

El libro *Metateoría y Praxis de la Justicia Restaurativa, Ambiental y Iusfilosófica. TOMO I* es el resultado del Grupo de Investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar y registra el trabajo riguroso de más de una década de investigaciones teóricas y empíricas sobre los conflictos ambientales y los daños derivados del mismo, la explotación carbonífera, y la justicia restaurativa. Sin desconocer con ello la presencia es este libro de un visitante por décadas despreciable como el derecho positivo, pero tan necesario a su vez pues no hay duda que ha sido el garante de los hechos históricos del pasado y el presente.

METATEORIA Y PRAXIS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA, AMBIENTAL Y IUSFILOSÓFICA

METATEORÍA Y PRAXIS

DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA,
AMBIENTAL Y IUSFILOSÓFICA

Tomo 1

METATEORÍA Y PRAXIS

DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA,
AMBIENTAL Y IUSFILOSÓFICA

Tomo 1

Doris del Carmen Navarro-Suárez • Ferney Asdrúbal Rodríguez Serpa
Jairo Enamorado Estrada • Inés Rodríguez Lara

**METATEORÍA Y PRAXIS DE LA JUSTICIA
RESTAURATIVA, AMBIENTAL Y IUSFILOSÓFICA
TOMO I**

© Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa • Belina Herrera Tapias • Giselle De la Torre Soto • Doris del Carmen Navarro Suárez • Guissepe D'amato Castillo • Lina Marcela Martínez Durango • Luis Miguel Cabrera Merlano • David de Jesús Anibal Guerra • Claudia del Carmen Llinás Torres • Eduardo Palencia Ramos • Carolina Isaza Zuluaga • Magda Ligia Djanón Donado • Karla Sáenz López • Gisela Anastacia García Torres

Editores: Doris del Carmen Navarro Suárez • Ferney Asdrúbal Rodríguez Serpa • Jairo Enamorado Estrada • Inés Rodríguez Lara

Proceso de arbitraje doble ciego

Recepción: Febrero 2018

Evaluación de propuesta de obra: Abril de 2018

Evaluación de contenidos: Junio de 2018

Correcciones de autor: Agosto de 2018

Aprobación: Octubre de 2018

METATEORÍA Y PRAXIS

DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA,
AMBIENTAL Y IUSFILOSÓFICA

Tomo 1

Doris del Carmen Navarro-Suárez • Ferney Asdrúbal Rodríguez Serpa
Jairo Enamorado Estrada • Inés Rodríguez Lara

Metateoría y praxis de la justicia restaurativa, ambiental y iusfilosófica. Tomo I.
/ Doris del Carmen Navarro Suárez [y otros 3]-- Barranquilla: Ediciones Universidad
Simón Bolívar, 2018.

208 páginas

ISBN: 978-958-5533-29-5

1. Protección ambiental 2. Práctica ambiental 3. Recursos Naturales -- Conser-
vación 4. Conflicto armado 5. Delitos en contra de la humanidad I. Navarro Suárez,
Doris del Carmen II. Rodríguez Serpa, Ferney Asdrúbal III. Enamorado Estrada, Jairo
IV. Rodríguez Lara, Ines V. Título

344.046 M587 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 22ª. edición
Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones
Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga,
reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



©Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/>

dptpublicaciones@unisimonbolivar.edu.co

Barranquilla - Cúcuta

Producción Editorial

Editorial Mejoras

Calle 58 No. 70-30

info@editorialmejoras.co

www.editorialmejoras.co

Diciembre de 2018

Barranquilla

Made in Colombia

Cómo citar este libro:

Rodríguez-Serpa, F. A., Herrera Tapias, B., De La Torre Soto, G., Navarro-Suárez, D. D., D'amato Castillo, G.,
Martínez Durango, L. M., . . . García Torres, G. A. (2018). *Metateoría y Praxis de la justicia restaurativa,
ambiental y iusfilosófica. Tomo I.* (D. D. Navarro-Suárez, F. A. Rodríguez Serpa, J. Enamorado Estrada, & I.
Rodríguez Laran, Edits.) Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.

Contenido

Prólogo.....	7
 Positivismo y neopositivismo: Huellas de dos tradiciones jurídicas dominantes.....	11
Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa	
Beliña Herrera Tapias	
Giselle De la Torre Soto	
 Conflictos ambientales en la comunidad indígena Mokaaná del municipio de Malambo: una mirada desde el derecho administrativo, 2012 – 2015.....	35
Doris del Carmen Navarro Suárez	
Guiseppe D'amato Castillo	
Lina Marcela Martínez Durango	
Luis Miguel Cabrera Merlano	
 Explotación carbonífera y el derecho a la vida digna de la comunidad Wayuu: el enfoque teórico.....	73
David de Jesús Aníbal Guerra	
Claudia del Carmen Llinás Torres	
 La justicia restaurativa como nuevo paradigma de la resolución de conflictos en nuestros tiempos.....	107
Eduardo Palencia Ramos	
Doris del Carmen Navarro Suárez	
Carolina Isaza Zuluaga	
Magda Ligia Djanón Donado	

**El daño ambiental. Una nueva perspectiva
de la responsabilidad extracontractual del Estado. 135**

Doris del Carmen Navarro Suárez

Karla Sáenz López

Carolina Isaza Zuluaga

Magda Ligia Djanón Donado

**La valoración judicial del dictamen pericial
en la jurisdicción civil: factor determinante
en juicios de responsabilidad en Colombia..... 175**

Gisela Anastacia García Torres

Prólogo

El Grupo de Investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar presenta a la comunidad científica nacional e internacional el libro en formato digital titulado *Metateoría y Praxis de la justicia restaurativa, ambiental y iusfilosófica*, el cual registra el trabajo riguroso de más de una década de investigación teórica y empírica sobre los conflictos ambientales y daños derivados, la explotación carbonífera y la justicia restaurativa. No se desconoce con ello la presencia en este libro de un visitante, por décadas despreciado, pero tan necesario a su vez pues no hay duda que ha sido el garante de los hechos históricos del pasado y el presente: el derecho positivo.

El título de esta obra es un reflejo de la nueva ciencia, la que abandonó las viejas narrativas, no por carecer de rigor y vigencia, sino por razones asociadas a la dinámica de nuestros tiempos; donde ni siquiera la furiosa frase de Marx y rescatada décadas después por Marshall Berman donde afirmaban que “todo lo sólido se desvanece en el aire”, resulta ser hoy suficiente para explicar un mundo en el que ni siquiera alcanza ser sólido y mucho menos líquido, como dijo Zygmunt Bauman, porque la realidad de la ciencia es cada vez más gaseosa. Comprender tal hecho social implica la posibilidad de hacer

ciencia desde la autocrítica en tiempos de posmodernidad. En esta lógica existe una inflación de teorías sobre las cuales no es necesario hoy un revisionismo, sino montarnos¹ sobre los hombros de gigantes donde encontraremos metateorías representadas en una cultura de *review* permanente.

La praxis por su parte, en este libro no solo devela el cotejo con la teoría; es la manifestación de la clásica intención de la ciencia empírica, desde Comte hasta Habermas pasando por Popper, entre otros connotados científicos sociales preocupados por desnudar la ignorancia y la metafísica cínica sin impacto social, como la acaecida por el engaño e ilusión de una filosofía moderna –en parte– en deuda con las angustias y quimeras de las sociedades más marginadas de la historia, del aquí y ahora, con otro rostro pero con las mismas desgracias estructurales.

Este libro, si bien no asume la acción política de una ciencia de cambio, por coherencia en los valores clásicos de neutralidad valorativa de la ciencia moderna; si se hace cargo, desde cada uno de los capítulos, una actitud y aptitud de hacer investigación activa y de impacto desde la singularidad de cada perspectiva aquí representada.

Adentrarse a esta obra implica encontrarse en una dialógica de las ciencias entre investigadores y lectores, que por antonomasia representan pares de la comunidad científica, seguramente dudosos metódicamente y despiadados críticos en el entendido para Aristóteles y Kant.

¹ De la carta de Issac Newton a Robert Hooke: "Si he visto más lejos es porque estoy sentado sobre los hombros de gigantes"

En tal sentido este libro no solo abre su alma sino sus recursos, limitaciones y virtudes; y con ello, presenta el trabajo sobre positivismo y neopositivismo, en el que se evidencian las huellas de dos tradiciones jurídicas dominantes, pero con prelación a la última, que trae respuestas desde la teoría de los sistemas sociales en la obra de Niklas Luhmann y Gunther Teubner. Así mismo, encontramos el magno trabajo, Conflictos ambientales en la comunidad indígena Mokaná del municipio de Malambo, donde los verdaderos y legítimos dueños de la madre tierra, por infortunio de las ideologías del progreso y desarrollo, han sido testigos recientes de los conflictos ambientales. El texto, es abordado desde la mirada del derecho administrativo.

En esa misma línea, otra minoría étnica es protagonista en nuestro libro. Hacemos referencia a la comunidad Wayuu, los contrasentidos que ha traído para sus miembros la explotación carbonífera y el derecho a la vida digna de estos pueblos ancestrales.

Como respuesta a los problemas estructurales de los grupos étnicos, sobre todo los eternos conflictos armados de baja intensidad pero con resultados nefastos y la presencia de grupos de delincuencia organizada, resulta plausible el enfoque del capítulo titulado Justicia restaurativa como nuevo paradigma de la resolución de las luchas en nuestros tiempos.

Ademas se expone el trabajo de investigación sobre el daño ambiental, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual del Estado; que no solo deconstruye y reconstru-

ye la categoría del daño, sino que traslada la carga de reparar el daño causado al Estado, bajo la Figura jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa

Capítulo I

Positivismo y neopositivismo: Huellas de dos tradiciones jurídicas dominantes*

Positivism and Neopositivism: Traces of two dominant legal traditions

Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa¹,
Beliña Herrera Tapias²,
Giselle De la Torre Soto³

* El presente capítulo de libro, se deriva de los resultados parciales de la tesis doctoral titulada: “La legitimidad democrática de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional Colombiana”, adelantado en el programa doctoral en Filosofía con orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México. Es apoyada y financiada por la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, Colombia a través del grupo de investigación científica “Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas” en colaboración con el grupo de Investigaciones en Derecho, Política y Sociedad, de la Corporación Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia.

1 Abogado, Candidato a Doctor, PhD (c)- en Filosofía con Acentuación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México; Magíster en Derecho Procesal; Sociólogo; Editor de la Revista Justicia de la Universidad Simón Bolívar, Colombia; Profesor investigador vinculado al grupo de investigación “Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar, Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-8197-7010>. rodriguezserpaabogados@gmail.com

2 Colombiana, Abogada, Candidata a Doctora- PhD (c)- en Derecho de la Universidad Externado de Colombia; Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Abogada, docente-Investigadora vinculada al grupo de Investigaciones en Derecho, Política y Sociedad. ORCID ID: 0000-0002-5974-7040 bherrera3@cuc.edu.co

3 Colombiana, Abogada, Magíster (c) en Educación de la Corporación Universidad de la Costa; Abogada y socióloga, Profesora de la Corporación Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia. <https://orcid.org/0000-0001-9707-7976> gdelatorresoto@gmail.com

RESUMEN

El presente capítulo tiene como objeto describir los aportes de la escuela iusdominate del derecho en los últimos dos siglos. El derecho positivo, se ubicó en las aportaciones del derecho positivo en las dos versiones declaradas, distintas a sus aportes del positivismo en el marco de las ciencias duras y sociales. El enfoque para tal fin es cualitativo y descriptivo. Como resultado del trabajo se encontró que el positivismo de Austin, Kelsen y Hart es coincidente con los postulados del neopositivismo de Luhmann y Teubner, en hacer del derecho una disciplina cada día más exigente y despreocupada de intentos metafísicos y reconocimiento axiológico.

Palabras clave: neopositivismo, positivismo, regla, sistema, validez.

ABSTRACT

This chapter of the book has as its object the object broadly describes the contributions of the iusdominate school of law in the last years of the century, the positive law, for the work is located in the contributions the positive law in the two declared versions, distinct from the contributions of positivism in the framework of hard and social sciences. The approach for this purpose is qualitative and descriptive. As a result of the work it was found that both the positivism of Austin, Kelsen and Hart, co-chair with the postulates of the neopositivism of Luhmann and Teubner, in making the right a discipline more demanding every day and carefree metaphysical attempts and axiological recognition.

Keywords: neopositivism, positivism, rule, system, validity.

INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el positivismo⁴ en sentido amplio ha sido la doctrina teórica más dominante en los últimos dos siglos; el motor de la modernidad, y en efecto, del desarrollo industrial y humano, para bien y para mal. De él se destaca el positivismo científico darwiniano y el positivismo de su fundador, el francés Augusto Comte, como también el positivismo jurídico de los reformistas del Estado moderno francés y los ingleses John Austin, Jeremías Bentham, entre otros. Otra contribución importante a la explosión del Positivismo jurídico se desarrolló hasta la mitad del siglo XX en la obra del jurista de origen judío Hans Kelsen.

No obstante, como resultado de aquello que no anda bien, los filósofos de mitad del siglo XX se preguntaron: ¿Qué pasó con el positivismo jurídico del sueño ilustrado? ¿Dónde estaba el derecho positivo en la Segunda Guerra Mundial? ¿Por qué el derecho positivo no respondió a los problemas del nazismo? ¿Por qué el derecho positivo no pudo prever los peligros del Tercer Reich, la tragedia de Auschwitz y las leyes de segregación racial?

En razón de lo anterior, el positivismo jurídico entró en crisis, y posterior a esa crisis, que no parece superarse del todo, los positivistas parecen invisibles y poco evidentes en la defensa de sus posturas, lo cual denota, por otra parte, la creciente

⁴ "El término «positivismo», según Abbagnano lo empleó por vez primera Saint Simon en 1830 aunque es a Comte a quien pertenece el mérito de haberlo popularizado. Las tesis fundamentales asociadas a dicho término son: a) la ciencia es el único conocimiento válido; b) proporciona un conocimiento puramente descriptivo; c) debe extenderse a todos los campos del saber. Incluyendo al hombre". (Atencia, 1991, p.144). Positivismo y Neopositivismo. Seminario de Metafísica. N 25-1991. Universidad Complutense. Madrid.

multiplicidad de escuelas, corrientes y doctrinas filosóficas alejadas en lo más posible de cualquier denominación llamada positivismo y en consecuencia, positivismo jurídico.

Conforme a lo anterior, se evidencia una desmovilización del positivismo jurídico y en razón a ello, nadie asegura ser positivista, salvo algunos valientes filósofos como el español Juan Antonio García Amado de la Universidad Alberto Hurtado (García Amado, 2010). Así, por ejemplo, filósofos como Robert Alexy se identifican con una postura no positivista, otros en un derecho natural moderado como Ronald Dworkin y otros en un modelo convergente gigante, -no del baile de los que sobra- pero si aglutinados en el denominado movimiento de los neoconstitucionalistas.

Este último, “se presenta como una concepción del Derecho, contrapuesta al positivismo jurídico, una especie [...] de iusnaturalismo” (Moreso, 2003, p.268). Este nuevo derecho constitucional no es fruto del azar, es la respuesta a las teorías jurídicas puramente formal-racionales, las cuales han sido según Kaufmann (2007, p 15) acusadas injustamente al igual que la modernidad, de no dar respuesta alguna a las preguntas esenciales.

Si se observa bien lo planteado, el paradigma del neopositivismo resulta ser una propuesta exótica y en resistencia, en defensa de una especie (positivismos) en vía de extinción, que merecería la protección de la UNESCO. En este sentido, la propuesta de los sociólogos y juristas alemán Niklas Luhmann y Gunther Teubne resulta sustancial en su análisis; y en esa

lógica, el problema planteado en abstracto en este capítulo, responde a la pregunta, ¿Cuáles son los acuerdos y desacuerdos doctrinales entre el derecho positivo y neopositivismo?

Aproximarse a las categorías del positivismo jurídico y neopositivismo no resulta ser una actividad fácil. Su comprensión en el marco de la racionalidad práctica es amplia y gris en sus fronteras, lo cual hace complejos los aportes de uno y otros, de modo que es preciso ser honesto y prudente con los juicios presentados en este capítulo. Así las cosas, el propósito de este trabajo es dar cuenta, de modo descriptivo, de los aportes doctrinales de estas dos corrientes iusfilosóficas.

LA TRADICIÓN POSITIVISTA EN AUSTIN Y Kelsen, PASANDO POR H.L.A. HART

Pensar en una tradición⁵ filosófica o intelectual hoy parece poco viable; sin embargo, si se habla de tradición, el derecho positivo como escuela, corriente en el tiempo puede dar cuenta de la idea de tradición, que nace con el Estado Moderno. En este sentido, el positivismo clásico, inicia con el filósofo inglés John Austin, para lo cual puede resultar polémica, esta afirmación, pero es parte de ella, tratar de afirmarlo.

La filosofía del derecho en este último siglo ha sido noble y desagradecida con Austin. Noble, porque al final, después de la muerte de este autor y filósofo, se reconocieron sus aportes;

5 Yarza (1996) señala que: "por tradición entiendo la permanencia en autores diversos de un núcleo común de elementos. Pertenecer a una misma tradición no significa asumir un pensamiento idéntico, igual e indistinto, sino moverse dentro de unos fundamentos comunes e insuprimibles, irrenunciables. Un modo de pensar, de entender la realidad, que implica un conjunto de posiciones compartidas a las que, a pesar de otras posibles divergencias, no se quiere renunciar" (p.294).

y ha sido desagradecida en la medida que las bases del positivismo del siglo XX en parte se deben a él, pero desafortunadamente el reconocimiento y los honores se los han llevado otros, como Jeremías Bentham y Hans Kelsen.

El concepto de derecho de Austin hunde sus raíces en el nominalismo ético inglés, quien es un orden de conducta vinculado a la comunidad y no un orden objetivo que se predica de la naturaleza humana (González, 1981, p.1). Esta negación de Austin a la naturaleza objetiva es un claro ejemplo del rechazo de todo juicio de valor en la naturaleza y en las causas de la obediencia al derecho para el cual, solo se obedece porque se debe obedecer, no porque dependa de buenas razones (Atria, 1992, p.98).

Con ello se demuestra teóricamente que desde la tradición inglesa ya existía un serio desplazamiento de los criterios axiológicos del derecho y toda pretensión de esta naturaleza. Adicionalmente, el aporte del positivismo en Austin es amplio, como son las categorías de soberano, mandatos, jurisprudencia, validez, entre otras, que ameritan un análisis más profundo en otro espacio. No obstante, en cuanto a validez, es preciso señalar que ha sido una de las preocupaciones del derecho positivo hasta los tiempos de Niklas Luhmann.

En cuanto a validez del derecho, Austin y Bentham manifiestan que esta se determina por la soberanía, la cual comprende “aquella persona o grupo de personas habitualmente obedecidas en una sociedad política” (Moreso, 1989, p.352). Adicionalmente, “una norma es jurídica o válida solo si pertenece a

un conjunto de normas eficaz. Puesto que, a) una norma es jurídica solo si el ordenamiento al que pertenece es habitualmente obedecido (solo si pertenece al soberano) y b) si un ordenamiento es habitualmente obedecido es eficaz, entonces c) la eficacia de un ordenamiento jurídico es, (...), condición necesaria de la validez de las normas de ese ordenamiento” (Moreso, 1989, pp.352-353). Esto –en suma– explica la validez en Austin, la cual depende de un criterio soberano, es decir de la obediencia que se tenga en la sociedad de las normas.

De otra parte, lo expuesto en la tradición formalista del siglo decimonónico encuentra su recepción en la obra de Hans Kelsen, Carl Schmitt, Bobbio y –moderadamente– en Hart. A diferencia de los tres primeros, este último se discute la posibilidad de leer su postura, desde el escenario de un positivismo jurídico incluyente o moderado del cual hacen parte también Soper, Schauer, Waluchow, Coleman, entre otros (Etcheverry, 2006, p.5).

Como bien se sabe por parte de la comunidad iusfilosófica en el mundo, el aporte del derecho positivo de Kelsen se ubicó especialmente en dos obras cumbres, *Teoría pura del derecho* y *¿Que es la justicia?*, donde hace su mayor crítica al derecho natural. Su visión es una defensa al positivismo como la manera más apropiada para regular las conductas y las relaciones sociales, ya que están establecidas de manera escrita en los textos normativos del ordenamiento jurídico.

Una de las críticas de Kelsen al derecho natural estriba en que el derecho no debía estar sujeto a la moral ya que las emocio-

nes y los sentimientos son subjetivos, irracionales (Martín, 2013), y la historia ha demostrado que la moral aunque aparentemente justa para estar contenida en los ordenamientos jurídicos y en las leyes, ha producido caracteres desastrosos e injustos para la comunidad, por lo que Kelsen llega a la conclusión de que el legislador no debería fundamentar en la moral sus funciones de creación de derecho (Núñez, 2014).

En todo caso, es la *Teoría pura del derecho* que catapultó la obra de Kelsen. En este trabajo su teoría es plenamente objetivista y universalista. Apunta fundamentalmente a la totalidad del derecho en su validez objetiva y trata de concebir cada fenómeno particular, solo en su relación sistemática con los demás, y viendo en cada parte del derecho la función del todo jurídico. La teoría del derecho se convierte así en el análisis estructural más exacto posible, liberado de todo juicio de valor ético o político, del derecho positivo (Kelsen, 2009, p.105).

Esta crítica al derecho natural le sirve a Kelsen para centrarse en el problema de la validez de derecho, y el lugar de la norma básica fundamental. En este sentido, el fundamento de la validez de una norma solo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una norma inferior (Kelsen, 2009).

De esta forma, la validez también se suma a la relación con la eficacia “estas dos en el derecho son de suma importancia

para una teoría del derecho positivo donde se trata solamente de un caso especial de la relación del deber de la norma jurídica y el ser de la realidad natural” (Kelsen, 2009, pp.219-220).

A pesar de que Kelsen fue el primero en proponer un control de constituciones cuando fue magistrado del Tribunal Austriaco en la década de los años 20 del siglo XX, no fue el tan garantista en su *Teoría pura del derecho*. De ahí que sea un representante del positivismo excluyente (Etcheverry, 2006, p.9), pues en su teoría no admite la presencia de principios y valores sistémicos y extrasistémicos. Estos últimos, convergen en la teoría de los principios y valores (Rodríguez-Burgos, Martínez & Rodríguez-Serpa, 2017) que son características propias del neoconstitucionalismo.

Kelsen no determina bien el lugar de la norma fundante básica, que ha de ser fundamento del ordenamiento jurídico, de tal manera, que todo lo que emane de él, está motivado, independiente de su resultado en el derecho (Kelsen, 2009, p.189). Esta perspectiva de Kelsen, es estrictamente jurídica y tal visión se agudiza más cuando retorna a la norma fundante y señala que esta no ha de ser una norma material. Con esto se acrecienta la dificultad de comprender el lugar de la norma básica, la que, queda en claro que no es la constitución, sino una norma suprema inmaterial, alfa, la cual, en términos trascendentales ha de ser la asamblea nacional constituyente.

De acuerdo con Hart (citado por Robles, 1998), la tesis de Kelsen oscurece la realidad social subyacente, al afirmar la existencia de la regla de reconocimiento en su perspectiva

básicamente interna, que es supuesto de un punto de vista externo. Esto explica dos cosas: 1) la perspectiva de Hart es de una norma básicamente empírica, lo que la pone en contacto con su contexto, y 2) los derechos fundamentales, aunque son de naturaleza iusnaturalista, son sensibles a la presencia de las reglas de reconocimiento; es decir, si bien tiene su fundamento en el derecho natural racional de los siglos XVII y XVIII. Su reconocimiento es gracias a la positivización que respalda los derechos básicos, con la coerción en caso de inobservancia. Esto último es una fortuna, a medias, pues el lugar de los derechos fundamentales en los tiempos de Austin y Kelsen los dejó marginados, sin dientes de exigibilidad; solo decorativos, pues las constituciones siguieron siendo formales.

Por ello, el positivismo de Austin, y especialmente la norma básica Kelseniana no pasarían el filtro de corrección de validez propuesto en los años 40 del siglo pasado por Gustav Radbruch, quien cambiaría la ecuación del derecho positivo, mientras descansó por muchos años en la lógica derecho igual a norma. Radbruch (citado por Faraldo, 2009) diría que la ecuación sería: Derecho más moral objetiva o corrección de justicia es igual a derecho justo. Sin embargo, el propio Kelsen, al final de su vida reaccionaría y aplicaría tal filtro de corrección, al retractarse de la insuficiencia de su teoría en 1962.

Por su parte, la teoría hartiana logra pasar este filtro al ver la corrección como la posibilidad de resistencia legítima al derecho. Esto, –en palabras del profesor Oscar Mejías Quintana (2006)– es de admirarle a Hart; la valentía y honestidad

intelectual de reconocer las aporías y tensiones, al interior de la tradición positivista, de la cual es parte, aunque tenga, una visión más contemporánea que sus antecesores.

La propuesta de Hart sobre las reglas, predican que estas “son normas identificables mediante la regla de reconocimiento” (Rodríguez, 2002, p.48) que se dividen en reglas primarias y reglas secundarias. Aquellas –las primarias– “aseguran derechos, imponen obligaciones a los miembros de la comunidad (...); las secundarias son las que estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias” (Dworkin, 1989, p.68).

LA TRADICIÓN NEOPOSITIVISTA EN LUHMANN Y TEUBNER

La tradición neopositivista, también conocida como positivismo lógico o empirismo lógico (Matías & Hernández, 2014, p.7) para los efectos de este trabajo tiene dos génesis: una para las ciencias en general y otra para las aportaciones propias del derecho. En la primera, al inicio del “siglo XX con la corriente neopositivista que niega validez a todos aquellos enunciados que no puedan ser sometidos a la lógica o a la verificación empírica, como los enunciados sobre valores a los que considera no significativos” (Carrillo, 2009, p.22).

Esta corriente también es conocida como Círculo de Viena⁶; sus mayores exponentes fueron Moritz Schlick, Philipp Frank, Herbert Feigl, Hans Hahn y Otto Neurath. Posteriormente

⁶ Esta corriente filosófica asume la defensa del empirismo, el rechazo rotundo de la metafísica y una orientación unificadora de la ciencia en sus lenguajes y en sus métodos.

llegarían Rudolf Carnap y Kurt Gödel y años después se inicia uno de sus más notables representantes: Karl Popper.

En la segunda génesis, –neopositivismo jurídico– se encuentran Luhmann y Gunther Teubner. Aunque no son los fundadores de la tradición neopositivista, en la escena jurídica son pioneros de este enfoque del derecho. Esta apreciación es clave, pues una cosa es el positivismo y otra el positivismo jurídico. Lo mismo acontece con el neopositivismo y el neopositivismo jurídico, pues el positivismo y neopositivismo en sí son anteriores a sus desarrollos en el mundo jurídico. Por ello Kelsen no es neo, sino un representante clásico del positivismo jurídico, junto a Austin.

Con todo ello ¿qué es el neopositivismo? Sobre el particular asegura Carrillo (2011):

(...) es, un sistema de enunciados exactos, precisos y formalizados, en donde no exista ambigüedad, vaguedad y, en donde, cada signo representa unívocamente la realidad. Solo un sistema de enunciados como este puede ser verificado y, por tanto, puede ser portador de conocimiento científico. En ese sentido, la ciencia es esencialmente un conjunto de enunciados significativos y, un enunciado es significativo, si y solo si es verificable. Apoyado en esta tesis el positivismo lógico o empirismo lógico concluye que los enunciados metafísicos no constituyen enunciados significativos y, por tanto, deben excluirse del campo del conocimiento y del discurso racional. (p.84)

En lo estrictamente normativo, el neopositivismo jurídico es una resignificación de la justicia a través de los procesos

unívocos, científicistas y racionalistas que tradicionalmente se identificaron con el positivismo formal-normativista. En este caso, la legitimidad de la acción del derecho reconoce la implementación de principios axiológicos, éticos y naturales que determinen el derecho justo (Hernández, 2015, p.26).

No obstante, para los intereses que se persiguen en este capítulo, se realizará una aproximación a los aportes que hace Niklas Luhmann y Gunther Teubner desde el neopositivismo, con cierta observancia previa a la obra del profesor de la Universidad de Bielefeld Alemania (Arriaga, 2003, p.277).

En este sentido, es honesto advertir que la teoría luhmana es odiosa, muy odiosa, en su mensaje comunicativo. Sin demeritar el rigor, es precisamente su exceso lo que la hace odiosa; parece que escribiera solo para él. No en vano, la comunidad académica así lo califica; ven su teoría como algo

compleja y la dificultad no se limita al estilo de su obra. Su finalidad no consiste únicamente en la transformación de los hechos en problemas y del mundo en improbabilidad, sino que además el estilo mismo de los libros de Luhmann se caracteriza por su aridez. Se suceden largos pasajes de abstracción teórica que parecen estar completamente desconectados de la realidad empírica”. (Urteaga, 2010, p.302).

De igual forma,

el modo de exposición de Luhmann no es lineal. Los capítulos de sus ensayos, especialmente los últimos, pueden leerse en cualquier orden y Luhmann procede por toques, acumulaciones y yuxtaposiciones. (Urteaga, 2010, p.302)

Y como si fuese poco

ha mantenido una discusión crítica y polémica tanto con los ‘grandes clásicos’ como con los contemporáneos. De hecho, uno de sus principales críticos es Jürgen Habermas quien sostiene un concepto de comunicación con centralidad en el sujeto y una teoría social con principios normativos universales, mientras que la teoría de los sistemas sociales de sajon se orienta sobre principios que son autoreferenciales. (Hernández, 2007, p.173)

En esta lógica,

la teoría de los sistemas sociales de Luhmann comprende los diferentes tipos de sistemas, así como las condiciones distintivas que les permiten surgir, a partir de la complejidad que han de reducir”. (Arriaga, 2003, p.279)

En la escena del mundo jurídico el filósofo alemán, se propone dar respuesta a la pregunta fundamental sobre las formas que determinan la unidad operativa del sistema jurídico. Estas por su parte, están determinadas por la validez jurídica y el principio de igualdad.

En cuanto a la primera, la validez está en

la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento que lo produce. La validez es la forma en la que se participa en la unidad del sistema. (Luhmann, 2005, p.159)

Ahora bien, la validez jurídica en Luhmann es compleja, pues no es norma, no es una regla vigente (Luhmann, 2005, p.158). ¿Qué es? Es aquello que “produce enlace dentro del sistema, (...) esta en el lenguaje del sistema” (Luhmann, 2005, pp.158-161).

Parafraseando a Luhmann, la validez es aquello distinto dentro del sistema y emana de las reacciones recursivas del sistema (Luhmann, 2005). Es decir,

la validez es un producto del sistema, por eso no hay necesidad de reelaborarla de momento a momento. Por consiguiente, la validez se asegura únicamente por la integración recursiva a la red. (Luhmann, 2005, p.166)

La validez, es, en suma, “el símbolo de estabilidad del sistema” (Luhmann, 2005, p.163).

Segun Herrera, la idea de validez como garantía (Herrera, 2014) de unidad del sistema se observa en Luhmann de forma lineal y no vertical, con ello marca una ruptura con el positivismo de Kelsen y Hart. Estos autores, a diferencia de Luhmann, jerarquizan la validez del sistema. Kelsen plantea una norma básica fundamental y Hart una regla de reconocimiento; ambas vistas, como se advierte, jerárquicamente.

Conforme a lo anterior, Luhmann señala que Hart se equivoca en su visión del derecho al que busca una salida insuficiente, como la jerarquización del derecho. Esto en Luhmann no puede ser inmanente y mucho menos pensar que se puede encontrar la validez, en una validez externa al sistema jurídico-

co o a cualquier sistema, como si se tratara de la validez en la Edad Media, determinada por Dios o una autoridad superior, como las monarquías absolutistas.

En este enfoque, Luhmann le propone a Kelsen y a Hart “una permuta en la cual se cambie la jerarquía por tiempo, que permita renunciar a la fundamentación jerárquica de la norma” (Luhmann, 2005, p.166), como es el caso de Kelsen en la norma básica y Hart en la norma de reconocimiento.

A lo anterior se sumarían dos diferencias más del neopositivismo luhmanniano, de un aparte frente a los positivistas decimonónicos y de otra parte, frente a uno de los filósofos más grandes de nuestra contemporaneidad y detractor agudo de Luhmann; el maestro alemán Jürgen Habermas. En cuanto al primero, la crítica va dirigida a la teoría de las fuentes del derecho de Federico Carlos Von Savigni, como origen de legitimidad del sistema jurídico, pues la validez no puede depender del abanico de posibilidades de las fuentes, es más estas son relativas al contexto y jerárquicas y falibles en todo tiempo, lo que debilitaría el establecimiento de la validez de los sistemas social y el jurídico.

En cuanto a Habermas, Luhmann sostiene que la validez del derecho defendida por el teórico crítico, está sustentada sobre una cualificación normativa, dado que solo de esta manera, tanto el sistema político como el derecho podrían quedar legitimados. Adicionalmente, el principio de Habermas que reza que

Validez aquellas formas de acción en las que los posibles afectados, participando en un discurso racional, podrían dar su consentimiento (...), no puede distinguir lo válido de lo inválido, no es justificable, no se puede practicar dentro del sistema jurídico mismo. (Luhmann, 2005, p.155)

En cuanto al principio de igualdad, Luhmann asegura que este es la referencia más abstracta del sistema jurídico y adopta el nombre de justicia (Luhmann, 2005, p.167). Esta idea en Luhmann parte del concepto aristotélico de “lo igual debe tratarse como igual y lo desigual como desigual” (Luhmann, 2005, p.167). De esta forma, “lo desigual necesita ser tratado desigualmente en el sistema para que ella cumpla con sus funciones” (Luhmann, 2005, p.169).

En suma “la forma de la igualdad sirve para contrarrestar la desigualdad. Esta a su vez debe tener un tratamiento igual dentro de las diferencias descubiertas, hasta que esta igualdad sugiera nuevamente, la observación y designación de la desigualdad” (Luhmann, 2005, pp.167-168). En este sentido, la igualdad es regla y sirve como referente para las excepciones manifiestas como las descritas en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

De otra parte, dentro de la corriente del neopositivismo, se suma la propuesta de Gunther Teubner (2005), quien defiende la teoría de la autopoiesis jurídica, que propone renovar el debate considerando el derecho como un sistema autorreflexivo, cuya autonomía susceptible de graduación, consistiría en reproducir, al interior del derecho, una red comunicacional.

