ii) el de transiciones punitivas, (iii) el de perdones compensadores y (vi) el de perdones responsabilizantes. Los

dos primeros son modelos extremos: el de perdones amnésicos define la balanza en favor de la concesión de beneficios a los victimarios sin ningún tipo de consideración por los derechos de las víctimas, siendo entonces su instrumento típico la amnistía general; por su parte, el de transiciones punitivas pone el énfasis en el castigo de los victimarios, por lo cual su instrumento por excelencia es el de los juicios penales. En medio de estos dos se ubican el modelo de perdones compensadores que combina la concesión de amnistías generales con algunas medidas extrajudiciales para la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas; y el modelo de perdones responsabilizantes que incluye también este tipo de medidas extrajudiciales, pero contempla amnistías parciales y condicionadas, es decir, prevé juicios penales para algunos crímenes. Como puede advertirse, los dos primeros modelos resuelven el dilema de la transición a favor de uno de los valores en juego –la paz en el primero, la justicia en el segundo–, mientras que los otros dos procuran proponer fórmulas de equilibrio entre estos. (Uprimny et al., 2014, p. 93)

En Colombia se inició un proceso de justicia transicional en aras de finalizar el conflicto armado y garantizar los derechos de las víctimas sobre la base de los principios de justicia, verdad y reparación. Durante el gobierno de Álvaro Uribe se sancionó la ley 975 de 2005. Ella tiene por antecedentes las leyes 418 de 1997 –que buscó la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley y medidas de asistencia y atención a las víctimas–, y la Ley 387 de 1997 –para prevenir el desplazamiento forzado y atención de las víctimas–; además se enlista como referente al proceso de justicia transicional, debido a su objeto de contribuir al paso del conflicto a la paz y los diálogos de paz con las FARC (2000-2002). Sin embargo, aunque con la ley 975 se integraron los principios de la justicia transicional, ésta optó por un enfoque de desmovilización de los grupos armados al margen de la ley, especialmente de los paramilitares (Pastrana & Aponte, 2007), lo que llevó a que en el primer período presidencial de Juan Manuel Santos (2010-2014) se sancionara la Ley 1448 del 2011, en la que se determinó la adopción de medidas para enjuiciar las infracciones al derecho internacional humanitario, y las violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno a partir de enero 1 de 1985.

Por otra parte, para determinar el enfoque teórico de la justicia transicional adoptado en Colombia, Olsen, Payne y Reiter (2010, citados por Uprimny et al., 2014) mencionan que, según las condiciones de cada Estado, se puede optar por uno de estos enfoques así:

El enfoque maximalista que reivindica la justicia retributiva y, por tanto, los juicios penales como el instrumento por excelencia para una transición exitosa. De acuerdo con esta aproximación, la realización de juicios penales no solo es un imperativo legal, sino que es necesaria para disuadir la comisión de futuras violaciones, afianzar la vigencia del derecho y evitar la justicia privada.

El enfoque minimalista, privilegia la concesión de amnistías como un mecanismo para garantizar la estabilidad necesaria a fin de avanzar en la consecución de los fines de las transiciones.

El enfoque moderado, cuya piedra angular es la justicia restaurativa, exalta el papel de mecanismos extrajudiciales de rendición de cuentas como las comisiones de la verdad, pues reconoce que la justicia retributiva puede obstaculizar la transición, pero al mismo tiempo advierte la necesidad de que exista algún tipo de atribución de responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos que pretenden ser superadas.

El enfoque holístico que promueve la articulación de los distintos mecanismos judiciales –juicios penales y amnistías– y no judiciales – comisiones de la verdad y programas administrativos de reparación–, bajo la consideración de que ningún instrumento es suficiente por sí mismo para satisfacer las complejas demandas que se plantean en un proceso de transición. (p. 94)

En el caso colombiano se optó por el cuarto enfoque, de manera textual con la expedición del acto legislativo 01 de 2012 “Marco jurídico para la paz”, para encontrar un punto de equilibrio entre las partes del conflicto, con miras a garantizar la paz, lo que implica “en todos los casos, el sacrificio al menos parcial de una de ellas en pro de la realización de la otra” (Uprimny et al., 2014, p. 152), todo esto en razón de la complejidad del conflicto colombiano.

La doctrina del margen de apreciación

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) consagra un postulado que impera en materia de derechos humanos a nivel universal, cual es que los derechos esenciales del hombre no surgen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados.

Específicamente, la doctrina en cuestión deja un margen de libertad a los Estados:

(i) Para apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia, (ii) para limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derechos o los intereses de la comunidad y (iii) para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que éstos se desarrollan en el ordenamiento interno. (iv) El margen de apreciación para definir el sentido del derecho nacional y (v) el margen de apreciación para definir el modo en que se cumplirá una resolución de un órgano internacional de supervisión de un tratado. (Núñez, 2012, p. 6)

Lo anterior quiere decir que el margen de apreciación es una medida permitida a los Estados, para que estos implementen estándares referentes a derechos humanos en un contexto nacional y cultural específico.

La doctrina del margen de apreciación fue desarrollada inicialmente por el TEDH. Posteriormente fue adoptada por la CIDH recurriendo al TEDH por la analogía de las disposiciones normativas emanadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH]. Ésta doctrina en el derecho internacional se ha concebido como una herramienta jurídica de la cual gozan los Estados para determinar los alcances y contenidos de los derechos humanos, de conformidad con el consenso al interior de los Estados. También, para algunos autores, debe ser comprendida como un criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos (García, 2010), sustentada por la ausencia de consensos regionales. En ese panorama, existe una autonomía de los Estados para establecer las reglas hermenéuticas referidas a la protección de los derechos humanos.

La aplicación de la doctrina del margen de apreciación no significa, de modo alguno, que se hayan borrado los límites de la tutela internacional puesto que, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [Convención de Viena I, 1969], los Estados deben actuar de buena fe al cumplir con sus obligaciones convenidas en acuerdos internacionales, como los tratados; esto puede asemejarse a que los Estados deben utilizar este margen de discrecionalidad de buena fe en sus decisiones internas, ya que como se mencionaba, es una medida permitida a los Estados con el fin de hacer posible implementar los estándares referentes a los derechos humanos en un contexto nacional específico.

La CIDH, respecto del margen de apreciación, en la opinión consultiva 18/03, solicitada por México para dilucidar la compatibilidad entre la supresión de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes y el derecho a la igualdad, sostuvo:

(...) en relación con lo establecido en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos el Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas ha observado que en general y dentro del marco que en él se fija, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios (Corte IDH, OC-18/03, párrafo 79).

Igualmente, en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, la CIDH (2004) reconoció el margen de apreciación de las autoridades estatales para regular el ejercicio del recurso contra las resoluciones judiciales (párr. 161) y el margen de apreciación del que gozan los Estados (párr. 58 y 62).

A este tenor, la CIDH (2008), en la sentencia proferida para el caso *Castañeda Gutman vs México*, al advertir la inexistencia de un modelo único electoral, establece el margen de apreciación de los Estados para articular los requisitos y las restricciones para ejercer los derechos políticos (párr. 155).

Conviene advertir que el TEDH, respecto del margen de apreciación, ha tenido en cuenta el consenso entre los Estados que ratificaron el CEDH. Barbosa Delgado (2011) señala que la ausencia de consenso entre los Estados sobre temáticas específicas en derechos humanos justifica la imposibilidad de determinar un único criterio interpretativo frente a algunos derechos y así, procede el reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales.

De acuerdo con el margen de apreciación fundamentado por el TEDH y la CIDH, se establece que puede extender su alcance, por medio del efecto radiactivo, frente a la inexistencia de reglas unificadas sobre algunos derechos humanos. Precisamente, en el próximo acápite se explicará el margen de apreciación del Estado colombiano respecto del deber de investigar, juzgar y sancionar, en el contexto de justicia transicional colombiano.

El margen de apreciación como mecanismo de defensa del Estado colombiano

En virtud de lo expuesto, se aprecia que el contexto de justicia transicional colombiano podría implicar que se apele a un margen de apreciación como mecanismo jurídico de defensa del Estado, en tanto no existe un modelo único de justicia transicional, lo que significa una ausencia de consenso regional y la aplicación del principio de deferencia del trasladado a las autoridades nacionales. Sin embargo, ese margen de apreciación debe ajustarse a los estándares internacionales de derechos humanos, con especial atención a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Para este reto “no existen fórmulas únicas, ni mucho menos perfectas sino,

un abanico de posibilidades” (Uprimny et al., p. 15), pues ello dependerá de las condiciones fácticas y jurídicas en las que se despliegue el proceso de transición.

Así las cosas, el núcleo fundamental para sostener el margen de apreciación encuentra particular relevancia en relación con: el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos; el derecho de las víctimas a obtener verdad, justicia y reparación.

Colombia se encuentra ante dos posibles escenarios en los que debe diseñar un mecanismo de defensa jurídica ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [SIDH], por una parte, en lo que se refiere al deber de investigar, juzgar y sancionar en sentido restrictivo; y por otra, respecto del alcance de ese deber, en sentido amplio.

Respecto del deber de investigar, juzgar y sancionar en sentido restrictivo, tendrá que insistirse en la inexistencia de la obligación convencional de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos, por cuanto la obligación ha sido desarrollada jurisprudencialmente por la CIDH (1988) desde el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras.

En este orden de ideas, si se examinan las disposiciones normativas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, se evidencia que ninguna de estas hace alusión al deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. Por tanto, los Estados únicamente deben ser declarados responsables internacionalmente, conforme lo expresado al tenor literal del tratado, de acuerdo con el principio absoluto de derecho internacional del *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena I, en el cual se dispone que: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidos por ellos de buena fe” (1969, artículo 26); precisamente, cuando el Estado colombiano firmó y ratificó la CADH, lo hizo respecto de los derechos y las obligaciones consagradas en su texto. Además, en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los tratados internacionales son fuente principal del derecho internacional público (Estatuto de la CIJ, 1945, artículo 38).

Si bien, por vía jurisprudencial es posible determinar el alcance y contenido de un derecho señalado en la CADH, esta posibilidad debe guardar un equilibrio con la voluntad expresada por los Estados al ratificar un tratado internacional y, en consecuencia, no se puede llegar al punto de transgredir el texto de un tratado que reviste de toda claridad.

En cuanto al deber de investigar y sancionar, en sentido amplio, la CIDH ha establecido que “la obligación de investigar violaciones de derechos humanos es una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención” (CIDH, 1988, párr. 166; CIDH, 2012a, párr. 190).

Desde la sentencia fundacional destacó la importancia de este deber (CIDH, 1988 párr. 166). Igualmente, de la obligación de respetar y garantizar los artículos 5.1 y 5.2 se desprende la obligación de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles inhumanos o degradantes (CIDH, 2006, párr. 147; 2010a, párr. 230).

La CIDH ha sostenido que la investigación de los hechos es una obligación del Estado, cuando ocurren violaciones de derechos humanos, dicha obligación debe ser cumplida seriamente (CIDH, 1999, párr. 62-63; 2000a, párr. 63, 69; CIDH, 2000b, párr. 74).

En el espectro del TEDH se ha señalado que el Estado tiene a su cargo la obligación de adelantar una investigación efectiva para identificar y castigar a los responsables, como queda explícito en los casos *Asenov y otros vs Bulgaria* (TEDH, 1992, párr. 102) y *Kaya vs Turkey* (TEDH, 1998, párr. 107).

En el panorama de la ONU se han adoptado importantes estándares internacionales que constituyen exigencias a los Estados, como el deber de investigar todos los asuntos relativos con graves violaciones de derechos humanos; el deber de sancionar; el deber de imponer penas adecuadas; el derecho a las víctimas a un recurso judicial efectivo; el deber de respetar en todos los juicios el debido proceso; y el derecho a la verdad (ONU, 2005a; 2005b).

Resulta importante apuntalar que el dilema suscitado en relación con el deber de investigar, juzgar y sancionar, lo plantean las leyes de amnistía, toda vez que se considera que el Estado renuncia a esa obligación pregonada por tribunales, organismos e instrumentos de carácter internacional.

Sobre el particular, la CIDH, en múltiples sentencias, se ha referido al tópico de las amnistías y su relación inescindible con la protección de los derechos humanos y el deber de investigar y, en su caso, sancionar las graves violaciones de derechos humanos (CIDH, 2012b, párr. 1). El caso “emblemático” sobre el asunto sub examine, es *Barrios Altos vs Perú*, sentencia en la que se planteó la inadmisibilidad de las leyes de amnistía, la prescripción y los eximentes de responsabilidad penal que pretendan evadir el deber de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, prohibidas además por el derecho internacional de los derechos humanos (Corte IDH, 2001, párr. 41). En el caso *Gomes Lund y otros* (CIDH, 2010b, párr. 147), la Corte profundizó en la incompatibilidad de las leyes de amnistía con el derecho internacional y las obligaciones internacionales.

Sin embargo, el juez García Sayán enfatiza que cada uno de los casos conocidos hasta antes del Mozote contenían particularidades y contextos específicos, pero ninguno de estos se enmarcaba dentro de procesos de transición. En consecuencia, para el juez, ha debido la Corte valorar, no solo las normas y principios del derecho

internacional de los derechos humanos, sino las disposiciones del derecho internacional humanitario, de acuerdo con el contexto dentro del cual emergieron los hechos (CIDH, 2012b, párr. 10).

Así mismo, el juez Diego García-Sayán adujo que:

El hecho es que en el contexto específico de procesos de violencia generalizada y de conflictos armados no internacionales, el recurso de la amnistía puede conducir, al menos teóricamente y según los casos o circunstancias específicas, a rumbos en diversas direcciones. Que plantean, en consecuencia, un abanico de posibles resultados que pueden fijar los márgenes para el ejercicio de la ponderación de los intereses en el propósito de conjugar los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida de un conflicto armado no internacional, por el otro. No hay solución universalmente aplicable a los dilemas que plantea esa tensión, pues ella depende de cada contexto aunque sí hay lineamientos a tener en cuenta.

A partir del derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, de la Convención Americana, se pueden delinear algunos criterios fundamentales en la perspectiva de procesar estas tensiones, que en el fondo es la tensión entre justicia y reconciliación. (CIDH, 2012b, párr. 20-21).

A partir de lo anterior, se colige el reconocimiento del margen de apreciación del cual gozan los Estados, sobre todo si se trata de contextos de violencia generalizada o de conflictos armados no internacionales, pues no existe una única fórmula para negociar un conflicto y, en ese sentido, se ponderará los intereses del deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones de derechos humanos. Así, necesariamente, la defensa jurídica se puede centrar en que el alcance del deber de investigar debe ceder a las particularidades del contexto de justicia transicional, toda vez que no existe una fórmula única; develando la ausencia de consensos regionales o incluso internacionales. Por ende, nuevamente surge la viabilidad de la doctrina del margen de apreciación.

La doctrina del margen de apreciación no solamente surge de lo expresado en el voto concurrente del juez Sergio García-Sayán, sino también de las particularidades de los procesos de justicia transicional, para el caso *sub judice*, el colombiano. En este contexto, Colombia tendrá que estructurar un sistema judicial que se adecúe a los lineamientos trazados por la CADH para delinear las tensiones entre justicia y reconciliación, es decir, que se satisfagan las garantías judiciales y la protección judicial,

incluyendo contemplar en la jurisdicción interna un debido proceso legal y las reparaciones individuales y colectivas.

Conclusiones

Los procesos de justicia transicional en el escenario internacional emergen de causas, contextos y conflictos diferentes. En consecuencia, no existe un consenso sobre un modelo único de justicia transicional ajustable a todos los casos, por tanto, es importante analizar el modelo holístico colombiano a la luz de la doctrina del margen de apreciación, entendiendo este concepto como la posibilidad para Colombia de interpretar y aplicar las disposiciones de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, atendiendo a las valoraciones sobre las necesidades de sus particularidades.

Frente al deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos no existe una obligación convencional en el marco del CIDH, sin embargo, por vía jurisprudencial, se ha reconocido este deber desde el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, considerando que este deber constituye una obligación de medio o comportamiento que abarca todas las medidas de índole jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan el respeto y la garantía de los derechos humanos. Es decir, que los Estados parte de la Convención, se comprometen a obrar con el criterio de la debida diligencia en el desarrollo de las investigaciones relacionadas con las violaciones de derechos humanos.

Todavía no existe un caso contencioso en el que se haya declarado la responsabilidad internacional de Colombia ante el SIDH, una eventual defensa de Colombia podría sustentarse en la doctrina del margen de apreciación, en tanto se propone que, en temáticas en las que no exista consenso regional, los Estados poseen un margen de apreciación. Aunado a lo anterior, deberá insistirse en la inexistencia de la obligación de investigar, juzgar y sancionar en el marco del SIDH, apelando al principio del *pacta sunt servanda*, contenido en la Convención de Viena I (artículo 27).

Referencias

- Barbosa, F. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Derecho del Estado*, 26, 107-135.
- Comisión de Derechos Humanos [CHR] (2005). *Resolución sobre impunidad* [E/CN.4/RES/2005/81]. Recuperado de: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/RES/2005/81
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* [U.N. Doc A/CONF.39/27]. (1969). Recuperado de: http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/docs/english/confdocs/a_conf_39_27.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (1988). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (1999). *Caso Cesti Hurtado vs. Perú (Fondo)*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2000a). *Caso Cantoral Benavides vs. Perú (fondo)*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2000b). *Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala (Fondo)*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2001). *Caso Barrios Altos vs Perú (Fondo)*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2004). *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, (Fondo), Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2006). *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2008). *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2010a). *Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2010b). *Caso Gomes Lund & otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, (Fondo), Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2012a). *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2012b). *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. (Fondo), Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). Recuperado de: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>
- García, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derechos humanos; soberanía e integración*. Madrid, España: Thomson Reuters-Civitas.
- Ley 1448 de 2011. (2011, junio 10). *Diario Oficial No. 48096*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 387 de 1997. (1997, julio 24). *Diario Oficial No. 43.091*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 418 de 1997. (1997, dic. 26). *Diario Oficial No. 43.201*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 975 de 2005. (2005, julio 25). *Diario Oficial No. 45.980*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Núñez, M. (2012). *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: la experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*. México, DF: UNAM.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1948). *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Bogotá, Colombia: OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2005a, enero 13). [E/CN.4/2005/112/Add]. *Servicios de asesoramiento y cooperación técnica en materia de derechos humanos cooperación técnica en materia de derechos humanos en el Afganistán*. Recuperado de: http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/252108/E_CN.4_2005_112-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2005b, diciembre 16). [A/RES/60/147]. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas*

internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Recuperado de:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Pastrana, E., & Aponte, D. (Coords.). (2007). *La Unión Europea frente a la ley de justicia y paz y la desmovilización de las AUC: entre las dudas y el pragmatismo* [Policy Paper No. 25]. Bogotá, Colombia: FES. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/50483.pdf>

The rule of law in conflict and post-conflict societies [S/2004/616]. New York, NY: ONU.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. *Case of Asenov and others v. Bulgaria*. [90/1997/874/1086] Judgment .28 de octubre de 1992.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. *Case of Kaya v. Turkey*. [(15/1997/799/1002)] Judgment. 19 de febrero de 1998.

Uprimny, R., & Saffon, M. (2006). *Justicia transicional sin transición en Colombia*. Bogotá, Colombia: Dejusticia.

Uprimny, R., Sánchez, L. & Sánchez, N. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Van Zyl, P. (2008). Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto. En: *Verdad, memoria y reconstrucción serie de justicia transicional* (pp.47-72). New York, NY: Centro Internacional para la Justicia Transicional.

MANIFESTACIONES DEL CONFLICTO SOCIAL Y SUS FORMAS DE RESOLUCIÓN: UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA SOCIOLÓGICA Y SU RELACIÓN CON LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN COLOMBIA

María Doris Camacho Rico

Introducción

A lo largo de la historia la sociedad ha experimentado, permanentemente, situaciones de confrontación de intereses que han dado origen a conflictos, los cuales, desde la teoría sociológica, son considerados como situaciones inherentes al ser humano y motores del cambio social. Como una alternativa para su resolución, el Estado colombiano ha implementado los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, considerados como una forma de justicia complementaria de la estatal, cuya implementación persigue dos importantes finalidades: la participación de la sociedad en la solución de sus conflictos y la descongestión del aparato jurisdiccional. Dichas herramientas jurídicas han sido concebidos, además, como una forma de acabar con la judicialización del conflicto y, en consecuencia, de restaurar los tejidos sociales, lo que se logra cuando las partes involucradas, de manera voluntaria, deciden poner fin a su controversia haciendo uso de su autonomía privada, logrando así el restablecimiento de las relaciones que se han deteriorado y la consolidación de relaciones futuras entre los miembros de la sociedad. De allí la importancia de conocer el contexto donde surge la justicia informal, los mecanismos alternativos con los que cuenta el País, y el fundamento constitucional y legal que los soportan.

En este orden de ideas en el presente capítulo se destaca la existencia de unos mecanismos alternativos a la justicia estatal, a los cuales se puede acudir para

solucionar los conflictos que surgen entre actores individuales y colectivos, se estudia la normatividad vigente que los sustenta y su fundamento constitucional, como una forma de aportar a la construcción académica y social.

En tal sentido, haciendo uso de los métodos: cualitativo hermenéutico y deductivo, se interpretaron fuentes primarias, como la Constitución Política de la República de Colombia, las leyes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y fuentes secundarias, esto es artículos científicos y doctrina. En la primera parte se realiza un estudio del conflicto a partir de la teoría sociológica que abarca: el concepto, los actores que intervienen, los elementos esenciales y las formas de su terminación. Posteriormente se realiza una descripción de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia –sus orígenes, fundamento constitucional y legislación vigente– así como la definición de cada uno. Al final se presentan algunas reflexiones respecto del capítulo.

Derecho y teoría del conflicto

El estudio del conflicto ha sido abordado a partir de diferentes posiciones, las cuales han generado importantes reflexiones teóricas que desde el campo de la sociología aportan argumentos con los cuales se explica su origen y razón de ser a lo largo de la historia. Así, es importante precisar que los estudios del conflicto son de carácter sociológico, pues dicho fenómeno no se analiza a partir del derecho, entendido éste como un instrumento violento, que aparece cuando el conflicto ya existe, pues el es litigio la forma menos efectiva para lograr la comunicación y la interacción de las partes; además de ello, porque al litigar los intereses de las partes se experimentan, fundamentalmente, tres transformaciones: sus expectativas se estandarizan con base en reglas; se interpone entre los actores un representante –un abogado–, que guarda con los primeros asimetrías informativas y objetivos divergentes; y el conflicto, así presentado, se resuelve con base en razones previas y adjudicando el litigio a uno y negándosele al otro (García, 2008).

Así las cosas, corresponde a la sociología abordar, estudiar y definir el conflicto a partir de las diferentes teorías que en torno a él se han desarrollado, las cuales guardan relación alguna pues “(...) una teoría del conflicto social difícilmente será autónoma, lo normal es que forme parte de una concepción global de la realidad social y de su funcionamiento” (Lorenzo, 2001, p. 237). De la misma manera, es importante aclarar que dichos aportes teóricos devienen de las corrientes micro y macro-sociológicas, ésta última objeto de desarrollo del presente trabajo. Además de ello, a través de dicha disciplina se logra comprender aspectos importantes del conflicto, como son sus orígenes, los actores que intervienen, sus elementos esenciales y los demás aspectos de carácter cultural que dan cuenta de las características de aquél fenómeno social.

En tal sentido, para García, Muñoz, y Gómez (2006), la perspectiva macrosociológica, desde su credulidad en la “totalidad social”, se refiere al conflicto como proceso social, acompañado de otros procesos, como son: el cambio, la tensión, la estructuración y la dinámica. De esta forma, en los inicios de la macroteoría sociológica se encuentran posturas que pretenden aprehender el conflicto, como dimensión de lo político. De otro lado, la microsociología ve el conflicto como una dimensión de la cotidianidad, un elemento constitutivo de los mundos de la vida; posturas como el interaccionismo simbólico y la sociología de la vida cotidiana, han brindado aportes teórico-metodológicos para la comprensión del conflicto desde esta perspectiva.

De ahí que se pueda hablar de dos grandes concepciones del orden social, las cuales condicionan la interpretación de los conflictos sociales, a saber: teorías consensualistas, según las cuales los conflictos sociales son situaciones anómalas, fruto de una alteración en el discurso normal de la vida social, que tendrán que ser explicados en términos espasmódicos; y teorías conflictualistas, según las cuales, la sociedad encierra dentro de sí una serie de contradicciones y objetivos colectivos contrapuestos que provocan confrontación de intereses. “Por esta razón, el conflicto es inherente a cualquier dinámica social, es un imperativo estructural y un motor de cambio social” (Lorenzo, 2001, p. 238).

En el mismo sentido, la teoría sociológica conflictualista identifica fundamentalmente dos variantes históricas: la teoría marxista y la teoría sociológica liberalista, cuya principal diferencia radica en su enfoque político, el cual cobra relevancia dentro de la realidad social, pues el tema del poder ocupa un lugar importante en los postulados que una y otra establecen, y es reconocido como el principal factor de disputas dentro de una sociedad (Silva, 2008).

La teoría sociológica conflictualista del marxismo surge en la primera mitad del siglo XIX en Alemania, Francia e Inglaterra, sus principales defensores son Karl Marx y Federico Engels, quienes establecen que la unidad básica de análisis para explicar el conflicto dentro de la sociedad es la clase social. Por ello, a partir de esta teoría, la sociedad es concebida como un cuerpo de organización integrado por distintas clases sociales con intereses enfrentados, cuyas luchas han sido el resultado de importantes transformaciones sociales a lo largo de la historia de la humanidad (Silva, 2008).