El análisis de Teubner (2005) parte de una visión transdisciplinaria o análoga a la biología; y en ella se observa la evolución de los sistemas jurídicos a partir de las diferentes formas de autorregulación y de autorreproducción. Teubner (2005) pone de relieve su análisis, a partir de la crítica de los sistemas abiertos, que en este caso, dependen del influjo del medioambiente, que genera las condiciones que determinan las necesidades del sistema jurídico. Para Teubner (2005), los sistemas autorreferenciales aparecen, como independientes de su medioambiente y sin influir en él. De hecho, esta independencia es vital para el sistema ya que, de lo contrario, su continuación y su reproducción propias dependerían del medioambiente y por lo tanto, de accidentes.

Este profesor de las universidades de Bremen y de Frankfurt, Gunther Teubner, establece un orden que permite diferenciar y delimitar respectivamente, los diversos grados de autorreferencialidad. Estos grados son, en orden jerárquico: autoobservación, autodescripción, autoproducción, autoreproducción, autoconservación y finalmente, *autopoiesis* (Teubner, 2005, p.9).

Esta última categoría es, sin duda, a la cual quiere llegar Teubner y comprende, en el sentir del profesor Maturana,

un concepto de autopoiesis conductista, rígido, a pedir de boca. Según él, las operaciones circulares y autoreproductivas de los elementos y de su red, deben ser suficientes para explicar todo. (Teubner, 2005, p.14)

Por su parte, la *autopoiesis* es la forma de autoreferencialidad que contiene la mayoría de presupuestos, no sabría identificarse con ninguno de los fenómenos considerados hasta aquí, –ni siquiera con la autoproducción, que se acaba de definir como la producción de unidades propias por un sistema–. En efecto, la *autopoiesis* nace de una unión particular de los diversos mecanismos de autoreferencialidad. La autoproducción de los elementos sistémicos sería únicamente la condición mínima de existencia de un sistema *autopoiético* (Teubner, 2005, p.13).

En todo caso la propuesta de Teubner (2005) no deja de mirar la validez del derecho como sistema y en tal sentido, esta se constituye en una validez autorreferencial.

Esta validez autorreferencial expresa, precisamente, dos situaciones de un sistema jurídico determinado. De una parte, constituye el punto de desarrollo genético más elaborado logrado por un sistema jurídico, en cuanto que logra liberarse de los anclajes e imperativos sociales inmediatos que amarran a un sistema jurídico. (Mejía, 2006, p.16)

La otra característica de un sistema determinado, en relación a la validez autorreferencial, tiene que ver con

el del derecho parcialmente autónomo, el sistema jurídico logra diferenciar sus instancias, pese a que mantiene su anclaje con la comunicación societal. Pero ya aquí surgen como esferas semiautónomas las del procedimiento jurídico, el acto jurídico, la norma jurídica y la doctrina jurídica. (Mejía, 2006, p.17)

CONCLUSIONES

Muy a pesar de la diferencia en denominaciones entre positivismo y neopositivismo jurídico, los desacuerdos doctrinales en el fondo no marcan gran diferencia, salvo una sutil, en torno a la validez del derecho y sus formas internas y externas de determinarlas. De resto, solo se produce un cambio de enunciado en las categorías, en relación a una nueva realidad empírica dividida en un antes y un después de la Segunda Posguerra Mundial.

En este trabajo finalmente se llega a dos conclusiones de suma trascendencia: de una parte, no se encuentran grandes diferencias entre la tradición del derecho positivo y el neopositivismo. No obstante, al igual que lo han reflejados los críticos agudos del positivismo jurídico, queda demostrado que el derecho positivo dominante durante los siglos XIX y XX privilegió en exceso el formalismo jurídico, pues donde se preocupó más por cuidarse de los modelos irracionales anteriores al Estado Moderno y descuidó el devenir social y político, que resultó ser más crudo que el invierno: la Primera y Segunda Guerras Mundiales.

Del mismo modo, queda claro en este capítulo que el positivismo de Austin, Kelsen y Hart no es muy distante en el fondo, de la propuesta neopositivista. Es más, este último guarda fidelidad al pasado. Sin embargo, la mirada a los sistemas social y jurídico es más amplia y horizontal, negando de paso toda pretensión de validez jerárquica. Con esto Luhmann y Teubner logran plantear, metafóricamente, una nueva forma

de pensar el sistema social y todos los subsistemas sociales como el sistema jurídico. Para este caso en particular, la validez del derecho se hace desde la perspectiva de un sistema reflexivo y de evolución *autopoietica*, no determinado por un sistema abierto, vulnerable al determinismo del ambiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Atencia, J. (1991). Positismo y neopositismo. Logos. Anales del Seminario.
- Atria, F. (1992). John Austin y la tradición positivista anglosajona. En *Revista Derecho y Humanidades*, 2, 97-102.
- Arriaga, E. (2003). *La Teoría de Niklas Luhmann*. En *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*. (32), 277-312.
- Carrillo y. (2011). La crisis del positivismo jurídico y la hermenéutica filosófica. En *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 3(1), 82-93.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Etcheverry, J. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*. México: UNAM.
- Faraldo, P.(2009). La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder. En *AFDUDC*, (13), 145-165.
- García Amado, J.A. (11 de agosto de 2010). ¿Dónde va el derecho actual? Charla organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Chile.
- González, F. (1981). *Jurisprudencia analítica. Traducción y estudio preeliminar*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

- Herrera, B. (2014). Las acciones colectivas en Colombia frente a una realidad global: El derecho de consumo. En *Justicia*, 19(25), 70-81.
- Hernández, A. (2015). *Análisis a la teoría hermenéutica de Gadamer y a la teoría de la argumentación jurídica de Atienza: un diálogo en referencia a sus aportaciones teóricas y prácticas a los derechos humanos* (Tesis de maestría). Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México.
- Hernández, L. (2007). Reseña de “La sociedad de la sociedad” de Niklas Luhmann. En *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 49(201), 173-180.
- Kaufmann, A. (2007). *La filosofía del derecho en la postmodernidad*. Colección Monografía jurídica. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del derecho* (4ª ed., 9 reimpresión). Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. México D.F., México: Editorial Herder.
- Martín, R. (2013). La validez del derecho como deber de obediencia. En *Politeia*, 36(50), 59-78.
- Matías, A., & Hernández, A. (2014). Positivismo, dialéctica materialista y fenomenología: tres enfoques filosóficos del método científico y la investigación educativa. En *Revista. Actualidades Investigativas en Educación*, 14(3), 1-20.
- Mejía, O. (2006). La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación. En Nunas. Gil (Comp.) *Filosofía del derecho y filosofía social*. Memorias del Tercer Congreso Nacional. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.

- Moreso, J. (2003). Comanducci sobre el neoconstitucionalismo. En *Isonomia*. Revista de teoría u filosofía del derecho. (19), 267-282.
- Moreso, J. (1989). Cinco diferencias entre Bentham y Austin. *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI.
- Núñez, A. (2014). Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho. En *Ius et Praxis*, 20(2), 415-442.
- Rodríguez, C. (2002). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez-Burgos, K., Martínez, A., & Rodríguez-Serpa, F. (2017). Estudio empírico sobre los valores democráticos de tolerancia y respeto en la generación milenaria. En *Justicia*, 22(31), 135-150. <http://dx.doi.org/10.17081/just.22.31.2603>
- Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Colección Teoría de Sistema y Sistema jurídico. Lima, Perú: ARA Editores EILE.
- Universidad Alberto Hurtado (2010). *¿Dónde va el derecho actual?* Conferencista Juan Antonio García Amado, Santiago de Chile.
- Urteaga, E. (2010). La teoría de sistemas de Niklas Luhmann. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, 15(1-2), 301-317.
- Yarza, I. (1996). Ética y dialéctica. Sócrates, Platón y Aristóteles. En *Acta Philosophica*. 5(2), 293-316.

Cómo citar este artículo:

Rodríguez Serpa, F., Herrera Tapias, B., & De la Torre Soto, G. (2018) Positivismo y neopositivismo: Huellas de dos tradiciones jurídicas dominantes. En Navarro- Suárez, D., Rodríguez Serpa, F., Enamorado Estrada, J. y Rodríguez Lara, I. (Ed). *Metateoría y Praxis de la justicia restaurativa, ambiental y iusfilosófica, Tomo I* (pp 11-33), Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar.

Capítulo II

Conflictos ambientales en la comunidad indígena Mokaná del municipio de Malambo: una mirada desde el derecho administrativo, 2012-2015*

Environmental conflicts in the Indian community Mokaná of the municipality of Malambo: a look at administrative law, 2012-2015

Doris del Carmen Navarro Suárez¹,
Guiseppe D'amato Castillo²,
Lina Marcela Martínez Durango³,
Luis Miguel Cabrera Merlano⁴

* El presente capítulo de libro se deriva del proyecto institucional titulada: "La responsabilidad del Estado colombiano frente al daño ambiental a las víctimas con ocasión del conflicto armado"

1 Colombiana, Abogada, candidata a Doctora-PhD (c)- en Filosofía con Acentuación en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Magíster en Derecho Procesal, Especialista en Derecho del Medioambiente, Investigadora con categoría Asociada por Colciencias 2017, profesora universitaria, conferencista e investigadora vinculada al grupo de investigación "Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar, Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-7865-9433> .
dnavarro1@unisimonbolivar.edu.co

2 Colombiano, Historiador, Doctorando -PhD (c)- en Historia y Estudios Humanísticos: Europa, América, Arte y Lenguas de la Universidad Pablo de Olavide, Magíster en Historia de América Latina. Mundos Indígenas de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Profesor e Investigador de la Universidad Sergio Arboleda, sede Barranquilla, Colombia. <https://orcid.org/0000-0001-6239-789X>
guiseppe.damato@correo.usa.edu.co

3 Colombiana, Abogada, Especialista en Derecho Administrativo, Candidata a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-3513-6835>
linamartinezdu@hotmail.com

4 Colombiano, Abogado, Magíster en Administración de Empresas de la Universidad del Norte de Barranquilla, Colombia. Coordinador de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, sede Barranquilla. <https://orcid.org/0000-0003-1292-2064>
luis.cabrera@usa.edu.co

RESUMEN

Este capítulo estudia la intervención administrativa en la protección del medioambiente en territorios de la comunidad indígena Mokaná el período 2012-2015, que se puede puntualizar como la necesidad de definir los conflictos ambientales que se han generado la intervención por parte del Estado, representado por la Alcaldía Municipal de Malambo. Las características principales de este capítulo se encuentran en la necesidad de resaltar la importancia del derecho ambiental, en relación con el derecho administrativo, en las problemáticas que enfrentan las comunidades indígenas en Colombia y cómo la intervención de las entidades colombianas permite la resolución de los conflictos que se presentan entre el Estado, particulares y la comunidad indígena Mokaná en el municipio de Malambo. Este es un documento derivado del proyecto de investigación "La responsabilidad del Estado colombiano frente al daño ambiental a las víctimas con ocasión del conflicto armado", de la línea de investigación de la universidad Simón Bolívar, Perspectivas y retos del derecho constitucional y administrativo, grupo del programa de Derecho denominado Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas, como avance de informe final con participación colaborativa de investigadores de la Universidad Sergio Arboleda, de Barranquilla.

Palabras clave: comunidad indígena, conflictos ambientales, derecho administrativo, intervención administrativa, Mokaná.

ABSTRACT

This chapter studies the administrative intervention in the protection of the environment in territories of the Mokaná indigenous community in the period 2012-2015, which can be pointed out as the need to define the environmental conflicts that have arisen around this indigenous community and the intervention

by the State represented by the municipal council of Malambo. The main characteristics of this chapter are the need to highlight the importance of environmental law, in relation to administrative law, in the problems faced by indigenous communities in Colombia and how the intervention of Colombian entities allows the resolution of conflicts that occur between the State, individuals and the indigenous Mokaná community in the municipality of Malambo.

Keywords: administrative intervention, administrative law, environmental conflicts, indigenous community, Mokaná.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo estudia la intervención administrativa del Estado en la protección del medioambiente en los territorios de la comunidad indígena Mokaná en el municipio de Malambo (Atlántico) desde el 2012 hasta el 2015 teniendo en cuenta el plan de desarrollo de la actual Alcaldía Municipal. Desde una perspectiva integral, se encontraron conflictos de tipo ambiental (articulados a confrontaciones sociales, económicas y políticas) entre diferentes actores particulares (agricultores, comerciantes, compañías de explotación de canteras de arena, constructoras viales, ganaderos y transportistas) y la comunidad indígena Mokaná, estas surgen por la existencia de intereses relacionados con el uso, manejo, aprovechamiento, exploración, explotación, conservación, protección, administración y/o afectación de los recursos naturales y del ambiente.

Para analizar esas problemáticas es necesario mencionar sus causas. Una de ellas es la intervención del derecho adminis-

trativo en la construcción de este capítulo, el cual se concibe, tradicionalmente, como una rama del derecho público que regula la actividad del Estado, se realiza en forma de función administrativa y se ocupa del análisis de las disposiciones jurídicas relativas a la acción administrativa que para este capítulo está centrada en la intervención de la alcaldía de Malambo en el territorio Mokaná en cuanto a las relaciones jurídicas de la administración con la comunidad.

Una segunda causa se encuentra en los conflictos ambientales en los territorios indígenas de Colombia, especialmente porque ellos conviven con la naturaleza. En torno a esta y sus recursos, desarrollan todas las actividades cotidianas, materiales y espirituales y en ocasiones esas leyes naturales que rigen su comunidad son amenazadas por situaciones jurídicas, que violentan sus espacios. Identificamos como conflictos ambientales, las controversias de información, intereses o valores entre la administración municipal y la comunidad indígena, referidas a cuestiones relacionadas con el acceso, disponibilidad y calidad de los servicios públicos, la sobreexplotación de recursos naturales y de las condiciones ambientales del entorno, que afectan la calidad de vida de los Mokaná.

Como tercera causa se encuentra la necesidad de reconocer el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto implica fortalecer las prerrogativas que ha adjudicado el Derecho Internacional Público, bajo la categoría de pueblos indígenas y los procesos de socialización de proyectos y concesiones a entidades públicas y particulares cerca y dentro de sus territorios para

no atropellar la autodeterminación colectiva de esas comunidades. Lo anterior también incluye el cumplimiento de la prestación de servicios públicos a la comunidad Mokaná, teniendo en cuenta que es un deber del Estado con todos los habitantes del territorio nacional.

En cuanto al interés académico, este capítulo se inserta en la línea de investigación Tendencias ambientales contemporáneas, que tiene entre sus objetivos, el estudio de las normas jurídicas que regulan la relación entre la naturaleza y las comunidades. Cabe mencionar que esta línea nace dentro de un marco internacional que tiene como justificación la conservación de las sociedades nativas del continente americano y su entorno, lo que incluye los efectos ambientales que los seres humanos y sus actividades producen.

El acceso a fuentes bibliográficas en las bases de datos institucionales y en las bibliotecas locales, fue útil para soportar cada una de las hipótesis que se realicen. De hecho, una primera pesquisa arrojó que la comunidad Mokaná ha sido sujeto de estudio desde distintos campos de la antropología, arqueología, derecho, economía, etnografía, geografía, historia, política, entre otras ciencias y disciplinas (Vidal, 2002). Sin embargo, desde el derecho administrativo, es poco lo que se ha contribuido al estudio de la relación entre el Estado (administraciones municipales y departamentales, entidades y organismos) y las políticas de control administrativo sobre las comunidades indígenas.

ESTADO DEL ARTE

Este capítulo de investigación es fundamental, porque resalta la importancia del derecho ambiental como una rama del derecho administrativo, en relación a las formas de desarrollo propio de cada una de las comunidades indígenas y sus diversas formas de ver y percibir al mundo, respetando siempre los fundamentos de la Constitución Política de 1991 y el derecho de estas a la autodeterminación política y jurídica. Y finalmente, debido a la falta de estudios que aborden la intervención administrativa en los conflictos ambientales con las comunidades indígenas en el departamento del Atlántico y la necesidad de generar aportes a partir de la academia sobre este asunto. En ese orden de ideas este capítulo reconoce la eficacia de los mecanismos que posibilitan la garantía de los derechos al territorio, la autonomía y los recursos naturales que son esenciales para la comunidad Mokaná, para sean reconocidos y protegidos por parte diferentes organismos del Estado y seguidamente, se defina la existencia de conflictos ambientales, su dimensión, los actores involucrados que han existido alrededor de la comunidad Mokaná el municipio de Malambo durante el período 2012-2015.

Para el desarrollo de esta investigación se tendrán como referente los aportes académicos de Sorily Figueroa y Juan Pablo Erazo (2016) quienes reconocieron la importancia de los pueblos indígenas en la construcción histórica y jurídica del constitucionalismo colombiano. Ambos autores enfatizan la importancia de la autodeterminación de un porcentaje de la población colombiana que se identifica como indígena,

o descendiente de comunidades prehispánicas y de minorías étnicas. En sus estudios se aborda el multiculturalismo en Colombia a partir de la Constitución de 1991 y el fracaso del modelo teórico-liberal, para la inclusión de los pueblos indígenas en diferentes contextos de la vida cultural, económica, política y social del país, desde mediados del siglo XIX hasta la puesta en escena del concepto de Estado Social de Derecho y la inclusión jurídica del pluralismo cultural con la Carta de 1991.

En cuanto a la jurisdicción especial indígena en el sistema colombiano, Figueroa (2015) se muestra como un faro teórico, que estudia la legislación que regula esa jurisdicción vigente. En la construcción de la cultura y la tradición oral de la comunidad Mokaná, se tomará como guía la investigación de Álvaro Baquero y Ada De la Hoz (2010), quienes hicieron un restablecimiento de la historia de la comunidad a partir de su asentamiento como una tribu en el delta del río Magdalena y algunas regiones circunvecinas.

Se percibe que existe un número notable de investigaciones sobre diversos campos y temas, que vinculan a la comunidad indígena Mokaná como sujeto de estudio. Desde el campo del trabajo social se han realizado aportes (Aguilar, 2015) sobre los fenómenos de la globalización y la educación en el marco de la cultura indígena. Al respecto, la Universidad Simón Bolívar ha sido abanderada sobre los temas de educación y cultura en la comunidad Mokaná, en el municipio de Tubará (Atlántico), como mecanismos de participación ciudadana y de resistencia social frente a los fenómenos de

la globalización. Esta institución ha destacado el papel de la educación indígena intercultural, como una forma de defensa de la cultura autónoma y ancestral en el territorio de Tubará, Malambo, Galapa, Baranoa, Usiacurí, Piojó, Puerto Colombia y sus parcialidades menores.

En cuanto al catálogo de biblioteca institucional, encontramos que la Universidad Simón Bolívar tiene un repositorio importante de las condiciones históricas y políticas de los pueblos indígenas en el Caribe colombiano; también acerca de los procesos de participación política en que han estado inscritos los Mokaná. Al respecto, se abordan temas como la reorganización socio política y de redefinición de identidad de esa comunidad indígena (Cimadamore, Eversole, & McNeish, 2006). También un estudio acerca de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas ratificados por la Corte Constitucional, en defensa de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y especialmente en el reconocimiento de los cabildos indígenas Mokaná en Tubará y los recientes como Galapa, Baranoa y Malambo (Mendoza Castro, 2005). Otro sobre las cifras de la población indígena en nuestro país y la preocupación de los factores de orden social que afectan su composición, tales como la pérdida de sus valores étnicos, el desplazamiento forzoso o voluntario, la pobreza, la violencia, la ausencia de educación, la mortalidad infantil, el desalojo de sus tierras, la ausencia de mercados para sus productos, etc., que los conduce a su reducción poblacional y a la pérdida de su identidad y reconocimiento cultural (Aguilar Caro, Jiménez Reyes, & Orozco Idárraga, 2017).

En el repositorio institucional también se encuentran valiosos aportes en materia de investigación sociojurídica (Aguilar Barreto & Hernández Peña, 2018) que ayudan a comprender cómo los procesos formativos inciden en la percepción sobre las comunidades y etnias que la conforman. Además, estudios sobre la importancia del acceso a la educación para las comunidades vulnerables, que ayuden a asumir la responsabilidad y el reto de aportar nuevas visiones de la sociedad (Wilches Bonilla, 2016).

MÉTODO

El capítulo se desarrolla bajo el método inductivo pues presenta conclusiones específicas, elaboradas a partir de los enunciados observacionales particulares de los que se desprenden las leyes y teorías que sirven como fuentes de este trabajo. El enfoque paradigmático que nos orienta es histórico-hermenéutico ya que exige una comprensión e interpretación profunda de la problemática a abordar, de ahí su carácter cualitativo, porque los resultados se manifiestan directamente de una forma no numérica ni estadística. Y porque toma como modelo las teorías del derecho ambiental y la jurisprudencia que aborda esa rama del derecho.

Este capítulo permite estudiar el proceso social de los Mokaná en Malambo, desde la perspectiva de comunidad, sustentándose en la tendencia subjetiva que pretende la comprensión de un tema, a partir de la implementación y ejecución de un trabajo de investigación que permite describir y comprender

los escenarios, las redes de relaciones y los problemas que rodean a la comunidad.

DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

La intervención del Estado en los conflictos ambientales en las comunidades indígenas de Colombia

Uno de los debates más importantes en la última década sobre los derechos de las comunidades indígenas y las minorías étnicas, se ha centrado en la Figura de la posesión de territorios y la protección de los recursos naturales y la intervención del Estado colombiano en la resolución de conflictos con esos sectores de la sociedad.

Desde el derecho ambiental, el uso de recursos y las decisiones sobre el otorgamiento de licencias ambientales en los territorios indígenas promovió un profundo análisis jurídico para el gobierno y para la academia. En primer lugar, porque la gestión institucional promueve la idea de desarrollo a partir de la exploración de nuevas fuentes de recursos, que se encuentran en muchas ocasiones, dentro de los territorios de comunidades nativas y raizales (Ocampo López, 1988). En segundo lugar, por la aparición de fenómenos complejos como la colonización (nuevamente) de esos territorios que en la historia pasaron de indígenas a colonos o al Estado (Villalón & Vega, 2014) para luego ser, gradualmente recuperados por las comunidades indígenas. Y en tercer lugar, problemáticas como el narcotráfico y por ende, la fumigación de cultivos.

Cada una de estas ha generado una fuerte corriente de defensa de los derechos de las comunidades indígenas, lo que incluye el apoyo por parte de expertos en materia de integridad social y gestión ambiental, sobre la importancia de reducir el impacto de los conflictos administrativos y ambientales en esas comunidades (Villalón & Vega, 2011).

La participación del Estado inició con el reconocimiento expreso de carácter multicultural de la nación. La Constitución Política de 1991 reconoció la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, lo que creó un precedente de nuevas relaciones que se articulaban. Lo anterior colocó a las comunidades indígenas en una posición histórica, ya que reconoció e involucró el sentido étnico, intercultural e ineludible en el desarrollo de la nación. Ese nuevo concepto de desarrollo que involucró a las comunidades indígenas fortaleció el reconocimiento del derecho de cada pueblo a progresar, respetando su cultura, propiedades, tradiciones y territorios (Contraloría General de la República, 2015).

No obstante, el modelo de desarrollo generó la proliferación de actividades que provocaron efectos ambientales y sociales en esos territorios; algunos positivos, como el acceso a la educación y a la salud; o negativos, como la necesidad de sobreexplotar todos los territorios para aliviar las necesidades de producción y consumo de la economía (DANE, 2005). La intervención del Estado confrontó el modelo de comunidades indígenas, que promovía las formas de producción no extractivas, porque la conservación de la naturaleza era mayor y porque las comunidades que habitaban en ese entorno, aún

cazaban solo lo que consumían y hacían un uso racional de los recursos. Estas diferencias de pensamiento se observan también a la hora de ejecutar proyectos de salud o de vivienda, especialmente porque dentro de las comunidades indígenas aún se promueve el uso de medicinas naturales, a través de las recomendaciones de sus autoridades y de su tradición; y en el caso de las viviendas de interés social, no encuentran una mayor aceptación.

Ese modelo de desarrollo es visto por el Estado como una fuente de recursos naturales, que debe explotarse para satisfacer los requerimientos de la economía, excediendo en ocasiones los límites de los ecosistemas y creando serias dificultades para el manejo de residuos que no son asimilados, o de recursos no renovables. La intervención del Estado es una medida que aborda los conflictos ambientales, por ejemplo, con los actos administrativos mediante los cuales se otorga una licencia o permiso ambiental en el territorio de una comunidad. Esto puede generar dificultades, especialmente por las implicaciones de autoridad, debido a que en esos espacios existen territorios colectivos con unas reglas y políticas tradicionales que muchas veces son contradictorias con las legales.

Destaca un caso específico con la Ley 1021 de 2006, conocida como Ley General Forestal (declarada inexecutable por la Corte Constitucional). Una de las preocupaciones se centró en los pronunciamientos a favor o en contra de la aprobación de la mencionada norma, que permitió entender los diferentes intereses en juego. La mayoría de casos en ese tipo de demandas, se enfocan en el empeño de los ambientalistas por

conservar y utilizar sosteniblemente los bosques, así como el afán del gobierno y de las empresas dedicadas a la explotación de maderas y bienes de la tierra.

Una de las posibles causas que obliga a la intervención del Estado en los conflictos ambientales con las comunidades indígenas, se puede encontrar en la excesiva reglamentación sobre el uso del medioambiente y los recursos, y el debilitamiento de las instituciones al servicio del Estado en los territorios activos en el conflicto armado. En cuanto al ordenamiento jurídico, cabe mencionar, que Colombia es una de las naciones que ha establecido fuertes normas para la protección del medioambiente y los recursos naturales. A partir de la Conferencia de Estocolmo (1972) se desarrolló la legislación ambiental colombiana, con el surgimiento de la Ley 23 de 1973. Antes de esta, no figuran normas que tutelen taxativamente el ambiente, aunque el Código Civil contiene disposiciones sobre fauna, flora, agua y existían leyes sobre la tala de bosques y los recursos forestales.

Otros conflictos surgieron como consecuencia de la expedición de disposiciones que declaran permisos para sustraer materiales y minerales de áreas protegidas, como reservas naturales. En ese orden de ideas, el Estado –al expedir un artículo, Decreto, ley o norma– pasa a restringir las actividades de exploración o explotación del suelo que ocupan comunidades como las indígenas. Sin embargo cuando están por encima de macrointereses económicos y políticos, el Estado brinda poca atención a las políticas de propiedad privada y abre la posibilidad de la compra de tierra a los propietarios.

Las confrontaciones y conflictos ambientales se deben afrontar tanto del Estado como de las comunidades indígenas. Una de las opciones se encuentran en las estrategias jurídicas o alternativas que permitan resolver todo tipo de problemas soportados por las normas ambientales y la labor de las instituciones del sector y sus funcionarios para enfrentar ese tipo de casos y en una mayor medida a través de la decisión de jueces que resuelvan mediante el uso de las herramientas institucionales que busquen preservar el tejido económico y social.

La autodeterminación indígena en la comunidad Mokaná de Malambo

Colombia es un país que se vio marcado por un conflicto interno desde mediados del siglo pasado, lo que ha hecho que su imagen ante la comunidad mundial sea la de un Estado en que no se garantizan los Derechos Humanos y en el cual los habitantes no pueden vivir en paz y armonía. Esto es uno de los grandes impedimentos para lograr el reconocimiento internacional del esfuerzo que realiza el Estado colombiano por mejorar la convivencia en las relaciones de las administraciones con las comunidades y minorías étnicas y raciales. Sin embargo, desde la promulgación de la Constitución Política en 1991, se le ha reconocido el hecho de que es una nación multiétnica y pluricultural en la cual surgen un sinnúmero de expresiones de diversas culturas y tradiciones ancestrales para un grupo poblacional muy grande y se ha procurado por el respeto de los derechos de esas comunidades que son diferentes a la mayoría de la población del país colombiano, como los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes que se encuentran ubicadas en todo el territorio nacional.

Hay que destacar el esfuerzo del constituyente colombiano por incorporar en la Constitución Política todos los medios de garantía de los derechos de los pueblos indígenas de Colombia, de modo que se respete su identidad cultural y se procure la preservación de las tradiciones que hacen que cada una de esas comunidades sea única. En este punto es importante destacar que en Colombia existe una regulación garantista de los derechos de los pueblos indígenas, plasmados desde la misma Carta de 1991 y con un buen desarrollo legislativo, siendo la expresión más importante la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de la OIT, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad; la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar que el derecho de autodeterminación de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, y por lo tanto, goza de jerarquía constitucional que debe ser garantizado en cualquier circunstancia.

Si bien, el sistema jurídico colombiano tiene dificultades de fondo en la política de preservación de los pueblos indígenas y tribales, sí existe una regulación garantista que se ha hecho efectiva en muchas ocasiones, aunque todo el desarrollo normativo tendiente a la protección de las minorías solo será posible en su totalidad una vez desaparezca el conflicto armado que amenace de manera directa la supervivencia de cada pueblo. En ese orden de ideas, Sorily Figueroa Vargas y Juan Pablo Erazo contribuyen con un análisis de la autodeterminación indígena en Colombia:

en la experiencia nacional y comparada, encontramos importantes tensiones para el reconocimiento a la autodeterminación de las minorías étnicas y la imposición de instituciones hegemóni-

cas liberales. En efecto, los debates en torno al multiculturalismo, el pluralismo jurídico y el derecho de los pueblos indígenas en Colombia se encuentra inconcluso y nos obliga a presentar, en esta introducción, las contradicciones del multiculturalismo colombiano y la teoría liberal, así como la aparente autonomía jurídica y la prevalencia del monismo jurídico en la experiencia del constitucionalismo colombiano. (Figuerola & Erazo, 2016)

Álvaro Baquero y Ada de la Hoz (2011) ayudan al estudio sobre la cultura y tradición oral de los atlanticenses con raíces Mokaná y cómo estos se reconocen como miembros de una comunidad indígena que contribuyen a la conservación de sus tradiciones y prácticas culturales, lo que nos permite rescatar la memoria oral, para enseñar y aprender conocimientos que invitan a valorar el devenir histórico y sociocultural; es un modo de incidir en la forma de sentir, pensar y actuar de los ciudadanos y ciudadanas, pues a través de su participación comprometida en la solución lógica de problemas del entorno se mejora tanto su calidad de vida como la de su comunidad (Baquero Montoya & De la Hoz Siegler, 2010).

Aura Aguilar compila un análisis sobre la globalización y educación en el marco de las culturas propias disyuntivas como las de la comunidad Mokaná. Al respecto menciona que

las comunidades indígenas, a pesar de la “protección” por parte del Estado continúan siendo vulneradas y/o con riesgo permanente de vulneración, su principal temor es la desaparición y el olvido, tras el desarrollo tecnológico y los avances de la globalización. (Aguilar Caro, Jiménez Reyes, & Orozco Idárraga, 2017)

En ese mismo orden, Alberto Cimadamore, Robyn Eversole y John-Andrew McNeish demuestran rasgos esenciales de los pueblos indígenas en situaciones de desventajas con otros sectores de la sociedad; al respecto, mencionan que:

en los más diversos contextos geográficos es posible observar múltiples factores que confluyen en la configuración de un patrón que vincula de manera compleja a pueblos indígenas y pobreza. Este patrón ha sido históricamente construido por factores políticos, económicos, sociales, militares y ambientales, que articularon experiencias cualitativas y cuantitativas de privación material, jurídica y simbólica y de reproducción de relaciones de desventaja. (2006)

Al mismo tiempo Clemente Mendoza nos muestra la importancia de los derechos fundamentales en los pueblos indígenas y la vulnerabilidad histórica que han sufrido en el departamento del Atlántico. Al respecto, destaca que:

la construcción de saberes ancestrales son un proceso etnohistórico que consolida un patrimonio humano que hay que defender, conservar y proyectar; desafortunadamente están atravesados por las contradicciones, conflictos, violencia, las esperanzas y sueños de aquellos que crearon esa producción humana indígena que en Colombia tratan de excluir. Los pueblos indígenas son conscientes que esa construcción de saberes está inmersa en la relación de poder y dominación que impide ser neutrales. Los saberes de los pueblos indígenas forman parte de sus vidas, de su estructuración social, de su entramado etnohistórico y de su participación comunitaria. (2005)

Cabe mencionar que desde mediados del siglo XX diferentes tipos de organizaciones civiles y políticas, incluyendo las propias, los pueblos nativos y las comunidades indígenas han ido ganando participación en los escenarios internacionales en la búsqueda de salvaguardar sus derechos a la autonomía, integridad cultural y la protección a sus necesidades y tradiciones. Ciertamente, varios de los tratados internacionales que amparan a los miembros de las comunidades indígenas y a otras minorías étnicas, salvo la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio OIT, no se realizaron con base en una reflexión real sobre la situación de esas comunidades. Ciertamente, esos tratados sobre derecho humanos muestran un concepto individualista de los titulares de derechos. Es que para muchos pueblos indígenas la identidad del individuo está inseparablemente vinculada a la comunidad a la que pertenece.

La libre determinación de los pueblos indígenas se ha resaltado a partir de los esfuerzos de la ONU, cuya organización abanderó desde 1983 la necesidad de comprender los derechos relacionados con los pueblos indígenas. Por ello empezó a trabajar en la elaboración de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas. De hecho, solo hasta principios de este siglo, en medio de negociaciones y debates académicos y políticos, la Asamblea General de la ONU ejecutó esa declaración, adoptada desde el 13 de septiembre de 2007. Esa declaración resultó trascendental y discutida, en parte debido a que 143 naciones votaron a favor, sin embargo 4 votaron en contra (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) y 14 se abstuvieron.

En medio de la votación para aprobar la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la participación de Colombia fue particular, porque de hecho fue la única nación latinoamericana que se abstuvo de votar. Esa declaración resultó ser un gran avance en materia de lucha internacional por los derechos indígenas y muestra una clara postura de rechazo frente a las injusticias de los Estados y las grandes compañías de explotación de recursos en los territorios de las comunidades indígenas. La declaración no es jurídicamente vinculante de la manera en que lo son los convenios de derechos humanos y por tanto, los Estados no están obligados a informar sobre su cumplimiento. Pero esto mismo ocurre con la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y a nadie se le ocurriría dudar de la importancia de esta declaración como modelo para todos los tratados jurídicamente vinculantes de derechos humanos que la han seguido.

Cabe mencionar que esa Declaración buscó desde un principio salvaguardar los Derechos de los pueblos indígenas, tanto en los Derechos nacionales como el internacional. En ese orden de ideas, la Declaración también incluyó los derechos civiles y políticos, como también los que están en el campo cultural, económico y social. Algunos de los apartados más importantes se encuentran en el artículo 3, el cual defiende el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. En realidad, ese derecho les permitió a los pueblos indígenas determinar libremente su condición política y sus prioridades para su desarrollo; tienen el derecho a la autonomía y el autogobierno en asuntos internos. En ese orden de ideas, el artículo 19 solicitó a los Estados la obligación de consultar y

cooperar de buena fe con los pueblos indígenas, por medio de sus instrucciones, con el fin de conseguir previamente su consentimiento libre, en todos los asuntos administrativos y legislativos que puedan afectarles. El artículo 26 reconoció el derecho de los pueblos indígenas de tener, utilizar y desarrollar el uso de sus tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado de una u otra forma (Universidad del Rosario, 2018).