Así las cosas, para el marxismo el conflicto es inherente a todo sistema social y se manifiesta como un imperativo estructural, mientras que la sociedad siga articulándose de manera clasista:

(...) las tensiones sociales tienen dos orígenes que se complementan, uno social, que se refiere a la actitud de las clases antagónicas en cada

sociedad, y otro de tipo socioeconómico, que hace referencia a la interacción de producción, razón por la cual, para el marxismo, el conflicto social ha de ser interpretado en términos de imperativo estructural con un origen fundamentalmente socioeconómico. (Lorenzo, 2001, p. 238)

Por otro lado, la teoría sociológica liberalista aparece a principios del siglo XX en Alemania –bajo la influencia de George Simmel– y se desarrolla en Europa y los Estados Unidos de América a mediados del mismo siglo –con la importante participación de Ralf Dahrendorf–, como una teoría independiente, que no niega gran influencia del marxismo y cuya diferencia radica en que para los conflictualistas liberales, si bien es cierto, las clases sociales juegan un papel preponderante dentro de las diferentes e importantes luchas sociales –por ello reconocen su existencia–, también consideran que dicha categoría es muy cerrada, pues los conflictos que surgen dentro del plano social no se limitan solamente a la disputa por clases sociales. Es claro que aún entre actores sociales pertenecientes a una misma clase social se presentan confrontaciones, razón por la cual los conflictualistas liberales deciden emplear la categoría del grupo social como unidad básica de análisis para explicar el conflicto (Silva, 2008).

Se colige entonces que en los desarrollos de la teoría sociológica, los aportes realizados desde las perspectivas macro y micro han trabajado el conflicto, en tanto dimensión, esfera, proceso o condición de la realidad social (García et al., 2006), por consiguiente, el derecho, en tanto instrumento regulador de la conducta humana, se hace presente cuando la confrontación ya existe y es más una herramienta de corrección, esto es un instrumento violento para su solución. Igualmente, se observa que las dos vertientes históricas de la teoría sociológica del conflicto comparten posiciones similares en cuanto lo definen como un dinamizador del orden social y un motor de cambio que ha ocasionado las más importantes transformaciones a lo largo de la historia.

Ahora bien, una vez analizadas las corrientes teóricas del conflicto a partir de la sociología, vale la pena puntualizar sobre su concepción. El conflicto es considerado un hecho social, consustancial a la vida misma, es decir, un fenómeno natural de la sociedad, que ha estado presente en diferentes e importantes momentos históricos y que ha incidido mayoritariamente en la generación cambios sociales y dinámicas a lo largo de los tiempos (Silva, 2008). En tal sentido, al considerarse como un motor de cambio, sus repercusiones dentro de una sociedad pueden ser, tanto positivas, como negativas. Ello dependerá del contexto en el que se presenta, de los actores que en él intervienen, de los intereses que se disputan y de los demás factores sociales que intervienen en una sociedad.

Silva (2008, p. 36) aporta la siguiente definición:

(...) el conflicto es una consecuencia de una situación de divergencia social, es decir, de una relación contradictoria (disputa) que sostienen personas o grupos sociales separados al poseer intereses y/o valores diferentes”,

y establece (p. 41):

(...) el conflicto social no es anómalo, en realidad, no es por definición ni bueno ni malo, es una consecuencia histórica y social natural de las relaciones sociales. Es decir, el conflicto expresa una forma de relación social universal, lo que permite distinguir el conflicto como contenido de las relaciones, de la interacción misma, sus circunstancias de tiempo, espacio o las particularidades del episodio (Simmel, 1977). En algunas de sus manifestaciones el conflicto puede comportar serios daños a los intereses de uno o ambos grupos sociales partícipes de él, según los criterios particulares de juicio residentes en cada grupo. En otras ocasiones, el conflicto puede aparecer, nuevamente de conformidad con los criterios persistente en los respectivos grupos, como algo socialmente constructivo. En cualquier caso, el conflicto social, derivado de situaciones de divergencia, es el principal motor de las transformaciones y cambios que viven las sociedades, sean ellos para bien o para mal.

De la misma forma García (2008, p. 53), citando a Coser, sostiene:

(...) Lewis Coser (1970) destaca, en particular, las vinculaciones entre el conflicto y el cambio. El conflicto no es malo por sí, sino que, como lo afirma una larga tradición que culmina en Hegel y Marx (Darhrendorf, 1971: 184), constituye una importante fuente de dinamismo social –que acaba en el lugar común–, según el cual no importan los conflictos sino el modo de resolverlos.

En consecuencia, aunque para algunos teóricos el conflicto es algo negativo, lo cierto es que a partir de él se generan oportunidades muy importantes para manejar procesos de aprendizaje que reflejan experiencias positivas, dentro de las cuales los actores del conflicto logran una interacción, promueven oportunidades y se plantean viabilidades o alternativas frente a la diferencia objeto de disputa. Y es allí donde la oportunidad puede convertirse en un motor de desarrollo que consolida espacios que permitan satisfacer las necesidades e intereses que presentan las personas, grupos o comunidades, y que desarrolla la capacidad de asumir y enfrentar el conflicto en la vida cotidiana (Fuquen, 2003).

Clases de conflictos

Existen diversas clases de conflicto social, con consecuencias muy diversas sobre las personas y las naciones. La guerra se puede considerar como la expresión más cruenta del conflicto y la que genera los peores resultados en lo que respecta a vidas humanas y sufrimiento. En el otro extremo podría situarse la competencia, otra expresión típica del conflicto social, por regla general, pacífica. Las confrontaciones bélicas han producido grandes cambios históricos y han sido, a veces, justas o necesarias. En el mismo sentido, la conflictividad social cubre muy variados campos: existen conflictos políticos, considerados como una fuente preponderante de los mismos; conflictos a partir de las relaciones interpersonales, entre los que se destacan los de familia, los de pareja, los generacionales o los escolares, entre otros; también se encuentran los conflictos económicos y los conflictos culturales, entre muchos otros, pues al ser entendido el conflicto como un fenómeno social se indica que la conflictividad social penetra todos los campos de la vida, sin excepción, y alcanza las dimensiones macro y micro de la vida social (Silva, 2008).

Actores del conflicto social

A partir del aporte de Silva (2008, p. 36) sobre el conflicto social, quien la define como: “la consecuencia de una situación de divergencia social, es decir, de una relación contradictoria (disputa) que sostienen personas o grupos sociales separados al poseer intereses y/o valores diferentes”, se identifican sus aspectos fundamentales y sus características principales, como son: los actores que en él intervienen y los elementos materiales esenciales.

Los actores del conflicto pueden ser individuales o colectivos: los primeros hacen referencia a los sujetos, los cuales ostentan determinada posición social, un tipo específico de cultura, y son los factores que inciden en sus actuaciones en el momento de experimentar una situación conflictiva; los segundos se refieren a los grupos sociales, entendidos como la categoría principal de organización de la sociedad, los cuales están compuestos por individuos que comparten valores o intereses similares y sobre los cuales versan los conflictos considerados de mayor envergadura (Silva, 2008).

Ahora bien, en lo que respecta a los elementos materiales esenciales del conflicto, Dahrendorf (1993) establece que aquellos versan sobre la realización de intereses o de valores, entendidos los primeros como competencias o necesidades, y las segundas como aquellas creencias y concepciones que una persona o un grupo tiene respecto de alguna situación o fenómeno particular. En cuanto a los intereses, estos distinguen entre titularidades –que se refieren al reconocimiento de derechos– y provisiones –recursos económicos o prestaciones sociales–. Otro elemento importante del

conflicto, lo resalta Silva (2008) quién considera que las relaciones sociales constituyen un elemento fundamental en la teoría del conflicto. Dice Silva (2008, p. 37) que:

(...) ellas suponen la existencia de acciones sociales en cabeza de distintos actores, es decir, actuaciones que influyen sobre otros sujetos titulares a su vez, de intereses y valores (...) Las relaciones sociales son interactivas, o sea, los sujetos partícipes del conflicto se expresan a través de acciones sociales que conllevan intercambios entre los actores.

Formas de tratamiento del conflicto

El conflicto puede ser tratado a través de la desaparición, la negociación, la absorción, la eliminación o la subordinación: En la desaparición, no hay conflicto, pues uno o ambos intereses en confrontación –o los mismos grupos sociales– han perdido vigencia o sencillamente no existen; en la negociación los grupos sociales mantienen su identidad, así como las diferencias respecto de sus intereses y valores, solo que se establece un acuerdo respecto de lo que uno y otro pueden hacer, o sobre las vías para llevar a cabo sus objetivos; en la absorción, uno de los grupos sociales desaparece como entidad autónoma y se integra al primero de ellos; la eliminación, por su parte, supone el aniquilamiento físico o virtual de uno de los adversarios; y finalmente, la subordinación se refiere a una reducción del contrario, quien deberá someterse a la voluntad del vencedor. Así las cosas, es importante reconocer que la desaparición, la absorción y la eliminación evidencian el fin del conflicto, en términos de sus inmediatez. A *contrario sensu*, en la negociación y la subordinación se habla de una transformación de la situación, pero el conflicto subsiste por medio de otros canales (Silva, 2008).

Formas de resolución de conflictos en Colombia

El Estado, como garante de la protección de los derechos e intereses de sus administrados, tiene el deber constitucional de garantizar una convivencia pacífica y la tutela judicial efectiva que mantenga el equilibrio procesal. En cumplimiento de dicha obligación, el Estado, durante un largo periodo, monopolizó el concepto de administración de justicia, restringiendo a los particulares su capacidad natural de resolver sus propias controversias; propiciando una cultura *pleitera*, en virtud de la cual, la capacidad jurídica de resolver los problemas de la sociedad está en cabeza del Estado, quien proporciona la infraestructura y los procedimientos y lineamientos necesarios para dar cumplimiento a su deber de garantizar el acceso a la justicia. Dicha concepción no es inapropiada, menos aún negativa, pues la justicia estatal, al ser la encargada de administrar justicia, brindan mayores garantías y supone un cumplimiento cabal de principios procesales como los de: imparcialidad e igualdad de las partes, entre otros. Esta es una de las principales razones por las que este sistema

no puede ni debe desaparecer; sin embargo, el manejo exclusivo en cabeza del Estado escinde en los ciudadanos de la importante posibilidad de resolver sus controversias de manera autocompositiva (Gómez, 1998).

Esta forma de resolución de conflictos, que se refiere a la facultad de administrar justicia en cabeza del Estado, es la denominada “justicia formal”, en virtud de la cual, por regla general, corresponde al Estado, a través de sus órganos judiciales, satisfacer en forma permanente y ordinaria la demanda social de tutela judicial efectiva, facultad que se considera como una función pública (sentencia C-893/2001).

Sin embargo, es importante reconocer, tal como lo afirma García (2008, p. 96):

(...) el deber que tiene el Estado de tutelar los derechos amenazados de las personas no se satisface con la sola organización de un Poder Judicial eficiente, probo, transparente, sino que exige que se ofrezcan y se apoyen también otros mecanismos de solución de controversias que pueden resultar socialmente más valiosos si posibilitan y mejoran la relación futura entre las partes.

En tal sentido, se requiere de algunas métodos alternativos de solución de conflictos, no formales y solidarios, que brinden un elemento fundamental en la humanización del problema, con la presencia de una tercera persona que actúe como facilitadora especialista en resolución o prevención del conflicto. Esta es una excelente opción, indica Fuquen (2003), cuando la convivencia diaria, familiar o comunitaria, ha sido infringida, y ha generado perjuicios emocionales, sociales, físicos o legales a una persona.

La anterior hace referencia a la denominada justicia informal, en virtud de la cual los particulares son investidos de manera transitoria de la facultad de administrar justicia, dando así origen a los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuales son considerados como

(...) toda forma de resolución de conflictos que no pase por sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto con la que se busca acabar con la judicialización del conflicto y restaurar los tejidos sociales (García, 2008, p. 98),

los cuales pueden resultar: más efectivos y rápidos, en relación con el tiempo empleado en su solución; más convenientes, en cuanto impiden la recurrencia del conflicto; y socialmente más valiosos, al posibilitar y mejorar la relación futura entre las partes.

Fundamentos de los mecanismos alternativos de solución de conflictos: análisis de la sentencia C-893/2001

La Constitución Política de la República de Colombia (1991) implantó en el artículo 116, inciso 3°, las bases constitucionales de nuevos mecanismos a los que los ciudadanos pueden acudir como alternativa inmediata en la solución de sus propios conflictos (Junco, 2007), los cuales han sido entendidos como una forma de justicia informal, complementaria de la estatal, cuya principal característica es su naturaleza voluntaria, pues son las partes quienes, haciendo uso de su autonomía de voluntad, buscan la solución de sus diferencias (Sentencia C-893/2001).

Así las cosas, en la referida sentencia, la Corte Constitucional fijó un marco teórico que precisó el perfil constitucional de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y estableció como tales a la conciliación y el arbitraje. En dicho pronunciamiento, la corporación reitera que el fundamento constitucional de los mencionados mecanismos se encuentra en el artículo 116 de la Constitución Política, cuando establece:

(...) la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

De la anterior disposición se desprenden dos importantes situaciones: por un lado establece que, por regla general, la administración de justicia, en tanto función pública de naturaleza esencial, está en cabeza de los órganos allí mencionados, a quienes corresponde, de manera permanente y ordinaria, garantizar la tutela judicial efectiva como consecuencia del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Nacional. De otro lado, dicho mandato permite extender transitoriamente funciones jurisdiccionales a los particulares, siempre que actúen en calidad de conciliadores o de árbitros, como una función de carácter excepcional, condicionada a los términos que determine la ley. Resalta además que esta facultad es esencialmente ocasional y de carácter voluntario,

por cuanto son las partes quienes habilitan al particular para resolver su controversia. Así las cosas, la denominada justicia informal, proveniente de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, no es sustitutiva sino complementaria de la justicia estatal formal, con la que se busca propiciar la vinculación de la sociedad civil en la construcción de su propio destino (Sentencia C-893/2001).

En lo que respecta al fundamento y evolución legal de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la ley 270 de 1996 –estatutaria de administración de justicia– es el primer instrumento que expresa la facultad legal de establecer dichos mecanismos informales; así lo dispone su artículo 8º (modificado por el artículo 3 de la ley 1285 de 2009), el cual expresa:

Mecanismos Alternativos. La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.

El Consejo Superior de la Judicatura, en coordinación con el Ministerio del Interior y Justicia, realizará el seguimiento y evaluación de las medidas que se adopten en desarrollo de lo dispuesto por este artículo y cada dos años rendirán informe al Congreso de la República”.

En el mismo sentido, en su artículo 13 (modificado por el artículo 6 de la ley 1285 de 2009) se refiere al ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por los particulares y en su numeral 3º expresa:

(...) Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso, los principios constitucionales que integran el debido proceso.

Dicha disposición mantiene vigente algunas disposiciones referentes a la conciliación; sin embargo, fue derogada en su totalidad en lo referente al arbitraje y la amigable composición por la ley 1563 de 2012 –Estatuto del arbitraje nacional e internacional y otras disposiciones–, que es el instrumento vigente para estos últimos mecanismos.

Posteriormente, la ley 446 de 1998 –De la descongestión de la justicia– consagra en su parte III los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y establece como tales: la conciliación judicial y extrajudicial (art. 64 - 110), el arbitraje (art. 111 - 129) y la amigable composición (art. 130-133).

De la misma forma, el artículo 166 faculta al Gobierno nacional para que compile las normas aplicables a la conciliación, el arbitraje, la amigable composición y la conciliación en equidad, las cuales se encuentren vigentes en las disposiciones legales a la fecha de su expedición, Decreto 1818/1998, Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que establece como mecanismos alternativos: la conciliación, el arbitraje y la amigable composición. Estos dos últimos fueron derogados por la ley 1563 de 2012, tal como se expresó en el párrafo anterior, el instrumento que regula el arbitraje y la amigable composición en la actualidad.

Finalmente, la ley 640 de 2001 introduce importantes modificaciones relativas a la conciliación, recoge disposiciones de la ley 446 de 1998 y establece algunas nuevas, y es el instrumento legal vigente en materia de conciliación judicial y extrajudicial. Respecto de la conciliación, las siguientes son algunas de las disposiciones legales y reglamentarias que continúan vigentes y que han significado avances y reformas importantes en dicha materia:

- el Decreto 3993/2010, que reglamenta la función de conciliación del Defensor del Consumidor Financiero;
- la Ley 1395/2010, que introduce reformas de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia civil (art. 40) y establece medidas sobre la conciliación extrajudicial; y
- la Ley 1564/2012 –Código General del Proceso–, que deroga disposiciones de la Ley 446/1998 y del Decreto 1818/1998.

Resulta pertinente hacer alusión a la justicia de paz, la cual, si bien es cierto no está concebida como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es considerada, a la luz del artículo 247 de la Constitución Política, como una jurisdicción especial, lo cual se interpreta como una forma de justicia alternativa. En tal sentido, la disposición en mención establece que “(...) la ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios (...) y podrá ordenar que se elijan por votación popular”. El fundamento legal de dicha jurisdicción es la ley 497/1999, mediante la cual se crea y reglamenta su organización y funcionamiento; y el acuerdo PSAA 08-4977 de 2008 del Consejo Superior de la Judicatura, que reglamenta la jurisdicción especial de paz.

En Colombia, los mecanismos alternativos de solución de conflictos existentes son: la conciliación, el arbitraje, la amigable composición y los jueces de paz –como

una jurisdicción especial—. Sin embargo, existen algunas formas adicionales que, si bien es cierto no se encuentran de manera taxativa en la ley, son consideradas por la doctrina como formas alternas de resolución de conflictos de carácter autocompositivo, como es el caso de la negociación y la mediación.

Así las cosas, se colige que los mecanismos alternativos de solución de conflictos han sido concebidos en Colombia, así como en otros países de América Latina —tales como: Argentina, Ecuador, Perú y Venezuela—, como una importante herramienta para fortalecer el marco institucional del Estado, cuya utilización persigue un adecuado y eficiente uso de los recursos públicos y un ordenamiento jurídico más eficiente y confiable (Gómez, 2012). Esto último es importante pues, como afirma Fuquen (2003), uno de los más valiosos e importantes avances que se puede lograr a partir de un buen manejo del conflicto es el aporta en un proceso constante de construcción y reconstrucción del tejido social, lo que ocurre cuando los individuos replantean las relaciones colectivas que permiten el entendimiento mutuo y la convivencia pacífica, teniendo en cuenta que el conflicto, a partir de la teoría sociológica, está presente en los diferentes campos y espacios de la vida cotidiana.

Conclusiones

El estudio del conflicto debe abordarse a partir de la sociología, pues a partir de ésta el conflicto se entiende como un fenómeno social, una situación consustancial a la vida misma y un motor de cambio social. Acudir a esta disciplina para conocer sus características, los elementos esenciales que lo componen, los actores que en él intervienen y sus posibles formas de resolución es fundamental, toda vez que el derecho solo aparece cuando el conflicto ya existe, es decir que no brinda la información necesaria para su verdadero estudio y el planteamiento o la generación de nuevas formas de resolución.

Una vez analizado el estudio del conflicto, se concluye que aquel, en tanto fenómeno social, difícilmente va a desaparecer o terminar, por lo que resulta pertinente hablar de sus transformaciones, es decir, que de una situación de divergencia social que logre ser tratada por alguna de las vías, como la negociación, puede llegar a mutar en diversas situaciones de disparidad que no son otra cosa que nuevos conflictos. Sin embargo, aun cuando sus consecuencias pueden ser calificadas de negativas, el conflicto siempre va a traer consigo una nueva situación, un nuevo comienzo producto de relaciones anteriores, es decir siempre será un dinamizador del orden social.

Como consecuencia de lo anterior nace la necesidad de que los Estados generen nuevas herramientas jurídicas para la resolución de los conflictos, como es el caso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Ello guarda una relación

inescindible con la teoría sociológica del conflicto, razón por la cual es pertinente que, para hablar de estas figuras jurídicas, se realice un verdadero estudio y análisis del conflicto social.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos encuentran su fundamento en el interés del Estado de contar con una justicia alterna, complementaria de la rama judicial, considerada como una función pública permanente, para garantizar a los administrados la tutela judicial efectiva, en tanto derecho constitucional.

En el caso colombiano, ha sido la Corte Constitucional la que ha fijado el marco teórico que corresponde al fundamento de tales mecanismos, así como sus principales objetivos, al ser creado como una forma de justicia informal. De la lectura y posterior análisis de la sentencia C-893/2001 se colige que el constituyente, al establecer las bases de la justicia alternativa, en su artículo 116, buscó la descongestión del aparato jurisdiccional y la participación de los sujetos en la resolución de sus propios conflictos, lo que equivale a una desjudicialización del conflicto y a la restauración de los tejidos sociales. En este orden de ideas los esfuerzos de la administración de justicia y del Estado deben estar encaminados a cumplir con la intención inicial del constituyente, a darle a la justicia informal la importancia que tiene como una verdadera forma de resolver y tratar el conflicto social.

Referencias

- Constitución Política de la Republica de Colombia. (1991, julio 20). *Gaceta Constitucional, No 116*.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2001, agosto 22). *Sentencia C-893/2001*. M.P. Clara Inés Vargas Hernandez.
- Dahrendorf, R. (1993). *El conflicto social moderno*. Madrid, España: Mondadori.
- Decreto 1818 de 1998 - Presidencia de la República. (1998, septiembre 7). *Diario Oficial No 43.380*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Decreto 3993 de 2010 - Ministerio del Interior y de Justicia. (2010, octubre 27). *Diario Oficial No. 47.875*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Fuquen, A., (2003). Los conflictos y las formas alternativas de resolución. *Tabula Rasa, 1*, 265-278.
- García, L. (2008). Diversificación de las formas de resolución de conflicto como política pública. *Frónesis, 15*(1), 96-115.
- García, L., Muñoz, D., & Gómez, J. (2006). Aportes teóricos al concepto de conflicto social: una lectura desde las macro y microsociologías hasta los modelos integradores emergentes. *Revista Ambiente Jurídico, 8*, 117-158.
- Gómez, L. (1998). Los mecanismos alternos de solución de conflictos como herramientas en la búsqueda de la paz. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte, 10*, 7-12.
- Junco, J. (2007). *La conciliación, aspectos sustanciales y procesales y en el sistema acusatorio*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ley 1285 de 2009. (2009, enero 22). *Diario Oficial No. 47.240*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 1395 de 2010. (2010, julio 12). *Diario Oficial No. 47.768*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 1563 de 2012. (2012, julio 12). *Diario Oficial No. 48.489*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.

- Ley 1564 de 2012. (2012, julio 12). *Diario Oficial No. 48.489*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 270 de 1996. (1996, marzo 15). *Diario Oficial No. 42.745*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 446 de 1998. (1998, julio 8). *Diario Oficial No. 43.335*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 640 de 2001. (2001, enero 24). *Diario Oficial No. 44.303*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Lorenzo, P., (2001). Principales teorías sobre el conflicto social. *Norba*, 15, 237-254.
- Silva, G. (2008). La teoría del conflicto: un marco teórico necesario. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, 11(22), 22- 43.

QUINIENTOS AÑOS DE LA PRESENCIA AFRODESCENDIENTE EN EL PACÍFICO COLOMBIANO: UNA VISIÓN DE CONTRASTE

Pedro Hernando González Sevillano

Introducción

El 27 de septiembre de 1513 –y no el 25 como se decía tradicionalmente– sesenta y siete europeos salieron al Océano Pacífico por el golfo de San Martín (Panamá) en busca del Perú, territorio desconocido para ellos geográficamente, pero inmensamente rico según las referencias obtenidas de los indígenas de la región del Darién. La historiografía tradicional ha destacado el proceso de conquista y sometimiento del imperio inca, pero ha invisibilizado un aspecto insoslayable: para llegar al Perú, los españoles tuvieron que recorrer primero la Costa Pacífica de Colombia y Ecuador; y este recorrido presenta vacíos e inconsistencias evidentes. También se ha invisibilizado y menospreciado la participación de la etnia negra desde un primer momento. En el listado que presenta Andrés de Valderrábano, escribano oficial de la Corona española en Tierra Firme, aparecen firmando el Acta de Posesión de la Mar del Sur dos negros a quienes se les destaca por el color de su piel diferente al del resto de sus compañeros: Juan de Beas y Ñuflo de Olano “de color negro” (Fernández de Oviedo y Valdés, 1853, p. 25).

Una mirada retrospectiva, quinientos años después, muestra un panorama de contraste en relación al desarrollo social y económico de los afrodescendientes que hoy pueblan la región Pacífico de Colombia, situación que puede expresarse mediante el siguiente interrogante: ¿por qué donde hay tanta riqueza hay tanta pobreza? Otro aspecto importante es que en estos momentos existen condiciones favorables y cierto optimismo moderado para pensar en las posibilidades de un posconflicto en Colombia después de cincuenta años de guerra interna. La materialización de esta alternativa pasa, obligatoriamente, por la región Pacífico. Sin el conocimiento histórico suficiente es arriesgado participar en un estadio de posconflicto. El dicho popular es elocuente: “Pueblo que no conoce su historia está condenado a repetirla”.