El Estado tiene una importancia determinante en esa Declaración; primero, tal como menciona el artículo 29, con el deber de proteger el medioambiente y la capacidad productiva de sus territorios. El artículo 30 prohíbe el desarrollo de las actividades bélicas y militares en los territorios indígenas, o cualquier tipo de amenaza para el interés público. Esa última parte es preocupante porque coloca el concepto de interés público en igualdad con los acuerdos realizados con los pueblos indígenas. Lo anterior es un claro ejemplo de compromiso hecho en las negociaciones de la Declaración, lo que destaca la importancia de evitar actividades militares en los territorios indígenas, aunque el Estado conserva la presencia del ejército dentro de todos sus territorios. El problema es que resulta demasiado fácil para un Estado argumentar que existe una amenaza para el interés público, especialmente en un conflicto armado (Universidad del Rosario, 2018).

Finalmente, el artículo 32 reconoce el derecho de pueblos indígenas a determinar las prioridades y estrategias para el desarrollo y utilización de sus territorios y recursos. Los Estados

deben obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados antes de aprobar cualquier proyecto que involucre sus tierras, territorios y recursos, particularmente en relación con la utilización o explotación de recursos naturales. Aunque la adopción de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas seguramente tendrá efectos importantes en Colombia, se deja de lado en lo que resta del capítulo para así poder enfocarse en el marco legal existente que ampara los derechos de los pueblos indígenas (Angulo Valdés, 1947).

Los Mokaná obtuvieron el reconocimiento estatal en el año de 1998, pero en el 2001 fue retirado por la Dirección de Asuntos Indígenas (DAI) del Ministerio del Interior (Ministerio del Interior, 2014) aduciendo la necesidad de realizar un nuevo estudio etnológico que determinara el carácter amerindio de esa población. Esta determinación forma parte de un proceso de contención del Estado colombiano hacia aval de derechos de la diversidad cultural, lo cual se explicaría por las presiones de terratenientes del departamento del Atlántico y la burguesía de Barranquilla, la cual posee la propiedad de las tierras que pertenecían al resguardo de Tubará, en donde en el siglo XIX se encontró petróleo. Por esta razón las tierras pertenecientes a este resguardo, habían sido usurpadas de sus verdaderos dueños y repartidas entre los burgueses criollos mediante maniobras poco legales. Posteriormente los Mokaná interpusieron una tutela, solicitando la ejecución del estudio etnológico respectivo. Otorgada la tutela, en favor de los Mokaná, se establece para la Dirección de Asuntos Indí-

genas (DAI) del Ministerio del Interior un plazo no mayor de seis meses para la realización del estudio (Angulo Valdés, 1981).

Para los investigadores sociales el caso del grupo Mokaná tiene una explicación interesante; según ellos, el fundamento de la identidad está en el proyecto político que esta representa, conforma y reproduce. La identidad cultural mantiene una relación dialéctica con la identidad política en la cual la aceptación de determinados ejercicios de poder institucionalizados determina las reglas legítimas del quehacer comunitario (cultura). Asimismo, la asimilación de prácticas del ámbito cotidiano determina la estructuración de un ejercicio de poder específico basado en relaciones de dominación objetivas. En otras palabras, la lucha por la tierra y el rescate de la cultura es en sí misma un proyecto político; ambos aspectos de la identidad (el cultural y el político) están subordinados a su vez a las condiciones objetivas del campo económico que, a través de la distribución de bienes y servicios materiales, catalogan a los sujetos de acuerdo a competencias sociales (Angulo Valdés, 1978).

Conflictos ambientales en la comunidad Mokaná de Malambo

Una de las situaciones más complejas en el desarrollo de proyectos en territorios de las comunidades indígenas se centra en la ejecución de planes de desarrollo, obras y levantamiento de estructuras tecnológicas que pueden afectar el entorno ambiental. Los Mokaná en Malambo tienen una fuerte pre-

sencia dentro del casco municipal, sin embargo la presencia en veredas, comunidades y cabildos dispersos en el departamento del Atlántico (cuya principal actividad productiva es la horticultura y la crianza de animales domésticos) también es notoria (Ministerio de Agricultura, 1995).

Uno de los grandes problemas de esa comunidad con las administraciones fue la ejecución de obras dentro de sus territorios, como el caso de la compañía Intercolombia S.A E.S.P., la cual reconoció la importancia de realizar consultas a la comunidad indígena Mokaná antes de desarrollar el proyecto “Caracolí 22K - para el diseño, adquisición de los suministros, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de las obras definidas en el plan de expansión de referencia generación-trasmisión 2012-2025” localizado en los municipios de Barranquilla, Puerto Colombia, Galapa, Soledad, Malambo, Baranoa, Polonuevo y Sabanalarga en el departamento del Atlántico.

La comunidad Mokaná fue consultada y fungió como partícipe del proceso de levantamiento de la base cartográfica del resguardo indígena constituido en el municipio de Malambo, como también de la consulta a la base de datos de los consejos de las comunidades, asuntos indígenas, minorías étnicas y ROM. La relación entre el Estado, la compañía y la comunidad se encontró a partir del reconocimiento de la jurisdicción de los territorios de la comunidad Mokaná en las coordenadas suministradas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el cual estableció que el área del proyecto no interfería con la propiedad de la comunidad indígena, por

lo tanto, había coherencia espacial en el modelo de desarrollo. Las parcialidades indígenas Mokaná (principalmente de Baranoa, Galapa y Malambo) junto al ejecutor del proyecto se comprometieron, primero, a determinar si las obras o actividades llegan a afectar el contexto ambiental de la comunidad, como también, las afectaciones directas a una o más comunidades étnicas antes, durante y después de la ejecución del proyecto (Ministerio del Interior, 2014).

Esa consulta previa reanimó la discusión entre el Decreto 1320 del Gobierno y el Convenio 169 de la OIT sobre la disposición de espacios dentro de comunidades indígenas para la construcción de obras o explotación de recursos. La comunidad Mokaná quedó inserta en esa discusión porque el Decreto 1397 de 1996, que creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y Organizaciones Indígenas, estableció que los pueblos y organizaciones indígenas deberían involucrarse en la preparación de las normas legales para los procedimientos de concertación.

La preservación del entorno de los Mokaná por parte de la municipalidad ha sido histórica. De hecho, la Dirección de etnias del Ministerio del Interior mediante OF 106-12023 del 25 de mayo de 2003, rescata los esfuerzos de las autoridades locales por conservar el sentido de la educación propia de esa comunidad, que parte del hogar, donde se valoran los valores culturales y morales en la convivencia de los Mokaná y permite el reconocimiento y respeto por las autoridades de la etnia, el uso de la lengua y el respeto a las fiestas y ritos. La educación es un elemento trascendental en cuanto a los

proyectos de defensa del medioambiente, específicamente por la necesidad de formar y capacitar líderes indígenas Mokaná que protejan la diversidad de la fauna por encima de los intereses macroeconómicos de las compañías y de algunos organismo del Estado, como también por defender los controles de las autonomías que sus antepasados ganaron frente al manejo y uso de los recursos de sus territorios, lo que ayuda al fortalecimiento organizativo de su parcialidad y la recuperación de tradiciones culturales y lingüísticas con un enfoque diferencial ubicado en lo ambiental (Alcaldía Municipal de Malambo, 2015).

En cuanto al Plan de Desarrollo Municipal 2012–2015, la Alcaldía Municipal dispuso de la capacitación de la comunidad Mokaná para el apoyo y fortalecimiento de las expresiones culturales y artísticas que fomenten los espacios naturales del municipio y la sostenibilidad ambiental; entendida esta como el manejo racional y responsable de los recursos naturales y la ocupación del territorio, garantizando a las futuras generaciones el disfrute de un entorno natural sano y equilibrado (Alcaldía Municipal de Malambo, 2016). Lo anterior se encuentra articulado a la eficiencia y eficacia administrativa del Estado para administrar los recursos y dar respuesta institucional a las demandas y desafíos de la comunidad Mokaná, que encontró, en la Sentencia SU-039/97 que la Corte Constitucional promulgó para regular las consultas previas en territorios de comunidades indígenas y negra en asuntos de explotación de recursos, una barrera protectora para la salvaguarda de sus territorios ancestrales.

Cabe mencionar que la Corte Constitucional lleva a cabo desde hace más de dos décadas un proceso para proteger la explotación de recursos naturales y los ecosistemas en los territorios de las comunidades indígenas, por la defensa y cuidado que pueden cumplir en sus territorios y por el aporte de conocimiento y de manejo de su propio medio, lo que significa que se deben reconocer los territorios como parte de los derechos constitucionales y legales de las comunidades indígenas, que para el caso de la Mokaná, representa una posibilidad de integridad social e histórica entre el hombre con la naturaleza, sin afectar las políticas de desarrollo imperantes e imaginando alternativas que aminoren el impacto de ese desarrollo en base de la justicia y la equidad (Enciclopedia Jurídica, 2014).

El artículo 241 de la Constitución establece la Corte Constitucional y le encomienda “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (Unidad para las Víctimas, 2018). En aquellos casos en los que las disposiciones constitucionales no se entiendan con claridad o cuando surja un aparente conflicto entre los derechos garantizados por la Constitución, la Corte Constitucional está facultada para suministrar una interpretación autorizada que siente jurisprudencia. La mayoría de los casos en los que la Corte Constitucional ha tratado los derechos de los pueblos indígenas han sido revisiones de casos de tutela, pero también ha habido casos importantes en respuesta a acciones públicas de inconstitucionalidad.

El artículo 93 de la Constitución declara que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el Congreso prevalecen en la jerarquía

legal nacional. Además, los derechos y deberes consagrados en la Carta Magna se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte Constitucional elaboró este artículo con el fin de clarificar la normativa internacional de derechos humanos en relación con la Constitución (Unidad para las Víctimas, 2018), y al hacerlo introduce el concepto de bloque de constitucionalidad, que está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional.

La Corte aclaró posteriormente que el bloque de constitucionalidad está compuesto por la Constitución Política, todos los tratados sobre derechos humanos y leyes humanitarias ratificados por Colombia, así como por la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de la interpretación de dichos tratados (los órganos de tratados de Naciones Unidas, los comités de la OIT, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Se aumenta así la posibilidad de una efectiva protección legal de los derechos humanos en Colombia y se impide la referencia a leyes internas como una excusa para el no cumplimiento de las leyes internacionales sobre derechos humanos. Si se tiene en cuenta la ya mencionada falta de legislación implementadora, resulta evidente que la labor de la Corte Constitucional se ha visto facilitada por la disposición

del artículo 93 de la Constitución de interpretar los derechos y deberes en conformidad con los tratados internacionales. Prueba de ello es la frecuente referencia al Convenio OIT 169 en casos relacionados con los pueblos indígenas así como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un importante reto para la Corte Constitucional ha sido interpretar la Constitución para que también tenga sentido en culturas radicalmente diferentes a la sociedad occidental, en la que se ha desarrollado su propia tradición legal. La garantía de la Constitución de reconocer y proteger la diversidad cultural de la nación (art. 7) obliga a la Corte a interpretar en cada caso el término legal de la Constitución de una manera acorde con el pertinente contexto cultural. Al reconocer ambas que ciertos casos relacionados con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas no pueden ser arbitrados simplemente mediante la interpretación de textos legales y que el horizonte de interpretaciones legales de los jueces puede no ser el adecuado para garantizar la comprensión de muchas de las culturas involucradas, la Corte Constitucional ha buscado la ayuda de otras disciplinas para reafirmar su competencia multicultural. Tanto la antropología como la filosofía moral y política se han convertido en elementos importantes de la jurisprudencia de la Corte, así como la práctica de juicios *in situ*, la utilización de investigaciones de campo y de opiniones de expertos antropólogos, biólogos, geólogos, etc.

Los esfuerzos de la Corte Constitucional han sido, sin duda alguna, muy importantes para el desarrollo de los derechos

de los pueblos indígenas en Colombia. Gracias a su jurisprudencia progresista, los derechos establecidos en la Constitución no han quedado en una vaga expresión de buenas intenciones, sino que se han aplicado en casos concretos en los que se habían violado los derechos de los pueblos indígenas. Y cierto es también que la Corte ha logrado que los pueblos indígenas sean más conscientes de lo que los derechos constitucionales significan para ellos en la práctica y quizá haya generado la creencia de que cabe la posibilidad de remediar la injusticia y la marginalización a la que han sido condenados. Otra cuestión, es saber si las reglas de la Corte se han revelado eficaces para hacer que las autoridades nacionales cumplan sus obligaciones para con los pueblos indígenas. La situación extremadamente grave de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia hace pensar que, a pesar de la positiva influencia de la Corte Constitucional, en el país no se hayan producido cambios efectivos y palpables.

En ese orden de ideas, la Constitución de 1991 reconoció derechos tanto individuales como colectivos. En el caso de los pueblos indígenas, la comunidad adquiere una importancia especial que no está adecuadamente reflejada en la dicotomía individual colectiva. En la relevante Sentencia T-380/93, la Corte declaró que una comunidad indígena es por sí misma propietaria de derechos fundamentales. Las bases de esta afirmación se hallan en los artículos 1, 7 y 8 de la Constitución Política de 1991, en los que se declara que Colombia es un Estado pluralista que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural así como su riqueza cultural.

Con el fin de proteger apropiadamente esta diversidad, es necesario intentar comprender las muy distintas formas de vida y maneras de entender el mundo de los grupos étnicos minoritarios que existen en el país. En el caso de los pueblos indígenas, la Corte admite que la realización personal de los miembros de estas comunidades se logra en buena medida a través del propio grupo. Para algunos pueblos indígenas resulta incomprensible una existencia separada de su comunidad, la vida de una persona únicamente se entiende como parte integrante de un todo. Es ésta una de las razones por las que el concepto de derechos humanos individuales no siempre es fácil de entender y aceptar por los pueblos indígenas sobre todo por aquellos que han vivido relativamente aislados de la manera de pensar occidental.

Al respecto; la Corte ha mencionado que el reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural. La existencia de la comunidad como un todo integrado va más allá de sus miembros individuales y depende de una variedad de factores tanto materiales como espirituales. La comunidad puede verse afectada por factores externos, como guerras o alteraciones en su hábitat natural o bien por dinámicas internas como luchas por el poder o disputas entre distintas facciones.

Desde este punto de vista, la comunidad, considerada como un solo sujeto, tiene intereses vitales de los que depende su existencia y que pueden diferir de los intereses individuales de algunos de sus miembros. Con el fin de proteger de manera adecuada esta forma colectiva de existencia, la comunidad, considerada como un todo, debe disponer del estatus de propietaria de derechos. Según la Corte, la garantía constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural no dejaría de ser pura retórica si las comunidades indígenas no dispusieran de una personalidad legal con la que defender sus derechos fundamentales.

La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla (Constitución Política, arts. 1 y 7).

Este gran paso, del paternalismo al pleno reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos con derechos, es una victoria importante en la lucha de los pueblos indígenas por su autonomía. En tanto que grupos, las comunidades indígenas disponen de derechos fundamentales como si fueran individuos. Si bien, por definición, se trata de derechos colectivos, la Corte hace hincapié en que no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos, como la comunidad nacional en su conjunto. La comunidad indígena es un sujeto

colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. De ahí, que las comunidades indígenas puedan utilizar el mecanismo de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales, mientras que los derechos colectivos normales están protegidos mediante el mecanismo de acción popular.

A manera de reflexión concluyente, se puede mencionar que este capítulo de investigación permite estudiar el proceso social de los Mokaná en Malambo desde la perspectiva de comunidad, sustentándose en la tendencia subjetiva que pretende la comprensión de un tema a partir de la implementación y ejecución de un trabajo de investigación para describir y comprender los escenarios, las redes de relaciones y los problemas que presentan. Cabe mencionar que los datos poblacionales están centrados en las 3.377 personas, entre hombres y mujeres, que componen ese pueblo indígena, según las estadísticas del censo general de 2005 (DANE, 2005). La comunidad Mokaná en el departamento del Atlántico está compuesta por cerca de 24.825 personas. La distribución de la población por género está conformada hasta la fecha por 12.881 hombres y 11.944 mujeres. En el caso de los que habitan el municipio de Malambo se hallan concentrados en mayor número en la cabecera municipal.

El estudio de esa comunidad, específicamente nos ha permitido reconocer sus intereses por utilizar tierras colectivas en el desarrollo de nuevas actividades agrícolas que sean amables y beneficiosas con el medioambiente. Es clave mencionar, que

en consecuencia de la intervención del Estado en los conflictos entre particulares y la comunidad indígena, han surgido un número considerable de propuestas y derechos al acceso de los recursos naturales por los nativos como una muestra de apoyo a la labor de salvaguarda de los recursos naturales. De una manera acertada el Estado ha venido reconociendo que las comunidades indígenas, como los Mokaná, con una amplia relación con las autoridades municipales, han desempeñado un papel trascendental en la organización de las labores por la preservación del medioambiente sin afectar las políticas de desarrollo departamentales. De hecho, las políticas en materia de autoprotección de recursos hídricos y de la naturaleza en las áreas de la comunidad Mokaná han reforzado los derechos territoriales indígenas que les fueron otorgados por el Estado, lo que significa que la política del protección de ecosistema viene –siendo en este caso específico– acertada, lo que ha permitido la salvaguarda de la fauna y del medioambiente a partir de las herramientas que el derecho ambiental ha brindado a las comunidades indígenas.

Como una particularidad resultó el manejo de los conflictos ambientales de una manera colectiva, porque de hecho, esa corriente de trabajo grupal es la que ha permitido la efectividad de los mecanismos jurídicos y alternativos como estrategias de solución de esos conflictos en las comunidades indígenas. Cabe mencionar, que esas particularidades han permitido que las comunidades, como la Mokaná, conozcan de sus derechos como miembros de la comunidad, pero también, como una parte activa de las problemáticas ambientales a

las que se enfrentan sus territorios, lo que los convierte en actores sociales activos de los pueblos indígenas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Barreto, A. J., & Hernández Peña y. K. (2018). *La investigación sociojurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Aguilar Caro, A. (2015). *Matices y horizonte de la investigación en trabajo social*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Aguilar Caro, A., Jiménez Reyes, M., & Orozco Idárraga, A. (2017). *Educación, Desarrollo y Representaciones Sociales: Estudios interdisciplinarios del Caribe*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Alcaldía Municipal de Malambo (2015). *Informe de seguimiento al empalme Alcaldía Municipal de Malambo, 2012-2015*. Malambo, Atlántico, Colombia: Alcaldía Municipal de Malambo.
- Alcaldía Municipal de Malambo (2016). *Por medio del cual se adopta el plan de desarrollo municipal de Malambo 2016-2019 para seguir avanzando*. Malambo, Atlántico, Colombia: Alcaldía Municipal de Malambo.
- Angulo Valdés, C. (1947). *Arqueología de Tubará*. Barranquilla, Colombia: Boletín de Divulgaciones Etnológicas del Instituto de Investigación Etnológica del Atlántico.
- Angulo Valdés, C. (1978). *Relaciones de intercambio entre tres regiones arqueológicas del Norte de Colombia (Ciénaga Grande, Sierra Nevada, bajo Magdalena)*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad del Norte.

- Angulo Valdés, C. (1981). *La tradición Malambo*. Bogotá, Colombia: Banco de la República.
- Baquero Montoya, Á., & De la Hoz Siegler, A. (2010). *Cultura y tradición oral en el Caribe colombiano. Propuesta pedagógica para incorporar la investigación*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad del Norte.
- Baquero Montoya, Á., & De la Hoz Siegler, A. (enero-junio de 2011). La historia de los Mokaná. Un capítulo de la historia en la región Caribe Colombiana. *Memorias. Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, XIV(NÚMERO), PÁGINAS.
- Cimadamore, A., Eversole, R., & McNeish, J. (2006). *Pueblos indígenas y pobreza. Enfoques multidisciplinares*. Buenos Aires, Argentina: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Clacso.
- Contraloría General de la República (8 de enero de 2015). *Aspectos básicos del derecho ambiental. Una mirada hacia el control fiscal ambiental*. (C. G. República, Editor) Recuperado el 15 de agosto de 2018 de https://campusvirtual.Contraloría.gov.co/campus/memorias/SemCF_ene/Conferencia_08-01-2015_DerAmbiental.pdf
- DANE (2005). *Ministerio de Interior*. Recuperado el 2 de mayo de 2018, de https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/upload/SIIC/PueblosIndigenas/pueblo_mokan_.pdf
- Enciclopedia Jurídica (2014). *Enciclopedia Jurídica*. Recuperado el 18 de 05 de 2018, de <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/intervenci%C3%B3n-administrativa/intervenci%C3%B3n-administrativa.htm>
- Figueroa, S. (2015). *Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica: Una referencia específica al sistema jurídico colom-*

- biano. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad del Norte.
- Figuerola, S., & Erazo, J. (2016). *Autodeterminación indígena en Colombia: Estudio jurídico-político del caso de la comunidad Mokaná de Malambo en el Caribe colombiano*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad del Norte.
- Mendoza Castro, C. (2005). Derechos fundamentales de los pueblos indígenas y la etnohistoria de la vulnerabilidad de una propiedad colectiva: caso Tubará. En *Justicia*, 10(10), 93-121.
- Ministerio de Agricultura (7 de diciembre de 1995). Decreto 2164. artículo 2, 12. Bogotá D.C., Colombia. *Diario Oficial* No. 42.140.
- Ministerio del Interior (2014). *Sobre la presencia o no de las comunidades étnicas*. Bogotá, Colombia.
- Ocampo López, J. (1988). *Mitos colombianos*. Bogotá, Colombia: El Áncora Editores.
- República de Colombia (1991). Constitución Política.
- Unidad para las Víctimas (13 de mayo de 2018). *Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas*. Obtenido de <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/pueblos-y-comunidades-indigenas/276>
- Unidad para las Víctimas (15 de mayo de 2018). *Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas*. Obtenido de <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/pueblos-y-comunidades-indigenas/276>
- Universidad del Rosario (22 de mayo de 2018). *Universidad del Rosario*. Obtenido de Universidad del Rosario: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-vi>

va-intercultural/ur/Comunidades-Etnicas-de-Colombia/
Pueblos-indigenas/

Vidal, A. (2002). *Cartagena de Indias y la región histórica del Caribe, 1580-1640*. Sevilla, España: Universidad de Sevilla.

Villalón, J., & Vega, A. (2011). *José Agustín Blanco Barros. Obras completas, Tomo III. Tobará: La encomienda mayor de Tierradentro*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad del Norte.

Villalón, J., & Vega, A. (2014). *José Agustín Blanco Barros. Obras completas, Tomo II: Encomiendas, Haciendas y Pueblos*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad del Norte.

Wilches Bonilla, T. (2016). *Gestión social comunitaria*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Cómo citar este artículo:

Navarro-Suárez, D., D'Amato Castillo, G., Martínez Durango, L., & Cabrera Merlano, L.M. (2018) Conflictos Ambientales En La Comunidad Indígena Mokaná Del Municipio De Malambo: Una Mirada Desde El Derecho Administrativo, 2012 – 2015. En Navarro- Suárez, D., Rodríguez Serpa, F., Enamorado Estrada, J. y Rodríguez Lara, I. (Ed). *Metateoría y Praxis de la justicia restaurativa, ambiental y iusfilosófica, Tomo I* (pp 35-71), Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar

Capítulo III

Explotación carbonífera y el derecho a la vida digna de la comunidad Wayuu: el enfoque teórico*

Carbonible exploitation and the right to the dignified life of the Wayuu community: the theoretical approach

David de Jesús Aníbal Guerra¹,
Claudia del Carmen Llinás Torres²

* El presente capítulo de libro se deriva de la investigación de la tesis doctoral denominada Impacto de la explotación carbonífera en derecho a la vida digna de comunidad Wayuu de cara al Plan nacional de desarrollo minero 2019. Filiación Institucional: Universidad Simón Bolívar.

1 Abogado de la Universidad Simón Bolívar.-PhD (c)- en Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Belloso Chacín; Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad Alcalá de Henares; Especialista en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública de Bogotá; Profesor universitario, escritor, litigante e investigador vinculado al grupo de investigación "Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas" de la Universidad Simón Bolívar, Colombia.

danibal@unisimonbolivar.edu.co

2 Abogada Conciliadora de la Universidad Atlántico, Candidata a Doctora - PhD (c)- en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar; Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar; Profesora Universitaria, Investigadora, escritora, conferencista, litigante e Investigadora vinculada al grupo de investigación "Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar, Colombia.

cllinas5@unisimonbolivar.edu.co

RESUMEN

El propósito del presente capítulo de libro es brindar al lector una aproximación teórica sobre la explotación carbonífera y su incidencia en el derecho a la vida digna de la comunidad indígena Wayuu que habita en La Guajira. Para tal efecto, se parte de abordar las generalidades del pueblo Wayuu y el fenómeno de la explotación carbonífera; seguidamente se enuncian los proyectos de explotación carbonífera que operan en La Guajira de cara al Plan nacional de desarrollo minero 2019 con proyección a 2025 y sus efectos. Así mismo, se hace alusión a las fases para la consulta previa con los miembros de la comunidad indígena Wayuu y, por último, los hallazgos. La elección del tema se hizo teniendo en cuenta que, en la actualidad, se están ejecutando proyectos de explotación carbonífera en La Guajira a gran escala y los indígenas de la comunidad atribuyen gran parte de su precaria situación tales labores. La metodología empleada para el desarrollo de la investigación que sustentó el presente capítulo, se basó en la aplicación del paradigma socio-crítico, el enfoque cualitativo bajo el diseño etnográfico.

Palabras claves: derechos humanos, explotación carbonífera, La Guajira, vida digna, Wayuú.

ABSTRACT

The purpose of this book chapter is to provide the reader with a theoretical approach to coal mining and its impact on the right to a dignified life of the Wayuu indigenous community. For this purpose, it is part of addressing the generalities of the Wayuu people and the phenomenon of coal mining, then the coal exploitation projects that operate in La Guajira in the face of the National Development Plan 2019 projected to 2025 are listed. Likewise, a relationship is made to the phases for the prior consultation with the members of the Wayuu indigenous commu-

nity and, finally, the findings. The choice of subject was made taking into account that, at present, large-scale coal exploitation projects are being carried out in La Guajira, and the indigenous people of the community attribute a large part of their precarious situation of existence to such work. The methodology used for the development of the research that supported the present chapter was based on the application of the socio-critical paradigm, the qualitative approach under the ethnographic design.

Keywords: coal mining, dignified life, human rights, La Guajira, Wayuú.

INTRODUCCIÓN

La práctica y el fenómeno de la explotación carbonífera a nivel mundial ha venido ocasionando problemas ambientales, sociales, culturales, jurídicos y políticos cuyo impacto pone en tela de juicio el respeto de los derechos humanos, la seguridad jurídica y la confianza legítima que estructuran el andamiaje estatal. Pese a que el carbón es un recurso energético de vieja data y considerado sinónimo de desarrollo para las naciones, lamentablemente, su práctica extractiva a través de los diversos métodos existentes genera daños en las comunidades que viven en las cercanías de las zonas de explotación.

Muestra de lo anterior son las problemáticas que se han tenido con las comunidades indígenas a las cuales se les ha excluido de una participación efectiva en relación con las decisiones a tomar en medio de los proyectos de explotación carbonífera. En muchos casos, estas problemáticas llegan a ser conocidas por los tribunales nacionales los cuales, en varias oportunidades, han dado la razón a las pretensiones de estas comuni-

dades dada la constante inobservancia a los lineamientos de una adecuada consulta previa, así como del impacto ambiental, social y cultural que repercute en estas comunidades.

Por lo expuesto, el presente trabajo aborda un estudio sobre el impacto de la explotación carbonífera y su incidencia en el derecho a la vida digna de la comunidad indígena Wayuu que habita en La Guajira, de cara al Plan nacional de desarrollo minero 2019 que ya cuenta con una proyección hacia el año 2025. Para tal efecto se parte de considerar que pese a que las labores de básicas explotación sea aurífera, carbonífera o cualquier otra, en términos de crecimiento económico, son benéficas dadas las ganancias que generan a favor del producto interno bruto de un país, el detrimento en las comunidades, en la flora y en la fauna y en general el medioambiente, reflejan una crisis latente que compromete el futuro de las regiones, del planeta y de las comunidades tradicionales.

ESTADO DEL ARTE

Dentro de los teóricos que nutrieron el presente estudio se tiene a Cardozo Sánchez (2015) en su trabajo denominado: "La actividad carbonífera y su incidencia en las necesidades humanas. Una aproximación al fenómeno de violencia estructural en el municipio de Albania, La Guajira". El objetivo del estudio tuvo por finalidad determinar, las posibles consecuencias de la actividad carbonífera en el complejo minero de El Cerrejón, sobre las necesidades básicas humanas de la población del municipio de Albania La Guajira, pueden ser consideradas como un fenómeno de violencia estructural.

Así mismo, se cuenta con Betancur y Pérez (2016), las cuales en su artículo titulado "Desplazados legales o ilegales: una mirada desde los procesos extractivos en Colombia y contexto general de algunos países latinoamericanos", caracterizan la situación actual de Colombia ante el fenómeno del desplazamiento forzado y su relación con la incursión de la industria minera, logrando esto por medio de una revisión y análisis documental.

Seguidamente, se hace referencia Daza y Narváez (2008) en el texto: "Los Wayúu, la tierra y la política del carbón en La Guajira. 1980-2000: Una visión desde la historia para reparar y no repetir". La obra emplea la etnicidad para concentrarse en las particularidades de las relaciones que surgieron entre las comunidades indígenas de la Media y Alta La Guajira y la compañía carbonífera del Cerrejón. A partir de ahí, se hace un análisis del drama que históricamente ha vivido la comunidad indígena Wayuu atendiendo a los intermediarios y la evolución de los mecanismos de resistencia, adaptación y negociación adoptados.

MÉTODO

La presente investigación acoge el paradigma socio-crítico, del cual se parte de estimar los aportes de la teoría crítica en el entorno de la sociedad como eje central de su evolución. En otras palabras, se centra en el estudio de los elementos que generan cambios en la sociedad para resolver sus problemas.

De acuerdo con Alvarado y García (2008) "su finalidad es la transformación de la estructura de las relaciones sociales y

dar respuesta a determinados problemas generados por éstas, partiendo de la acción reflexión de los integrantes de la comunidad” (p.189).

Seguidamente, el enfoque dado a esta investigación es el cualitativo, en función de hacer el estudio bajo la tradición etnográfica debido a que se analizará la opinión de los sujetos entrevistados sobre el tópico de la explotación carbonífera y el impacto en el derecho a la integridad de la vida de los indígenas Wayuu en La Guajira colombiana.

En relación con el enfoque cualitativo Taylor y Bogdan (como se citó en Alvarez-Gayou, 2003), consideran que es el acercamiento a las cosas o sujetos desde el plano especulativo de las cualidades; su estructura se identifica por estar inmersa en una descripción verbal y/o explicativa de un fenómeno o hecho determinado. Para Peleteiro (2000), la investigación cualitativa

Es aquella que se interesa por lo que la gente hace, cómo se comporta, cómo interactúa [...]. En ella el docente-investigador trabaja desde adentro, se convierte en un miembro más del grupo, asume los significados que en este escenario se le dan a las situaciones. Aprende las diferentes interpretaciones del lenguaje de los usuarios y sus costumbres. (p.41)

DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

Generalidades del pueblo Wayuu

El término *Wayuu* hace referencia a la nominación o calificación comunitaria empleada por los miembros del pueblo

indígena *Wayuu* de ascendencia Arahua, cuyo mayor asentamiento se encuentra en la zona geográfica de La Guajira que es compartida por Colombia y Venezuela. De conformidad con Vergara (1990) el significado del término *Wayuu* encierra variadas concepciones entre las cuales se destacan: “persona en general, indígena de la propia etnia, aliado y también la pareja” (pp.27, 28). Según el último censo general realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2005), el grupo étnico *Wayuu* es el más numeroso de Colombia al contar con una población de 270.413 personas. El dialecto empleado es mejor conocido como *Wayuunaiki*, perteneciente a la familia lingüística Arawak (Gobernación de La Guajira [GJ], 2016) y es considerada como una de las lenguas oficiales en la República de Colombia.

En relación con el territorio que habitan los *Wayuu*, Bedoya y Rengifo (2014) afirman que:

ocupa una extensión de 15,380 km² de los cuales 12,000 km² corresponden a Colombia en el departamento de La Guajira y 3,380 km² al Estado de Zulia en la República Bolivariana de Venezuela. Dentro de Colombia su territorio está protegido jurídicamente bajo la Figura del Resguardo que entre otros, significa que es una propiedad comuna inembargable, imprescriptible e inalienable. En efecto, en ese sentido se expresa el artículo 63 de la Constitución Política de Colombia (1991), al establecer que las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, entre otros, tienen una protección constitucional especial. En igual sentido, el artículo 329 de la Constitución Política reconoce que los resguardos son de propiedad colectiva e inenajenable.

La comunidad indígena Wayuu tradicionalmente se organiza de manera consanguínea en clanes los cuales se identifican con figuras representadas en tótems. Algo curioso es que los tótems establecen una ligadura o representación de tipo espiritual en cada clan, mientras que el vínculo consanguíneo se entrelaza más con un significado de índole familiar.

En referencia al porcentaje de la población adscrita a clanes, Bedoya y Rengifo (2014) afirman que

el mayor porcentaje de población se encuentra en los clanes Epieyuu con el 21 %, Uriana con el 17 % e Ipuana con el 16 %, aproximadamente. Su sistema normativo está basado en la compensación y la autoridad y las decisiones fundamentales recaen sobre los tíos maternos más prestigiosos por su riqueza, su valor o su comportamiento prudente. Esta comunidad conserva muchas de sus costumbres y valores tradicionales, especialmente en aspectos como: lengua, alimentación y rituales funerarios.

No obstante lo anterior, una de las mayores afectaciones por las cuales atraviesa el pueblo indígena Wayuu, en relación a la explotación carbonífera. Concretamente, se tiene conocimiento de las metas referidas a los planes que se instituyeron en el plan de desarrollo minero 2019 y que ya cuenta con una proyección hacia 2025, pero del cual poco se tuvo en cuenta, de manera cualificada, el cómo reducir el impacto de la explotación carbonífera en las condiciones de vida digna de la comunidad indígena Wayuu de cara a una posible violación de los derechos humanos y, más especialmente, la afectación en el territorio.