El presente documento se origina en los resultados obtenidos en el desarrollo del proyecto de investigación “1513-2013: descubrimiento del Océano Pacífico. Quinientos años después” y toma como base la ponencia presentada en el 55 Congreso Internacional de Americanistas, realizado en San Salvador (El Salvador) del 12 al 17 de julio de 2015. La indagación histórica se basó fundamentalmente en las informaciones aportadas por los cronistas de la época y por historiadores reconocidos en el ámbito nacional e internacional. Cronológicamente, el trabajo cubre los siglos XVI y XVII, geográficamente, la ruta norte-sur, para establecer la relación secuencial entre Panamá y el Perú y el paso obligatorio por el litoral Pacífico colombiano y, posteriormente, con el regreso de Belalcázar, seguir el recorrido sur-norte y oriente-occidente.

La génesis de esta investigación surge a partir del siguiente interrogante: ¿si los barcos procedentes de España y Centro América llegaban por el Atlántico hasta Santa María de la Antigua del Darién, cómo y cuándo empezó la navegación de esos barcos en el Pacífico? El proceso de investigación incluyó también:

- consulta con expertos, especialmente con la historiadora Carmen Mena García, del Departamento de Historia de la Universidad de Sevilla (España) y el historiador Manuel Andrés García de la Universidad Internacional de Andalucía, Santa María de la Rábida (España);
- trabajo de archivo, desarrollado en el Archivo General de Indias y en la Escuela de Estudios Hispano-Americanos, ambos en la ciudad de Sevilla, España; y
- participación en el Congreso Internacional El Pacífico, “1513-2013: de la Mar del Sur a la construcción de un nuevo escenario oceánico”, desarrollado en Sevilla (España) del 23 al 27 de septiembre de 2013.

La presencia de hombres de piel negra en el Pacífico colombiano

No todos los primeros negros llegados a América eran esclavos ni procedían de África, eran europeos. La historiografía tradicional, contada desde la perspectiva de los vencedores en el proceso de descubrimiento y conquista del Nuevo Mundo, ha sido injusta frente al contenido de esta afirmación. Tradicionalmente se ha querido validar una mentira al afirmar que la presencia de africanos sometidos a esclavización fue masiva desde el comienzo de los viajes de exploración de los europeos hacia las Indias Occidentales, ocultando perversamente el valioso concurso de negros libres, nacidos en Europa, particularmente en España y Portugal.

Desde el siglo XIV ya eran visibles negros libres en Sevilla, Cádiz y otras ciudades de la Andalucía española, y en Portugal, participando en las fiestas patronales y procesiones del Santoral cristiano. Las cofradías de negros –libres y esclavos– estaban

representados en comparsas conformadas principalmente en la procesión del *Corpus Cristi*, con nombres sugestivos como Los Diablitos, Los Negros de Guinea, Cachumba de los Negros, Los Reyes Negros, La Batalla de Guinea y muchos otros grupos que contaban con mucho arraigo popular.

La entrada masiva de africanos esclavizados a la península ibérica la inició Enrique El Navegante a mediados del siglo XV, antes del descubrimiento del continente americano por Cristóbal Colón, porque para la fecha en que se iniciaron los viajes transatlánticos, muchos de ellos ya habían logrado su libertad y desarrollaban variadas actividades económicas de reconocida importancia en la Europa Occidental, muchos de ellos hicieron parte de las huestes conquistadoras del Nuevo Mundo.

Rescatar la presencia de estos pioneros y visibilizarlos recurriendo a una vía poco explorada pero que, últimamente está tomando un auge determinante en la reconstrucción histórica de pueblos tradicionalmente excluidos, es la intención de este documento. De igual forma, pretende rendir un homenaje a esos héroes invisibilizados injustamente, a quienes se les ha negado su derecho a la inmortalidad, entre ellos: Juan de Beas, Ñuflo de Olano, Juan de Canarias, Juan El Valiente, Estebanico, Juan Garrido y Juan González Ponce. Muchos de ellos no podrán ser encontrados por su condición de polizones en los barcos y por la inexistencia de fuentes históricas, desaparecidas en los frecuentes naufragios, o por el poco interés que tenían las Coronas, española y portuguesa, en registrar la presencia de la *boi polloi*, los “diferentes de poca importancia”.

De igual forma, estuvieron presentes los indígenas que guiaron la expedición. Me atrevo a imaginarlos siguiendo con curiosidad los actos protocolarios de la toma de posesión del Gran Océano junto con sus mujeres y familiares, llevando sobre sus hombros la tristeza y el rencor de transportar las armas que los vencieron y curvados bajo el peso de la carga y la derrota. Traían también con ellos sus sueños y sus ansias de libertad, también fueron invisibilizados.

En el proceso de resignificación de la identidad afrocolombiana, es prioritario el rescate de los que con su trabajo libre y su sangre se constituyen en la génesis del pueblo afroamericano que marcha orgulloso hacia su verdadera reivindicación, porque es hora de romper definitivamente las cadenas.

El camino al Perú

Resulta sorprendente, a la vez alarmante, el desconocimiento del proceso histórico que rodea la llegada al Perú por parte de los europeos. En las innumerables consultas personales, tanto en Colombia, como en Europa he podido constatarlo, hecho que me llevó a expresar públicamente en el congreso “El Pacífico, 1513-2013: de la Mar del Sur a la construcción de un nuevo escenario oceánico”, celebrado en Sevilla (España)

en septiembre de 2013, mi percepción de que en el imaginario colectivo se creía que los españoles salieron al Pacífico por el golfo de San Martín en Panamá y se fueron en avión al Perú. Una sencilla mirada al contorno geográfico muestra que para llegar al Perú los invasores necesariamente pasaron por las costas del Chocó, el Valle del Cauca, Cauca, Nariño y Ecuador.

La costa del departamento del Cauca se convirtió en la plataforma de lanzamiento para la llegada de Pizarro y Almagro al Perú en 1533. Hoy podemos afirmar que fue el río San Juan del Micay –y no el San Juan del Chocó– el punto clave para el osado intento europeo, y el sector que hoy corresponde a Noanamito, el lugar estratégico que les sirvió de base y refugio ante la fuerte resistencia de los nativos. La superación de las dificultades de la toponimia y de la deficiente ubicación geográfica de los cronistas, nos permite hoy afirmarlo con certeza.

Pascual de Andagoya fue el primer europeo en recorrer las costas del Chocó y del Valle del Cauca y en llegar hasta la costa del departamento del Cauca en 1522, en su condición de visitador de Indios. Un naufragio lo dejó invalido por varios años obligándolo a regresar a Panamá y a ceder sus derechos a la Compañía del Levante organizada por Francisco Pizarro, Diego de Almagro y el Padre Hernando de Luque, quienes tozudamente y bajo condiciones deplorables de subsistencia, lograron por fin llegar hasta el Perú después de tres intentos realizados entre 1523 y 1533.

El primer español que avistó y recorrió la costa Pacífica colombiana del sur fue el piloto Bartolomé Ruíz, quien partió del río San Juan del Micay, donde dejó a Pizarro y marcó rumbo en línea recta hasta las costas ecuatoriana y peruana. Durante este recorrido encontró y capturó una balsa inca que se dirigía a Panamá con mercancías del imperio. La balsa estaba dotada de vela latina y tenía en su interior lana hilada de llama, cántaros negros de barro, ropa y camisas de lana, mantas, paños blancos con franjas y otras bellas mercancías confeccionadas por los Incas. Esta era la prueba reina tan esperada: el Perú sí existía. Ahora lo fundamental era su conquista, como efectivamente se dio. El conflicto entre los hermanos Huáscar y Atahualpa, aspirantes a suceder a su padre, Huayna Cápac, favoreció las aspiraciones de los invasores.

La llegada al Perú de Sebastián Moyano, más conocido como Sebastián de Belalcázar, procedente de Nicaragua, marca el nuevo rumbo de la historia para el suroccidente colombiano. La euforia inicial del encuentro con Pizarro y Almagro, compadres, amigos y compañeros desde Santa María de la Antigua del Darién y Panamá se rompió rápidamente al no ser incluido el recién llegado en los planes de la toma del Cuzco. Fue entonces cuando tomó la decisión de iniciar su propia expedición hacia el norte, siguiendo los contornos de la cordillera de los Andes sin el permiso de Pizarro. Parece que hasta él llegaron informaciones sobre las riquezas que arrojaban las muiscas de la Sabana Cundiboyacense a la laguna de Guatavita. El

encuentro en Bogotá con Gonzalo Jiménez de Quesada y Nicolás de Federmann, corroboran esta afirmación.

Apoyado por la avanzada de sus capitanes, Juan de Ampudia, Pedro de Añazco y Jorge Robledo, en su recorrido hacia el norte realizó las fundaciones de ciudades importantes como Guayaquil, Quito, Pasto, Popayán y Cali en 1536 desde donde intentó la conquista de la llanura del Pacífico porque ofrecía un potencial inmenso de riqueza aurífera. El regreso de Andagoya por el Pacífico y la fundación de Buenaventura en 1540 marcan el cierre de una historia digna de ser contada.

Los primeros pueblos de afrodescendientes en el Pacífico de colombiano

Una visión geográfica de conjunto muestra a la llanura del Pacífico como una región muy rica en metales preciosos como el oro, la plata y, en menor cantidad, el platino, tremendamente atractiva a la intención expansionista de la corona española y al deseo inconmensurable de enriquecimiento de sus súbditos. A pesar de las condiciones físicas tan desfavorables para el asentamiento humano, buscaron por todos los medios su exploración y explotación. De este recorrido se puede identificar la presencia de tres núcleos o centros de gravedad desde donde se organizaron las actividades mineras. El primero al norte, en el actual departamento del Chocó, Nóvita, se convirtió en el punto de referencia para las explotaciones de los ríos Atrato y San Juan. El segundo, Buenaventura, al centro, ejerció gran influencia sobre un amplio territorio que hoy comprende todo el litoral del departamento del Valle del Cauca y parte del departamento del Cauca, regado por ríos muy ricos en oro como Raposo, Naya, Yurumanguí, Cajambre, Anchicayá, Dagua, Calima, San Juan del Micay, Saija y Timbiquí; el tercero, Barbacoas, al sur, fue el centro gravitacional para la zona que comprende la parte costera donde se ubican poblaciones como Guapi, Iscuandé y Tumaco.

Siguiendo la ruta norte-sur, trazada por los conquistadores Andagoya, Pizarro, Almagro y todos los que siguieron, nos detendremos en algunos pueblos principales fundados por españoles en la llanura del Pacífico pero que, a diferencia de muchos otros, perduraron en el desarrollo, y continúan vigentes dentro del panorama político nacional. Pero para que esta visión de conjunto sea ajustada a la realidad, es importante tener en cuenta que el contraste histórico-geográfico muestra contradicciones evidentes entre cronistas e historiadores.

Nóvita

Muchas de las ciudades fundadas por los españoles fueron trasladadas de su lugar de origen a otros espacios. De igual forma, los nombres originales también sufrieron cambios. Parece que el caso de Nóvita no fue la excepción. En el excelente trabajo de revisión documental que hizo el profesor Jacques Aprile Gniset (1993) con respecto al

departamento del Chocó, encuentra una relación muy cercana entre San Juan de Castro y Nóvita, a partir del reclamo que hizo un heredero del capitán Martín Bueno Sancho, quien exigía ciertas prebendas por los servicios prestados por su padre en las expediciones realizadas al Chocó que culminaron con la fundación de la ciudad de San Juan de Castro. Este episodio lo relata Aprile-Gnisset de la siguiente manera:

(...) Resumiendo el dilatado documento, Bueno Sancho, vecino de Cartago, obtuvo del gobernador una capitulación para una entrada al Chocó y la fundación de una ciudad. Una primera expedición con doce soldados españoles armados y pertrechados a mi costa penetra en la vertiente del río Tamaná y llega a un lugar muy cercano a la difunta Toro. Las indicaciones topográficas del documento sugieren que el lugar escogido para la fundación fue la Loma de Poya, en la confluencia de los ríos Byta y Habitá, tributarios del río Tamaná, o sea, en la geografía moderna, entre San José del Palmar y Nóvita, muy cercano al primer emplazamiento de esta última. Tan cercano que incluso pensamos que la fundación de Martín Bueno bien pudo ser la primera Nóvita, entonces inexistente como núcleo, aunque señalado este topónimo desde años anteriores como lugar de minas.

Otra versión dice que la primera mención de Nóvita se produce hacia 1605, cuando Don Arias de Silva conoció, a orillas del río Tamaná, unas ricas minas de oro llamadas San Francisco de Nóvita. Muy probablemente este real de minas debió nacer hacia 1572. El oro que se producía allí se acuñaba en Popayán y Bogotá, y por él se recibían a cambio herramientas, vela, tabaco, carne y todo lo necesario para subsistir (Aprile-Gnisset, 1993).

Buenaventura

Para Kathleen Romoli (1962; 1974; 1978) la conquista del Pacífico fue una expedición fallida. De las fundaciones –o intentos de fundación– durante el siglo XVI, solo Buenaventura y Toro tuvieron una existencia fugaz.