En efecto, diarios de circulación nacional en Colombia como El Espectador (EE, 2016), han documentado que ni siquiera ha existido respeto por los lugares sagrados dentro de los resguardos, tales como cementerios y fuentes hídricas que, en la mayoría de los casos, fungen como deidades de la naturaleza para la comunidad. Así mismo, se conocen otras afectaciones en materia de seguridad alimentaria, entre otras.

En ese sentido Ramírez (2017) afirma que:

Durante prácticamente cuatro décadas, las comunidades indígenas wayúu, afrodescendientes y campesinas del departamento de La Guajira se han resistido al desplazamiento forzado, los asesinatos de sus líderes sociales, la pérdida de sus costumbres culturales, el deterioro de sus ecosistemas, la extinción de animales y plantas, la destrucción de las fuentes hídricas y las enfermedades que ha traído consigo el hecho de tener como vecino a la mina de carbón a cielo abierto más grande del mundo: El Cerrejón.

No obstante, la situación de La Guajira no hace otra cosa que agravarse, especialmente con el proyecto de expansión del Puerto Bolívar, conocido como P40, con el cual la transnacional Cerrejón proyecta exportar al año 40'000.000 de toneladas de carbón. Esto ha sido el motivo de diversas protestas recientes de las comunidades afectadas por El Cerrejón, junto a diversas organizaciones sociales, ambientalistas y defensoras de derechos humanos para exigirle al Estado colombiano y a las autoridades ambientales frenar esta iniciativa y tomar medidas para parar la destrucción causada por la mina.

Igualmente López (2014) denunció que:

La comunidad Wayúu, de Jamiche, ubicada en el área urbana del municipio de Barrancas, La Guajira, será expulsada de su territorio por la empresa de carbón Cerrejón. Pero los indígenas no tienen a donde ir. Este es un capítulo más de la persecución que enfrentan las comunidades Wayúu en La Guajira, pues no es la primera vez que Cerrejón destierra a grupos de esta etnia. En el año 1989 fue también expulsado este mismo grupo con el pretexto de emprender un programa de vivienda obrera que nunca tuvo lugar. En aquel momento las familias firmaron un acta por medio de la cual el municipio de Barrancas se comprometió a darles viviendas a los indígenas. No obstante, esta promesa lleva más de 20 años sin cumplirse. Hace dos años regresaron al predio dichas familias y nuevamente van a ser sacadas de allí por la fuerza.

Explotación carbonífera

En la actualidad se sabe que Colombia se caracteriza por la variedad de sus recursos naturales y su diversidad en la flora y en la fauna. Sin embargo, también se caracteriza porque es considerado como uno de los países que más cuenta con el recurso del carbón a nivel mundial lo cual le permite situarse como uno de los mayores exportadores (En Colombia [EC], 2017).

Por ello, la exportación del carbón representa para Colombia una considerable fuente de ingresos capaz de estar al nivel de los que se generan con la exportación del café, el petróleo, entre otros bienes. Esta realidad ha sido posible debido

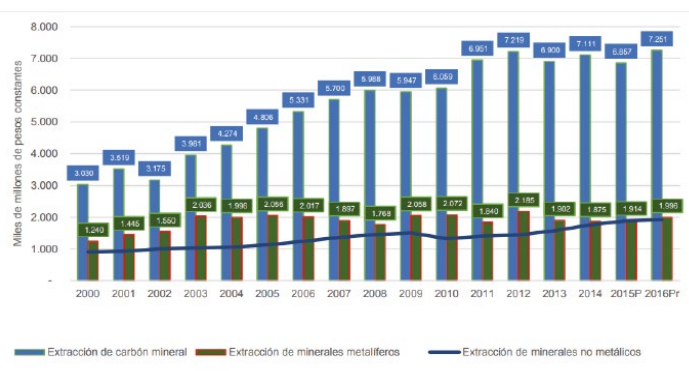
a las intensas labores de explotación carbonífera mediante el uso de métodos y procedimientos tecnificados por parte de empresas como la Drummond y Amcoal, entre otras; lo que facilita la exportación de este mineral a gran escala hacia los Estados Unidos de Norteamérica y el viejo continente. En ese orden de ideas, la exportación del carbón a gran escala ha facilitado el incremento del Producto Interno Bruto del país gracias a las regalías que se generan de estos proyectos.

De conformidad con la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME, 2017a), la planeación estatal para el desarrollo minero se instituyó en 1994, pero no fue sino hasta 10 años más tarde cuando se reformula el sector para la producción de los recursos mineros del país en orden de fortalecer las políticas públicas y los procesos de explotación de cara a las necesidades en el orden nacional y regional con tendencia a la escala global en el marco de los objetivos que se habían trazado en el documento CONPES 2898/97. Gracias a esta reestructuración, el sector minero en Colombia se organiza en mayor medida y para establecer un marco jurídico acorde a dicho contexto se expide la Ley 685 de 2001 con la cual crea el código de minas en Colombia.

A partir de ahí, se ejecutan acciones tendientes a superar las debilidades del sector tratándolas sistemáticamente en pro de abarcar de manera segura los retos y desafíos que desde años atrás se venían tratando. Por ejemplo, el Plan nacional de desarrollo minero 2002-2006, pese a no contar con la suficiente información geológica, tuvo como finalidad atraer la inversión en todos los niveles de la economía priorizando los

modelos de inversión y reduciendo la intervención estatal en favor del sector privado, el cual, debía propender por el mejoramiento de las condiciones de la explotación minera a través de la tecnificación y modernización de los procesos que se desarrollan en cada fase para hacer efectivo el crecimiento de la economía colombiana. Seguidamente, el Plan minero 2007-2010 facilitó a los particulares la posibilidad de adquirir concesiones con fines de explotación minera de manera gradual y de cara al desarrollo sostenible de las regiones.

Posteriormente, el Plan minero 2011-2014 trató de generar una atmósfera armónica entre las políticas públicas y el mejoramiento de la industria minera bajo la premisa de que el Estado establece los lineamientos y coordina las directrices para las labores mineras mientras el sector privado se encarga del desarrollo de la industria. Por su parte, el Plan nacional de desarrollo minero a 2019 ahondó en el propósito de generar las condiciones para la competitividad territorial en materia de explotación carbonífera equiparando las variables microeconómicas y macroeconómicas que confluyen en el proceso. En otras palabras, este plan se enfoca en la producción por cantidad en el marco de la libre competencia por regiones de cara al crecimiento y desarrollo económico del país.



Grafica 1

Evolución del PIB derivado de la minería 2000-2016

Fuente: UPME. (2017a). Plan nacional de desarrollo minero a 2025, p.37

En la actualidad, el Plan nacional de desarrollo minero a 2025 denominado Minería responsable con el territorio, trazó como objetivos principales del proceso minero los siguientes:

1. Promover la industria minera como un sector que afianza progresivamente su seguridad jurídica, sostenibilidad y reputación en los territorios,
2. Promover y posicionar la industria minera como un sector que aporta al desarrollo económico y social de los territorios,
3. Promover la inclusión de buenas prácticas en temas estratégicos globales dentro de la actividad minera y,
4. Consolidar la minería como una actividad empresarial regulada, responsable y competitiva que contribuya a su proyección nacional e internacional. (UPME, 2017a)

En relación con la participación y la protección de los grupos vulnerables tales como indígenas, campesinos, entre otros, el plan actual estableció como rutas de acción, el

Aprovechamiento eficaz de los mecanismos de participación y concertación con las comunidades indígenas, afros, grupos

campesinos y demás actores en el territorio, la formulación de líneas estratégicas para el diseño e implementación del plan de acción de empresas y Derechos Humanos y la construcción tripartita de estrategias territoriales para la protección de derechos humanos y el cumplimiento de los deberes por parte de las empresas mineras. (UPME, 2017a)

No obstante lo anterior, nada se explica en el plan minero a 2025 sobre la forma en cómo han de efectuarse, regularse y desarrollarse ese conjunto de acciones para evitar la afectación de derechos humanos de los grupos vulnerables. En especial, se destaca que en referencia a la consulta previa como derechos fundamentales de las comunidades indígenas así como de otros grupos, poco puede garantizarse si la regulación de la misma se sigue efectuando a través de una directiva presidencial –No. 10 de 7 de noviembre de 2013– un acto administrativo y no mediante una Ley estatutaria como constitucionalmente se exige para los derechos fundamentales.

En efecto, no sobra recalcar que la jurisprudencia constitucional reconoce que:

La consulta previa es un derecho de rango fundamental. Ello se sustenta en que esa garantía materializa los principios de participación de los grupos vulnerables. Inclusive, ese mandato de optimización adquiere una obligación reforzada en esos sujetos de especial protección constitucional, por ejemplo participación en los asuntos públicos. Así mismo, el precepto 7º de la Carta Política reconoce la diversidad cultural. (Corte Constitucional de Colombia [CCCCO], 2018)

Ahora bien, es de anotar que la capacidad que tiene Colombia para exportar el carbón no se dio repentinamente, esto fue fruto de un arduo proceso que se remonta a principios del siglo pasado, en el cual, dado el potencial térmico del carbón para producir energía, varios sectores industriales se valieron de este en sus procesos de transformación de las materias primas para así incrementar la productividad y ampliar la oferta de bienes de cara a una demanda que día a día iba en aumento.

Notablemente, el siglo pasado fue vital para la generación de energía a través del carbón; muestra de ello, es que ante las voces que en la década de los años 70 pregonaban una crisis energética por el desabastecimiento del petróleo, la mirada se centró en el único recurso similar que podía generar altos picos de energía y, con ello, el camino apuntaba a concebir la política hacia la minería del carbón con fines de explotación. Como corolario de lo anterior, en las décadas subsiguientes se piensa en el enfoque en la explotación de carbón a gran escala, y para lograr tal finalidad el Estado fija su mirada en departamentos como La Guajira y Cesar.

Producto del interés estatal, para la décadas de los 90 se vio la necesidad de empoderar a las regiones en aras de garantizar su sostenibilidad presupuestal y administrativa producto de ello, se facilitó la plataforma jurídica para que los entes territoriales departamentales incentivaran los planes de exploración y explotación minera. Concretamente se contó con la Ley 152 de 1994 que en su artículo 32 fija los planes de desarrollo departamental de la siguiente manera:

Las entidades territoriales tienen autonomía en materia de planeación del desarrollo económico, social y de la gestión ambiental, en el marco de las competencias, recursos y responsabilidades que les ha atribuido la Constitución y la ley. Los planes de desarrollo de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía, deberán tener en cuenta para su elaboración las políticas y estrategias del Plan nacional de desarrollo para garantizar la coherencia.

Así las cosas, el interés del ente territorial departamental es tenido en cuenta en la concesión de programas mineros que se derivan de los planes de desarrollo. Ejemplo de lo anterior es que, la producción del carbón en los últimos diez años ha tenido un crecimiento promedio anual de 8 %. Actualmente se destacan los proyectos de la costa atlántica que participan con el 92 % del total de la producción anual (Cárdenas y Reina, 2008). Por su parte, el departamento de La Guajira cuenta con los condicionamientos apropiados para la explotación del carbón dada su extensión en territorio, así como sus condiciones geográficas que promueven las labores de explotación carbonífera en zonas como la Alta La Guajira, Media La Guajira y la Baja La Guajira, que contribuyen a la extracción del mineral dada la variedad de los pisos térmicos (Meisel, 2007).

Y es que, en la actualidad, Colombia cuenta con 12 sectores con capacidad para las labores de explotación carbonífera, entre estos, se destacan los departamentos de La Guajira, Cesar y norte de Antioquia y Córdoba, por cuanto el carbón que se produce en esas zonas es de uso térmico y, además, porque la

minería en estas zonas es a gran escala, a cielo abierto y representa no menos del 90 % de la producción nacional (UPME, 2017a).

Según la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME, 2006)

Dos de las grandes empresas, que operan en Barrancas y en La Jagua, adelantan planes de expansión en los que se prevé alcanzar una producción de 98 mt en el año 2010, la cual se estima aumentará a 116 mt en el año 2019. En el altiplano cundiboyacense, región que cuenta con importantes reservas de carbón y que actualmente abastece la mayor parte de la demanda interna, se espera alcanzar en 2019 un volumen de producción de alrededor de 4,0 mt/año, considerando incrementos tanto en la cuota de carbones metalúrgicos para exportación como en el consumo interno de carbón térmico, principalmente en el occidente colombiano.

En el caso del departamento de Norte de Santander, es posible duplicar la producción de carbón si se cuenta con una adecuada malla vial que facilite el acceso a los puertos, sea vía Colombia o vía Venezuela. Se estima que la producción en las minas de los departamentos de Antioquia, Córdoba, Santander y Valle del Cauca, crecerá de manera moderada al ritmo que determine la demanda interna (Daza & Narváez, 2009).

Por su parte, el Plan de desarrollo del Departamento de La Guajira contiene una agenda estratégica para el desarrollo minero, cuyos propósitos son: elaborar el inventario minero del departamento e identificar las oportunidades del sector

para formular proyectos y planes de negocio que contribuyan a atraer inversión pública y/o privada. Entre los proyectos que plantea, están el de la creación de un fondo minero departamental, el del montaje de una mina piloto indígena para la explotación de barita y el de la industrialización del yeso, caliza y mármol.

De acuerdo con la Agencia Nacional de Minería (ANM, 2017) en La Guajira existen siete proyectos de interés nacional (PIN), a saber: 1. Carbones del Cerrejón LLC, 2. Cerrejón Zona Norte S.A, 3. Comunidad del Cerrejón, Consorcio Cerrejón LLC – Cerrejón Zona Norte S.A., 4. Consorcio Cerrejón LLC –Cerrejón Zona Norte S.A., 5. Carbones del Cerrejón Limited, 6. CCX Colombia, 7. Cerrejón Zona Norte S.A. Todos estos PIN fueron aprobados mediante la Resolución No. 000592 de 19 de junio de 2013 expedida por dicha entidad.

En la Tabla 1 se detallan así:

Tabla No. 2
proyectos de interés nacional

No.	CONTRATO	EMPRESA TITULAR	MINERAL
1	001-1976-Asociación	Carbones del Cerrejón LLC	Carbón (Guajira)
2	089-2000, CEMT	Cerrejón Zona Norte SA	Carbón (Guajira)
3	RPP-11	Comunidad de El Cerrejón	Carbón (Guajira)
4	067-2001	Consorcio Cerrejón LLC –Cerrejón Zona Norte SA	Carbón (Guajira)
5	081-91	Consorcio Cerrejón LLC- Cerrejón Zona Norte SA	Carbón (Guajira)
6	146-97	Carbones del Cerrejón Limited	Carbón (Guajira)
7	GDI-081	CCX Colombia	Carbón (Guajira)
8	078-88	Drummond Ltd	Carbón (Cesar)
9	283-95	Drummond Ltd	Carbón (Cesar)
10	248-95	Drummond Ltd	Carbón (Cesar)
11	144-97	Consorcio Drummond Ltd Drummond Coal	Carbón (Cesar)

Fuente: Agencia Nacional de Minería. (2017). Informe de gestión.

Cabe anotar que los proyectos de interés nacional se entienden como:

Contratos que por su importancia económica, social y ambiental, revisten un alto nivel de responsabilidad en cuanto la eficiente administración de los recursos mineros que implica una rigurosa evaluación de los documentos técnicos y jurídicos, así como el seguimiento oportuno al cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales... Mediante la Resolución 341 de 2013 la Agencia Nacional de Minería estableció los criterios para declarar un proyecto minero como de interés nacional, atendiendo parámetros como los niveles de producción, capacidad tecnológica, operativa, económica y financiera, producción para exportación, generación de recursos para el Estado, impacto ambiental, social y económico. (ANM, 2017)

De acuerdo con la UPME (2017b), actualmente los propietarios de la operación de explotación, beneficio y comercialización de los Carbones del Cerrejón Limited, “son las multinacionales Anglo American, BHP Billiton y Xstrata PLC. En estos momentos la empresa Anglo-American está interesada en vender su participación en el proyecto Cerrejón”.

Carbones El Cerrejón Limited, cuenta con una concesión cuya área minera permitida cubre 69.364 hectáreas y se extiende a lo largo de 50 km en el valle del río Ranchería, entre la Sierra Nevada de Santa Marta y la serranía del Perijá (Gualdrón, como se citó en Cardozo, 2015, p.11). La producción de carbón térmico anual de El Cerrejón supera las 32 millones de toneladas y en sus operaciones de traslado tiene a su disposición un ferrocarril de 150 km de largo y un puerto marítimo de cargue

directo que puede recibir buques con una carga aproximada a las 180.000 toneladas (Cardozo, 2015, p.11).

En relación con El Cerrejón, la Corte Constitucional de Colombia (2016) al tomar su decisión en la Sentencia T-704 y basándose en información pública suministrada por El Cerrejón (2011), Archila (2015) y del Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP, 2014) tuvo en cuenta que:

La explotación de carbón del Cerrejón ha sido considerada una de las minas a cielo abierto más grandes del mundo. Según cifras oficiales de la empresa encargada de dichas actividades, esa mina cuenta con una capacidad extractiva de 30 a 32 millones de toneladas de carbón anual. Eso, en aproximadamente 30 años de funcionamiento ha significado un total de 500 millones de toneladas de carbón, lo cual equivale al 40.5 % de las exportaciones colombianas.

Aunque inicialmente el proyecto extractivo del Cerrejón era administrado por el Estado colombiano, actualmente, el Gobierno Nacional no hace parte de la estructura de ninguna de las compañías que lo conforman. La participación del Estado fue hasta el año 2001, cuando el 50 % de la compañía pertenecía a Carbocol, entidad que posteriormente sería vendida a la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. Actualmente, El Cerrejón se compone de “Carbones del Cerrejón Limited” y “Cerrejón Zona Norte S.A”, ambas empresas pertenecientes a las multinacionales BHP Billinton, Anglo American y Xtrata.

La explotación de Carbón a gran escala se inició durante la década de los años setenta, luego de que, años atrás, se realizaron varias exploraciones para calcular la cantidad de recur-

sos que se podía explotar. Estas actividades se dividieron en tres áreas: Zona Norte, Zona Central y Zona Sur. Las dos primeras en el departamento de La Guajira y la tercera desde el sur hasta el departamento del Cesar. Al día de hoy, en la zona central se desarrollan tres proyectos: Depósito Central de la Comunidad del Cerrejón, la Patilla y Oreganal. En la zona sur, se localizan tres áreas carboníferas: Cesarito, Guaimaral y El Descanso.

Como se puede apreciar, dicha explotación de carbón en La Guajira representa no solamente una de las minas más grandes en Colombia, sino también una fuente de recursos para el mundo. Según estudios del Cinep,

es una operación integrada de minería, transporte y embarque que, para el año 2011 ya estaba extrayendo 33.35 millones de toneladas anuales. Del carbón exportado, un 58 % es comprado por países europeos, un 9 % por Norte América, 12 % por Centro y Suramérica y, desde 2010, el 21 % de las exportaciones se dirigen hacia Asia

Al respecto, señalan Galafassi & Dimitriu (2007):

La minería posee la particularidad, al ser una actividad de corto o mediano plazo, de generar fuertes impactos nocivos sin que el capital que lleva adelante la extracción se vea perjudicado directamente por los mismos ya que una vez terminada la apropiación se retira a nuevos espacios a reiniciar el ciclo. Todas las consecuencias negativas repercuten entonces en las sociedades locales y en el ambiente regional. Esto facilita el uso de procesos brutales de extracción en pos de la maximización de las ganancias. En función de ello, debe tomarse en consideración el bien común o colectivo. (p.7)

Al retomar la idea de bien común como reivindicación de la acción colectiva, se identifica de acuerdo a los señalamientos de Bollier (2008), “una amplia clase de recursos en cuyo control y manejo, la ciudadanía en general o comunidades específicas tienen intereses políticos y morales” (p.31); por ello, el autor considera que los bienes comunes hacen referencia a la relación social de pertenencia entre las comunidades y sus entornos naturales y culturales.

Dentro de este marco, el conjunto de planes para la explotación carbonífera en Colombia –aún cuando genera grandes beneficios, incluso ubicando el país en un buen posicionamiento en esta materia dentro del ranking mundial por la cantidad de metros extraídos de este mineral– es importante destacar que se busca la suprema felicidad de los habitantes del país; sin embargo, no puede haber trato discriminatorio con los miembros de los grupos étnicos que defienden sus costumbres y tradiciones ancestrales.

Para Hincapié (2013), los conflictos socioambientales configurados en Colombia tienen que ver, en primer lugar, con los ordenamientos territoriales y las delimitaciones de protección ambiental y el uso de recursos; en segundo lugar, con las disputas en el uso, disfrute y conservación del territorio ancestral por parte de pueblos y comunidades étnicas; en tercer lugar, con el solapamiento entre las actividades extractivistas y las actividades agrícolas y campesinas y por último, con la exigencia de justicia y reparación de las víctimas de desplazamiento forzado de las tierras que en la actualidad están en manos de grandes empresas dedicadas a la explotación y depredación de recursos naturales.

Desalojos de predios por extracción minera en La Guajira colombiana

De manera general y atendiendo a los estándares internacionales en materia de desplazamiento forzado, Betancur y Pérez (2016) afirman que:

Colombia ocupa el segundo puesto en el ranking de los países con mayores índices de desplazamiento forzado; situación que se ha maximizado tras la irrupción de la industria minera a lo largo y ancho del territorio nacional, convirtiendo a zonas prósperas en cuanto a recursos minerales en áreas de contiendas y fuertes disputas territoriales, no solo entre las comunidades y multinacionales, sino también entre éstas y los grupos armados al margen de la Ley quienes, a la par con el gobierno, han visto en esta actividad extractiva una forma de sustento y bonanza económica.

Según el CINEP (2016) en

la última etapa de los noventa y comienzos de la década del 2000, se hicieron efectivas las órdenes de desalojo de algunas comunidades, lo que generó aún mayor temor entre la población respecto a su futuro en la región.

Cabe anotar que estas comunidades eran variadas y contemplaban comunidades indígenas, afro y afro-indígenas.

Casos como el de la comunidad afro Tabaco que se ubicaba al sur de La Guajira en el municipio de Hato Nuevo son de los más notorios. Esta comunidad fue afectada por parte del Estado por medio del Ministerio de Minas y Energía en cabeza

de Luis Carlos Valenzuela Delgado, quien a través de la Resolución No. 80244 de 1999 ordenó la expropiación administrativa sobre parte de la zona del corregimiento de Tabaco y la declaró de utilidad pública e interés social, todo esto con el fin de garantizar las obras de explotación de El Cerrejón. Por tal motivo, la comunidad de Tabaco se vio obligada a convertirse en un pueblo nómada y pasar por circunstancias que los debilitaron de manera colectiva e individual agudizando sus condiciones de existencia para el goce de una vida digna desde el enfoque diferencial.

La Organización No Gubernamental llamada No a la Mina (2015) frente al caso de la comunidad tabaco señaló que:

En agosto del 2001, los habitantes de Tabaco sufrieron un desalojo forzoso, donde participaron miembros de la seguridad privada de las empresas Carbocol – Intercor, transnacional que estaba a cargo del Cerrejón y miembros de la Fuerza Pública. Más de 700 personas fueron superadas por maquinas aplanadoras que acabaron con los ranchos de bareque y barro. Desafortunadamente, Tabaco se ubicaba en un área importante para la expansión del complejo minero. La comunidad vivió por años la presión de las multinacionales y cuando se inició la compra de predios, privatizaron zonas y vías de acceso al pueblo. Líderes de la zona comentaron a los medios que en complicidad con la Administración municipal les cortaron los servicios de agua, desmantelaron el centro de salud, cerraron Telecom, hasta la iglesia cerró. Muchos de sus pobladores se vieron obligados a vender sus predios, bajo las condiciones de los abogados de las empresas, 10 mil pesos por hectárea. Años más adelante el pueblo desapareció.

Otro ejemplo curioso es el de la comunidad indígena wayuu Tamaquitos, afectada por las obras de minería a cielo abierto de El Cerrejón. Sus miembros fueron perdiendo su forma de ver y vivir en el mundo, dado que el terreno donde habitaban estaba rodeado de predios colindantes que El Cerrejón compró a sus antiguos dueños, cuestión que los obligó a vender sus tierras dado el cercamiento en dicha zona (CINEP, 2016).

No obstante lo anterior, esta comunidad hoy conocida como Tamaquitos II, fue la primera que El Cerrejón reasentó en la Media Guajira; solo que dejando por alto el detalle que el reasentamiento se hizo a 25 kilómetros de distancia de su antiguo terreno y obligando a la urbanización del pueblo indígena a través de la dotación de comodidades en sus casas a las cuales no era fácil acostumbrarse, más aún, porque en su antiguo terreno realizaban todas sus prácticas tradicionales que los caracterizaban como pueblo indígena.

Y es que este es un punto sumamente serio ya que de conformidad con lo establecido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH, 2008):

La supervivencia no se identifica con la mera subsistencia física, sino que debe ser entendida como la capacidad de los pueblos indígenas de preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio, de tal forma que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y pro-

tegidas. Por tanto, el término ‘supervivencia’ significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia (2003), en la Sentencia T-602 sentó como criterio que

Al ser víctima de desplazamiento, no solo se produce la posible pérdida de familiares y amigos en las violaciones que lo generaron, o haber sido víctimas de violaciones como la tortura o la violencia sexual, sino también, perder la vivienda, ser despojados de su tierra, el empleo, la posibilidad de participación en política, medios de subsistencia, el acceso a la educación de las niñas y los niños, la desintegración de la estructura del hogar, la pérdida de redes social y comunitarias, el incremento de enfermedades, la marginación, entre otros.

La misma corporación (2004) en la Sentencia T-025 remarca que el “desplazamiento forzado es una amenaza contra la supervivencia cultural”. Dentro de este marco, según lo plantea Funtraenergética (como se citó en Salamanca, 2013),

se estima que el 80 % de las violaciones de los derechos humanos que ocurrieron en los últimos diez años se produjeron en regiones minero-energéticas y el 87 % de las personas desplazadas proceden de estos lugares. (p.63)

En igual sentido, afirman Castro, Ronderos y Bernal (como se citó en Moncada, 2016)

la comunidad Wayuú, en La Guajira, durante un largo tiempo ha estado afectada debido a las constantes explotaciones en El Cerrejón y a la pretensión que tienen grandes multinacionales

junto al gobierno de desviar el río Ranchería, para así aumentar las operaciones en la mina e incrementar sus utilidades; situación similar a la que vive el pueblo U'wa que ha vivido en guerra por un largo tiempo con multinacionales petroleras que buscan apoderarse de su territorio para iniciar explotaciones mineras. (p.31)

ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Dando respuesta a los objetivos trazados, se puede entonces realizar este proceso de triangulación, tal como se expresa en la Figura 2:

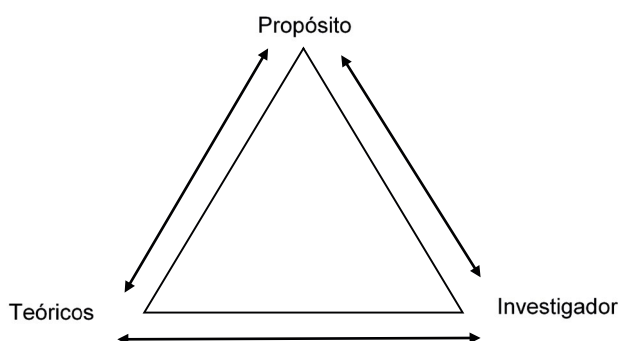


Figura 2
Triangulación de la información
Fuente: Elaboración propia (2017)

En relación con los proyectos de explotación carbonífera que operan en La Guajira de cara al Plan nacional de desarrollo minero 2019; se observa que del análisis hecho, así como de la revisión bibliográfica, los planes mineros departamentales tienen como alcance el mismo que la Ley 152 de 1994; de ahí que las entidades territoriales tienen autonomía en materia de planeación del desarrollo económico, social y de la gestión

ambiental, en el marco de las competencias, recursos y responsabilidades que les ha atribuido la Constitución y la Ley.

Por eso la misma Ley establece que los planes de desarrollo de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía, deberán tener en cuenta –para su elaboración– las políticas y estrategias del Plan nacional de desarrollo para garantizar la coherencia. En ese sentido, al consultar con los miembros de la etnia Wayuu, dentro de los conversatorios informales realizados, se pudo constatar que a pesar de todos los esfuerzos realizados por el Estado y las compañías encargadas de la extracción minera, los beneficios económicos obtenidos en el país, a través de esos proyectos o planes elaborados, lamentablemente han ido en detrimento de su arraigo cultural, así como la desmejora de su territorio ancestral.

En una oportunidad, estando presente en las mesas de trabajo el grupo investigador y un representante de la etnia, se pudo corroborar, por el indígena, que aun cuando se han realizado grandes proyectos en La Guajira para la explotación minera, en algunos casos a esos planes no se les ha hecho el seguimiento necesario para determinar su impacto en el ambiente, en la salud de los integrantes y por ende, en muchos casos, los Wayuu consideran que se les han violentado sus derechos.

Igualmente, entre los años 2003 y 2004, la UPME efectuó unas proyecciones al año 2010 para varias zonas del país, las cuales, pese a no tener cobertura nacional y adolecer de muchas limitaciones en la información histórica, ilustran la tendencia hacia el crecimiento que muestra el sector. Asimismo, de

acuerdo con el Plan nacional de desarrollo Minero (2006), se nota que dos de las grandes empresas que operan en Barrancas y en La Jagua adelantan planes de expansión en los que se prevé alcanzar una producción de 98 mt en el año 2010, la cual se estima aumentará a 116 mt en el año 2019.

Dentro de este análisis, se puede inferir la asertividad de los postulados de Galafassi y Dimitriu (2007) puesto que la minería necesita de planes porque posee la particularidad, al ser una actividad de corto o mediano plazo se deben evitar generar fuertes impactos nocivos sin que el capital que lleva adelante la extracción se vea perjudicado directamente por los mismos ya que una vez terminada la apropiación se retira a nuevos espacios a reiniciar el ciclo. De ahí que todas las consecuencias negativas repercuten en las sociedades locales y en el ambiente regional.

En esta investigación se deduce que estos hechos en realidad facilitan el uso de procesos bestiales de extracción buscando elevar enormemente los ingresos, por lo que se requiere priorizar el bienestar de los demás, dejando a un lado el propio.

Con respecto a las razones de los desalojos, producto de la explotación minera, se constata que se ha dado la reubicación de viviendas y la única explicación que dan los representantes de la empresa El Cerrejón es que les han dado mejores viviendas que las que tenían antes. Pero no han tenido en cuenta que los indígenas tienen sus propias culturas y tradiciones que han tratado de conservar siempre; ellos viven felices en sus rancherías.

En este orden de ideas, al realizar la contrastación teórica, se pueden destacar los señalamientos de Castro, Ronderos y Bernal (2015), cuando afirman que la comunidad Wayuú, en La Guajira, durante largo tiempo ha estado afectada debido a las constantes explotaciones en El Cerrejón y a la pretensión que tienen grandes multinacionales junto al Gobierno de desviar el río Ranchería, para así aumentar las operaciones en la mina e incrementar sus utilidades. Asimismo, la Corte Constitucional en 2004, con su Sentencia T-025 del Estado de Cosas Inconstitucional, reconoce que el desplazamiento amenaza la supervivencia cultural de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

También existen secuelas del desplazamiento sobre las comunidades indígenas que no pueden ser reparadas a través de una mera indemnización, toda vez que la ausencia de sus prácticas culturales, de su forma de vida y su cercanía a los recursos naturales tienen un valor espiritual para la comunidad. En ese estado de cosas, es claro que una indemnización no es suficiente para mitigar los efectos del desplazamiento sobre las culturas y tradiciones de las comunidades indígenas como la Wayuu, una tribu que luchó por no dejarse conquistar por los españoles y que aún hoy lucha por conservar sus tierras y sus costumbres, pero esta vez de los particulares que con la aquiescencia de de su mismo Estado vulneran sus derechos.

Adicionalmente se evidencia la contaminación en los ríos, el daño al suelo, la pérdida de recursos naturales en fauna y flora, debido a que no cuentan con una reparación diferenciada de políticas públicas acorde a la preservación del modo de vida indígena, razón por la cual debe ponerse mayor acento en la

constatación de la información que se brinda en los planes de impacto ambiental social y cultural que sustentan el diseño de las labores de explotación minera. A la par, que los mismos sean evaluados por un equipo transdisciplinar con apoyo internacional para evitar afectaciones a las comunidades.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarado, L. J., & García, M. (2008). Características más relevantes del paradigma socio-crítico: su aplicación en investigaciones de educación ambiental y de enseñanza de las ciencias realizadas en el Doctorado de Educación del Instituto Pedagógico de Caracas. En *Sapiens: Revista Universitaria de Investigación*, 9(2), 187-202.
- Bedoya, G., & Rengifo, J. (2014). *Jepírachi: la energía del viento*. Disponible en <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/moodle/mod/wiki/viewversion.php?pageid=497&versionid=3890>
- Betancur, A., & Pérez, M. (2016). Desplazados legales o ilegales: una mirada desde los procesos extractivos en Colombia y contexto general de algunos países latinoamericanos. *Anuario Latinoamericano Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 3. CIUDAD, PAÍS: EDITORIAL.
- Bollier, D. (2008). Los bienes comunes: un sector soslayado de la riqueza. En S. Helfrich (Comp.), *Genes, bytes y emisiones: bienes comunes y ciudadanía*. México: Fundación Heinrich Böll.
- Cárdenas, M., & Reina, M. (2008). *La minería en Colombia: impacto socioeconómico y fiscal*. Bogotá, Colombia. Recuperado de http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/1012/Repор_Abril_%202008_Cardenas_y_Reina.pdf?sequence=3

- Cardozo Sánchez, D. F. (2015). *La actividad carbonífera y su incidencia en las necesidades básicas humanas. Una aproximación al fenómeno de violencia estructural en el municipio de Albania, La Guajira*. CIUDAD, PAÍS: EDITORIAL.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Daza, J. M., & Narváez, L. E. M. (2008). Los wayúu, la tierra y la política del carbón en La Guajira. 1980-2000: Una visión desde la historia. Para reparar y no repetir. *Palabra que obra, VOLUMEN*(9), 145-162.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2005). Resoluciones: 633 23-09-05; 692 07-10-05.
- Los daños colaterales del Cerrejón*. El Espectador (2016). Disponible en <https://www.elspectador.com/noticias/nacional/los-danos-colaterales-del-cerrejon-articulo-625055>
- Encolombia (2017). *El carbón en la sociedad colombiana*. Disponible en <https://encolombia.com/economia/economiacolombiana/carbon/>
- Galafassi, G., & Dimitriu, A. (2007). El Plan 'B' de los Capitales Mineros. A propósito de las notas sobre 'Inversiones mineras en Argentina' en Le Monde Diplomatique de mayo 2007. *Theomai*, 15(NÚMERO), PÁGINAS.
- Gobernación de La Guajira (2016). *Plan de Desarrollo del departamento de La Guajira 2016-2019 "Oportunidad para Todos y Propósito de País"*. Obtenido de <http://www.laGuajira.gov.co/web/la-La-Guajira/division-politica-administrativa.html>
- Hincapié, S. (2013). *Órdenes yuxtapuestos. Dinámicas contenciosas, reformas estatales y crimen organizado en México y*

- Colombia. México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- López, D. (2014). *La comunidad Wayúu que será desalojada por Cerrejón*. Recuperado de <https://www.laszorillas.co/la-comunidad-Wayuu-que-sera-desalojada-por-cerrejon/>
- Meisel-Roca, A. (2007). La Guajira y el mito de las regalías redentoras. *Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional y Urbana*, (86).
- Moncada, N. (2016). *La responsabilidad social en el sector minero en Colombia*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15679/MoncadaTorresNataly2016.pdf;jsessionid=FA84C5618F10FF99A591176FED96431A?sequence=1>
- No a la Mina (2015). *Sequía y hambruna por minería en La Guajira*. Recuperado de <https://noalamina.org/latinoamerica/colombia/item/14220-sequia-y-hambruna-por-mineria-en-la-La-Guajira>
- Ramírez, C. (2017). *La Guajira: basta ya de explotación minera*. Recuperado de <https://elturbion.com/?p=15479>
- República de Colombia (2018). Corte Constitucional. Sentencia T-103. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
- República de Colombia (2003). Corte Constitucional. Sentencia T-602. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.
- República de Colombia (2004). Corte Constitucional. Sentencia T-025. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.
- República de Colombia (2016). Corte Constitucional. Sentencia T-704. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Salamanca, L. J. (2013). *Minería en Colombia - Fundamentos para superar el modelo extractivista*. Recuperado de

- <http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/o/Archivos2013/Miner%C3%ADa.pdf>
- Unidad de Planeación Minero Energética (2006). *Plan nacional de desarrollo minero visión al 2019*. Disponible en http://www1.upme.gov.co/simco/PlaneacionSector/Documents/PNDM_2019_Final.pdf
- Unidad de Planeación Minero Energética (2017a). *Plan nacional de desarrollo minero con horizonte a 2025: minería responsable con el territorio*. Disponible en http://www1.upme.gov.co/simco/PlaneacionSector/Documents/PNDM_Dic2017.pdf [consulta 23/10/2018]
- Unidad de Planeación Minero Energética (2017b). *Informe departamental minero La Guajira*. Disponible en http://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Informe_Minero_UPME_2017.pdf
- Vergara, O. (1990). *Los Wayúu: hombres del desierto. Introducción a la Colombia Amerindia*. Bogotá, Colombia: ICAN.

Cómo citar este artículo:

Anibal Guerra, D. de J., & Llinás Torres, C. del C. (2018) Explotación carbonífera y el derecho a la vida digna de la comunidad Wayuu: el enfoque teórico. En Navarro- Suárez, D., Rodríguez Serpa, F., Enamorado Estrada, J. y Rodríguez Lara, I. (Ed). *Metateoría y Praxis de la justicia restaurativa, ambiental y iusfilosófica, Tomo I* (pp.73-106), Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar.

Capítulo IV

La justicia restaurativa como nuevo paradigma de la resolución de conflictos en nuestros tiempos

Restorative justice as a new paradigm of conflict resolution in our times

Eduardo Palencia Ramos¹,
Doris del Carmen Navarro Suárez²,
Carolina Isaza Zuluaga³,
Magda Ligia Djanón Donado⁴

- ¹ Abogado, Doctorante PhD (c)- en Métodos alternos de solución de conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Magíster en Scientiarium en Ciencia Política y Derecho Público: Mención Ciencia Política. Profesor Investigador Universidad Simón Bolívar. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Barranquilla, Colombia. <https://orcid.org/0000-0003-2535-1854>.
epalencia@unisimonbolivar.edu.co
Proyecto Institucional Universidad Simón Bolívar titulado: La eficacia del precedente judicial en los jueces administrativos del distrito de Barranquilla.
Título de tesis doctoral en construcción: Los elementos del perdón en las ejecuciones extrajudiciales como forma de traslación hacia una paz positiva.
- ² Abogada, Candidata a Doctora- PhD (c)- en Filosofía con Acentuación en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho Procesal, Especialista en Derecho del Medioambiente, Investigadora con categoría Asociada por Colciencias 2017, profesora universitaria, conferencista e investigadora vinculada al grupo de investigación “Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar-Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-7865-9433>.
dnavarro1@unisimonbolivar.edu.co
- ³ Abogada de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, doctoranda- PhD (c)- en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de la Universidad. Magíster en Derecho Administrativo, Especialista en Negociación Conciliación y Arbitraje. Doctoranda en Administración, hacienda y justicia en el Estado social de la Universidad de Salamanca, España. Investigadora con categoría Junior por Colciencias 2017. Profesora universitaria, conferencista e investigadora vinculada al grupo de investigación “Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar; Colombia.
<https://orcid-org/0000-0001-6322-2469>.
cisaza@unisimonbolivar.edu.co
Tesis doctoral titulada: Jurisdicción arbitral permanente en Colombia. Propuesta de un modelo de acceso efectivo a la Administración de Justicia conforme al estándar internacional.
- ⁴ Abogada de la Universidad Simón Bolívar, Doctoranda - PhD (c)- en Derecho de la Universidad Libre. Magíster en Derecho Administrativo. Investigadora con categoría asociada por Colciencias 2017. Profesora universitaria, conferencista, litigante e investigadora vinculada al grupo de investigación “Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar-Colombia. Orcid: <http://02-3724-395X>.
mdjanon@unisimonbolivar.edu.co
Tesis doctoral titulada: Impacto de las reformas al régimen de las transferencias y distribución de recursos y su incidencia en la autonomía de los entes territoriales y a la eficiencia administrativa en el sector educativo departamento Atlántico 2001-2016

RESUMEN

Este artículo pretende mostrar que el futuro de la paz en Colombia, en el posconflicto dependerá necesariamente de un cambio cultural, por el que deberá transitar nuestra sociedad para alcanzar una verdadera paz positiva y requerirá apropiarse de los métodos de gestión de conflictos. Por ejemplo, la mediación, en el entendimiento de un imperioso tránsito de la forma legalista de administración de justicia (justicia retributiva) al correcto aprendizaje e implementación de métodos de resolución de conflictos autocompositivos (justicia restaurativa)

Palabras claves: justicia, justicia restaurativa, justicia retributiva, mediación, paz.

ABSTRACT

This article aims to show that the future of peace in Colombia in the post-conflict will necessarily depend on a cultural change. This cultural change must go through our society to achieve a true positive peace will require ownership of the methods of conflict management, for example, mediation, in the understanding of an imperious passage of the legalistic form of administration of justice (retributive justice) to the correct learning and implementation of self-conflict conflict resolution methods (restorative justice)

Keywords: justice, retributive justice, restorative justice, mediation, peace.

INTRODUCCIÓN

Pareciera paradójico reflexionar críticamente desde la ciencia jurídica al derecho, máxime cuando se tiene la creencia que una de las principales características del abogado es su dog-

matismo, a veces sectarismo, respecto a su formación y la disciplina que ejerce o estudia. Por lo general se considera al abogado un ser cuya capacidad se resume en la memoria, la recitación literal de la norma, paladín de la regla emanada por el legislador, defensor de la autoridad, y por supuesto, del orden.

Esa concepción, que bien podría denominarse tradicional o formalista, refiere una idea del derecho centrada en tres fines esenciales: la justicia, la seguridad y el orden; así mismo, esta tridivisión axiológica encuentra una connivencia que será dable por la ley. Esta última mencionada, se asume como un elemento de gran importancia para la sociedad, toda vez que solo a partir de su inserción se garantizará su armonía.

El positivismo jurídico clásico o excluyente fue la escuela que lideró las concepciones, antes aludidas. Esta corriente ius-filosófica, cuya vertiente doctrinal está basada en tendencias políticas como el liberalismo, advierte al derecho como una obra específica y exclusiva del legislador; por consiguiente, es el Estado quien monopoliza la creación de las reglas y así mismo la idea de validez. Del liberalismo surge el pensamiento de la Ley como una declaración soberana, es decir del pueblo, quien por medio de sus representantes expresa la forma en que quiere reglarse.

En cuanto al criterio de validez, se precisa aclarar que se conceptúan como válidas solo las normas que provienen de órganos cuya competencia se consagra en la Constitución de cada Estado. Habida cuenta de ello, queda limitada la idea

de justicia y así mismo todo lo que se desprende de esta; en primer lugar, porque se amalgama la justicia a la norma de formación legislativa. En el segundo aspecto cabe mencionar, que la justicia, al advenir, trae consigo una serie de valores que emanan de su materialización entre los que se destacan el bien común y la paz; en tal sentido estos dos valores se restringen a una idea “estatalista”.

En consecuencia con lo establecido, el derecho promueve la solución de problemas surgidos en un conglomerado social solo a través de la norma; de tal forma que su aplicación es la que conduce a ambientes justos. Le corresponde entonces a los tribunales la importante función de establecerla en un caso determinado. Aparece en escena la judicatura, quizás de las tres ramas del poder público la más controvertida, sobre todo por el oficio de aplicación normativa que posee.

Como se sabe, el juez debe resolver los inconvenientes suscitados entre los miembros de un conglomerado, desde la concepción manifestada, simplemente fundado en la regla. En razón de esto, no existe otro elemento o factor al cual puede recurrir esta Figura, pues de lo contrario está vulnerando el principio de legalidad, pero, fundamentalmente, la voluntad del pueblo pues desconoció su poder y posición de constituyente primario u originario.

Vale convenir que la idea del juez se ha modificado sustancialmente desde el advenimiento del denominado neo-constitucionalismo, corriente que se explica a través de la supremacía del texto constitucional, por ende, los principios que

aparecen en la norma fundamental no son solo meras instituciones formales, sino de igual consideración jerárquica a la regla legislativa. Por tal razón los jueces tienen la función de interpretarlos y justificarlos en sus decisiones, antes que la ley.

Debe entenderse que es un asunto de gran repercusión, no exento de polémicas por cuanto le entrega al juez facultades antes inopinadas por la mayoría de ius teóricos pertenecientes al positivismo tradicional; así las cosas, el juez en su ejercicio puede interpretar, valorar e incluso, apartarse de la Ley cuando, a partir de su leal saber y entender, la crea injusta.

Con la constitucionalización del derecho se modifican ciertas estructuras tradicionales, se logra un derecho más justo, se revalúan ciertos conceptos como la validez ya que ahora una norma será válida si es compatible con los principios consagrados en la Constitución. Sin embargo, es una cuestión solo entendible desde ámbitos académicos debido a que la gran mayoría de la sociedad, carente de conocimiento del derecho, le interesa una idea de la justicia basada en la imposición de penas, si son severas mejor, pues se genera más confianza a nivel social.

Cuán trascendente y proficuo resulta lo aludido antes –máxime en una sociedad como la colombiana donde el conflicto ha sido constante y se advierte la necesidad de castigo o represión, incluso tortuosa, para el infractor– para los dirigentes políticos, quienes movidos por un ímpetu de populismo peyorativo crean normas de carácter prohibitivo y coactivo

solo para obtener un respaldo electoral. En síntesis un espacio donde la sanción o el castigo se erigen como las funciones que debe realizar el derecho en la sociedad, desde estas perspectivas formalistas, entenderá la justicia como castigo y no como un asunto de trascendencia social que permita la reparación integral de la víctima, que posibilite la reconciliación y la garantía de una verdadera paz social.

Ha de admitirse que desde la academia se están haciendo importantes esfuerzos para modificar todo lo enseñado durante siglos, esto es, se trata de refundar lo que por lustros se defendió con carácter cerril y sin atenuantes. ¿Nos equivocamos los abogados y profesores de derecho al no cambiar nuestra concepción aun a pesar de lo experimentado en nuestro contexto? ¿No se supo entender la sociedad en la que vivimos? ¿O simplemente como toda idea, el legalismo tuvo su razón de ser histórica y debe ser superada? ¿Se está a tiempo?

Es importante resaltar que el momento que vive la sociedad colombiana es bisagra, se presenta una coyuntura que no puede desperdiciarse si se quiere la consecución de una paz estable y duradera, no confundida con espacios de tranquilidad por el armisticio de las fuerzas castrenses y grupos al margen de la ley. Por ende se precisa una concepción de la justicia que supere la hasta entonces vivida, fundada en la represión al infractor que juzga por la naturaleza del delito pero no en función de la víctima.

No es intención hacer un vituperio de las normas o de las instituciones que se encargan de su creación y aplicación;

de hecho, como cualquier ciencia, el derecho nació fruto de las necesidades experimentadas por los seres humanos en algunos episodios históricos. Por ende, restar importancia a la norma jurídica sería una insensatez de enormes dimensiones; lo que se pretende es generar una reflexión en cuanto a la consideración de justicia imperante en la sociedad y así mismo del derecho. En concordancia con lo expuesto, el siguiente aparte se encuentra dividido de la siguiente forma: en la primera parte se abordará la justicia desde su concepción ordinaria o retributiva, en la que la ecuación conducta punible-castigo es la única o más relevante. Para esto se precisa analizar al derecho en su visión formalista y se puntualiza en la importancia de generar una transición hacia una justicia restaurativa basada en la integralidad; en la segunda parte se hará énfasis en el concepto de mediación como un mecanismo de solución de conflictos que, a diferencia de la imposición ordinaria de la norma, logra la consecución de sociedades más justas.

ESTADO DEL ARTE

La realización del artículo ha explorado las formas de administración de justicia a lo largo de la Ciencia jurídica tanto en el Derecho continental europeo como en sus efectos, aquí en Colombia; particularmente, se ha tomado un tiempo histórico de dos siglos (XIX y XX). Esta indagación tiene como propósito conocer las características y elementos de la justicia retributiva y confrontarla con los mismos aspectos de la justicia restaurativa, a fin de indicar que en este concepto de justicia

se cumplen de mejor manera los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, en especial, la mediación.

Se ha indagado en *Google* académico las palabras clave: justicia restaurativa y retributiva y mediación, con un resultado aproximado de 93.000 entradas. De igual forma, se han consultado textos bibliográficos incluidos en las referencias.

MÉTODO

Este documento es un análisis interpretativo de los tipos de justicia y los mecanismos a través de los cuales se hacen efectivos en nuestra sociedad.

DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

Concebir la justicia retributiva como resultado de la visión formalista del derecho y la necesidad social de trascender hacia una paz positiva

Si existe algo en lo que ha contribuido la Filosofía del derecho es en establecer importantes disquisiciones, por medio de diferentes pensadores, con el ánimo de generar claridad sobre aspectos o temas que posteriormente son empleados en la Ciencia jurídica. Estos estudios distan de ser solo una cuestión teórica, alejados de la realidad, especialmente si se entienden, por ejemplo, que estas investigaciones o conceptos se utilizan como base argumental, de jueces cuando, al emitir sentencias resuelven un problema.

En función de lo anterior, uno de los temas más estudiados por los ius filósofos y que, por ende, se erige como de los más importantes del derecho es el referido a su axiología o finalidad, esto es, lo que el Derecho pretende conseguir con su aplicación y que es esencial para lograr el orden social. Al respecto Noguera (2008), establece:

el ordenamiento no puede ser cualquiera- Han de inspirarlo u orientarlos determinados principios o criterios que consultando la naturaleza humana, permitan organizar la sociedad, la vida de relación, en forma que esta resulte posible, tranquila y armónica. Pues bien esos fines, criterios o principios que deben inspirar y conseguir el orden del derecho no son otros que los llamados valores jurídicos, es decir las verdades que el derecho debe imponer en las relaciones jurídicas de los hombres, aunque muchas veces no lo consiga. (p.231)

Como se nota, los fines del Derecho son fundamentales ya que son los medios que facilitan alcanzar pruritos sociales, surgidos desde la cosmogonía humana y que sin duda alguna resultan ser los intereses de los sujetos pertenecientes a un conglomerado.

De esta manera, es menester confirmar la existencia de unos fines o valores axiológicos en el Derecho; algunos, por la convergencia al ser planteados entre los ius filósofos, pueden ser considerados tradicionales, a saber: seguridad, bien común, equidad y justicia. De esta última puede decirse que configura al Derecho, es decir, son casi una sinonimia.

Aunque también vale decir que estos valores varían respecto al autor que los exponga verbigracia Cracogna (2000). Explica al eminente profesor argentino Carlos Cossio su idea del plexo valorativo; según él, Cossio agrupa una serie de fines en el Derecho, diferentes a los comunes, incluso no limitándolos a la justicia. Por consiguiente, los determina en diversos ejes y los organiza en pares: el ser único, poder-paz, el ser con otros, solidaridad-cooperación, el ser en el mundo, orden-seguridad.

Como se ha mencionado de la justicia, se ha dicho que es el mismo derecho, se habla de su primordial existencia. La idea relevante corresponde a que la sociedad aspira a encontrar espacios dominados por este fin, donde impere su materialidad y deje de ser un elemento solo transcrito en constituciones.

La misma justicia posee una división que complejiza aún más su estudio; es posible concluir que existen tantos conceptos de justicia como opiniones respecto a ella. Cada ius filósofo le da su impronta dependiendo la base académica e idea del mundo que tenga- Aunque existen pensadores que no entran a considerar una segmentación –como D’Agostino, (2007), para quien la justicia es una sola y no es susceptible de división–.

En suma, con lo expuesto se presentan unas clases de justicia que vale enumerar y conceptualizar a razón de encaminarnos hacia el fin planteado en este capítulo; ellas son: justicia conmutativa, legal social o general, distributiva (estas tres primeras surgen con Aristóteles), retributiva y restaurativa.

Antes de entronizarnos en los conceptos de justicia retributiva y restaurativa, idea central del presente capítulo, se precisa aclarar las otras visiones con el propósito de adquirir una palmaria comprensión. Ello, esencialmente en razón de desbrozar todos los elementos que lleven o puedan generar confusión entre las teorías de justicia.

Por consiguiente, se expone en primera instancia la concepción conmutativa de la justicia, la cual obedece a una idea contractual, por tanto pertenece a la esfera del Derecho privado, en tal sentido se refiere a las relaciones interpersonales, no atiende al mérito y si a la igualdad entre los sujetos (Serrano, 2005). Debe decirse a su vez, que se enfoca en la proporcionalidad y en consecuencia desbroza las desventajas y provechos indebidos.

Sumado a lo anterior, surge la visión de justicia distributiva, esta, a diferencia de la precedente, obedece al Derecho público puesto que es una responsabilidad del Estado dirigente frente a los particulares o súbditos de una sociedad; se funda en el merecimiento, por consiguiente no enfatiza en aspectos igualitarios y se basa específicamente en la obligación que tienen los mandatarios, a través de su gestión de distribuir equitativamente las riquezas de acuerdo a las capacidades de cada uno de los individuos. No obstante, también puede arrogarse desde una óptica de imposición pues, tiende a establecer la forma en que un conglomerado social o los entes gubernamentales destinan sus recursos entre personas con objetivos contrapuestos (Zembarain, 2011).

En cuanto a la justicia social debe señalarse que se asume como una inversión respecto a la anterior ya que se enfoca en asuntos disímiles u opuestos; por ejemplo, la responsabilidad de contribución le corresponde en este caso al particular, no al Estado (Noguera, 2008).

De acuerdo con lo hasta aquí planteado, el concepto de justicia puede definirse en función de la proporcionalidad entre los individuos y las responsabilidades que estos asumen respecto al estado. A su vez, las obligaciones de la dirigencia conforme a los gobernados. En vista de lo conceptuado debe establecerse que la idea de justicia puede ser a veces igualitaria, otras encaminada al merecimiento de los seres humanos, por tanto relacionada con la equidad.

Si bien es cierto que las visiones de justicia expuestas con antelación poseen matices similares con la justicia retributiva, verbigracia, en cuanto a la proporcionalidad o la responsabilidad del Estado y los particulares, conviene precisar algunos elementos divergentes que provocan su peculiaridad. En principio se identifica con aspectos de correspondencia; quiere decir, entre la acción que un sujeto realiza y lo que merece como consecuencia de haberla realizada. Se configura entonces en el marco de la acción - resultado. En materia penal se sitúa en la concepción de generar un mal por otro causado, retribuyéndole al infractor de la normativa jurídico-penal, un castigo (Márquez, 2007).

Los antecedentes de este tipo de justicia podríamos encontrarlos en lo dispuesto por Ulpiano en el *Digesto*. Los deno-

minados tres preceptos, configuran la idea tradicional de lo justo. Es importante recalcar que cada uno de ellos tiene una acepción diferente, de esta forma. Vivir correctamente enfatiza sobre lo ético; no causar daño a nadie encuadra lo moral, y el deber de no perjudicar al semejante y, darle a cada quien lo que le corresponde, manifiesta la idea de lo justo. Este precepto sin duda representa lo que tradicionalmente se denominó justicia. Siendo más taxativos y contundentes estos tres preceptos sintetizan lo que es el Derecho, *ius*, para los romanos (De Castro, 2016). En concordancia con estos planteamientos es importante reflexionar en torno al concepto de justicia establecido en la antigua Roma, pues este pensamiento de lo justo conllevó a tener un enfoque muy estricto e indefectiblemente de castigo al transgresor, pues solo merece sufrir la pena de presidio sin ningún tipo de beneficios.

Esta manera de idealizar la justicia es congruente con la enarbolada por el positivismo jurídico clásico, cuyo principal representante es Hans Kelsen, quien en su epónima obra, *La teoría pura del derecho*, establece diferencias entre las ciencias, pues su principal preocupación se centraba en hacer del Derecho una ciencia autónoma, con un objeto propio (Candamil, 2014). En tal sentido, considera que hay dos tipos de ciencias, de la naturaleza y normativas, la primera basada en el ser y fundada en el principio de causalidad, que puede ser traducido en causa y efecto. La segunda parte del concepto de deber ser; su principio es la imputación y se representa en la siguiente fórmula: dada una causa se imputa una consecuencia (Kelsen, 2010). Por consiguiente, si se tiene en cuenta, a su vez, que el objeto del derecho, en el precitado autor, es la

norma, se entiende que esta debe estar conformada en dos elementos: hipótesis-consecuencia, donde esta última, denominada sanción o parte coactiva, es fundamental pues sin su existencia la conducta no fuera punible.

Como se hizo notar en Kelsen, se configura una concepción normativista, desde el punto de vista del formalismo jurídico (Bobbio, 2013) en el derecho; ciencia a la cual reduce a lo coactivo y advierte desde el infractor de la norma.

Es claro entender que para Kelsen, el derecho debe cumplir con una función coactiva, en donde la sanción sea determinante para alcanzar los fines de justicia, armonía y seguridad en la escala social. Conforme a lo expresado hasta esta parte, conviene cercar las similitudes existentes entre la justicia retributiva y el formalismo jurídico. Como corolario lógico se puntualiza que el positivismo metodológico, que tiene como una de sus bases conceptuales la separación del derecho y moral (Cardenas, 2016), y del cual Kelsen, uno de sus adalides, sino el máximo, es de quien emana la idea de justicia retributiva.

No en vano las teorías positivistas imperaron en países latinoamericanos desde la formación de sus ordenamientos, incluso aún continúan pues como manifestó D'Agostino (2007), “el positivismo pudo ser superado hace mucho tiempo por otras teorías, sin embargo en la práctica no ha podido serlo” (p.95). En Colombia, particularmente se asume esta tendencia en diferentes ámbitos. Los académicos colombianos recepcio-

naron estas teorías provenientes de lugares de producción (López, 2013) y se inocularon en el sustrato mismo de la jurisprudencia local. Es así como la visión del derecho legalista se integra en su totalidad al quehacer diario jurídico y este se transmite a la sociedad

Por consiguiente, hablar de una concepción del Derecho y la justicia diferente a lo retributivo, en el que el castigo se hace necesario para el victimario y aquel (castigo) en virtud de lo anterior se configura como el elemento integral de la justicia, resulta enormemente complicado, máxime por situaciones o factores disímiles a los meramente académicos, que también desempeñan un rol trascendental para lograr el advenimiento de esta idea.

Es importante preguntarse ¿Cuál ha sido el beneficio, desde el punto de vista de la seguridad, el bien común, la paz y otros valores sociales, que ha tenido un contexto como el colombiano bajo esta concepción de justicia y de Derecho? ¿Por qué considerar a la norma como garante única y exclusiva del orden social? ¿Por qué creer que la represión es determinante para generar seguridad? Y aún más ¿el derecho realmente resuelve problemas sociales?

La necesidad de trascender hacia una paz social duradera

Al culminar el acápite anterior se dejaron abiertos varios interrogantes que permiten iniciar una búsqueda de respuestas basadas en el análisis, la reflexión y la disquisición. Se tra-

tarán de resolver con el propósito de contribuir a un debate cercano a nuestra realidad como sociedad.

En primera instancia se ha dicho que la idea del legalismo jurídico ha sido el eje central de nuestro Derecho y de allí subyace la idea de una justicia retributiva basada en la sanción a quien incumple la norma. Ahora bien valdría la pena cuestionarse acerca de la importancia histórica que esta corriente ha tenido en un país de conflictos históricos como el nuestro.

Mencionar a Colombia es indefectiblemente hacer alusión a su conflicto; lamentablemente nuestra experiencia Republicana ha estado configurada por sucesos bélicos que han generado vulneraciones al tejido social. No han existido etapas duraderas de sosiego o tranquilidad en la población. A lo sumo, solo momentos o acápites de débiles armisticios.

Durante toda esta experiencia conflictiva el ordenamiento jurídico colombiano ha tenido como base el imperio de la Ley. Este concepto, que según la consideración histórica tomó su mayor fuerza a partir de la ascensión de la República, contribución del liberalismo, encuentra sus orígenes más remotos en Roma. No obstante es en la Francia posrevolucionaria donde empiezan a encaminarse los cimientos de un Estado legalista.

Como lo plantea Shklar (2012):

El imperio de la Ley tuvo originariamente dos significados bien distintos. O bien se refería a una vida global, o bien hacía referencia a ciertas instituciones políticas concretas. Cabe atribuir

el primero de estos modelos a Aristóteles, quien presentó el imperio de la Ley nada menos que como el imperio de la razón. La segunda versión concibe el imperio de la Ley como aquellas restricciones institucionales que impiden a los agentes gubernamentales oprimir al resto de la sociedad. (p.118)

Como es lógico, el Estado colombiano siguió la segunda de las versiones establecidas por la precitada autora, pues se construyó una institucionalidad en forma de égida respecto al ciudadano común. Esta visión solo se suscitó formalmente, esto es, la materialización de lo que se quiso conseguir solo fue ideal, puesto que en diferentes etapas históricas ese Estado, que tenía como función la defensa y protección de sus ciudadanos, ocasionó transgresiones a los derechos de sus propios gobernados.

Ha de resaltarse el hecho, anteriormente reseñado, en el que Colombia asume la tendencia legalista. De esta forma se erige una concepción estatal fundada en la soberanía legislativa, es decir, donde este órgano tiene una superioridad respecto a los demás. Las constituciones, que fueron apareciendo, de ahí en adelante emplearon el “imperio de la ley” para determinar que tanto gobernantes y gobernados están sujetos a las disposiciones o reglas emanadas por el Congreso de la República. Así mismo la Constitución de 1991 de la República de Colombia en su artículo 230 recoge esta expresión y por tanto somete a la Ley formal a todas las autoridades, entre ellas principalmente a la judicial.

Conviene aclarar que la Corte Constitucional colombiana en reiteradas ocasiones ha interpretado la expresión imperio de

la ley, dándole una idea disímil a la inicial e históricamente entendida; por ejemplo en Sentencia C-284 de 2015 estableció: “esta expresión contenida en el artículo 230 ha sido entendida en forma material de manera que comprende todas las normas” de tal forma que cambia el sentido paradigmático establecido

No obstante, el sentido de imperio de la Ley sigue siendo empleado en su concepción clásica. Lejos de estas controversias hermenéuticas, lo que particularmente se pretende resaltar es que bajo la idea de un imperio de la Ley se fundamentó el Estado con la persuasión de encontrar a través de las reglas la seguridad y el orden anhelado desde la creación de la República. Ingenuamente se creyó que la Ley formal bastaba para lograr sociedades pacíficas y que la sola razón de su existencia aunada al elemento coactivo persuadía a los miembros de la sociedad colombiana al respeto de las normas.

Es importante en este punto asumir el pensamiento que en Estados de tradición legalista como el colombiano se tiene conforme a la sanción. En efecto, se concibe a la coacción como factor determinante para la consecución de la paz- De lo mencionado se desprende que es casi una perogrullada el reconocer en los ciudadanos del común y los legisladores una idea obsesiva en torno a la formación de las leyes. En consecuencia, se cree fervientemente que entre más excesivas sean las sanciones, más ordenadas es la sociedad; a su vez, que una gran cantidad de normas es sinonimia de naciones vanguardistas. Sin embargo, no se atiende en lo esencial y no se tiene

en cuenta que lo que puede generarse con ellas son enredos, antinomias y confusiones (Acevedo, 2015).

El legalismo ha sido una de las características estructurales e históricas en Colombia, desde los próceres de la independencia se han empleado como recurso primario (Valencia, 2014) y sin embargo los conflictos no han cesado, por tal razón se puede demostrar, cómo se ha pretendido hacer: I) La legalidad obsesiva no es suficiente para lograr una sociedad en paz, II) el Derecho no resuelve realmente los problemas de una sociedad.

Como se mencionó en la parte introductoria de este capítulo no es intención de los autores fustigar a las ciencias jurídicas, a la que reconocemos una importancia ingente. Lo que se pretende es reflexionar e inmiscuir en el debate académico y social una propuesta que permita un cambio paradigmático en la concepción del derecho y las normas, y en consecuencia de la forma de concebir a la justicia, ya que las sociedades avanzan en la medida en que cada uno de los sectores que las componen contribuya en ese sentido. En el caso específicamente colombiano se busca la paz duradera y estable.

Es menester aludir al Estado dirigencial en estos propósitos, especialmente porque a través de las instituciones que lo componen deben implementarse medidas tendientes a mitigar los aspectos que impidan las injusticias. En el caso colombiano han sido los dirigentes quienes han contribuido a las pocas expectativas que sobre la justicia se tiene en amplios sectores del conglomerado social.

Lo anterior puede verse fundamentado en las acciones o estrategias realizadas, por los partidos políticos ya que estas colectividades han utilizado, por ejemplo, la coalición (Palencia, 2012) en momentos claves de guerras internas; es decir, sobre problemas que ellos mismos generaron para posteriormente aparecer como salvadores de dicha situación, o la creación de constituciones para resolver los conflictos bélicos. Las constituciones, dieciséis nacionales en total, fueron “cartas de batalla” pues se crearon para dar fin a un conflicto partidista e iniciaron con base en ello otro (Valencia, 2014), por consiguiente los conflictos fueron interminables.

Otras de las causas estructurales en Colombia se presenta en relación con lo planteado anteriormente, puesto que aunado a la formación de nuevos textos constitucionales, surgió otra estrategia característica en la historia de Colombia, la del indulto y la amnistía. En tal sentido Bernal (2010) explica, “se convirtieron en un mecanismo del sistema político por medio del cual se generaba un recomienzo, en el sentido de momento inaugural del pacto social y político”, esto era una especie de “borrón y cuenta nueva” que conllevaba a la impunidad y era óbice de una verdadera paz.

Esta estrategia política e histórica suscita diferentes matices; I) la creencia que es el Estado quien a partir de sus normas o pactos hace la paz; asunto este absolutamente equivocado, puesto que es excluyente ya que no se toman en cuenta a las víctimas del conflicto, en este caso la ciudadanía ajena a los acontecimientos bélicos quien a la sazón, es la más perjudicada; II) impide la concreción de la verdad. Si no se analizan

las causas determinantes para el surgimiento de las guerras, estas vuelven a surgir, como en efecto ocurrió; III) Inexiste la reconciliación. Aspecto sumamente trascendente para lograr sociedades pacíficas. Solo en países donde sus integrantes, a pesar de los conflictos, puedan convivir sin ánimos de retaliación y con la certeza de la no repetición, es posible una paz social.

En suma, con lo anteriormente planteado lo que se ha conseguido en Colombia es solo una paz negativa, es decir, aquella basada en la ausencia de guerra, en virtud del cual “es un concepto frágil, pobre, inconsistente y maleable” (Cabello, Carmona, Francisco, Iglesias, Saenz, & Vasquez, 2017, p.9). Esta sin duda es la que se ha presentado en la historia de la nación colombiana, debido a que su estabilidad ha sido nula.

Por consiguiente se propone una disrupción integral, es decir un cambio sustancial que permita lograr el advenimiento de sociedades pacíficas, donde los conflictos puedan ser resueltos de forma no violenta y donde cada solución vincule a las víctimas, no solo a ciertos sectores. Este importante paso solo es factible a través de un cambio de visión de justicia, que sea restaurativa, fundada básicamente en la consecución de elementos como el perdón, la verdad, reparación y no repetición, que entiende que el legalismo sancionatorio no es definitivo.

Se precisan entonces, mecanismos como la multidisciplinariedad, que sean coadyuvantes en la búsqueda de la justicia, es decir, se hace necesario reconocer que el derecho por sí mismo o de forma unilateral no soluciona todo. De igual

forma, preconizar en favor de una cultura de paz, en un país que hizo de la violencia un aspecto característico y a su vez generar espacios de tolerancia y respeto cuyos alcances sean trascendentes en los ciudadanos.

Cada uno, desde los ámbitos que ocupa, debe contribuir. El sector del derecho y la academia no debe ser inferior ante tal situación; nuestro compromiso es ineludible, se hace indispensable lograr un orden social fundado en la justicia. Sin dudas y con plena convicción en la justicia restaurativa.

La mediación como justicia restaurativa

Ahora bien, una forma de realización de la justicia restaurativa es a través de los métodos de gestión de conflictos y, particularmente, la mediación. En Colombia, la mediación no ha cumplido la regla legalista de la tradicional forma de administración de justicia formalista estatal, basada en la aplicación estricta de la norma, es decir, la forma en la que este mecanismo logra resolver los conflictos entre partes enfrentadas difiere de la concepción tradicional infracción-sanción impuesta por el Estado.