Es preciso aclarar la afirmación de que Buenaventura tuvo una existencia fugaz, para 1600 estaba quemada y destruida. Está suficientemente demostrado que no hubo una sola Buenaventura, sino dos –probablemente tres– en lugares diferentes y épocas distintas, según se deduce de las informaciones aportadas por Pedro Cieza de León, Gonzalo Fernández de Oviedo y Cristóbal Salinas, tesorero de campaña y testigo presencial del lugar. Otro aspecto importante a tener en cuenta, a la hora de contrastar las versiones, es que Buenaventura jamás hizo parte del plan de la Corona española estructurado para el desarrollo comercial a través de puertos marítimos. Su nombre nunca apareció en el listado oficial en calidad de tal.

(...) azotada por múltiples calamidades desde su fundación, Buenaventura presenta una historia que mucho se parece a una tragi-comedia en varios actos y cuatro siglos. Después de trescientos años de vicisitudes, surgiendo realmente a fines del siglo XIX, a partir de decisiones tomadas en una lejana metrópoli y que ya no era España, es en este sentido una especie de Barranquilla del Pacífico, aunque presenta una trayectoria histórica diferente. Es que la Corona nunca apoyó ni fomentó el desarrollo de este puerto. Por eso, en la Recopilación de las Leyes de Indias, se consignan múltiples ordenanzas reales concernientes a los puertos de Santo Domingo, La Habana, Panamá, Cartagena o Guayaquil; pero no hemos encontrado mención alguna de Buenaventura. De igual forma, conquistadores de mediados del siglo XVI, visitantes reales, cronistas y mapas, siempre elaboran un listado de fundaciones, pueblos, villas y ciudades, en el cual es general la ausencia de La Buenaventura, apenas señalada como “puerto”. (Aprile-Gnisset, 1993)

Queda claro que hubo una primera fundación en 1539, por parte de Juan Ladrillero, y una segunda en 1540, por Pascual de Andagoya. En ninguna de las dos se registraron actas ni voluntad de “poblar” el lugar, y mucho menos, obras de ingeniería o huellas permanentes que corroboraran la decisión.

Hubo una tercera población fundada en el río San Juan identificada como “un pueblo de cristianos”, arrasada pocos meses después por los indígenas. Recuérdese el episodio de la muerte de Payo Romero y el rapto de las españolas por los indígenas que, al parecer, dieron comienzo al mestizaje entre indios y mujeres españolas. De ellas nunca se volvió a saber.

Varias cosas quedan claras en esta indagación: en primer lugar, que las primeras fundaciones de Buenaventura se hicieron como puerto fluvial, no marítimo –su ubicación actual en la Isla de Cascajal corresponde al período de la independencia debido a su posición estratégica en la bahía para el control militar de la entrada de los barcos enemigos al río Anchicayá, puerta de entrada al interior–; En segundo lugar, no se hace mención al mar, Cieza de León (1880), quien hizo una descripción de este puerto, afirma:

(...) salen a la mar muchos e muy grandes ríos que nacen en la sierra, por el uno de ellos entran las naos hasta llegar al pueblo o puerto de la Buenaventura. Y el piloto que entrare ha de saber bien el río, y si no, pasará gran trabajo como lo he pasado yo y otros muchos, por llevar pilotos nuevos. (p. 20)

(...) no hago capítulo por sí de este puerto, porque no hay más que decir

del de que fue fundado por Juan Ladrillero (que es el que descubrió el río). (p. 84)

Para corroborar la afirmación de que Buenaventura fue, inicialmente un puerto fluvial, escuchemos lo que afirma Fernández de Oviedo (citado por López, 2015, p. 34):

(...) (Andagoya) descubrió la bahía de la Cruz ... y entran en ella muchos ríos grandes y pequeños. Y subió por uno de ellos tres leguas la tierra adentro, llevando siempre cinco brazas de fondo; e llegó a un puerto ... y él quedó fundado un pueblo, e llamóle la ciudad e puerto de la Buenaventura.

La intervención de Cristóbal Salinas, tesorero de una expedición y veterano del Pacífico, ya que permaneció durante cuatro años en el río San Juan, completa y aclara definitivamente la situación en su informe de 1543 donde habla sobre su vida en Buenaventura y establece que el puerto y ciudad de la Buena Ventura es distinto de un primer asiento en el mismo río, ambos de poca duración. Para 1546, se sabe por un viajero que en Buenaventura no había más de cuatro vecinos y al año siguiente, el visitador Magaña, desde Cali, le informa al rey la situación precaria del lugar y el poco panorama y atractivo para sus escasos habitantes.

En fin, todas las referencias sobre Buenaventura hechas por Andagoya, Belalcázar, el padre Jerónimo de Escobar, Francisco Guillén y hasta el oidor Francisco de Anuncibay y el historiador Valluno Rufino Gutiérrez, coinciden en lo mismo. La versión equivocada de la fundación de Buenaventura en la Isla Cascajal permaneció vigente hasta 1934, cuando Sofonías Yacup, Intendente del Chocó, revivió este episodio: "(...) afirman algunos historiadores que la ciudad de Buenaventura estuvo primeramente en una de las riveras de río Anchicayá y que la nueva edificada en la Isla Cascajal se inició en el siglo XVIII". Robert C. West (1957) y Kathleen Romoli (1962) dilucidaron en forma definitiva esta controversia.

Guapi

La información que sustenta la fundación de esta población presenta serias inconsistencias históricas, fenómeno común a todas las fundaciones primarias realizadas por los conquistadores españoles de la llanura del Pacífico colombiano. Según el padre Bernardo de Merizalde (2008), agustino recoleto que describe la costa Pacífica después de un viaje desde Buenaventura hasta Tumaco, existe una relación directa entre Guapi e Iscuandé en la medida en que la primera nace como extensión comercial de la segunda, aproximadamente entre 1770 y 1722:

(...) en el punto donde hoy está la población existía hacia la mitad del siglo XVIII una ranchería, llamada El Barro, donde los padres Fernando

Larrea, Pedro Alomía y Mariano Villalba de la orden Franciscana y de la provincia de Quito, dieron una misión en la que cosecharon óptimos frutos. No he podido averiguar la fecha fija de este acontecimiento, pero tuvo que ser antes de 1773, año en que murió en Cali el padre Larrea. Por aquel tiempo era la persona de visos en el lugar Juan Orobio, y muerto él, en 1780 su esposa. A finales del siglo XVIII las autoridades iscuandereñas dieron comisión para la fundación de una población porteña en el río Guapi al español Manuel de Valverde, quien se trasladó a él y escogió para llevar a cabo su cometido el sitio donde vivían la mujer de Orobio y algunas otras familias. Allí hizo el desmonte, señaló solares a los vecinos para sus casas particulares, y dio principio a la edificación de la iglesia y del cabildo. La posición estratégica de la nueva población para el comercio atrajo a muchos españoles que se acercaron en ella; lo que produjo envidias y malquerencias de parte de los habitantes de Icuandé. Este antagonismo de los dos pueblos duró largos años, pero al fin triunfó Guapi en la demanda.

En contraste con lo anterior, un documento obtenido directamente en el Archivo de Indias, que contiene el expediente respectivo, se puede leer que Manuel de Valverde y su familia salieron de Sevilla con rumbo a Tierra Firme el 7 de marzo de 1619, es decir, ciento setenta años antes. Entonces, ¿Quién fundó a Guapi? ¿En qué año? Solamente un compromiso serio con la historia real como base para la estructuración de la cátedra de Estudios Afrocolombianos, es la única alternativa posible para dilucidar tantos interrogantes.

Tumaco

El nombre Tumaco aparece mencionado desde lo que en este trabajo hemos denominado *Primer Darién*. El cacique Tumaco es referenciado por Balboa en su recorrido por el Pacífico entre los grupos de indígenas que sacaban perlas en el archipiélago panameño. Geográficamente, el nombre Tumaco aparece asociado al entorno costero formado por varios accidentes litorales denominados Ancón de Sardinas, Punta Manglares e Isla del Gallo. El capitán Alejandro Malaspina en su expedición *político-científica alrededor del mundo*, describió las características de estos sectores en un intento por identificar las condiciones para la navegación que presenta la región (Zaragoza, 1885).

Sobre la fundación de Tumaco existen varias versiones. La primera hace referencia a una fundación española sobre un asentamiento indígena existente, e indica que el padre Onofre Esteban, quien desarrolló su trabajo misional en la costa Pacífica desde 1598 hasta 1613, fundó a San Andrés de Tumaco hacia 1610; la segunda, dada por el sacerdote antropólogo José María Garrido, sostiene que la fundación se realiza el 30

de noviembre de 1640, fecha considerada como la oficial; una tercera versión, defendida por varios historiadores, dice que a Tumaco la fundó el cacique de los *Tumas*, tribu que habitaba en las orillas de la desembocadura del río Mira.

Como sucede con la mayoría de estas fundaciones, no existen registros fidedignos que permitan establecer con precisión el suceso histórico (Merizalde, 2008).

Barbacoas

Su fundación también presenta versiones encontradas, sin embargo, la razón indiscutible para cualquiera de ellas es el gran potencial de oro de sus abundantes y ricas minas. La primera dice que en 1600, Francisco de Parada y Zúñiga fundó el actual municipio en la confluencia de los ríos Telembí y Guaguí. De otra parte, el padre Bernardo de Merizalde (2008), hace algunas referencias a fundaciones primarias:

Antiguamente en las cabeceras del río Telembí existió la población de Málaga, que fundó Jerónimo de Aguado en 1541 por mandato de Belalcázar. También hubo en las aguas del río un pueblo de nombre Chapanchica o Madrigal. El piloto Bartolomé Ruíz al llegar a Tacames en su primer viaje encontró muchos indios que tenían las casas sembradas de clavos de oro sacados de Barbacoas. Cieza de León dice refiriéndose al Telembí que en la tierra de adentro hacia el poniente había mucho poblado y ricas minas y mucha gente.

Ante tanta expectativa por la abundancia de oro, no es raro que se hicieran fundaciones cuya existencia y duración estaban marcadas por el vaivén de la explotación minera.

A pesar de la resistencia de los indios Sindagua y de su permanente estado de guerra, los españoles defendieron con tesón sus centros mineros en los ríos Patía y Telembí. Entre 1584 y 1587 la región fue definida militarmente por importantes capitanes como Juan de Acosta, Fernando Pérez de la Rúa, Cristóbal Delgado y Diego Galindez.

(...) también trató, aun cuando sin éxito, de fundar asiento para el laboreo de las minas y domeñar las tribus indígenas el gobernador payanés en 1590. Diez años más tarde el capitán Francisco de Peralta fundó en la orilla del Telembí, en la desembocadura del Guaguí, un centro minero, donde en 1640, según don Sergio Arboleda, el gobernador Francisco Sarmiento puso los cimientos de la población de Santa María del Puerto de Barbacoas y se le dio el nombre de Nuestra señora del puerto de nuevo Toledo. (Merizalde, 2008)

Siglo XXI, las brechas continúan

Quinientos años después, una mirada realista desde la ventana del presente nos muestra un panorama de contrastes en relación con el desarrollo social y económico de los afrodescendientes que hoy pueblan la región Pacífico de Colombia, situación que refuerza con argumentos válidos y evidentes la vigencia del interrogante inicial: ¿por qué donde hay tanta riqueza hay tanta pobreza? (González, 2014a; 2014b).

El panorama histórico, desde una perspectiva holística, muestra que la legislación jurídica aplicada a los africanos esclavizados transportados a América y a sus descendientes actuales presenta un punto de quiebre a partir de la Constitución Política de 1991, porque de su entraña salió el artículo 55 transitorio cuyo desarrollo jurisprudencial generó la Ley 70 de 1993, conocida popularmente como “Ley de negritudes”.

A partir de esta fecha el Congreso, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el Gobierno nacional a través de los CONPES, los entes internacionales, territoriales y locales, han producido una abundante normatividad que pretende generar condiciones para la superación de las dificultades que tradicionalmente han afectado a esta población y a sus territorios de habitación.

La inusitada producción legislativa puede apreciarse a través de leyes y decretos que abarcan todo el espectro constitucional desde lo legislativo, pasando por espacios de participación, normatividad sobre territorio, recursos naturales y mineros, educación, convenios internacionales, etc., amén de una generosa y abultada carpeta de jurisprudencia validada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

El contraste entre lo formal y lo real evidencia una dicotomía entre la intencionalidad de la normatividad y los efectos que ella genera. A pesar del abundante desarrollo normativo, las condiciones de desarrollo social y humano de los pobladores negros y afrodescendientes de la región Pacífico siguen presentando los niveles más bajos dentro del contexto nacional. Entonces, cabe el interrogante: ¿por qué tanta distancia entre la abundante legislación y los resultados obtenidos?

En el libro consecutivo de la Legislación Afrocolombiana (Cordoba & Villamizar, 2006), voluminoso documento de 600 páginas- se presenta el desarrollo evolutivo compilado de normas y jurisprudencias sobre comunidades afrocolombianas. En su presentación el ministro Sabas Pretelt afirma:

La compilación de normas y jurisprudencia sobre comunidades afrocolombianas no solamente viene a constituir una herramienta excepcional para los diferentes aspectos jurídicos relacionados con los grupos étnicos en Colombia, sino también un aporte que oriente en la comprensión de la situación y las necesidades de esta población.

Se trata así de una tarea que permitirá facilitar la construcción de unas bases amplias para la planeación de las políticas públicas en relación con los grupos étnicos y, en especial, con la población afrocolombiana.

El proceso compilatorio incluye en la primera parte todas las disposiciones constitucionales cuyo marco determina el alcance normativo y jurisprudencial; en la segunda parte se relacionan los convenios internacionales ratificados por Colombia en asuntos relativos a grupos étnicos, derechos humanos, derecho internacional humanitario, y asuntos ambientales y educativos; en la tercera parte se hace una recopilación de la normativa interna y de los extractos jurisprudenciales generados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En su conjunto, todo este abundante desarrollo legislativo pretende generar condiciones de igualdad de oportunidades y equidad de género, y propiciar así el desarrollo social y económico de los territorios que habitan los afrocolombianos. Con fines estrictamente académicos, haremos una presentación esquemática de los temas que han sido incorporados en la legislación y jurisprudencia colombianas, para facilitar el análisis, fomentar el debate argumentado y coadyuvar en la posibilidad de encontrar una respuesta sustentada a los interrogantes formulados en el título y en la introducción.

Indudablemente, la población negra, afrodescendiente, palenquera y raizal ha sido incluida de manera preferencial como nunca antes, dentro del panorama legislativo nacional, como lo muestra el esquema anterior, pero al contrastar ese inusitado desarrollo con los avances en el mejoramiento de la calidad de vida de los afrocolombianos, se puede evidenciar la existencia de un fenómeno social conocido como la dicotomía entre lo formal y lo real. En términos precisos equivale a decir: ¿por qué la inclusión social de esta población no ha producido los resultados positivos que se esperan?

Dicotomía entre lo formal y lo real

Estudios realizados por diferentes instituciones y grupos de investigación sobre desarrollo humano en Colombia muestran, con datos fehacientes, que el nivel de vida de los afrocolombianos es inferior al del resto de la población nacional (Urrea & Viáfara, 2007; Viáfara, Urrea, & Castro, 2009). El maestro Fernando Urrea y su discípulo Carlos Viáfara, del CIDSE, pudieron comprobar que las desventajas sociales están íntimamente ligadas al color de la piel. El profesor Gustavo De Roux (2012) comprueba la “persistencia de las brechas” a pesar de las ventajas comparativas de la legislación aplicadas a la población afrocolombiana.

Las acciones afirmativas, la discriminación positiva y las políticas públicas diferenciadas, no solo están direccionadas desde el nivel central, desde lo regional y lo

municipal también se han generado decisiones y compromisos que tienden a superar las dificultades y problemas de la población vulnerable.

Frente a este panorama dicotómico de la persistencia de las brechas sociales afirma De Roux (2012):

(...)a pesar de los esfuerzos, arriba descritos, realizados para acercar las condiciones de vida de los afrodescendientes a las del resto de la población nacional, los avances han sido lentos y las brechas persisten, como se deriva de los análisis precedentes sobre cada uno de los ODM.

La realidad es contundente, a pesar de los esfuerzos por superar esta situación de desventaja injusta e inequitativa, la población negra, afrodescendiente, palenquera y raizal de Colombia es, según el CONPES 3169:

(...)se encuentra marginada de los beneficios del desarrollo, con un bajo nivel de vida, expresado en términos de pobreza, inequidad, violencia, discriminación, debilidad de su capital humano y fragmentación del tejido social, siendo su estado, uno de los más críticos en la totalidad de la población colombiana.

Las estadísticas señalan elevados porcentajes de analfabetismo, deserción e inequidad en el acceso al servicio educativo. En materia de salud, el patrón epidemiológico de la población afrocolombiana se caracteriza por una morbilidad y mortalidad de alta incidencia y prevalencia de enfermedades como: la enfermedad diarreica aguda –EDA–, la infección respiratoria aguda –IRA– y la tuberculosis. Se calcula que la tasa de mortalidad infantil está entre el 10% y el 50% superior al promedio nacional. Los territorios localizados en la Cuenca del Pacífico Biogeográfico, por su posición geoestratégica se han convertido en escenarios de confrontación entre fuerzas en conflicto, sufriendo de manera directa los rigores de la violencia, forzando fenómenos migratorios, desplazamiento y desarraigo que amenazan su existencia como grupo étnico.

En lo institucional, las entidades territoriales con presencia significativa o mayoritaria de población afrocolombiana adolecen de sistemas de planificación, registran altos índices de burocratización y presentan bajos resultados en la gestión, administración y ejecución de los planes. Los bajos resultados se deben en parte a la falta de capacidad técnica, causada por el bajo nivel de profesionalización, falta de estabilidad y cualificación de los funcionarios de la administración.

Aproximaciones a una respuesta argumentada

La complejidad del problema es evidente, no es posible argumentar una respuesta única con validez universal, dadas las características *sui géneris* y multifactoriales que subyacen en la base del problema y en su desarrollo histórico.

Las ciencias sociales son herramientas valiosas para la comprensión, el análisis y la proyección prospectiva de situaciones que involucran población vulnerable. Desde esta perspectiva, a continuación se presenta el entre dos visiones que abordan el problema, desde la mirada de los expertos y estudiosos de la materia, y desde la investigación académica

La mirada de los expertos y estudiosos

Para Gustavo de Roux (2012):

(...) la persistencia de las brechas guarda relación con macrocondicionantes como la discriminación racial, el conflicto armado y la dinámica de procesos de desarrollo que debilitan a las organizaciones comunitarias, producen pérdida de dominio sobre el territorio y generan desplazamientos.

Para el CIDSE ... la principal conquista étnico-racial alcanzada con la Ley 70 de 1993 (el reconocimiento de derechos de propiedad colectivos de más de 5 millones de hectáreas en el andén del Pacífico) se ha visto minimizada por la proliferación de actividades extractivas y por el conflicto armado, factores que destruyen iniciativas comunitarias estructuradas con base en su condición étnica y en el manejo sustentable de su territorio y que deterioran las condiciones de vida de la población.

Por otra parte, desde el Proceso de Comunidades Negras [PCN] se afirma que “existe débil capacidad de las instituciones para hacer efectivas las normas existentes, siendo ejemplo de ello la endeble disposición para cumplir y hacer cumplir la normatividad relacionada con la consulta previa”.

La Asociación de Afrodescendientes Desplazados [AFRODES] participa también en éste debate y sostiene que a todas las anteriores razones hay que agregar las siguientes:

(...) la creencia de que la falla de una norma se corrige con otra norma; el desarrollo de procesos con un ritmo que no se corresponde con las dinámicas que vulneran los derechos de la población afrodescendiente; la ejecución de programas sin enfoque diferencial; y el uso del esquema de participación sin asignación de recursos suficientes para hacerla efectiva.

Desde el Departamento Nacional de Planeación [DNP] se afirma:

(...) la desarticulación de las acciones estatales del nivel central respecto a las regiones, pasando por las debilidades institucionales de los municipios y de los departamentos, hacen que los esfuerzos realizados en todos los niveles de gobierno carezcan del impacto necesario para crear las condiciones de cambio que se requieren. (Conpes 3553/2008)

Para Gay McDugall (2010), experta independiente de Naciones Unidas sobre cuestiones de las minorías: “Es evidente que los recursos financieros otorgados a los proyectos que lucen bien sobre el papel en demasiados casos no están llegando a las comunidades que requieren urgentemente los servicios que se les han prometido”.

Desde la investigación académica

El proyecto de investigación en ejecución de su etapa final “Análisis comparativo de factores potenciales en la superación de la marginalidad y la exclusión en la región Pacífico de Colombia”, génesis del libro en preparación titulado “El potencial del Pacífico colombiano para el siglo XXI: una visión prospectiva”, hace hincapié en cuatro elementos de gran potencialidad para romper las barreras, visibles e invisibles, que, a manera de catalizadores negativos, inciden en el desarrollo de la región Pacífico. Estos elementos potenciales son:

- la vinculación de la mujer afropacífico a los procesos productivos, sociales y políticos;
- el fomento y desarrollo de las expresiones culturales de la región Pacífico;
- la representación política de la Federación de Municipios del Pacífico; y
- la formación académica de alto nivel de los profesionales afrodescendiente procedentes del Pacífico colombiano.

Esta investigación ha encontrado también respuestas al interrogante planteado: ¿por qué hay tanta distancia entre la abundante legislación y los resultados obtenidos?

Sobre la región Pacífico hay visiones antagónicas. Arturo Escobar y Álvaro Pedroza (1996) analizan, desde lo que ellos llaman “antropología de la modernidad”, la situación de la región conocida como el Chocó biogeográfico, frente a su vinculación al desarrollo capitalista globalizado o a su conservación tradicional en manos de comunidades indígenas y afrodescendientes. Dicen los investigadores:

Creemos firmemente que en el Pacífico hay opciones diferentes de las que se plantean desde los espacios habituales de la planificación, el desarrollo y la economía neo-liberal, en sus variantes nacionales o internacionales. Como veremos, desde la perspectiva de los inversionistas de la palma africana y el camarón, o de la de los expertos

del Departamento Nacional de Planeación, a cargo del llamado Plan Pacífico, al litoral se le ve como depósito de recursos en espera de que la mano blanca de la economía y la tecnología libere su valor. ¿De dónde proviene esta percepción tan acendrada? ¿Por qué parece casi imposible pensar la realidad social de un modo diferente? Esta pregunta nos lleva a plantearnos una visión distinta de la modernidad y el desarrollo.

Para González (1999) la perspectiva es dialéctica, plantea el antagonismo de las visiones como: el Pacífico colombiano, fuente inagotable de recursos vs. el Pacífico colombiano, fuente inagotable de adversidades. En esta pugna, la segunda opción sobrepasa a la primera. Entonces, ¿qué es lo que genera la marginalidad en una región con un inmenso potencial de riqueza? Fenómenos sociales de invisibilidad –política, académica y racial (o xenofobia)–, se constituyen en la génesis y soporte del problema.

La exclusión en la región Pacífico ha sido una constante histórica. Las decisiones que afectan a sus habitantes las toman desde afuera personas ajenas al contexto, técnicos, tecnócratas y políticos quienes desde su concepción subjetiva proponen soluciones a problemas que no han sido estudiados suficientemente. Solo basta escribir un verso para abrogarse la condición de “experto” y ser considerado parte del selecto grupo de intelectuales que tienen las respuestas a los problemas que impiden el desarrollo de la región.

Ésta situación ha sido reiterativa en el espacio y en el tiempo. Desde el Proyecto Cauca N° 1 del Incora (1970), pasando por el Plan de Desarrollo Integral para la Costa Pacífica [Pladeicop] (CVC, 1983), el Plan Pacífico (DNP, 1992) y tantos otros intentos, como los Planes Nacionales de Desarrollo de la Población Afrocolombiana: “Hacia una Nación pluriétnica y multicultural” (DNP, 1998), “Hacia un Estado Comunitario” (DNP, 2002), y “Estado comunitario desarrollo para todos” (DNP, 2006), y la Ley 1151 de 2007, la situación de exclusión no ha variado y siempre ha producido el mismo efecto: fracaso total.

Los gobiernos de Uribe (2002-2010) y Santos (2010-2018) muestran un cambio cualitativo en la concepción del problema y en la estrategia para abordarlo. En 2007 se creó la “Comisión Intersectorial para el avance de la población afrocolombiana, negra, palenquera y raizal” (Decreto 4181), la cual, como su nombre lo indica, busca, mediante un diagnóstico serio, profesional e incluyente, las barreras que inciden negativamente en el desarrollo y no permiten el mejoramiento de las condiciones de vida de los afrocolombianos. El diagnóstico identificó las siguientes barreras: (...)

- Racismo y discriminación racial.
- Baja participación y representación en espacios políticos e institucionales de decisión.

- Mayores dificultades para el acceso, permanencia, y calidad en el ciclo educativo.
- Escaso reconocimiento y valoración a la diversidad étnica y cultural.
- Desigualdad en el acceso al mercado laboral y vinculación a trabajos de baja calidad.
- Baja disponibilidad de información sobre población afro que limita ajustes a sus particularidades étnicas y territoriales.
- Debilidad de los procesos organizativos.
- Deficiencias en materia de seguridad jurídica de los derechos de propiedad de los territorios colectivos.
- Acceso limitado a programas de subsidio.
- Deficiencia en la incorporación e implementación de iniciativas y propuestas provenientes de la población afrocolombiana.

A partir de esta experiencia el Gobierno Santos ha implementado el “Programa Presidencial para el Desarrollo Integral de la Población Afrodescendiente, Negra, Palenquera y Raizal”, el mismo que está estructurado sobre los siguientes ejes básicos: “rezago institucional; formación de capital humano; desarrollo económico; fortalecimiento institucional; y objetivos del milenio”.

Este cambio de paradigma genera optimismo moderado al constatar que en su construcción participaron ampliamente sectores que jamás habían sido tenidos en cuenta, como funcionarios afrocolombianos, representantes de organizaciones sociales, académicos, empresarios y políticos. La estrategia de talleres regionales, reuniones de nivel técnico y sesiones plenarias le dan el carácter de incluyente y participativo.

Desde mi perspectiva personal valoro este nuevo intento y reconozco las posibilidades que su buen desarrollo puede traer para el grupo humano involucrado, pero también guardo alguna reserva porque al analizar la estructura general de sus componentes, se hace evidente la ausencia de un eje fundamental, así se lo hice saber al Doctor Oscar Gamboa Zúñiga, Director General del programa en carta fechada en Cali, el 27 de febrero de 2012:

He tenido la oportunidad de reflexionar detenidamente sobre los cinco ejes del Programa Presidencial presentados por usted en la reunión del 29 de diciembre en la Cámara de Comercio de Cali con el fin de encontrar afinidades con mi compromiso personal y profesional frente al proceso de avance en la superación de las barreras visibles e invisibles que afectan negativamente a la población afrodescendiente donde destaco, por la cercanía con mi actividad académica, dos ejes principalmente: la formación de capital humano y el fortalecimiento institucional.

Este análisis reflexivo, de igual forma, comprueba la ausencia de un eje fundamental e insoslayable cuando se trata de proyectar soluciones a problemas sociales que incluyen población vulnerable: se trata del Componente Académico-Investigativo orientado a generar conocimiento científico sobre el problema que se pretende superar. Usted, más que nadie, es consciente que sobre la afrodescendencia y, dentro de ella, la afrocolombianidad hay vacíos por llenar. No todo se ha dicho y sobre lo dicho hay evidencias de inconsistencias metodológicas y científicas. Por lo tanto, es prioritario incluir la necesidad de este componente en el debate.

Con relación a la Región he podido constatar la necesidad urgente de reconstruir, sobre bases firmes y científicas, la historia real de los pueblos del Pacífico colombiano dadas las inconsistencias evidentes encontradas en estudios preliminares. No es conveniente evaluar el presente y planificar el futuro de una región cuando no se tiene certeza de su pasado real. El dicho popular al respecto es verdaderamente elocuente: “Pueblo que no conoce su historia, está condenado a repetirla”. (González, 2012)

La Alianza Pacífico: el futuro

Atrevámonos ahora a asomarnos a la ventana del futuro. La Alianza Asia Pacífico surge como la panacea que logrará superar con creces la situación de marginalidad y exclusión de la región Pacífico, y convertirá a Colombia en socio de número dentro del concierto de las naciones del primer mundo. La representación gráfica Pacífico 2032 (“Una mirada...”, 2012), muestra en perspectiva algo completamente diferente, donde se refleja solamente la visión prospectiva de los inversionistas: en la periferia de las grandes ciudades permanecen inamovibles los corteros de caña y en las orillas del mar los lancheros artesanales, frente al despliegue de la tecnología que produce el capital. No es difícil imaginar la realidad expresada por el maestro Eduardo Galeano: “cuando ellos llegaron, nosotros éramos dueños de la tierra y ellos de la Biblia. Cerramos los ojos por un momento y cuando los abrimos ellos eran los dueños de la tierra y nosotros dueños de la Biblia”

Desde el campo investigativo y particular de las ciencias sociales, por analogía, surge un cuarto interrogante: ¿qué relaciones de similitud y diferencia existen entre el descubrimiento del Pacífico Americano y el Pacífico asiático? En términos pragmáticos: ¿es conveniente negociar el presente y el futuro de una región desconociendo su pasado? Entonces, nos volvemos a preguntar: ¿qué sucedió históricamente hace quinientos años en el descubrimiento de la ruta Acapulco-Manila?

En proceso de estructuración y estudios preliminares se encuentra el proyecto de investigación “Descubrimiento del pacífico asiático, quinientos años después, una mirada desde el Pacífico americano a la ruta Acapulco-Manila: similitudes y diferencias”.

Conclusiones

La denominada Alianza Asia Pacífico, concebida como la panacea de la región oculta la realidad de su verdadero alcance. En términos reales, de su concepción se puede vislumbrar que los próximos parias del mundo globalizado serán los habitantes ribereños del litoral, quienes verán levantarse grandes edificios y complejos turísticos, donde ellos forjaron sus sueños e ilusiones. El capital de los inversionistas convertirá sus territorios ancestrales en una quimera inalcanzable.

Una mirada de contraste a las similitudes y diferencias de los procesos históricos que determinaron el descubrimiento del Pacífico –americano y asiático– es conveniente si se quiere evitar conflictos fronterizos como el que hoy enfrentan Colombia y Nicaragua. Estudiar estos procesos paralelos, tan poco conocidos, se hace imprescindible antes de que entren en acción los convenios bilaterales y multilaterales y su desarrollo se convierta en un proceso irreversible. El mar territorial y las plataformas continental y submarina son conceptos que deben quedar definidos con claridad pero, fundamentalmente, la situación de los actuales y futuros pobladores afrocolombianos y la forma real de su participación activa en este evento. De otra manera, el despojo, la marginalidad y la exclusión aplicarían sus nefastos y tradicionales efectos.

La ruta Acapulco-Manila-Acapulco, es el punto de partida para la indagación histórica. También fue España la pionera de este evento. En 1521, el navegante portugués Fernando de Magallanes, al servicio de la Corona española, después de encontrar el paso del Atlántico al Pacífico por el estrecho que lleva su nombre, llegó al archipiélago filipino y tomó posesión de esas tierras para el trono español, con la intención manifiesta de arrebatar la jurisdicción de las islas del poder de Portugal. Este hecho desencadenó un inusitado interés de España por conquistar las tierras asiáticas.

Desde México, Hernán Cortés en 1527, Antonio de Mendoza en 1542 y Luis de Velasco en 1564 intentaron expediciones de exploración y dominio del archipiélago. En ese intento se descubrieron las Filipinas (nombre en honor al príncipe Felipe II), lo que dio como resultado la Capitanía General de Filipinas adscrita a la jurisdicción del Virreinato de la Nueva España (México).

Esa es la génesis de un proceso de colonización en el Pacífico asiático que por mucho tiempo ha estado invisibilizado pero que hoy, con la confirmación de la

Alianza Asia Pacífico, cobra realidad y actualidad. Sin estas bases históricas es arriesgado pensar en una integración de países con intereses y estructuras económicas diferentes.

Referencias

- Aprile-Gnisset, J. (1993). *Poblamiento, hábitats y pueblos del Pacífico*. Cali, Colombia: Universidad del Valle.
- Cieza de León, P. (1880/2006). *Crónica del Perú: el señorío de los Incas*. Caracas, Venezuela: Biblioteca Ayacucho.
- Córdoba A. & Villamizar, M. (2006). *Libro consecutivo de la legislación afrocolombiana*. Bogotá, Colombia: Ministerio del Interior y de Justicia
- Corporación Autónoma regional del Valle del Cauca (1983). *Plan de desarrollo integral para la Costa Pacífica-PLADEICOP*. Cali Colombia: CVC
- De Roux, G. (2012). *Los afrocolombianos frente a los objetivos de desarrollo del Milenio*. Bogotá, Colombia: PNUD
- Decreto 4181 de 2010 - Ministerio del Interior y de Justicia. (2007, octubre 30). *Diario Oficial No 46.797*. Bogotá, Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2002, mayo 23). *Conpes No. 3169. Política para la población afrocolombiana*. Bogotá, Colombia: DNP.
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2008, diciembre 1). *Conpes No. 3553. Política de promoción social y económica para el departamento de Chocó*. Bogotá, Colombia: DNP.
- Dirección Nacional de Planeación [DNP]. (1992). *Plan Pacífico: una nueva estrategia de desarrollo sostenible para la costa pacífica colombiana*. Bogotá, Colombia: DNP
- Dirección Nacional de Planeación [DNP]. (1998). *Hacia una Nación pluriétnica y multicultural. Plan Nacional de Desarrollo 1998-2002*. Bogotá, Colombia: DNP
- Dirección Nacional de Planeación [DNP]. (2002). *Hacia un Estado comunitario. Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006*. Bogotá, Colombia: DNP
- Dirección Nacional de Planeación [DNP]. (2006). *Estado comunitario, desarrollo para todos. Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*. Bogotá, Colombia: DNP
- Escobar, A., & Pedroza, A. (1996). *Pacífico: ¿desarrollo o diversidad?* Bogotá, Colombia: Cerec.
- Fernández de Oviedo y Valdés, G. (1853). *Historia general y natural de las indias* [tomo segundo de la segunda parte, tercero de la obra]. Madrid, España: Real Academia de Historia.
- González-Sevillano, P. (1999). *Marginalidad y exclusión en el Pacífico colombiano: una visión histórica*. Cali, Colombia: Universidad Santiago de Cali.
- González-Sevillano, P. (2012, febrero 27). *Carta al Doctor Oscar Gamboa Zúñiga, Director General del programa Presidencial para el Desarrollo Integral de la Población Afrodescendiente, Negra, Palenquera y Raizal* [inédita].
- González-Sevillano, P. (2014a). ¿Por qué donde hay tanta riqueza hay tanta pobreza? Incidencia negativa de la normatividad jurídica para esclavos y afrodescendientes del Pacífico colombiano: del siglo XVI al XX. [Con]Textos, 3(9), 53-60.
- González-Sevillano, P. (2014b). ¿Por qué donde hay tanta riqueza hay tanta pobreza? Evolución de la normatividad y su impacto socio-jurídico en los pobladores de la región pacífica de Colombia: siglo XX. [Con]Textos, 3(10), 43-49.
- Instituto Colombiano de Reforma Agraria [Incora]. (1970). *Programa popolorum progressio. Proyecto Cauca No.1*. Bogotá, Colombia: Incora.

- Ley 1151 de 2007. (2007, julio 25). *Diario Oficial No. 46.700*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Ley 70 de 1993. (1993, agosto 31). *Diario Oficial No. 41.013*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- López, J. (2015). *Buenaventura: entre el desarrollo y la defensa del territorio* (tesis). Universidad de Antioquia: Medellín, Colombia.
- McDougall, G. (2010). *Declaración de la Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de las Minorías, Señora Gay McDougall. Conclusiones Preliminares de su visita oficial a Colombia (1 al 12 de febrero)*. Bogotá, Colombia: OHCHR. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/minorities/expert/docs/Colombia_Statement_12022010_sp.doc
- Merizalde, B. (2008). *Estudio de la costa colombiana del Pacífico*. Cali, Colombia: Universidad del Valle.
- Programa Presidencial para el Desarrollo Integral de la Población Afrodescendiente, Negra, Palenquera y Raizal*. Recuperado de: <http://wsp.presidencia.gov.co/afrocolumbianos/programa/Paginas/programa.aspx>
- Romoli, K. (1962). El Suroeste del Cauca y sus Indios al tiempo de la conquista. *Revista Colombiana de Antropología*, 11, 240-302
- Romoli, K. (1974). Nomenclatura y población indígena en la antigua jurisdicción de Cali a mediados del siglo XVI. *Revista Colombiana de Antropología*, 16, 374-478.
- Romoli, K. (1978). Las tribus de la antigua jurisdicción de Pasto en el siglo XVI. *Revista Colombiana de Antropología*, 21, 11-55.
- Una mirada al Pacífico (2012, Junio 10). *Revista Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/una-mirada-pacifico/265945-3>
- Urrea, F. & Viáfara, C. (2007). *Pobreza y minorías étnicas en Colombia: un análisis de sus factores determinantes y lineamientos de política para su reducción*. Bogotá, Colombia: DNP.
- Viáfara, C., Urrea, F., & Castro, J. (2009). ¿Por qué son convenientes las políticas de acción afirmativa para la población negra o afrodescendiente? *El observador regional*, 9, 1-4
- West, R. (1957). *The pacific law lands of Colombia*. Baton Rouge, LA: Louisiana State University.
- Yacup, S. (1934). *Litoral recóndito*. Buenaventura, Colombia: Renacimiento
- Zaragoza, J. (1885). *Viaje político-científico alrededor del mundo por las corbetas Descubierta y Atrévada al mando de los capitanes de navío D. Alejandro Malaspina y Don José de Bustamante y Guerra desde 1789 a 1794*. Madrid, España: Imprenta de la viuda e hijos de Abienzo.