Durante siglos y concretamente en Colombia, en el imaginario colectivo se asentó la idea de que, ante la comisión de un delito –particularmente en materia penal–, la renuncia hecha por las víctimas a tomar justicia por mano propia se aceptaba en la medida en que el Estado se hiciera cargo de cobrar esa infracción tomando el lugar del ofendido; el que tomaba ‘venganza’ era el Estado y no el ofendido. Hoy ha habido un cambio de paradigma; ya la justicia retributiva pareciera

haber entrado en cierto desuso, pues no satisfecería completamente el sentido subyacente del derecho –por ejemplo– en la resolución de conflictos: lograr la paz social.

Como se indicara en el Plan Decenal Sistema de Justicia 2017-2027 (2017, p.95) ‘el desarrollo de los métodos de resolución de conflictos en el país encuentra diferentes fundamentos normativos y de política pública’ y, en lo referente a la conciliación, la figura se ha desarrollado como un mecanismo atado al Derecho con unos fines de acceso a la justicia, descongestión y desjudicialización. Aunque con una expresividad verbal mucho menor en los usos sociales, la mediación, junto con la conciliación, la amigable composición y el arbitraje son métodos reconocidos en el marco normativo del país, más como mecanismos alternativos a la administración de justicia que como métodos de gestión de conflictos; aunque, como se evidencia en el documento del Plan Decenal, no obstante el fundamento normativo de todas las figuras en Colombia, la mediación ocupa un lugar relegado.

Sin embargo y como lo señalara Gorjón (2017, p.13) uno de los retos para quienes creemos en los métodos de gestión de conflictos como una forma de lograr la paz social es conseguir que la sociedad en general los utilice en su beneficio, creando una cultura de uso.

Esta cultura de uso que se pretende lograr en la sociedad colombiana con la mediación y en general con todos los métodos de gestión de conflictos, ubicaría aquella Figura en un espacio de entendimiento en la que la resolución de con-

troversias no surge del imperativo normativo aplicado desde el Estado hacia sus ciudadanos, sino desde los mismos ciudadanos hacia la autocomposición de sus diferencias (*justicia restaurativa*)

Es recurrente en la literatura sobre los MGC (Métodos de Gestión de Conflictos) encontrar la expresión relativa a que son las mismas partes quienes mejor conocen su conflicto, evidenciando la situación de redundancia en la que se encontrarían terceros traídos al caso; esta claridad conceptual de los conocedores de las figuras sirve como fundamento para evidenciar que la forma más natural de resolución de controversias es aquella de carácter autocompositivo, en la que los propios involucrados –apoyados con la facilitación de comunicación que proporcionaría un tercero–, aplican la forma más justa que los lleve a la realización de su derecho a vivir y convivir en paz (artículo 22 constitucional).

El desafío respecto a los MGC, particularmente para la mediación, será lograr cambiar el esquema tradicional de expectativa de la sociedad de la clásica administración de justicia retributiva para la resolución de sus conflictos hacia el uso de métodos autocompositivos que aprovechen el sentido de la justicia restaurativa y su efectividad de logro en la consecución de la paz social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acevedo, J. (9 de julio de 2015). En el país inventamos ley para todo, ¿y si lo hacemos todo más simple? *El Tiempo*. Recu-

- perado de <https://m.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16067255>
- Bernal, C. (2010). Excepcionalidad permanente: Un ensayo de comprensión histórica de la justicia penal de excepción y la justicia transicional en Colombia. En Centro Internacional para la Justicia Transicional, *Transiciones en conciencia. Dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada* (pp.114-155). Bogotá, Colombia: Opciones Gráficas.
- Bobbio, N. (2013). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Cabello, P., Carmona, S., Francisco, G., Iglesias, E., Saenz, K., & Vásquez, R. (2017). *Cultura de Paz*. México: Grupo Editorial Patria.
- Candamil, J. (2014). *De la Grundnorm a la Metanorma Constitucional*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Cárdenas, J. (2016). *Manual de argumentación Jurídica*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- República de Colombia (2015). Corte Constitucional. Principios de derecho natural como criterio de interpretación de la Constitución. No vulnera el artículo 230 de la Constitución toda vez que se entienden como parte del concepto de principios generales del derecho/Principios de derecho natural como criterio, C-284-2015 (Corte Constitucional 13 de mayo de 2015). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-284-15.htm>
- Cracogna, D. (2000). El legado de Carlos Cossio. En *Isonomia*, VOLUMEN(NÚMERO), 197-209. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182000000100197

- D'Agostino, F. (2007). *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- De Castro, R. (2016). El jurista romano y su labor de concreción de la justicia. En *Persona y Derecho*, VOLUMEN(NÚMERO), 117-164. Recuperado de <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/viewFile/4158/7386>
- Gorjón Gómez, F. J. (2017). *Mediación, su valor intangible y efectos operativos. Una visión integradora de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos*. CIUDAD, PAÍS: Tirant lo Blanch.
- Kelsen, H. (2010). *Teoría Pura del Derecho*. Bogotá, Colombia: Libros Hidalgo.
- López, D. (2013). *Teoría impura del derecho*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Márquez, A. (2007). La justicia restaurativa vs. la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. En *Prolegómenos. Derechos y Valores*, VOLUMEN(NÚMERO), PÁGINAS. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602012.pdf>
- Noguera, R. (2008). *Elementos de filosofía del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Sergio Arboleda.
- Palencia, E. (2012). La coalición de los partidos políticos en Colombia como elemento estratégico para mantener su legitimación. En *Jurídicas CUC*, VOLUMEN(NÚMERO), PÁGINAS. Recuperado de <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/434>
- Serrano, E. (2005). La teoría Aristotélica de la justicia. En *Isonomía*, VOLUMEN(NÚMERO), 123-160. Re-

cuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100006
Shklar, J. (2012). La teoría política y el imperio de la ley. En M. Melero, *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley* (pp.117-141). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
Valencia, H. (2014). *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Colombia: Panamericana.
Zemborain, L. (2011). Una teoría de justicia distributiva para interacciones sociales y de mercado. En *Revista de Cultura Económica, VOLUMEN(NÚMERO), 3-17*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4154628>

Cómo citar este artículo:

Palencia Ramos, E., Navarro-Suárez, D., Isaza-Zuluaga, C., & Djanon Donado, M. L. (2018) La justicia restaurativa como nuevo paradigma de la resolución de conflictos en nuestros tiempos. En Navarro-Suárez, D., Rodríguez Serpa, F., Enamorado Estrada, J. y Rodríguez Lara, I. (Ed). *Metateoría y Praxis de la justicia restaurativa, ambiental y iusfilosófica, Tomo 1* (pp 107-133), Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar.

Capítulo V

El daño ambiental. Una nueva perspectiva de la responsabilidad extracontractual del Estado.

The environmental damage a new perspective on the extra contractual liability of the State.

Doris del Carmen Navarro Suárez¹,
Karla Sáenz López²,
Carolina Isaza Zuluaga³,
Magda Ligia Djanón Donado⁴

- 1 Abogada, Candidata a Doctora - PhD (c)- en Filosofía con Acentuación en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho Procesal. Especialista en Derecho del Medioambiente, Investigadora con categoría Asociada por Colciencias 2017, profesora universitaria, conferencista e investigadora vinculada al grupo de investigación "Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar-Colombia.
<https://orcid.org/0000-0002-7865-9433>.
dnavarro1@unisimonbolivar.edu.co
- 2 Politóloga, Doctora - PhD (c)- en Ciencia Política por la Universidad Complutense de Madrid, Magíster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset en Madrid. Investigadora Nivel 1 del Sistema nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en México. Catedrática en la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, México.
<https://orcid.org/0000-0002-7279-0342>.
karla.saenzlp@uanl.edu.mx
- 3 Abogada de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, doctoranda - PhD (c)- en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de la Universidad. Magíster en Derecho Administrativo, Especialista en Negociación Conciliación y Arbitraje. Doctoranda en Administración, hacienda y justicia en el Estado social de la Universidad de Salamanca, España. Investigadora con categoría Junior por Colciencias 2017. Profesora universitaria, conferencista e investigadora vinculada al grupo de investigación "Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar, Colombia.
<https://orcid.org/0000-0001-6322-2469>.
cisaza@unisimonbolivar.edu.co
Tesis doctoral titulada: Jurisdicción arbitral permanente en Colombia. Propuesta de un modelo de acceso efectivo a la Administración de Justicia conforme al estándar internacional.
- 4 Colombiana, Colombiana, Abogada de la Universidad Simón Bolívar, Doctoranda - PhD (c)- en Derecho de la Universidad Libre. Magíster en Derecho Administrativo. Investigadora con categoría asociada por Colciencias 2017. Profesora universitaria, conferencista, litigante e investigadora vinculada al grupo de investigación "Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <http://orcid.org/02-3724-395X>.
mdjanon@unisimonbolivar.edu.co
Tesis doctoral titulada: : Impacto de las reformas al régimen de las transferencias y distribución de recursos y su incidencia en la autonomía de los entes territoriales y a la eficiencia administrativa en el sector educativo departamento atlántico 2001-2016.

RESUMEN

Se pretende en esta reflexión dar alcance a una serie de interrogantes que se plantean con base en el siguiente orden: en un primer momento se presentará la incidencia histórica en Colombia de lo que es un acto terrorista dentro de un conflicto armado desde la óptica del goce de un medioambiente sano como derecho fundamental, desarrollándolo como derechos humanos del siglo XXI; se tendrán en cuenta las afectaciones que reciben las víctimas del conflicto armado con ocasión de los daños ambientales que este genera en Colombia; se expondrá en un segundo instante la responsabilidad del Estado en sus acciones y omisiones en relación con la afectación a un medioambiente sano como consecuencia del conflicto armado, se finaliza al describir los criterios que deben tener en cuenta la jurisdicción administrativa y contenciosa administrativa en lo relacionado a la declaratoria de responsabilidad de perjuicios fundamentados en violación al medioambiente sano bajo la teoría del riesgo creado como título de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado.

Palabras clave: conflicto armado, daño ambiental, derechos fundamentales, responsabilidad extracontractual, víctimas.

ABSTRACT

It is intended in this reflection to reach a series of questions that arise based on the following order: at first, the historical incidence in Colombia, of what is a terrorist act within an armed conflict from the perspective of the Enjoy a healthy environment as a fundamental right by developing it as human rights of the 21st century; Account will be taken of the effects of the victims of the armed conflict on the occasion of the environmental damages that it causes in Colombia; The responsibility of the State in its actions and omissions in relation to the affec-

tation to a healthy environment as a result of the armed conflict will be exposed in second instant to finish when describing the criteria that must take into account the administrative and contentious administrative jurisdiction in relation to The declaration of responsibility for damages based on violation of the healthy environment under the theory of irrigation created as a title of attribution of non-contractual liability of the State.

Keywords: armed conflict, environmental damage, extra contractual liability, fundamental rights, victims.

INTRODUCCIÓN

A diferencia de muchas naciones del mundo, el conflicto armado en Colombia ha sido profundamente singular y extenso a lo largo de la historia de las diferentes lógicas y morfologías que ha revestido la violencia; no obstante, a pesar de todo esto el medioambiente en términos espaciales ha sido el mismo. En este sentido, si el espacio ha sido el mismo ¿Qué es lo que ha cambiado?, ¿qué explicaciones o lecturas se le puede dar a ese medioambiente teniendo en cuenta los referentes del conflicto armado? ¿cuál ha sido el papel del Estado en la no intervención o intervención constructivista de ese medioambiente anhelado sano? Y como si fuera poco, de los efectos de la degradación de ese medioambiente por causas del conflicto armado, ¿cómo este ha impactado en sus habitantes, los principales protagonistas del sufrimiento, el dolor, la angustia y de las desesperanzas, reducidos hoy a la categoría de víctimas?

Así las cosas, los efectos mordaces del deterioro del medioambiente, por inferencia del conflicto armado señala como res-

pensables históricos a las guerrillas campesinas, posteriormente liberales o de los llanos y finalmente las guerrillas convencionales estructuras organizativamente inspiradas en la revolución cubana de Fidel Castro y Ernesto Che Guevara, como las FRAC-EP, ELN, ERP, ELP, El Quintín Lame, El M-19, entre otros.

Sumado a estas organizaciones, una versión ideológica de extrema derecha que desde la muerte de Jorge Eliecer Gaitán pretendió por la fuerza de la violencia construir un orden social. Se hace referencia con ello a la primera dictadura civil en cabeza de Laureano Gómez seguidamente por una dictadura militar comandada por el General Gustavo Rojas Pinillas, y por último, por el acuerdo bipartido que dio nacimiento al Frente Nacional, como una especie caricaturesca, pero descarada de la tradición antidemocrática colombiana respaldada por las oligarquías y monarquías endógenas apegadas en términos de Maquiavelo al poder.

Si bien esto era lo más notorio, paralelamente o paraestatalmente el Estado en la intervención del conflicto armado también hizo su presencia –perversa– con los llamados grupos Chulavitas y Pájaros Azules. El primero de ellos no hace referencia al chavismo, sino a grupos de Agentes de Policía relacionados con organización de autodefensa de corte conservadoras y el segundo conformado por organizaciones civiles en alianza con las Fuerzas Militares. Sin embargo, la historia paraestatal de estas organizaciones no reposa en estos dos grupos, el fenómeno trascendería a proyectos políticos acom-

pañados de la fuerza aguda de la violencia. Este caso se hace referencia contextual a los años 80 y 90 básicamente.

En los 80, al crecimiento exponencial de las autodefensas campesinas de Colombia en el Magdalena medio (Puerto Boyacá, Puerto Berrio, entre otros municipios), la presencia de mercenarios extranjeros como Yair Klein, las llamadas organizaciones de -la mal llamada- limpieza social como la Mano Negra, los Masetos y organizaciones oficiales que se extralimitaban en su accionar como el F2, B2, la brigada 13 y en ocasiones el liquidado Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Por su parte, en los 90 se observa el fortalecimiento de las autodefensas unidas de Colombia en bloque y con propósitos diáfanos como: 1) el empoderamiento de grandes extensiones de tierra generando con ello masacres y desplazamiento masivo (práctica esta también compartida en la lógica de la violencia por la guerrilla) de miles de colombianos; 2) la recuperación geo-militar de las ciudades en Colombia, y 3) el empoderamiento del poder político.

Como consecuencia de esta breve reseña de la historia violenta colombiana, vale la pena preguntarse ¿Cuáles son los criterios que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado por la afectación al medioambiente sano causado a las víctimas del conflicto armado en Colombia como guardián de los Derechos Humanos y en especial de los denominados fundamentales?

ESTADO DEL ARTE

El desarrollo de la investigación documental diseñada para este capítulo se fundamentó en el análisis del contexto histórico del conflicto armado y víctimas frente al derecho al medioambiente sano de los colombianos y cómo las teorías de la responsabilidad extracontractual del Estado logran llegar a la posibilidad de cobijar al medioambiente, los recursos naturales y a los elementos ambientales con nuevos títulos de imputación.

El medioambiente es una realidad compleja e interdependiente compuesta por una enorme diversidad de elementos bióticos (seres vivos, en todas sus formas y escalas) y abióticos (agua subterránea y superficial, la esfera terrestre junto con todos sus minerales, la atmósfera, el espacio y los demás fenómenos inherentes: luz solar, vientos, temperatura). Por lo tanto, citando al jurista italiano Amedeo Postiglioni en el texto propiedad conflicto y medioambiente (Beatriz Londoño, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004), se puede reconocer que:

El ambiente es un derecho fundamental con su contenido necesario de información, participación y acción para cada persona: el ambiente es “sede” de la participación, o sea lugar, la ocasión, el instrumento para el ejercicio, pero también de los deberes de solidaridad política, económica y social; el ambiente es el conjunto de los aspectos naturales (paisajes) y culturales (patrimonio histórico y artístico de la Nación) tutelados expresamente [...]. (2004)

El ambiente es la salud del espacio que nos rodea, que asegura el bienestar psicofísico individual de la colectividad; el ambiente es el substrato fundamental para el aprendizaje, la enseñanza y el desarrollo del arte y de la ciencia; el ambiente se pone como un límite respecto a otros derechos, incluso tan importantes, como el trabajo, la propiedad, la iniciativa económica, como objeto de la colaboración de las fuerzas políticas y sociales; el derecho al medioambiente es pues uno de los más importantes del presente siglo. La humanidad, la vida humana se ve amenazada en la propia existencia y subsistencia. La última década del siglo XX, concretamente en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (suscrito el 17 de noviembre de 1998, en la República de El Salvador), determina en su artículo 11 el derecho a un medioambiente sano: “...*toda persona tiene derecho a vivir en un medioambiente sano...*”. También la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993, describe que los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y que están interrelacionados. De igual manera el principio 11 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, plasma una declaración ambiental común a todos los países ya que las agresiones ambientales son universales y merecen ser combatidas y prevenidas, independientemente de la raza, la lengua y la cultura de las víctimas.

Ante lo anterior, el concepto de ambiente no solo debe restringirse a los recursos naturales y a la interacción entre ellos, también debe entenderse comprensivo del paisaje y los llamados valores ambientales, de utilidad, o placer producido por el medioambiente. Al respecto, es importante citar algunos

fallos, que se desprenden del daño ambiental: Toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos como vecinos o como colectividad a que no se alteren de modo perjudicial sus condiciones naturales de vida. Se trata en definitiva de una lesión al entorno o hábitat conformado por el aire, el suelo, la vegetación y el agua. Por tanto, la lesión a alguno o varios de estos elementos que lo componen genera y provoca daño ambiental en razón de que menoscaba el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado tal como lo declara la Constitución Nacional en su artículo 41.

Otro fallo, involucra el concepto de ambiente humano, cuya destrucción implica un claro menoscabo e impone destinar el monto del resarcimiento por el daño moral colectivo causado.

El derecho al ambiente es inherente al derecho a la vida, pues protege la integridad física de la persona. Es inherente también a la libertad y a la igualdad, por cuanto protege, así mismo, su integridad moral. Está implicado en el tríptico romano: *honeste vivere, alterum non laedere, jus suum cuique tribuendi* y por ello siempre aparece difuso en todo el derecho. La declaración de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente (Estocolmo, 1972), auspiciada por Colombia, reconoció al hombre “un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias en un medio cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar”. Como contrapartida le atribuyó el deber solemne de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras.

Las guerras siempre han sido protagonistas de la sociedad humana. Los seres humanos desarrollan sus conocimientos e investigaciones para sofisticar y masificar la muerte. Históricamente, se han cruzado en el desarrollo económico, social, tecnológico y político de los pueblos. La capacidad destructiva ha llegado a tal punto que las guerras se han tomado como primera alternativa de los conflictos armados.

Al final de la Segunda Guerra Mundial el mundo fue testigo de la devastación ambiental. La bomba atómica de Hiroshima y Nagasaki contra Japón, la cruenta guerra de Vietnam y las armas químicas utilizadas en muchas ocasiones por los Estados Unidos, son ejemplos palpables de este aserto.

El artículo 55 del Protocolo I de 1977, adicional a la Convención de Ginebra de 1949, hace mención a la protección de las víctimas de los conflictos armados y expone: “Debe prestarse especial cuidado en guerra a la protección del ambiente natural contra los daños severos, de largo plazo o de gran cobertura”.

Otros tratados como el de No Proliferación de Armas (1968), el Protocolo de 1977 o el Protocolo III de la Convención de Armas Inhumanas (1980), prohibieron la destrucción de bosques o cobertura vegetal. Igualmente, también se recuerda la destrucción de 700 pozos y el derrame de más de diez millones de galones de petróleo en Kuwait por parte de las fuerzas iraquíes.

Hoy día existen 65 millones de minas antipersona que amenazan poblaciones rurales y vida silvestre en 56 países aproximadamente. Es parte del impacto ambiental de las guerras.

Proteger el ambiente y luchar contra la pobreza, son las mejores alternativas para conseguir la paz.

Ha habido esfuerzos más recientes, como las conclusiones de las deliberaciones del ítem 140 de la Agenda de la Asamblea de las Naciones Unidas (1991) sobre *“la explotación del medioambiente como arma en tiempos de conflicto armado y el establecimiento de medidas prácticas para prevenir tal explotación”*; el establecimiento de grupos de seguimiento de las consecuencias ambientales de las actividades militares de los Balcanes, en 1999 y los estudios de impacto ambiental posconflicto del año 2000, incluso el establecimiento, mediante la Resolución de las Naciones Unidas 56/4 de 2001, del 6 de noviembre como Día Internacional para la Prevención de la Explotación del Medioambiente en la Guerra y los conflictos armados, han estado enfocados en conflictos entre naciones o guerras civiles separatistas y su efectividad ha sido poca cuando se trata de condenar a naciones que no hacen parte del Protocolo I de 1997 (Iraq, por ejemplo). Entre tanto, sangrientas guerras civiles de Angola, que hacia 1991 había devastado el 90 % de los recursos naturales de sus parques y reservas, identificados en 1975; o seis años de guerra civil en Sri Lanka que le costaron a esa nación más de cinco millones de árboles, muchos de ellos, esenciales para el desarrollo de sus habitantes

Esto evidencia que en materia de regulación global, sobre la destrucción del medioambiente, la guerra ha sido fatalmente importante. Es por ello, que resulta muy difícil establecer consensos acerca de los conceptos de niveles de destrucción, impactos ambientales, recursos esenciales, etc., los cuales se comprenden en forma directa en las regiones de conflictos y esto se encuentra ligado a la diversidad cultural entre regiones, naciones y pueblos.

Durante el seminario “Conflicto Armado y Medioambiente”, realizado el 24 de mayo de 2004, en la Universidad de los Andes se denunciaron los desoladores impactos ambientales relacionados con el conflicto armado colombiano, en los que se destacan los más de 500 km de vías ilegales abiertas por la guerrilla en ecosistemas sensibles como la Serranía de la Macarena o el bajo Putumayo, el relleno de la ciénaga de Betansí, en Córdoba por parte de las autodefensas, la destrucción de bosques y proliferación de cultivos de coca y amapola en los nacimientos del macizo colombiano, la contaminación de los 2.600 km de ríos y quebradas por derrames de crudo producto de atentados y el desplazamiento de cultivos de coca, así como también, la destrucción asociada de bosques como resultado de la fumigación de cultivos ilícitos.

Toda esta destrucción acumulada, que junto con lo de las regiones ganaderas y la reconcentración de la propiedad del suelo ya va en 39 millones de hectáreas de bosque colombiano.

La fumigación de cultivos ilícitos para el sector encargado de recuperar la soberanía del Estado es el combate de un

delito, (pero no se debe aceptar que la destrucción de bosque se combata con un método igualmente destructivo), porque además, es común escuchar que para el narcotraficante y el guerrillero es la señal de que deben trasladar el negocio para otro sitio; mientras que para el inerte campesino es la ruina, acabarle con el sustento diario.

La voladura de oleoductos representa para el guerrillero el castigo por el no pago de una extorsión, para el izquierdista es la lucha contra el saqueo del petróleo por las transnacionales. En ambos casos, el medioambiente es el único afectado directamente.

La relación con la comunidad se encuentra basada en el reconocimiento de la importancia que se constituye el medioambiente que habita con sus procesos productivos y con el entorno.

La degradación del medioambiente en las formas enunciadas y desarrolladas en esta reflexión es un problema que afecta la seguridad interna de los Estados; es, sin duda, un factor de riesgo para los intereses de la comunidad internacional, también lo son la apropiación de recursos, desplazamientos de personas, monopolios de recursos, que afectan directamente el desarrollo sostenible.

Entre Río y Johannesburgo, las naciones del mundo se reunieron en varias conferencias importantes bajo la guía de las Naciones Unidas, incluyendo la Conferencia de Monterrey sobre Financiamiento para el Desarrollo, así como también la Conferencia Ministerial de Doha. Estas conferencias defi-

nieron para el mundo una visión extensa para el futuro de la humanidad.

Se incorporan, a la noción de medioambiente y desarrollo humano sostenible los conceptos de pobreza, desarrollo territorial, vivienda digna y servicios públicos para un manejo integral del medioambiente con otros componentes directamente relacionados.

Es por eso que en Colombia se consagraron un año antes de la Cumbre de la Tierra principios ambientales en el máximo documento de un Estado: La Constitución política de 1991. Entre esos precaución, quien contamina paga, desarrollo sostenible y responsabilidad común pero diferenciada, participación ciudadana, derecho a un medioambiente sano. En estos, la propiedad cumple dos funciones: social y ecológica.

Las acciones de protección y recuperación ambiental en el país son mancomunadas entre Estado y comunidad, ONG y sector privado, por lo que el manejo ambiental en Colombia es descentralizado, democrático y participativo; sin olvidar los mecanismos procesales de defensa y gestión como las acciones populares, de grupo y la tutela.

La noción de Constitución Ecológica, a la que se refirió la Corte Constitucional en sus inicios y cuya posición aún hoy se encuentra vigente, tiene, dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medioambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (CP art.8). De otro lado, aparece como

el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (CP art. 79). Y finalmente, de la Constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares.

Frente a la razón, por la que se reconoce a la Carta del 91 colombiana como una verdadera Constitución Ecológica, la Corte se refirió a ella como “La *Ratio Juris* de la Constitución Ecológica”

Debe señalarse “que hay una necesaria relación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo como sistema, donde aquel fortalece e impregna a este”, y en aquel, también está consignado el ambiental y la responsabilidad extracontractual (D’Janon Donado, Isaza-Zuluaga, & Navarro-Suárez, 2017, p16).

La protección jurídica del medioambiente es hoy una necesidad universalmente reconocida, una necesidad socialmente sentida, de dar una respuesta contundente a las intolerables agresiones que sufre el medioambiente. El desarrollo sin planificación y los avances científicos fueron ampliando considerablemente el impacto industrial en el entorno.

El problema ecológico y todo lo que este implica es hoy en día un clamor universal, es un problema de supervivencia, por lo que la responsabilidad extracontractual del Estado y la teoría del riesgo creado, tiene un fuerte respaldo en el régimen objetivo para la imputación del responsable.

El escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia antes de la Constitución de 1991 ha variado sustancial y normativamente frente a lo que ahora se comprende como tal. La situación de aquel entonces era que no existía consagración normativa sobre el tema, razón por la cual su desarrollo era –fundamentalmente– jurisprudencial; el sustento normativo estaba dado sobre el artículo 16 de la Constitución Política de 1886; los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado tratados por la jurisprudencia eran, sucintamente, tres: falla del servicio probada, falla del servicio presunta, o regímenes no condicionados a la presencia de la falla del servicio.

Pero, como fuera señalado por Catalina Irisarri Boada (2000). A partir de 1991, con la expedición de la Nueva Constitución y especialmente con la consagración en su artículo 90, del concepto de “Daño Antijurídico” como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, han venido surgiendo variedad de criterios, opiniones y teorías acerca de la clase o tipo de responsabilidad que consagra la mencionada norma constitucional, es decir, sobre cuál es el régimen de responsabilidad que este artículo de la Carta Política establece.

Hay quienes sostienen que el artículo 90 de la Constitución Política, no cambió en nada el sistema que se venía utilizando, es decir, que se siguen aplicando los regímenes de falla del servicio probada como regla general, de falla o presunta, del servicio como un régimen intermedio y los regímenes no condicionados a la falla del servicio o regímenes objetivos y que el concepto de “daño antijurídico”, es el género en el cual

encontramos como especies los regímenes atrás mencionados. Otros sostienen que al introducir el concepto “daño antijurídico”, lo que se hizo fue consagrar como régimen común, el de responsabilidad objetiva, es decir, una responsabilidad en la cual no es importante la presencia del elemento culpa y que la jurisprudencia actual del Consejo de Estado Colombiano apunta hacia esta corriente, es decir, que presenta una tendencia hacia la “objetivación” de la responsabilidad del Estado, aunque todavía se habla de los sistemas en los que se presenta una falla del servicio, sea esta probada o presunta.

El artículo 90 privilegia el elemento daño, tanto para la determinación del régimen de responsabilidad aplicable como para la indemnización propiamente dicha de los perjuicios sufridos por las víctimas, independientemente de los regímenes conocidos de responsabilidad, que se convierten –simplemente– en recursos de técnica jurídica destinados a hacer actuar la responsabilidad del Estado.

Esto es claro por la presencia, como se indagó, que los

(...) cambios experimentados por las relaciones sociales y los esquemas de gestión pública, el moderno modelo de globalización que ahora todo lo impregna, el desarrollo y la aplicación de la tecnología informática a todas las áreas del Derecho –incluyendo la jurisdicción contencioso administrativa. (Navarro-Suárez, Isaza-Zuluaga & Palencia, 2015, p.319)

Ahora bien, la Constitución Política de 1991 tiene el apelativo de ‘verde’ ya que en virtud del artículo 79 se señala:

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Tanto la Constitución como su articulado relativo al medioambiente muestran una clara preocupación por los temas ambientales, permitiéndole, a su vez, a la doctrina y la jurisprudencia darle un mayor desarrollo al tema, al entender que es el Estado el primer administrador de los recursos naturales (Ruíz Orejuela, 2016, p.105)

Como lo señala Ruíz Orejuela (2016),

el ambiente es todo lo que nos rodea, conserve o no vida, de manera que la alteración del mismo, cuyos efectos puedan alterar la vida, genera un perjuicio que debe ser compensado. (p.105)

En este mismo sentido, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medioambiente, Decreto 2811 de 1974, ha entendido, sin lugar a vacilaciones y desde aquella época, antes de que se constitucionalizara el Derecho a un ambiente sano, que este es un patrimonio común en el que, tanto Estado como particulares deben participar en su preservación y manejo, pues los recursos naturales renovables son de utilidad pública e interés social (Ruiz Orejuela, 2016, p.105).

El artículo 90 constitucional habla de daño antijurídico y, por otra parte, la Legislación colombiana no define en forma precisa el daño ambiental.

Pero la Ley 23 de 1973, artículo 4º señala como contaminación la ‘alteración del medioambiente por sustancias o formas de energía puestas en el ambiente por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medioambiente, afectar los recursos de la Nación o de los particulares’.

Dicha actividad humana encierra, definitivamente, no solo personas naturales y jurídicas sino al Ente estatal, pues el daño ambiental se convertiría en toda aquella lesión que impida el disfrute del ambiente sano, pudiendo consistir en deterioro o alteraciones nocivas de las funciones del ambiente como interés colectivo y/o patrimonio común (Ruiz Orejuela, 2016).

Con la Ley 99 de 1993, se establecieron competencias y funciones de las distintas entidades del orden nacional y territorial para el manejo y la conservación de los recursos naturales; con la Ley 1333 de 2009 se estableció el procedimiento sancionatorio ambiental, asignando en el Estado la titularidad de la potestad sancionatoria ambiental, sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades a través del Min Ambiente; pero, de lo que aquí se trata es de establecer re-

gulaciones, sanciones, responsabilidades e indemnizaciones por daños entendidos en otras esferas y situaciones.

Es claro que las infracciones en materia ambiental son definidas como toda acción u omisión que constituye una violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, en la Ley 99 de 1993, Ley 165 de 1994 y demás disposiciones ambientales vigentes que las sustituyan o modifiquen; pero también, es daño al medioambiente, con las mismas condiciones, que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil, ‘el daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre las dos’ sea causado por cualquier agente (Ruiz Orejuela, 2016, p. 110). Es decir, que tanto particulares como el Estado mismo, grupos legales como al margen de la ley, todos serían potencialmente agentes que cometen daños antijurídicos o jurídicos y, por lo tanto, susceptibles de hacerse deudores de las indemnizaciones correspondientes.

Como lo señala Ruiz Orejuela (2016):

Los particulares se hacen responsables por la utilización de los recursos o por causar daño al ambiente, bien sea por contaminación o por factores de deterioro, siendo sujetos de medidas preventivas, de las sanciones a las infracciones ambientales o en virtud del pago de tasas retributivas y compensatorias. (...) Sin embargo, tanto el Estado como los particulares pueden ser infractores, para ello la Ley ha consagrado acciones que permiten que cualquier ciudadano conmine al particular o a la autoridad pública a proteger de cualquier amenaza o a reparar el daño

causado por la vulneración del derecho colectivo al ambiente sano y, de otros relacionados directamente con este (...). (p.116)

De la anterior forma, cabría responsabilidad en materia ambiental por parte del Estado cuando se da, por ejemplo, un deficiente manejo a las basuras, cuando no se garantiza el equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, cuando no le da un buen manejo al recurso del agua, cuando no explota adecuadamente los recursos naturales no renovables, en caso de contaminación auditiva, cuando realiza aspersiones con glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos, cuando ejerce ilegalmente funciones ambientales, cuando limita el dominio, cuando permite la afectación de nuestro entorno.

En cuanto al tratamiento que se le ha dado a la responsabilidad medio ambiental; la guerra en Colombia se ha mostrado en muchos frentes y desde muchas perspectivas, pareciendo que ha cedido. Sin embargo, desde una visión más holística, por el contrario, mutó y se adaptó a las transformaciones del mundo. Se ha argumentado como explicación al cambio solo razones económicas o el desconocimiento de una nueva realidad filosófica-política del mundo frente a los intereses de los grupos armados generadores de víctimas en Colombia; pero esto solo ha incrementado el terror, que se ha instrumentalizado a través de extorsiones y secuestros masivos de policías, políticos o personajes de renombre nacional. No se olvida aún en nuestro inconsciente colectivo la peligrosidad que implicaba transitar las vías nacionales y estar sometidos al *riesgo*

de ser víctima de las pescas milagrosas de los grupos ilegales o al margen de la ley.

Frente a las actuaciones terroristas de dichos grupos ilegales, el Estado guarda una postura de observador al manifestar su exención de culpa y trasladarla a aquellos; mientras tanto y en ausencia de una verdadera política de protección a los ciudadanos víctimas de tales actos de terror, el escudo frente a la eventual responsabilidad –y necesaria indemnización consecuente– es el falaz argumento de que dichos actos constituyen ‘*responsabilidad subjetiva*’ del causante olvidando el artículo 2º constitucional en el que las autoridades de la ‘República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Es el Estado al que le atañe la responsabilidad por los daños que generan los perjuicios ocasionados a las personas y a su entorno en virtud de aquella máxima latina *alterum non laedere* –nadie está autorizado por ley a causarle un daño a otra persona–, pero, sobre todo, a que sea la autoridad misma la que garantice la protección integral y generalizada de los derechos de sus ciudadanos, en cumplimiento del derecho que nos asiste a todos a tener una vida digna. Hemos perdido nuestra dignidad y se ha atentado contra nuestro derecho a una vida digna ya que las autoridades estatales no están garantizando nuestro derecho al ambiente sano⁵.

5 ‘En nuestra opinión el bien jurídico protegido es la calidad de vida aunque algunos autores hablan del entorno o la naturaleza. Es un derecho humano de «tercera generación» o de «cuarta generación», a un medioambiente sano y equilibrado y al patrimonio común de la humanidad, que se funda, según Gross Espill, en la idea de la solidaridad entre los hombres.’ Garrido Cordobera, Lidia M. R. *El riesgo*

Tal estado de cosas, obliga a indagar en otras esferas de los derechos en el mundo, para poder plantear en Colombia un nuevo régimen de responsabilidad extracontractual denominada responsabilidad medio ambiental, aunque sea criticada por muchos administrativistas como una calificación jurídicamente antitécnica.

La doctrina ha sostenido que el derecho al medioambiente sano es subjetivo y colectivo, puesto que hace parte de los derechos de incidencia colectiva al estar ligado de manera total con la calidad de vida y la salud de los seres humanos.

Este carácter de incidencia colectiva es lo que lo convierte como uno más de los derechos fundamentales, pues su ejercicio, prevención y precaución es de carácter sustancial, es decir, *prima* sobre los demás.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 2000-00051) ha expresado:

daño ambiental solo es el inferido a los bienes ambientales y, por tanto, al ambiente, o sea, a un derecho, colectivo, valor o interés público, cuyo titular exclusivo es la colectividad y cuya reparación versa sobre este, sin mirar al interés individual sino al de toda la comunidad, así en forma indirecta afecte a cada uno de sus integrantes. Contrario sensu, cuando el daño ambiental, ocasiona también un daño a intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, el menoscabo atañe y afecta estos derechos, a su titular y su reparación versa sobre los mismos, o sea, mira al interés particular y no

ambiental. Madrid, España: Editorial Reus, 2014. p.11.

colectivo. En este supuesto, no se trata de daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos, es decir, la conducta a más de quebrantar bienes ambientales, lesiona la esfera jurídica individual de una persona o grupo de personas ya determinadas, ora determinables.

Como lo señalara el Consejo de Estado, en Sentencia de 20 de febrero de 2014;

Así las cosas, el daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano; mientras que el daño ambiental impuro se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos y supera los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos.

Por lo tanto y bajo el anterior entendido,

la protección de los primeros se procura a través de vías procesales colectivas como las Acciones Populares y, los segundos, cuya responsabilidad tiene un titular subjetivo y particular, mediante una acción de responsabilidad civil de carácter indemnizatorio como las de Grupo y Reparación Directa. (Ruiz Orejuela, 2016, p. 129)⁶

6 Por tal razón, cuando se trata de un daño ambiental puro sin pretensiones indemnizatorias, que pone en cuestión los derechos colectivos, la acción popular es la vía procesal idónea para su protección, mientras que en lo relativo a los daños ambientales impuros, daños que se suscitan como consecuencia de las repercusiones de las lesiones ambientales, la acción de grupo y la ordinaria de reparación directa (medio de control de conformidad con el art. 140 de la Ley 1437 de 2011) son los mecanismos procesales idóneos para que un individuo o un sujeto colectivo los ejerce en aras de

No sobra anotar, que la búsqueda incansable de la responsabilidad, bajo cualquier régimen del que se trate, es la reparación integral ante la ocurrencia del daño antijurídico y el conflicto armado colombiano la que ha generado tal cantidad de daño por lo que no se descarta ya una responsabilidad del legislativo :

El proceso histórico en el que se desarrolló la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado, prescindiendo del clásico ingrediente subjetivo, ha configurado recientemente una nueva forma de responsabilidad estatal: la del legislador. (Agudelo & Calderón, 2016,p101)

MÉTODO

El presente Capítulo es una reflexión cualitativa, en el que se interpreta por medio de un análisis de textos de diversos órdenes históricos, teórico políticos y sociales: Leyes, informes periodísticos, psicológicos, de instituciones defensoras del derecho ambiental y los recursos naturales, derechos humanos y los impactos del conflicto armado a la naturaleza en especial a la vida digna de los colombianos, de órganos de control, fallos de tribunales nacionales e internacionales así como recuentos de las víctimas en sus memorias del conflicto; todo pasando por la teoría de la disciplina jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Por lo anterior, la perspectiva de la revisión bibliográfica se contextualizó de manera interdisciplinaria del derecho

instaurar sus pretensiones de indemnización.’ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera Subsección B. Sentencia de veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028) C.P.Ramiro Pazos Guerrero.

–Constitucional, Ambiental, Administrativo y Procesal como de la ciencia política– incluso con temas de filosofía y literatura acorde con el fenómeno examinado.

DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

Tratamiento doctrinal y jurisprudencial en la creación de la Teoría de la Responsabilidad por la objetivación del daño ambiental, la búsqueda de decisiones judiciales correctas en que prime la materialización de los derechos sustanciales y, en especial, el derecho fundamental del medioambiente sano de las víctimas del conflicto en Colombia y el mundo, la revisión de los diversos fallos nacionales e internacionales nos entregan el conocimiento de una nueva teoría como fundamento para declarar la responsabilidad por el daño ambiental; de manera tal que se sale de los conflictos e inconvenientes que plantean para el caso medio ambiental los regímenes de responsabilidad que acatan los tribunales contenciosos administrativos por falla en el servicio o por daño especial.

En el anterior sentido, se encuentra un aporte de la doctrina italiana expresada por Michelle Taruffo (2006) cuando dice en su texto *Sobre las fronteras* que la "racionalidad puede ser referida a la Ley procesal en, al menos, dos sentidos principales: racionalidad como coherencia de la Ley procesal y racionalidad como instrumental de la misma ley", pero, ambos son necesarios para una correcta decisión judicial.

De igual forma, cuando al revisar los trabajos de los doctri-
nantes, afirmaba frente a las decisiones judiciales que

Es claro que las interpretaciones judiciales involucran múltiples respuestas de manera que es aceptada la tesis de Dworkin de que toda interpretación se esfuerza por presentar su objeto de manera más favorable, como la mejor manifestación posible de su género.

Lo anterior sirve para estudiar la Teoría del Riesgo creado⁷ para la responsabilidad por daño ambiental, que si bien es de creación francesa, como bien lo expone, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal lo ha conseguido en el ordenamiento español.

Sin embargo, el pluralismo de métodos de interpretación de los regímenes de responsabilidad en el mundo son líneas fundamentales de toda la cultura europea.

Esto se muestra con claridad desde la escuela histórica, en cuya teoría de la interpretación confluían la gramática y la sintaxis, la lógica, la historia y el sistema. (Zagrebelsky, 1997)

Entonces, se puede entender por riesgo creado, la obligación de reparar los daños producidos como consecuencia de la realización de actividades en beneficio de una persona, que puede ser natural o jurídica, con un logro que no solo es eco-

7 'La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, es una fuente de obligaciones reconocida en algunos códigos de este siglo, por virtud de la cual, aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aún cuando haya procedido lícitamente. En el caso de la responsabilidad objetiva, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar un daño, obligan al que se sirve de ellas, que puede ser el propietario, el usufructuario, el arrendatario, o el usuario en general, a reparar el daño causado.// En la teoría del riesgo creado se exige para que nazca la responsabilidad: El uso de una cosa peligrosa o el ejercicio de actividades reputadas por la Ley como peligrosas. La realización de un daño. Una relación de causa-efecto entre la cosa o actividad peligrosas y el daño causado. No se toma en cuenta en esta teoría el elemento subjetivo de la culpa imputable al agente'. Por otra parte, hay cosas que por su naturaleza inflamable o explosiva son de muy peligroso manejo y aunque se proceda cuidadosa y diligentemente, pueden producir efectos dañinos no solo para el que los usa, sino también para los demás, creando así un riesgo para todos.' <http://definicionlegal.blogspot.com.co/2012/09/responsabilidad-objetiva-o-riesgo-creado.html>

nómico, pues puede ser de reparación integral que incluya la moral y en el caso colombiano el medioambiente o los recursos naturales.

Este planteamiento debe estar estructurado bajo las bases de la seguridad jurídica para los regidos por ellas pues como bien lo dice Habermas “La seguridad jurídica proviene de los procedimientos racionales de producción y aplicación del derecho (1998, p.267), que transmiten obediencia a las normas y respeto a la ley. “En el plano de la práctica de las decisiones judiciales, ambas garantías han de desempeñarse de modo simultáneo” (Rodríguez Serpa, 2009, p.72).

Los detractores de la Teoría del Riesgo en materia de responsabilidad manifiestan que existe un desplazamiento del terreno económico al de la metafísica, donde se pierde.

La Teoría del Riesgo creado se da fundamentalmente porque existe una sociedad de alta peligrosidad (conflicto armado en Colombia), en donde se vive bajo el imperio del riesgo y hemos desarrollado como sociedad el acostumbramiento, de suerte que nos encontramos en la incapacidad de reconocer cuándo ocurre o cuándo se materializa. Autores como Briceño Chávez señalan que este estado de cosas es conocido como el mercado del riesgo, contrario a la seguridad ya que se puede anticipar el futuro que está implícitamente presente ya que si el Estado está obligado a reparar el daño es porque debió haberlo previsto.

Y es en este momento cuando se efectúa el análisis del tipo de actividad que deberían o no aplicarse a estos argumentos

e inician por la existencia o no de una falta para establecer la imputabilidad (régimen subjetivo), porque la nueva Teoría del Riesgo creado va a una zona de efectos indeterminados y para un tipo de responsables desconocidos.

Lo anterior resulta idóneo para los casos de derecho ambiental, al producir efectos –la mayoría de los impactos– como las personas perjudicadas; para que el responsable del riesgo dañino, se establezca de acuerdo a la actividad que desarrolle y el bien jurídico tutelado del que también dependerá si se está en presencia o no de un daño reparable por ser este de gran connotación. Por ejemplo, derechos fundamentales difusos (Régimen objetivo).

Es de anotar que el sistema del *Common Law*, regente en el derecho anglosajón ya ha planteado el fracaso del Estado, por la incapacidad del Ejecutivo y del Judicial de garantizar los diversos derechos de propiedad sobre los que se funda la economía⁸ y determinan esa responsabilidad estatal por el riesgo creado que generan la libertad de mercado y la propiedad privada.

La introducción de la Teoría del Riesgo creado que objetiviza el Instituto jurídico de la responsabilidad extracontractual,

8 Como lo señalara en su libro la doctrinante Garrido Cordobera, 'El ambientalismo no es una involución sino que tiene metas definidas y es falsa la aparente pugna con el desarrollo, pues se sustenta hoy el derecho al desarrollo sostenible en un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado como un derecho humano. Un eje trascendente en toda esta temática de carácter esencial es sin duda alguna la capacidad para percibir el problema en análisis, pues muchos no denotan una percepción ambiental positiva; he aquí la importancia de las campañas ambientales para evitar el acaecimiento de desgraciados eventos desastrosos o calamitosos que enfrentan al hombre con «su realidad». El problema actual es que parte de la población no han sido educadas debidamente, pues no perciben el problema y mucho menos han efectuado su evaluación ya que tienen una deficiente información y formación y esto se traslada a los funcionarios y empresarios' Garrido Cordobera, Lidia M. R.. *El riesgo ambiental*. Madrid, España: Editorial Reus, 2014. pp. 8-9.

va a ser un avance algo peligroso frente al principio de presunción de inocencia, pues no se necesita –según este– el análisis de la existencia de la culpa o el dolo, como tampoco de la falta o falla del servicio, sino que es la consecuencia del daño que se produce lo que se analiza para vincular a una actividad determinada al responsable del perjuicio; en estos términos, será responsable el Estado colombiano por no haber garantizado el derecho al medioambiente sano de las víctimas del conflicto armado al ser este tipo de daño altamente contaminante de la vida y salud de quienes se vieron afectados por el acto terrorista.

Se debe recordar que los impactos ambientales que generan los actos terroristas son directa e indiscutibles causantes de que el ser humano no tenga ningún bienestar, pues ellos generan emisiones peligrosas –en escalas y términos que son de difícil absorción por cualquier ser humano–, sin contar los recursos naturales y el medioambiente en el que se desarrolla su vida.

Lo anterior lleva a proponer establecer un régimen objetivo por el daño ambiental de determinadas actividades que ocasionan un umbral de intolerancia en las víctimas del conflicto armado cuando se ven solas sin el apoyo integral de reparación de un Estado que las hace más vulnerables y revictimiza, con cada política desacertada e imprevista. Es lo que en la práctica se percibe como un desorden por la toma de decisiones apresuradas e inconsistentes.

Todo esto debe revisarse sin generar apegos a los regímenes subjetivos, porque no se entiende otra forma de perfeccionar la reparación por responsabilidad extracontractual; esta misma situación se presentó cuando se introdujo la teoría del nexo causal como elemento para establecer el compromiso a indemnizar.

El momento que se vive frente al mayor problema ambiental que aqueja a la humanidad, el de la sobrevivencia de la vida en el planeta y la supervivencia por el calentamiento global generado en gran manera por el desarrollo de la industria de armas y guerras, exige establecer desde el régimen de responsabilidades, si la tutela del derecho ambiental por el riesgo creado tiene una víctima más allá de los recursos naturales y el ambiente sano, quien es –nada más y nada menos– que el propio hombre.

Los derechos humanos inalienables por el goce de un ambiente sano de las víctimas del conflicto armado se dan desde las diversas posturas que abogan sobre la posibilidad de la existencia de la responsabilidad extracontractual del Estado frente al derecho ambiental; las posiciones van desde la incredulidad hasta la actitud más contemporánea del establecimiento de la responsabilidad objetiva de los sujetos frente a los denominados derechos colectivos como el ambiental.

Actualmente, nos encontramos como guardianes del patrimonio de las generaciones futuras, de suerte que no solo el Estado será responsable de los daños al medioambiente sino todos nosotros, la sociedad misma, a quien le corresponde-

rá responder de manera ética y moral, aunque parezca una sanción inocua.

Posturas del anterior estilo permiten no sentirnos los más responsables de no lograr una indemnización integral que satisfaga las necesidades de las víctimas del conflicto en Colombia, porque el Estado no garantiza la vida digna por violación al derecho al medioambiente sano de ellas.

Por lo tanto, no se debe dejar de mirar la apreciación de los límites a los postulados constitucionales, porque si no se encuentran ubicados dentro del articulado que va de los artículos 1 al 40 de la Carta Política, entonces no deben tenerse como fundamentales ya que no son observados para declararlos como tales por los operadores judiciales, encontrándose entre estos los que ejercen la función de ser los intérpretes naturales del espíritu del constituyente.

Se deben tener en cuenta los fallos de la Corte Constitucional que tumbó la Ley forestal y la de desarrollo rural por violar el derecho fundamental de las comunidades indígenas al no realizar consultas previas (Fallos números C-030 de 2008 y C- 175 de 2009).

Los derechos del medioambiente permean toda la Constitución, hacen de ella una gran normatividad garantista; precisamente esos derechos con sus principios; permitirán una vida digna y perpetua de la humanidad en el planeta. Si las víctimas del conflicto armado han perdido su vivienda perderán más y es absolutamente irremplazable e indemnizable

su ambiente, pues este no se adquiere con la compra de otra vivienda o cambuche.

Esta teoría, no obstante ya en Colombia está en marcha con la expedición de la Ley 1333 de 2009, que establece una legislación sancionatoria ambiental que consagra un régimen objetivo a ciertas conductas y actividades atentatorias del medioambiente y los recursos naturales. La evolución de ese régimen ya estudiado constitucionalmente por la Corte, estableció todas las herramientas para el desarrollo de la Teoría del Riesgo creado ya que acogió los postulados como se vienen consagrando en el mundo; teniendo como modelo la Ley 26 de 23 de octubre de 2007 en España. Establece un término para el daño ambiental, como forma de aquietar las críticas que hubo contra la temporalidad del daño. En España son 30 años, en Colombia son 20 años, pero ambas presentan la contabilidad de la caducidad del plazo, independizan los perjuicios a los particulares del medio ambiental. El objeto de la responsabilidad es la reparación y establecen medidas de prevención y evitación de nuevos daños.

En síntesis una vez se produzcan los fallos en los tribunales con fundamento en estas legislaciones, el régimen objetivo podría tomar mayor forma y estudiarse su aplicación a las víctimas del conflicto armado en Colombia por violación del derecho al medioambiente sano, visto desde su concepción de derecho fundamental, como uno eminentemente humano no conexo sino directo de su accionar procesal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo, S. J., & Calderón, M. A. (2016). Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por actos de reforma constitucional. En *Justicia, VOLUMEN*(29), 99-118. <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1236>
- Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993.
- D'Janon Donado, M., Isaza-Zuluaga, C., & Navarro-Suárez, D. del C. (2017). El arbitraje como cambio de paradigma para la administración de justicia. Repensando la alternativa desde la adjudicación del derecho. En *Revista Advocatus, VOLUMEN*(28), 26.
- Garrido Cordobera, L. M. R. (2014). *El riesgo ambiental*. Madrid, España: Editorial Reus.
- Londoño, B. (2004). *propiedad conflicto y medioambiente*. Bogotá, Colombia: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Navarro-Suárez, D., Isaza-Zuluaga, C., & Palencia, E. (2015). El Arbitraje Frente al Daño Ambiental como Método Alternativo de Solución de Conflictos en el Estado Social de Derecho en Colombia. En R. Pérez Vasquez, P.Guzmán González, X. A. Lluch, D. Pabón Giraldo, F. Borrero Brochero, M. Bustamante Rúa, ... J. Bolívar Berdugo, *Derecho procesal y perspectiva científica de la prueba*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- ONU. Segunda Cumbre Mundial Ambiental. “la Cumbre de la Tierra”. Declaración de Río de Janeiro de 1992.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (suscrito el 17 de noviembre de 1998, en la República de El Salvador).

Protocolo I de 1977, adicional a la Convención de Ginebra de 1949.

República de Colombia (1973). Congreso de la República. Ley 23.

República de Colombia (1991). Constitución Política.

República de Colombia (1993). Congreso de la República. Ley 99.

República de Colombia (1994). Congreso de la República. Ley 165

República de Colombia (2009). Congreso de la República. Ley 1333, Régimen sancionatorio ambiental.

República de Colombia (1996). Corte Constitucional, Sentencia de Tutela No. 257. *Un ambiente sano, sino que puede conllevar la vulneración o amenaza ... la sala segunda de revisión de la Corte Constitucional, integrada por los ... que los factores perturbadores del ambiente pueden causar daños, algunas.*

República de Colombia (2011). Corte Constitucional, Sentencia de Tutela No. 740 ... Sentencia T-574/96 ... *cuando un daño potencial al ambiente tenga una gran incertidumbre y sea que la Ley colombiana es la apropiada para la solución de los conflictos. ... informa la armada que a las 23:55 horas del 26 de febrero de 1996, ... ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano.*

República de Colombia (2013). Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad No. 753. *En el marco del conflicto armado, el derecho a la reparación, que puede ser individual o ... en esta línea, la corte ha reconocido en Sentencias de tutela, que el daño ... y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

- República de Colombia (2014). Corte Constitucional, Sentencia de Tutela No. 204 ... *Recursos naturales y medioambiente sano-protección como objetivo constitucional ... con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor legítimas de personas marginadas o víctimas del conflicto armado, amparadas en el principio de.*
- República de Colombia (1974). Ministerio de Agricultura de Colombia, Decreto-Ley 2811, Código de Recursos Naturales renovables y de protección al Medioambiente.
- Rodríguez, F. (2009). *Tres imperativos categoricos para una correcta decisión judicial*. Jurid. Manizales, Colombia, 6(1), 69-78. Disponible en: <http://132.248.934/hevila/juridicas-manizales/2009/vol6/no1/4.pdf>
- Ruíz, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes* (3ª ed.). Bogotá, Colombia: ECOE Ediciones.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil* (2ª ed.). Madrid, España: Trotta.

Cómo citar este artículo:

Navarro-Suárez, D., Sáenz López, K., Isaza-Zuluaga, C., & Djanon Donado, M.L. (2018) El daño ambiental. Una nueva perspectiva de la responsabilidad extracontractual del Estado. En Navarro-Suárez, D., Rodríguez Serpa, F., Enamorado Estrada, J. y Rodríguez Lara, I. (Ed). *Metateoría y Praxis de la justicia restaurativa, ambiental y iusfilosófica, Tomo I* (pp.135-169), Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar.

Capítulo VI

La valoración judicial del dictamen pericial en la jurisdicción civil: factor determinante en juicios de responsabilidad en Colombia

The judicial evaluation of the expert opinion in civil jurisdiction: determining factor in judgments of responsibility in Colombia

Gisela Anastacia García Torres¹

¹ Abogada, Especialista en Derecho Público Financiero, Universidad Libre. Magíster en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín. Litigante de tiempo completo desde 1994. Conciliadora en Derecho, Universidad del Atlántico. Conciliadora para Insolvencia de Persona Natural No Comerciante, convenio UdeM- Minjusticia. Autora del artículo: “A propósito de los 10 años de la extinción del sistema de financiación UPAC en Colombia: ¿Es responsable el Estado Colombiano en los procesos judiciales de cobro de créditos por este sistema?”, publicado en la Revista IUSTA No. 36/2012 Universidad Santo Tomas; y de la ponencia “Garantismo y Crisis de la Justicia” expuesta en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal UDEM, 2 al 4 sept./2010.

RESUMEN

El proceso judicial en Colombia se funda en principios rectores entre los que se destaca el debido proceso, que viene establecido como derecho fundamental en la Carta Política y asimismo rige en el Código de Procedimiento Civil –ya derogado por el Código General del Proceso–, que aún es aplicable en aquellos procesos judiciales a los que aplica el régimen de transición establecido por el artículo 627 del CGP. Siendo entonces finalidad del proceso judicial, una recta y oportuna administración de justicia; las partes que confluyen a él deben utilizar todos los medios probatorios pertinentes y conducentes para convencer al Juez de su derecho y, en este sentido, el dictamen pericial se constituye como una prueba de relevante importancia en aquellos casos, en donde la controversia para determinar la responsabilidad o no de la parte demandada gira en torno a hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. De ahí que la práctica, admisión, sustentación y contradicción de la experticia conducirán obligatoriamente al Juez a realizar la debida valoración probatoria para poder llegar a la más cercana verdad verdadera a través de la verdad procesal que tiene frente a sí.

Palabras clave: prueba, dictamen, valoración, responsabilidad, justicia.

INTRODUCCIÓN

En el devenir actual colombiano de la jurisdicción civil, para administrar justicia es imprescindible atender tanto el compendio normativo del Código de Procedimiento Civil (CPC), como del Código General del Proceso, debido a que miles de procesos aún se encuentran en el régimen de transición –dadas las especificaciones del artículo 627 del CGP que entró

a regir para todo el territorio colombiano a partir del 01 de enero de 2016.

En relación con la prueba, el Código General del Proceso reafirma las posturas que traía el CPC, en materia de validez, oportunidad, pertinencia, conducencia, al retomarlas casi que literalmente en el Capítulo I de la Sección Tercera en sus artículos 164, 165, 166, 167 y 168. Sin embargo, en materia pericial sobrevive la ausencia de unidad de criterio judicial en cuanto a la necesidad del Dictamen en algunos procesos y la existencia de vacíos en la valoración del mismo –cuando existe en el acervo probatorio del expediente–. Por ello, el presente análisis normativo y doctrinal permite mostrar el impacto que la valoración del dictamen pericial tiene en los procesos de responsabilidad civil, al describirlo técnica y jurídicamente dentro del marco del debido proceso.

De tal manera, este artículo pretende aportar a la comunidad jurídica una breve guía legal de la conducta que los abogados litigantes y jueces deben observar, al tenor de las facultades y deberes que su condición les impone, frente a las partes y a terceros en general; los primeros en relación con la petición, o aportación y contradicción del Dictamen y los segundos respecto a su valoración como los argumentos que permitan actuar oportuna y eficientemente en todo el trámite de este medio de prueba y frente a la Sentencia respectiva, en caso de que la valoración no se ajuste a los presupuestos legales.

En cuanto a la comunidad estudiantil, la investigación realizada ofrece un referente serio y suficiente para explorar temas

complementarios a esta parte sensible y determinante del proceso judicial, que culmina en una Sentencia condenatoria o absolutoria.

MARCO TEÓRICO

Los artículos 29 de la Carta Política, 174 del Código de Procedimiento Civil y 164 del Código General del Proceso, señalan que es nula de pleno derecho la prueba recaudada con violación del debido proceso y que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente aportadas a él. En el mismo sentido, el artículo 178 del estatuto procesal civil establece que el juez debe rechazar *in limine* las pruebas prohibidas, las ineficaces, las impertinentes y las manifestamente superfluas; en concordancia, el CGP ordena en el artículo 168 que el Juez rechazará mediante providencia motivada pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifestamente superfluas o inútiles. En consecuencia, aunque el juez es autónomo para valorar los medios probatorios aportados al proceso como instrumento para lograr la certeza judicial, esa actividad está limitada por el deber que se impone legal y constitucionalmente de apreciar razonablemente la prueba.

Las normas y circunstancias precitadas cobran vigencia en el presente Marco Teórico por cuanto se tiene reconocido que el dictamen pericial –bajo la legislación anterior–, es un medio de prueba que puede ser aportado por las partes, u ordenado y practicado dentro del proceso. En cualquiera de las dos circunstancias, lo realizará un perito idóneo, siendo susceptible de objetarse o aceptarse bajo la aplicación de las normas que regulan su Decreto, práctica y contradicción.

Al entrar en vigencia la oralidad del proceso civil mediante la aplicación del CGP, este medio probatorio tuvo algunas variaciones, especialmente en cuanto a las limitaciones para su práctica dentro del proceso, la eliminación de la objeción y la obligatoriedad del perito de sustentar y soportar su idoneidad en la parte introductoria de su informe. Aún así, en términos generales conservó su naturaleza especial, es decir, que está dirigido a aquellos procesos en los que la controversia circunda temas distintos al derecho, de tal forma que su esencia científica, técnica o artística exige el dictamen de un experto para dilucidar aspectos que permitan al Juez el entendimiento suficiente de hechos y otras pruebas y/o indicios, para arribar a una decisión.

En cuanto a la regulación del dictamen pericial, es importante recordar que el Estatuto Procesal Civil regula dos situaciones u oportunidades para solicitar y practicar la prueba pericial, a saber:

La primera, cuando una de las partes solicita el Decreto de la prueba anticipada al proceso. Para ello, el artículo 300, tal y como fue modificado por el artículo 28 de la Ley 794 de 2003 (Congreso de la Republica, 2003), dispone que cualquiera de las partes puede pedir, ante el juez del lugar donde deba practicarse, el Decreto de un dictamen de peritos, “con o sin citación de la parte contraria”. Por su parte, en el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil se puede leer que las pruebas anticipadas “se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso” y que las ob-

jecciones al dictamen pericial “se tramitarán como incidente”². Por eso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en caso de que el dictamen anticipado sea practicado sin citación de la parte contraria, de todas maneras, en el transcurso del proceso debe correrse traslado para que ejerza su derecho a la contradicción, puesto que “para que sea eficaz en el proceso judicial donde se pretenda hacer valer, deba producirse siempre con citación y audiencia de la presunta contraparte” (Sentencia SC-093 de 2006).

No puede ser otro el sentido de la norma legal si se analiza de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Carta que indica, sin excepción, que el requisito de validez de toda prueba es la efectividad del debido proceso y con este del derecho de defensa. Respecto a este punto, el nuevo Código General del Proceso estipula en el Capítulo III de la Sección Tercera que la práctica de las pruebas extraprocesales “se realizará con observancia de las reglas sobre citación y prácticas establecidas en este código” (CGP, art. 83). Estas pruebas, dentro de las cuales se incluye el peritaje, pueden realizarse con o sin citación de la contraparte, “salvo cuando versen sobre libros y papeles de comercio caso en el cual deberá ser previamente notificada la futura parte contraria.” (CGP. art. 189).

La segunda oportunidad es la que se da dentro del proceso y es la manera más usual de practicar el dictamen pericial. Aquí esta prueba puede originarse de oficio (CPC, art. 233,

² Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-830 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.

p.179, 316), por mutuo acuerdo, o a petición de parte (art. 236, numeral 1, CPC). Así, la parte demandante puede solicitar el dictamen en la demanda (art. 75, numeral 10, CPC), en el escrito de reforma de la demanda (art. 89, numeral 2, CPC) y en el memorial que contesta las excepciones (art. 99, numeral 3, CPC). A su turno, la parte demandada puede solicitar la práctica de esta prueba en la contestación de la demanda (CGP, art. 92, numeral 4, CPC) y en el escrito que formula excepciones (art. 98, CPC). En este sentido, también aplica el art. 116 de la Ley 1395 de 2010, referido a los requisitos que deberá observar el experticio aportado por cualquiera de las partes. El Código General del Proceso en el artículo 227 limitó la oportunidad que tiene la parte demandante de solicitar la realización del dictamen pericial en la demanda (CGP, art. 82, numeral 6), en el escrito de reforma de la demanda (CGP, art. 93, numeral 1), y al momento de contestación de las excepciones, pues surgieron variaciones al restringir la práctica de pruebas en las excepciones (CGP, art. 101) al establecer que el juez deberá abstenerse de decretar “pruebas de toda clase” (CGP, art. 101), salvo “cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario”(CGP, art. 101). En dicho caso, solo se podrán practicar hasta dos testimonios.

Por otro lado, respecto a la parte demandada, el Código General del Proceso establece que puede solicitar la práctica de las pruebas en la contestación de la demanda (art. 96) y a su vez en el escrito que contiene las excepciones (art. 101).

En todo caso, el dictamen pericial debe someterse al procedimiento establecido en la Ley para que la contraparte ejerza su derecho de defensa mediante la contradicción del mismo, la cual puede consistir en la objeción por error grave o en la solicitud de aclaración, complementación o adición, tal cual lo señala el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

En punto de la objeción como un aspecto del derecho de contradicción de las partes frente al dictamen, cabe anotar la modificación que introdujo la Ley 1395 de 2010 al artículo 432 del CPC, reafirmada por el CGP, en el sentido de establecer que el Dictamen no será objetable –que comenzó a regir a partir del 01 de enero de 2016 conforme lo ordenó el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo No. PSAA15-10392 del 01 de octubre de 2015–.

Ahora bien, en caso de que el dictamen pericial, sometido a la contradicción de las partes, no fuera objetado y su contenido sea pertinente y coherente con los hechos y pretensiones del litigio, se viola el debido proceso en sus facetas de defensa y contradicción, cuando el Juez, contrariando flagrantemente la legalidad y sin ninguna prueba que desestime el dictamen, omita la debida valoración y motivación al respecto, negando o concediendo las pretensiones respectivas.

De otro lado, con la dinámica del derecho, el legislador diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, distinto a la prueba pericial, que tiene como finalidad autorizar a las partes a aportar al proceso conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por

encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión. En efecto, por primera vez, el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, autorizó a las partes, de común acuerdo, a presentar informes técnicos que estaban destinados a dejar sin validez un dictamen pericial. Esa norma dispone lo siguiente:

En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte Sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo.

Según viene referenciado en la doctrina, en términos generales,

la prueba pericial es determinante del resultado de un proceso. Pero se insiste, como se afirma anteriormente, que el perito es un súbdito del juez y su misión es suministrarle una información que le permitirá llegar al convencimiento sobre el asunto, pero el perito no puede reemplazar al juez en la valoración de la prueba. (Palacio Hincapié, 2004, p.298)

Para dilucidar el tema fue imprescindible el estudio de tres aspectos fundamentales que se identificaron como: el dictamen pericial, la valoración de la prueba y la responsabilidad civil.

Sobre la definición de dictamen pericial, sus características, valoración e importancia dentro de la decisión judicial existen diversos teorizantes entre los que se destacan Devis Echandía (1994) y Jordi Fenoll (2010), quienes desde sus respectivas ópticas plantean la profundidad jurídica que la prueba pericial y su correspondiente valoración, le infieren a la decisión del Juez.

Conforme a lo expuesto en este marco teórico, se abordan dos objetivos, distinguiendo uno específico consistente en el dictamen pericial y su valoración, partiendo de la conceptualización del dictamen, su caracterización, pasando por su ubicación en los momentos procesales y llegando a su valoración; y otro dirigido a la forma de valorar el dictamen pericial en procesos de responsabilidad civil, efectuando un acercamiento a lo indicado por la doctrina y la jurisprudencia.

EL DICTAMEN PERICIAL Y SU VALORACIÓN

Los artículos 233 y 236 del Código de Procedimiento Civil establecen la procedencia, características y trámite de la prueba pericial, que hacen de ella una herramienta singular y de gran importancia para la labor del Juez en cuanto a la búsqueda de la verdad procesal, que le permitirá cumplir la función del Estado de administrar justicia.

De igual manera el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2013, arts. 226 a 325) establece respecto de la prueba pericial, en primer lugar, lo concerniente a su procedencia y hace alusión a que sobre un mismo hecho cada sujeto procesal solo debe presentar un dictamen pericial rendido por un

perito con las declaraciones e informaciones que prevé esta normativa.

El dictamen pericial debe ser aportado en el momento procesal de aporte de pruebas y puede ser controvertido. Vale la pena destacar que de oficio puede el juez decretar el dictamen pericial. De una u otra manera el juez lo valorará atendiendo a las reglas de la sana crítica.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-417 de 2008), en reiterada jurisprudencia, en donde ha establecido las características de la prueba pericial, resaltando que son conceptos sobre materias científicas, técnicas o artísticas emitidos por expertos, relevantes en el proceso, pero sin contener en absoluto conclusiones sobre aspectos jurídicos pues su razón de ser es emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Igualmente debe ser imparcial (Sentencia T-1034 de 2006), previamente decretada dentro del proceso y su contenido debe ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente; debiendo ser sometida a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley (Sentencia T-920 de 2004) y, en especial, a la contradicción por la contraparte (Sentencia T-796 de 2006) (artículos 236 a 241) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria.

De ahí las expresiones de la doctrina tales como la del Dr. Jairo Parra Quijano (2004), que en su obra *Racionalidad e Ideología en las pruebas de oficio*, afirma:

...en el proceso debe investigar y descubrirse la verdad; y, en consecuencia, se considera necesario permitir que el pensamiento del juzgador, en busca de ese fin, se abra paso y le cree necesidades cognoscitivas, para cuyo abastecimiento cuenta precisamente con la posibilidad de decretar pruebas de oficio. (p.20)

Por lo anterior, es que de la reiteración de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se infiere entonces que la autoridad judicial que en un litigio sobre cosa o materia técnica y/o especializada desbordada del mero conocimiento jurídico, –por ser asunto de carácter médico, financiero, actuarial, sanitario, científico, de ingeniería, informático, etc.–, falla en contrario de los anteriores presupuestos legales, se convierte en un factor determinante de inseguridad jurídica. Ello porque al dejar de lado la necesidad de valorar el dictamen pericial como lo establece el artículo 241 del CPC y en su caso el CGP– mediante el artículo 232, para dilucidar el conflicto demandado, incurren en la omisión considerada por las altas Cortes, como una violación al debido proceso (Corte Constitucional, Sentencia F-466 de 1991).

Esto, bajo la premisa de que el perito es un colaborador del Juez, es un Auxiliar de la Justicia y que si bien el Juez goza de un margen importante de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas –porque eso hace parte de la autonomía e independencia judicial (Constitución Política de Colombia, art. 228) y de la facultad implícita a la función judicial de aná-

lisis integral de las pruebas dentro de la sana crítica (CPC, art. 187)–, esa discrecionalidad no puede confundirse con arbitrariedad, ni con absoluta libertad en la apreciación judicial de la prueba.

Debe ponderarse pues, que el juez no solo está sometido a la Constitución y a la proscripción de la arbitrariedad en el Estado Social de Derecho, sino a las reglas legales que determinan pautas obligatorias para él en la apreciación probatoria y ninguna de ellas le permite ser selectivo en las pruebas conducentes legal y oportunamente allegadas al proceso. Ello en el entendido que se comparte, acerca de que siendo el perito un colaborador del juez en la comprobación o no de los hechos, el dictamen debe propender por tal comprobación y por eso –aún si las partes no hacen uso de su derecho–, el operador judicial en su actividad de valoración de las pruebas, debe requerir las aclaraciones y complementaciones que sean necesarias para agotar los conocimientos del perito en la ciencia respectiva y de esa manera llegar a una Sentencia absoluta o condenatoria, porque se cumplió o no la ecuación: Hecho=Daño<=Nexo Causal= Responsabilidad.

Desde el punto de vista etimológico, puede definirse el dictamen pericial, como la verificación por parte de una persona idónea o capacitada, de hechos de interés que requieren para su determinación especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia.

En otros términos, la peritación es una actividad humana a través de la cual se verifican hechos y se determinan sus características y modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos (Devis, 1994, p.277). En sentido estricto, la peritación es una actividad procesal por naturaleza porque ocurre siempre en un proceso o como medida procesal previa, con lo que se le distingue de las actividades similares extraprocesales que pueden ser denominadas hasta peritaciones, pero no en sentido jurídico (Devis, 1994, p.277). No obstante, resulta oportuno reservar la denominación de peritaje o peritación para el dictamen rendido en un proceso o en diligencia procesal previa, con el fin antes indicado.

Ahora bien, dentro del marco procedimental civil colombiano no se habla indistintamente de prueba pericial, peritación, o dictamen pericial y se le define como la verificación de hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos (CPC, art. 233).

Se entiende por dictamen pericial el concepto rendido por un experto en el tema que corresponda, una vez ha examinado personalmente las personas o cosas objeto del dictamen y asimismo en cuanto a los experimentos e investigaciones que considere necesarios, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad.

El dictamen puede ser judicial o extrajudicial y contendrá, además del concepto que debe ser claro, preciso y detallado,

la manifestación expresa de los soportes en que se sustenta, tales como las explicaciones de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones y la información útil que haya sido recibida de las partes o de terceros.

Una vez presentado al proceso, el dictamen es puesto a consideración de las partes, para que tanto ellas como el juez soliciten al perito las aclaraciones, complementaciones u objeciones que estimen convenientes, o en su defecto para que lo acepten. En caso de ser objetado, solo es procedente tramitar la objeción cuando esta se sustente en error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubiere llegado el perito o porque el error se haya originado en estas. Este error debe ser precisado por el objetante, aportando o solicitando las pruebas conducentes para demostrarlo. El dictamen practicado dentro del proceso como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado, las partes podrán pedir que se complemente o aclare. Con todo, el juez podrá decretar de oficio uno nuevo con distinto perito, que será inobjetable, pero del que también se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare. En este aspecto es fundamental tomar en cuenta lo ya regulado por la Ley 1395 de 2010 para los procesos verbales y lo establecido en el Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012–, a manera de referente entre lo que antes era y lo que ahora no es.

En el marco de la aplicación del CPC, la labor del perito es retribuida mediante asignación de honorarios que hace el

juez de acuerdo con la tarifa oficial, a cargo de la parte que haya solicitado el dictamen y en caso de oficiosidad, se indicará lo que de ellos deba pagar cada parte. En el caso de que se requieran expertos de conocimientos muy especializados, el juez podrá señalarles los honorarios sin limitación alguna, teniendo en cuenta su prestancia y las demás circunstancias del caso. En el marco del CGP, esta asignación de honorarios solo aplica para el perito que haya sido designado por el juez.

Además de los peritos que conforman la lista de auxiliares de la justicia, también podrán rendir informes y dictámenes sobre hechos que interesen al proceso, las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado y las que tengan el carácter de consultoras del Gobierno. Los informes son inobjetables, pero se podrá pedir su complementación y aclaración. En cuanto a los dictámenes deberá surtirse la contradicción, de tal suerte que siendo la primera experticia rendida dentro del proceso, es susceptible de objeción por error grave. Esta posibilidad fue modificada por el Código General del Proceso contenido en la Ley 1564 de 2012 cuya entrada en vigencia está implementada en algunos casos, de acuerdo con la etapa en que se encuentre el proceso, pero en todo caso limitando el plazo máximo a partir del 01 de enero de 2016, cuando se aplicará en todo el territorio nacional, según lo ha determinado el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo No. PSAA15-10392 del 01 de octubre de 2015.

Momentos procesales de la prueba pericial

La prueba o dictamen pericial debe surtirse cumpliendo las siguientes etapas o pasos procedimentales:

- a. **Solicitud y/o presentación:** Cuando la parte la pide, o la aporta (perito particular o extra-proceso) con su escrito de demanda, contestación o pronunciamiento a las excepciones de fondo.
- b. Cuando es aportada por las partes, se debe tener en cuenta que al correrse traslado de la demanda o de su contestación, también se le está dando traslado al dictamen pericial, sin perjuicio del traslado que de él se haga en el auto que decreta las pruebas.
- c. **Decreto:** Auto que ordena las pruebas solicitadas por las partes y las oficiosas.
- d. **Posesión del perito:** En el tiempo que transcurre entre la designación del perito y su posesión, las partes pueden solicitar que el dictamen se extienda a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó.
- e. **Práctica de la pericia:** En esta etapa, el juez, las partes y los apoderados podrán hacer a los peritos las observaciones que estimen convenientes y presenciar los exámenes y experimentos, pero no intervenir en ellos ni en las conclusiones que vaya haciendo el perito.
- f. **Presentación:** Una vez concluida la realización de la experticia y dentro del término legal o su prórroga, el perito presentará el dictamen al interior del proceso.
- g. **Contradicción:** Entregado el dictamen por el perito, es

puesto en conocimiento de las partes, para que ejerzan su derecho a contradecirlo (objectarlo), o a solicitar su aclaración y complementación.

- h. Valoración y calificación: Una vez cumplida la etapa de alegatos y antes de dictar Sentencia, el juez valora el dictamen al igual que el resto del acervo probatorio.

De la discusión doctrinal y jurisprudencial que ha existido en torno al dictamen, ha quedado aceptado, claro y entendido que el dictamen pericial es un medio de prueba y no un mero instrumento de apoyo, que aporta al juez conocimientos científicos y/o especializados de los cuales aquel carece y que son necesarios para decidir el asunto sometido a su consideración. Pero para que adquiera tal calidad, debe cumplir con determinados requisitos que lo caracterizan, tales como la idoneidad del perito, la imparcialidad, la claridad, precisión y detalle de sus conclusiones, entre otros.

La valoración de la prueba en el proceso civil

Para el profesor Gustavo Humberto Rodríguez (1986) el sistema de evaluación de las pruebas ha recorrido el camino transitado en la evolución del Derecho probatorio (p.70). Siguiendo a Gorphe, alude a las cinco fases por las que ha pasado en su evolución: la étnica, la religiosa, la legal, la sentimental y la científica o actual.

Brevemente me referiré a los orígenes para llegar a la fase de valoración actual: en la fase étnica, propia de las sociedades primitivas, el delito flagrante era la forma típica del procedimiento. El sistema de evaluación era primitivo y se caracteri-

zaba por una calificación que seguía las leyes y reglas del *gens* (Rodríguez, 1986, p.70).

La fase religiosa por su parte se caracterizó por los llamados juicios de Dios, en los cuales el sistema estaba sustentado en la Ley mágica que imponía la interpretación del hecho juzgado (pp.70-71).

En la tercera fase, la Ley determinaba el procedimiento, los medios de prueba y aún el valor de estos. El legislador fungía como calificador y el juez como mecánico aplicador de esos valores señalados *a priori*; en este sistema, la norma positiva determinaba *a priori* el medio probatorio y su apreciación, inclusive de los indicios y las presunciones y teniendo en cuenta su cantidad, no su calidad y las categorías jerárquicas de las clases sociales (pp.70-71).

La cuarta fase, denominada sentimental, surgió de la Revolución Francesa; en virtud de la exaltación del hombre, de la razón humana, el íntimo convencimiento, sin pautas ni reglas, se determinaba la calificación de las pruebas. Surgen las pruebas morales, vinculadas a un sistema moral del cual desprende la institución juradal, exaltadora de la soberanía popular (pp.70-71).

Por último, la fase científica o actual, en la que la prueba y su evaluación se han regulado por el raciocinio del juzgador, limitado y guiado por los principios y enseñanzas de las ciencias, de la técnica, de la lógica y de la experiencia humana. A partir de esta fase se empieza a considerar al juzgador como un intérprete de los hechos, caracterizados por ser complejos

y dinámicos, atados por relaciones de causalidad y que, como consecuencia, la labor interpretativa no podría ser arbitraria, intuitiva, sino por el contrario, auxiliada por las leyes científicas del mundo síquico, físico, lógico y sociológico. Así, el sistema de valoración que surge es racional o de sana crítica, que impone la aplicación científica y lógica a la interpretación probatoria (pp.70-71).

Valoración del dictamen pericial

Para Hernando Devis Echandía (2012, pp.335-336) las legislaciones procesales regulan el valor probatorio del dictamen pericial de dos maneras: sujetándolo a una tarifa legal en virtud del cual el dictamen uniforme de dos peritos hace plena prueba; u otorgándole al juez libertad para apreciarlo, de acuerdo con las reglas de la sana crítica³. En las legislaciones que han actualizado su regulación procesal durante las últimas tres décadas se reconoce la libertad de crítica del juez, tanto civil como laboral o penal y de otras jurisdicciones. Ejemplo de esto son los Códigos argentinos de Procedimiento Civil y Comercial para la justicia nacional (art. 476) y de otras provincias; los Códigos de Procedimiento Civil (art. 187 y 241) y Procedimiento Penal (art. 278) colombianos; Códigos de Procedimiento Civil italiano, alemán, austríaco, ruso, brasileño y la gran mayoría de los de Procedimiento penal; además el viejo Código francés de Procedimiento Civil (art. 323) (Devis, 2012, p.336).

³ Esta posición es acogida por el Código General del Proceso, artículo 232 “El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia y las demás pruebas que obren en el proceso.”.

El reconocimiento legal de esa facultad judicial también tiene su sustento doctrinal. La doctrina moderna está de acuerdo con esa libertad que es considerada indispensable para que el perito no usurpe la función jurisdiccional del juez y para que este pueda controlar cabalmente si el dictamen cumple o no los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria. Al respecto, se han desarrollado dos posiciones: por un lado, quienes defienden la libre valoración de las pruebas por el juez en general, quien la extiende a la peritación como medio de prueba; y, por otro lado, quienes consideran que no se trata de un verdadero medio de prueba la peritación, sino de un acto auxiliar para ilustrar al juez en materias técnicas, artísticas o científicas, quienes con mayor razón consideran que las conclusiones del dictamen nunca vinculan al juzgador (Devis, 2012, p.336).

Sin embargo, en aquellas legislaciones donde aún es conservado el sistema de tarifa legal, expresa o implícitamente se exige que el dictamen esté debidamente fundamentado y se rinda con las formalidades procesales. Con ello se entiende que esa tarifa no impide que el juez critique el contenido del dictamen y lo rechace si no lo considera conveniente, porque le falte alguno de los requisitos o lo estima nulo. Para Devis Echandía (2012, p.336) Colombia no fue excepción en este caso. En materias civiles a pesar de que las legislaciones anteriores consagraban la tarifa legal de plena prueba, la jurisprudencia y la doctrina han estado siempre de acuerdo en que el juez tiene la facultad de valorar el contenido del dictamen y de separarse de sus conclusiones si no las encuentra debidamente fundamentales, claras, precisas y convincentes; igual

libertad se le otorga en lo penal, laboral y contencioso administrativo y en el Código de Procedimiento Civil y el nuevo Código General del Proceso.

Según el maestro Devis Echandía (2012)

...es absurdo ordenar al Juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos, sea que le convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquel y se constituiría a estos en jueces de la causa. (p.272)

De ser así traduce una posición automática del juez, privándolo de su función de fallador y convertiría a los peritos en jueces de la causa (Devis, 2012, p.387).

La posición normativa defendida por el autor (Devis, 2012, p.337) consiste en que el rechazo del dictamen pericial por parte de los jueces debe basarse en razones serias que debe explicar, en un análisis crítico tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones y de las demás pruebas sobre los mismos hechos. Ello debería llevarlo al convencimiento de que existe o no una relación lógica indispensable entre los fundamentos y las conclusiones. En esta medida el valor probatorio del dictamen debe ser el mismo tanto para la relación de hechos observados por los peritos, como para sus conclusiones técnicas o científicas. Es decir, debe existir unidad de criterios para la apreciación del dictamen, el mismo valor probatorio para ambos aspectos: el primero produce una sustitución de la perfección del juez o de testigos y el segundo comprendido por las explicaciones o fundamentaciones que los peritos expongan sobre la manera como adquirieron el conocimiento

de los hechos y la apreciación del juez. En terminos de Italo Virotta (1949) *l*

la función de la pericia es unitaria, aunque estructuralmente se deba distinguir la percepción de la valoración del hecho y por el aspecto intelectual la observación y la valoración se compenetran, si no se confunden. (Citado por Devis, 2012, pp.337-338)

Jairo Parra Quijano (2004, p.64), sigue la línea anterior al reiterar que si se tiene presente que el perito es un auxiliar del juez y el dictamen un medio probatorio, resultaría un verdadero contrasentido que el funcionario tuviera que aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos. Por consiguiente el juez debe analizar el dictamen pericial y, en caso de convencerlo, debe tenerlo en cuenta para edificar sobre él la decisión que tome, si no, debe desecharlo.

En una muestra de la forma en que un juez valora el dictamen pericial, la Corte Suprema de Justicia colombiana pronunció en una de sus Sentencias:

Analizando el experticio rendido por los peritos R y L, se observa que estos hicieron una detenida descripción del inmueble, discriminando todos y cada uno de los diferentes locales y las habitaciones, indicando el material en que fueron construidos o reformados. Posteriormente hicieron un cálculo del valor de los arrendamientos en la época a que se concreta el avalúo, aspecto que es muy importante por cuanto la rentabilidad de una cosa incide necesariamente en el valor de la misma. Cuánto renta, cuánto vale, posteriormente hicieron el cálculo de los metros de construcción de la edificación y los avaluaron separadamen-

te del lote. Todos los anteriores factores llevaron a los señores peritos a dar un guarismo como valor total del inmueble. No es pues atendible la censura en el sentido de que el experticio carece de motivación. La tiene, como queda demostrado. y además una motivación razonable que el tribunal dentro de su libertad de apreciación de la prueba estimó suficiente...⁴. (Sentencia de agosto 24 de 1982)

Es de esa forma como el juez es soberano para examinar el dictamen pericial sin predisposiciones. Claro está, presentando la debida justificación en todos los casos. En relación con esto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que

uno de los requisitos sine qua non que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía que le es propia⁵.

En caso de existir varios dictámenes provenientes de distintos peritos, el juez debe compararlos para, en caso de existir desacuerdos, establecer preferencia sobre alguno según la calidad de los peritos y de las razones expuestas, teniendo en cuenta si reúnen o no los requisitos para su validez y eficacia (Evis, 2013, p.338). Si existe desacuerdo en la misma peritación, el dictamen del perito que conceptuó en minoría le sirve al juez para fundamentar el rechazo del concepto de la mayoría si considera que las razones expuestas por aquel le parecen más convincentes y mejores. En estos casos el Código

4 Corte Suprema De Justicia. Proceso ordinario de Rosa Castillo de Lozada contra Deogracias Lozano Penagos. M. P.Dr. Jorge Salcedo Segura.

5 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de Octubre de 1953.

de Procedimiento Civil colombiano establece que el juez está en el deber de decretar nuevos dictámenes con peritos diferentes.

En cuanto al Código General del Proceso, indica en sus artículos 228 y 231 el trámite para la contradicción del dictamen, tanto el aportado por alguna de las partes, como el decretado de oficio, respectivamente. En esa reglamentación se observa que no se instituyó el deber del juez de decretar un nuevo dictamen en caso de contradicción, a excepción del inciso 2º del parágrafo del artículo 228, referido a los procesos de filiación, pero por expresa solicitud debidamente motivada del interesado en que se ordene una nueva pericia, quien deberá asumir el costo de tal dictamen y precisar los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.

Aterrizando, entonces, a la valoración del dictamen pericial en Colombia, bajo la égida de la sana crítica y las reglas de la experiencia, el juez deberá enmarcar antes de entrar a valorarlo, la idoneidad del perito, la claridad, precisión y soportes del dictamen y obviamente lo argumentado por las partes en la etapa de contradicción, así como la coherencia entre el mismo y los hechos de la demanda o de su contestación. Aunado a lo anterior, siempre valorarán en conjunto las pruebas, de tal manera que el dictamen *per se* no se constituye en el medio probatorio determinante de la decisión judicial, pero su carácter científico y la pericia o no que de él se observe, lo harán pieza importante de la motivación en uno o en otro sentido de la decisión.

FORMA DE VALORAR EL DICTAMEN PERICIAL EN CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Para abordar esta etapa, entendida la valoración como la finalidad genérica de la prueba en cuanto a que, para llegar a alcanzar su meta específica de probar o no el derecho de una de las partes, se hace necesario establecer qué es responsabilidad civil y para ello tendremos que recordar la noción de obligaciones.

Noción de obligación

Las obligaciones se definen como:

- Exigencia establecida por la moral, la Ley o la autoridad.
- Cosa que se debe hacer.
- Título valor, generalmente amortizable, al portador y con interés fijo, que representa una cantidad de dinero que ha sido prestada por una persona u organismo a alguien con la exigencia de ser devuelto en un plazo determinado.

En el Código Civil Colombiano, artículo 1.494, se dice que las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones ya de un hecho voluntario de las personas que se obligan, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi contratos; ya consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos, ya por disposición de la Ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Complementando lo anterior, se encuentra en el artículo 34 de la Ley 57 de 1.887 lo que reza a continuación:

Las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la Ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la Ley se expresan en ella.

Si el hecho del que nacen es lícito, constituyen un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasi delito o culpa.

De lo anterior se desprende que las obligaciones nacen de los contratos, de los hechos voluntarios de las personas que se obligan, a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona como en los delitos, de los cuasi delitos, en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia y de la Ley.

La responsabilidad civil

Según la define Carbonnier, la responsabilidad civil es “la obligación de reparar el perjuicio causado a otro” (Devis, 2012, p.19); como tal, es *fuentes de obligaciones* por cuanto somete a quien ha ocasionado un perjuicio a otro, a reparar las consecuencias de ese daño. Tal persona que resulta obligada a indemnizar es el civilmente responsable (Tamayo, 2009, p.19).

Es posible que el perjuicio –materia de la indemnización– emane de un hecho cualquiera, realizado sin que exista un contrato entre el civilmente responsable y la víctima, o por el contrario, provenga del *incumplimiento de un contrato*. A este respecto, se ha hecho la distinción entre la responsabili-

dad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual o delictual (Tamayo, 2019, pp.19-20).

El artículo 95 de la Constitución Política Colombiana enseña en los ordinales 1º y 2º lo siguiente

son deberes de la persona y el ciudadano 1º Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Esta norma enseña que, si se abusa o si se lesionan los derechos de los demás, surge la responsabilidad, esto es la obligación de responder por los daños causados a los derechos ajenos.

En relación con la Responsabilidad Civil y de acuerdo a la definición que se ha dado de la obligación, se observan en ella tres elementos, a saber:

- a. Una persona, sujeto activo del vínculo jurídico, llamada acreedor.
- b. Otra persona, objeto pasivo del vínculo jurídico, denominada deudor, quien se encuentra en la necesidad jurídica de procurar a su acreedor el beneficio del derecho.
- c. La prestación, que es el objeto de la obligación y que de acuerdo al artículo 1.495 del Código Civil Colombiano: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas”* (Valencia Zea, 1990).

En relación con las obligaciones, se distingue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado –aclarando que esta clasificación estaba indicada ya en el derecho romano–.

Arturo Valencia Zea (1990) dice que esta clasificación tiene raíces en autores alemanes, pero que ha sido enseñada estos últimos años por algunos autores franceses y señala que

según Schlossmann, en toda obligación debe distinguirse entre la actividad y conducta del deudor y el resultado de esa actividad, el contenido u objeto de la obligación, no es el resultado, sino la actividad del deudor y el resultado es el fin de la obligación.

Y refiriéndose a esta, comenta:

Esta doctrina es ingeniosa y prácticamente el único reparo que se le hace es el de plantear todo el problema de las obligaciones en un terreno distinto del que se ha tenido tradicionalmente desde los romanos, pues cuando estos definieron las obligaciones de dar o no hacer se refirieron a los resultados de la conducta del deudor y no simplemente a los medios, de modo que el resultado debía obtenerse mediante un pacto especial de garantía.

Continuando con el desarrollo de esta doctrina, señala el mismo autor:

La anterior tesis fue tomada posteriormente por otros juristas (sobre todo Oertmann y Demogue) y revisada así: existen obligaciones que, según la tradición y la costumbre, persiguen el resultado y no solo la conducta del deudor, el resultado ha de producirse sin necesidad de pacto especial de garantía que exigía Schlossmann. En cambio, otras obligaciones son de simples medios en el sentido de que por lo regular el deudor se obliga únicamente a producir una conducta o actividad prudente, sin garantizar el resultado (Valencia, 1990).

La responsabilidad jurídica civil se define como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un acto, una conducta o un hecho. La consecuencia es patrimonial, esto es económica, pecuniaria exclusivamente. La obligación de asumir las consecuencias guarda conformidad con el daño que se cause contravencional, penal o civil.

La responsabilidad jurídica civil nace cuando se da un hecho dañoso que lesiona un patrimonio ajeno. Es suficiente que el resultado dañoso se relacione, se atribuya a un hecho que pueda referirse a una persona, a una cosa animada o inanimada, sin que sea necesaria la acción o el acto humano directo. Si bien es cierto que el animal o la cosa deben tener nexo con la persona humana en la cual se concrete la obligación de indemnizar, o mejor, la responsabilidad, ese vínculo mediato remoto se considera vital para el nacimiento de la responsabilidad, dado que el daño no surge de una actividad psicossomática directa de la persona, sino del impacto, de la relación inmediata, directa, de la cosa con el objeto o persona lesionada (Martínez, 1995, pp.21-22).

El Código Civil destina el Título 12 de su Libro Cuarto a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales y el Título 34 del mismo Libro a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas. Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan

importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio.⁶

Entendiendo lo anteriormente expuesto, lo pertinente es que la valoración del dictamen no queda al criterio del juez, pues, aunque deberá hacerla utilizando las reglas de la experiencia, no debe omitir el estudio minucioso de los argumentos y determinaciones del peritazgo, que, por su carácter técnico, es un medio de prueba que debe ser realizado bajo la objetividad de la *Lex Artis* o de los protocolos de la ciencia, técnica o artes a que esté referido el conflicto. De tal manera, el juez (sea de 1ª o de 2ª instancia) tiene, no solo la facultad oficiosa, sino el deber de requerir del perito las aclaraciones y complementaciones que considere necesarias para tener suficiente claridad de lo ocurrido, para que en concordancia con el resto del acervo probatorio pueda administrar recta justicia, negando o concediendo, total o parcialmente, las pretensiones o excepciones. Ello, para aquellos casos en que las demás pruebas obrantes en el expediente sean insuficientes para obtener tal claridad.

DISCUSIONES Y RESULTADOS

En relación con el dictamen pericial y la importancia de su correcta valoración frente a la decisión judicial, la discusión ha estado alrededor de si sus conclusiones obligan o no al juez a definir el litigio ese sentido, o si por el contrario el juez mantiene su independencia frente a el, siendo el dictamen una prueba más dentro del proceso, que debe ser valorada en

⁶ Corte Suprema de Justicia, M.P.Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Exp.5099. Febrero 19 de 1999.

conjunto con las demás probanzas debidamente allegadas. En ese orden de ideas, el maestro Devis Echandía considera:

... Es absurdo ordenar al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos, sea que le convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquel y se constituiría a estos en jueces de la causa. (Martínez, 1995, p.272)

Lo anterior bajo el entendido que, si bien el perito aporta mediante su dictamen una información técnica y especializada ajena al conocimiento del juez y necesaria para desatar el conflicto, no es menos cierto que la contundencia del dictamen depende de su idoneidad argumentativa, los soporres y medios o experimentos por medio de los cuales haya llegado la coherencia de tales conclusiones con el resto del acervo probatorio. De tal manera, el perito no puede obviar la existencia de las demás pruebas relacionadas con los hechos, abrogándole todo el peso probatorio al carácter científico de su dictamen.

Por consiguiente esta no es una prueba reina que deba ser seguida ciegamente por el juez; por el contrario, la característica básica del dictamen pericial es que no ata al juez, aunque algunas experiencias muestran que en la realidad no se sigue esta regla pues tal y como expresa el maestro Vásquez Ferreira (citado por Serrano, p.272), se ha detectado que en muchos casos la labor del juez se alinea con las conclusiones del dictamen pericial:

Una de las características fundamentales del dictamen pericial es que el mismo no ata al juez. Ello quiere decir que el magistrado es libre en la apreciación del dictamen. Sin perjuicio de esto, la experiencia demuestra que en la generalidad de los casos los jueces se limitan a seguir al pie de la letra las “conclusiones” del dictamen pericial, sin entrar a analizar mayormente el contenido e importancia de la labor efectivamente desplegada por el perito. Como dijimos anteriormente, la labor del juez se transforma en mera homologación de lo decidido por el perito...” (citado por Serrano, p.272)

En este sentido, Nieva Fenoll (2010) enseña en su obra *La valoración de la prueba*, que la correcta actividad de valoración probatoria debe estar basada en el mantenimiento de la imparcialidad judicial, vinculada a la necesaria motivación de las razones concretas por las que el juez se ha convencido de la realidad de unos hechos, según se concluye de lo expuesto en las páginas 30 y 31 de la obra citada (Fenoll, 2010, pp. 30,31).

De lo anterior se desprende que tanto el fallador como los abogados litigantes deben hacer el uso adecuado de la prueba pericial, que resulta ser tan importante en los casos de responsabilidad civil. En relación con la actividad del litigante es oportuno señalar que en la práctica judicial se observa que son escasos los procesos en los que se solicita, o aporta, un eficiente dictamen pericial y mas allá de eso, en la mayoría de los casos en que se plantea usar este medio probatorio, no se ejercita una adecuada y efectiva contradicción, ni se solicita aclaración y/o complementación oportunamente.

Estas observaciones casuísticas llevan a concluir un alto grado de ausencia absoluta de asertividad del litigante al solicitar el Decreto de pruebas, carente de una estructuración coherente y congruente de los cuestionarios de la prueba pericial solicitada, con lo que se percibe no solo el desconocimiento de la materia especializada de la responsabilidad civil, sino también de las elementales reglas consagradas en los Art. 236 al 243 del CPC, actualmente establecidas por el CGPa partir de su artículo 226, resultando, de contra, una pérdida en años invertidos en procesos judiciales condenados indefectiblemente a Sentencias en contra de los demandantes, bien porque nunca debieron ser iniciados, o porque no se solicitaron y/o practicaron coherentemente las pruebas periciales que correspondían.

En este punto también es preciso anotar que, si bien es cierto que la carga probatoria la tiene la parte interesada, no es menos veraz la facultad oficiosa del juez, aún en segunda instancia, para ordenar la aclaración, complementación y ampliación del dictamen (CPC, art.240). Esta facultad –entre otras– deviene para que el juez pueda cumplir con el deber consagrado en el Art. 4 del CPC, en concordancia con el artículo 11 del G.G.P.: tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial. De tal manera, la valoración del dictamen pericial no puede ser huérfana del interés del juez, en tanto este sea pertinente y conducente para una efectiva administración de justicia. Lo anterior, en consonancia con lo establecido por

la Corte Constitucional en la T-264/09 (Sentencia T-264 de 2009)⁷, en la que manifestó:

La Corte, tras reiterar la *ratio decidendi* de la Sentencia T-1306 de 2001 –citada– señaló que, si bien los jueces gozan de libertad para valorar las pruebas dentro del marco de la sana crítica, no pueden desconocer la justicia material por un exceso ritual probatorio que se oponga a la prevalencia del derecho sustancial; que el sistema de libre apreciación es *proporcional*, mientras no sacrifique derechos constitucionales más importantes y que “*tiene operancia*” aún tratándose de actos sujetos a formas sustanciales.

Resumiendo, la Ley procedimental colombiana, la jurisprudencia y los doctrinantes citados, coinciden en la definición del dictamen pericial como un medio de prueba, así como en su forma y contenido, las reglas para su presentación y su contradicción dentro del debido proceso. Valga precisar que a partir del 2012 se aplica el marco procedimental del dictamen pericial bajo la reforma de la Ley 1395 de 2010 y actualmente el CPC se encuentra derogado por la Ley 1564 de 2012 por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso, que en el Capítulo VI del Título Único de la Sección Tercera del Libro Segundo, trae una reglamentación mucho más completa y técnica acerca del contenido del dictamen y el perfil que debe cumplir el perito, simplificando la utilización de este medio probatorio a la obligación de su presentación por parte de quien lo considere necesario para sus intereses dentro del proceso, eliminando así, el trámite incidental de la objeción,

⁷ M.P.Luis Ernesto Vargas Silva.

pues la contradicción se hará mediante la comparecencia del perito a solicitud de parte para que sustente el dictamen y su idoneidad pericial para rendirlo y/o la presentación de un dictamen que contradiga el presentado por la otra parte, o mediante ambos mecanismos.

En el caso de la comparecencia, el perito podrá ser interrogado por el juez y por las partes. También establece esta nueva reglamentación la multa al perito que no rinda el dictamen en tiempo y la obligación de acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen, so pena del deber de reembolsar las sumas no acreditadas y recibidas como gastos de pericia. Asimismo, adiciona otros requisitos para la apreciación del dictamen por parte del juez, tales como solidez, claridad, exhaustividad, comportamiento del perito en la audiencia y cambia la cualidad de competencia por idoneidad del perito.

Estas novedades procedimentales, bien utilizadas por litigantes y administradores de justicia, seguramente serán de gran ayuda para evitar la abundancia de fallos absolutorios en favor de entidades y profesionales en actividades y oficios, –vinculados a procesos judiciales por actos u omisiones presuntamente generadores de perjuicios a los demandantes–, por falta de prueba del nexo causal, especialmente el requisito de la *exhaustividad* del dictamen.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución Política de Colombia, artículo 228.
Corte Constitucional, T- 466-99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra;
reiterada por la CSJ, S. Civil, Sent. T-1100122030002010000
3301, feb. 24/10, M. P. Edgardo Villamil.

- Devis Echandía, H. (1994). *Compendio de derecho procesal*, Tomo II (10ª ed.). Medellín, Colombia: Editorial DIKE.
- Devis Echandía, H. (2012). *Teoría general de la prueba judicial* (6ª ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Martínez Rave, G. (1995). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia* (8ª ed.). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba* (1ª ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Palacio Hincapié, J. Á. (2004). Derecho Procesal Administrativo. La prueba judicial. Tomo I. Bogotá, Colombia: Editorial Doctrina y Ley Ltda. p.298
- Parra Quijano, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio* (1ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- República de Colombia (1953). S.C. Civil, 09 de octubre. Corte Suprema de Justicia.
- República de Colombia (1982). Rosa Castillo Vs. Deogracias Lozano, 24 de agosto. Corte Suprema de Justicia.
- República de Colombia (1999). Exp.5099, 19 de febrero. Corte Suprema de Justicia.
- República de Colombia (2004). Corte Constitucional. Magistrado ponente: Cepeda Espinosa, M. T-579.
- República de Colombia (2004). Corte Constitucional. Magistrado ponente: Monrroy Cabra, G. T-920.
- República de Colombia (2004). Exp.6199, 14 de octubre. Corte Suprema de Justicia.
- República de Colombia (2006). Corte Constitucional. Magistrado ponente: Sierra Porto, H. T-1034.

- República de Colombia (2006). Corte Constitucional. Magistrado ponente: Vargas Hernández, C. T-796.
- República de Colombia (2006). Corte Suprema de Justicia. SC093. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.
- República de Colombia (2009). Corte Constitucional. Magistrado ponente: Vargas Silva, L. T-264.
- República de Colombia. Constitución Política de Colombia. artículo 29.
- República de Colombia. Código de Procedimiento Civil. Sección III, Capítulo V.
- República de Colombia. Código General del Proceso. Sección III, Capítulo VI.
- Rodríguez, G. (1986). *Derecho probatorio colombiano* (1ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Tamayo Lombana, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual* (1ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Valencia Zea, A. (1990). *Derecho civil* (1ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Valencia Zea, A. (1990). *Derecho Civil*. Tomo III. De las obligaciones. Octava edición. Bogotá: Editorial Temis.

Cómo citar este artículo:

García Torres, G. A. (2018) La valoración judicial del dictamen pericial en la jurisdicción civil: factor determinante en juicios de responsabilidad en Colombia. En Navarro-Suárez, D., Rodríguez Serpa, F., Enamorado Estrada, J. y Rodríguez Lara, I. (Ed). *Metateoría y Praxis de la justicia restaurativa, ambiental y iusfilosófica, Tomo I* (pp.171-208), Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar.