

GÉNERO Y DESPLAZAMIENTO FORZADO



PROGRAMA INTEGRAL
CONTRA VIOLENCIAS DE
GÉNERO



COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL - CNGRJ-

Magistradas y Magistrados integrantes

Ruth Marina Díaz Rueda
Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil
Presidenta de la Comisión

Jorge Castillo Rugeles
Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa

María Nohemí Hernández Pinzón
Consejo de Estado

Angelino Lizcano Rivera
Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria

María Victoria Calle Correa
Corte Constitucional

Carlos Useda
Director Ejecutivo de Administración Judicial
Secretario de la Comisión

Magistrados auxiliares

Santiago Alba Herrera

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Angelino Lizcano Rivera
Presidente del Consejo Superior de la Judicatura

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA

Hernando Torres Corredor
Presidente de la Sala Administrativa

[Según el Acuerdo No. PSAAo8-4552 de 2008, art.9, las Unidades Técnicas del Consejo Superior de la Judicatura -Sala Administrativa- prestan apoyo a la CNGRJ](#)

Carlos Useda
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Director

Gladys Virginia Guevara Puentes
Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"
Directora

Luz Marina Veloza
Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico
Director

Jorge Mario Rivadeneira
Unidad de Carrera Judicial
Director

Paola Zuluaga Montaña
Centro de Documentación de la Rama Judicial
Directora

Antonio Barrera
Director de informática

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS -UNFPA- Apoyo técnico y financiero de la Comisión

Tania Patriota
Representante del UNFPA

Lucy Wartenberg
Representante Auxiliar

Esmeralda Ruiz González
Asesora en Género y Derechos

Lucía Arbeláez de Tobón
Asesora de Advocacy para la CNGRJ

Diana Catalina Buitrago
UNV Oficial Género y Derechos Humanos

Unidad de Comunicaciones del UNFPA

MDG/F- PROGRAMA INTEGRAL CONTRA VIOLENCIAS DE GÉNERO Apoyo técnico y financiero de la Comisión

Flor María Díaz
Coordinadora

María Teresa Duque Orrego
Especialista en Políticas Públicas Punto Focal del UNFPA

Nathalie Rengifo
UNV Oficial de Política Pública

ISBN: 978-958-99349-8-2
Bogotá, Marzo 2011

Bibiana Moreno - *Diseño y Diagramación*
Escala S.A - *Impresión*

PRESENTACIÓN

Dra. Ruth Marina Díaz

Magistrada Corte Suprema de Justicia y

Presidenta de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial


El desplazamiento forzado afecta de manera diferencial y desproporcionada a las mujeres y entre éstas a las mujeres indígenas y afro-descendientes; constituye además un delito que vulnera los derechos humanos, a la vida, a la familia, a la paz, a la dignidad, a la libertad, a la igualdad, a la tranquilidad, al trabajo, a la seguridad, a la libre circulación, a la vivienda, al mínimo vital, a la educación, a la propiedad, al trabajo, entre otros derechos.

Colombia es uno de los países con mayor número de desplazados(as) en el mundo. Las cifras varían de acuerdo a la fuente, pero van desde tres millones quinientos mil, cifra oficial registrada por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, hasta más de cuatro millones, según la Consultoría para los Derechos Humanos – CODHES.

La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, además de dar alta visibilidad a la situación de la población en situación de desplazamiento, ha establecido con meridiana claridad medidas para superar el “estado de cosas inconstitucional en el desplazamiento forzado” declarado mediante la sentencia T-025 de 2004. Adicionalmente en una decisión sin precedentes, se ha ocupado del tema de las mujeres afectadas por el conflicto y el desplazamiento, en el Auto 092 de 2008.

Es importante que cada operador/a judicial tome conciencia de las barreras que enfrentan las mujeres en situación de desplazamiento para acceder a la justicia, entre otras, la dificultad en materia probatoria en casos de violencia sexual o despojo violento o intimidatorio de sus tierras y bienes; el desconocimiento de sus derechos y de los mecanismos para demandar una reparación; la destrucción o pérdida de documentos; la pérdida de redes sociales de apoyo; la falta de asesoría jurídica sensible al género; el aspecto cultural que todavía persiste en los prestadores/as de servicios y que contribuye a la discriminación de las mujeres; el temor de las víctimas por amenazas a su integridad física o sexual, tanto a ellas como a sus hijos e hijas; el asesinato de sus parejas; la carencia de información suficiente en Catastro; el testaferrato, el lavado de activos, etc., etc.

Es en este contexto que sigue siendo un desafío para el Estado colombiano, evaluar los mecanismos y políticas vigentes para asegurar el acceso a la administración de justicia por parte de la población afectada por el desplazamiento forzado, especialmente de las mujeres; y garantizar que los y las prestadores del servicio de justicia comprenden la condición de vulnerabilidad de ésta población y actúan en consecuencia con la protección reforzada que les ha sido reconocida.



Es necesario reconocer que hay grandes esfuerzos por responder a la problemática, sin embargo, queda todavía mucho por hacer para prevenirlo y para garantizar de manera oportuna e integral los derechos a las personas afectadas. Adicionalmente el escenario colombiano presenta preocupantes indicadores de pobreza a lo cual se suma la situación de emergencia humanitaria causada por las inundaciones, lo cual constituye un elemento de mayor complejidad para prevenir y garantizar los derechos a una población que en general padece de una doble afectación: desplazamiento forzado por causas inherentes al conflicto y desplazamiento con ocasión de las inundaciones o desastres naturales.

Es por todo lo anterior que este documento cobra capital importancia como un ejemplo de lo que es posible hacer desde la Rama Judicial, renovando las capacidades de sus operadores/as para que aseguremos desde este ámbito del Estado la respuesta integral, oportuna y sensible a la población en desplazamiento, especialmente a las mujeres; contiene un análisis sobre el acceso a la administración de justicia como derecho fundamental; las acciones colectivas, de grupo o de clase como instrumento de defensa de los grupos en condiciones de vulnerabilidad; la dificultad probatoria que pesa sobre los grupos en estas condiciones y plantea algunas propuestas que permiten subsanar estas dificultades probatorias.

En nombre de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, integrada por representantes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, tengo el honor de presentar la publicación titulada “Género y Desplazamiento Forzado: una mirada desde la acción de grupo”, preparado por la Magistrada del Consejo de Estado, Dra. Ruth Estella Correa y ex presidenta de la CNGRJ, y que incluye un prólogo de la Sra. Flor María Díaz, Coordinadora del Programa Integral contra Violencias de Género – MDG.

PRÓLOGO

Sra. Flor María Díaz

Coordinadora General del Programa Integral contra Violencias de Género

El Programa Integral contra Violencias de Género MDG-F busca contribuir a la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, con especial énfasis en aquellas violencias de mayor prevalencia y gravedad en el contexto nacional, a saber: la violencia intrafamiliar, la trata de personas, la violencia sexual y la violencia producida por actores armados ilegales. Esto a través de la implementación de tres componentes: prevención, atención y de fortalecimiento de las políticas públicas, para cuyo desarrollo trabaja con base en diferentes estrategias: fortalecimiento institucional, de organizaciones sociales, comunicación educativa, etc.

En este marco, desde el año 2009, el Programa se integró al trabajo que venía realizando el Fondo de Población de las Naciones Unidas-UNFPA con la Comisión de Equidad de Género de las Altas Cortes, para el fortalecimiento de la política que sobre este tema adelanta la Rama Judicial, uno de cuyos ejes es el papel de la justicia en su función de garante de los derechos de las mujeres víctimas de violencia basada en el género.

En ese sentido, el estudio “Género y Desplazamiento Forzado, Una mirada desde la acción de grupo” realizado por la Dra. Ruth Stella Correa, Magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado y ex – presidenta de la Comisión de Género, el cual tiene como fundamento la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 26 de enero de 2006¹, constituye un análisis novedoso, juicioso y propositivo, sobre la viabilidad de la acción de grupo, como mecanismo eficaz para la reparación de las víctimas de desplazamiento forzado y de manera particular, de las mujeres víctimas de este flagelo, facilitando de esta manera el acceso de las mujeres a la justicia.

En efecto, uno de los tipos más graves de violencia que sufren las mujeres colombianas es el desplazamiento forzado², el cual, como lo ha señalado la Corte Constitucional de nuestro país, genera un “impacto desproporcionado” sobre la vida de las mujeres³.

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 26 de enero de 2006, actor Jesús Emel Jaime Vacca y su familia, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército-Policía nacional, Radicación número: AG-250002326000200100213-01, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

² Según cifras de la Consultoría para los Derechos Humanos y Desplazamiento CODHES, existen más de cuatro millones de desplazados en Colombia, de los cuales 50% de las familias desplazadas están encabezadas por mujeres.

³ “La violencia ejercida en el conflicto armado interno colombiano victimiza de manera diferencial y agudizada a las mujeres, porque (a) por causa de su condición de género, las mujeres están expuestas a riesgos particulares y vulnerabilidades específicas dentro del conflicto armado, que a su vez son causas del desplazamiento, y por lo mismo explican en su conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres (...)” Página 16, II Constataciones Generales, Auto 092 de 2008 Corte Constitucional.

El Auto 092 fue proferido en 2008 la Corte Constitucional en el seguimiento de la sentencia T-025 de 2004, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional en relación con la situación de desplazamiento forzado en el país, declarado en la sentencia T-025 de 2004 "(...) Declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado." ⁴ Este auto se refirió por primera vez de manera específica a la situación de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado y ordenó a las instituciones del Estado crear 13 programas orientados a satisfacer los derechos a la verdad, justicia y reparación de las mujeres víctimas de este delito.

Dos años después, el Consejo de Estado, a través de la sentencia comentada por la Dra. Ruth Stella, en relación con los hechos de la masacre de la Gabarra seguida de un desplazamiento masivo de personas, consideró, como se anotó anteriormente, la procedencia de la acción de grupo. Las acciones de grupo buscan la reparación a un número plural de personas, de un daño subjetivo derivado de una causa común, de esta manera, se logra que un derecho reconocido sea extensivo a toda una colectividad, superando el aspecto meramente formal y reconociendo el derecho desde su carácter sustancial, evitando las acciones indemnizatorias individuales y las decisiones contradictorias.

En el texto, la Dra. Ruth Stella Correa, señala las potencialidades de la acción de grupo, sus dificultades y la necesidad de implementar algunas reformas legislativas para el fortalecimiento de la misma. De importancia particular resulta la procedencia de una acción grupal que representa un avance respecto a las acciones grupales dejando atrás las exigencias de una acción individual. Así mismo, es de resaltar la presunción de daño moral establecida por el Consejo de Estado, punto en el cual, la reparación de perjuicios debe ser tasada con base en un enfoque diferencial que supone que el daño moral para las mujeres víctimas de este flagelo es fijado sabiendo el impacto diferencial de éste sobre su vida.

Este escrito, en la perspectiva de la Justicia Administrativa, avanza en la línea jurisprudencial de los Tribunales Internacionales, que han construido presunciones e invertido la carga de la prueba, permitido la investigación de estos crímenes como crímenes de sistema⁵, con el fin de hacer realidad los derechos a la verdad, justicia y reparación de las mujeres víctimas de los conflictos armados. Es hora no sólo de visibilizar sino de hacer justicia en relación con la violencia contra las mujeres en el marco de los enfrentamientos armados. De allí la importancia de este análisis y de la jurisprudencia que se presenta.

⁴ Sentencia T-025 de 2004, Corte Constitucional.

⁵ "Esta clase de crimen es una manifestación de criminalidad organizada calificada por políticas o prácticas oficiales, y caracterizada por involucrar un continuum de poderes e intereses, ocultando a los responsables superiores. Se trata de delitos que implican una detallada división del trabajo, con la finalidad de compartimentación y ocultamiento de responsabilidades de los eslabones más elevados.(...)"

La criminalidad de sistema es una figura doctrinal que permite analizar cómo se debería asumir el trámite de los casos complejos, que implican participación estatal, por parte de aparatos penales (sean estos internacionales, híbridos o nacionales)." International Center for Transitional Justice, Amicus Curiae, Ref: Proceso D0008131. Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley 1312 de 2009. Pág. 11. Este es el caso de las violaciones masivas a derechos humanos que se dan en contextos de conflictos armados bien sean de carácter nacional o internacional.

GÉNERO Y DESPLAZAMIENTO FORZADO

Dra. Ruth Stella Correa Palacio

Consejera de Estado

Ex Presidenta Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial de Colombia

INTRODUCCIÓN

Dos sectores de la población han merecido especial atención, en el marco de la construcción del principio de igualdad: las mujeres y la población desplazada por los conflictos internos que viven algunos países en diferentes latitudes. Uno y otro han merecido diversas medidas de apoyo tendientes a modificar su situación desventajosa por prácticas segregacionistas inveteradas y la administración de justicia ha jugado, en ese propósito, un papel preponderante, como garante del eficaz reconocimiento de los derechos sustanciales.

En los ordenamientos internos de nuestros países latinoamericanos el siglo XX merece ser destacado por puntos comunes en el avance del reconocimiento de los derechos de las mujeres, relacionados entre otros con la posibilidad de recibir directamente su salario (1931), la libre administración de sus bienes (1932), el ingreso a la universidad (1933), la protección de la maternidad (1938), el derecho al sufragio (1954), la prohibición de despedir a la mujer en estado de embarazo (1965), la concesión de la patria potestad, la eliminación de la obediencia al marido (1974), la abolición de llevar el apellido del esposo (1988), la ampliación de ocho (8) a doce (12) semanas de la licencia remunerada tras el parto (1990), etc.

En el año 91 la nueva Carta Política constitucionalizó la protección especial de los derechos de la mujer en la consagración de temas tales como la no discriminación por razón del género, la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública, la igualdad de derechos y oportunidades de la mujer en relación con el hombre, la especial asistencia durante su embarazo y parto, la libertad reproductiva, el apoyo especial a la mujer cabeza de familia y la protección especial en materia laboral, temas que han sido objeto de desarrollo legislativo en la ley 248 de 1995, por la cual se aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará.

También es importante mencionar la ley estatutaria 581 de 2000 por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43.

Estos son avances significativos en el derecho positivo nacional en relación con el reconocimiento de la igualdad de género a través de la consagración de discriminaciones de carácter

positivo en tanto se hacen estos reconocimientos expresamente a la mujer. Pero ello, como veremos adelante, no ha sido suficiente para la efectiva aplicación de esos derechos, campo en el cual, los jueces como operadores jurídicos tenemos un importante papel a desarrollar.

Ha sido muy importante la preocupación del constituyente en lograr esa igualdad, propósitos que además tienen su fundamento en normas de nivel internacional, algunas de ellas, casi su mayoría, recogidas por el ordenamiento jurídico interno.

En el ámbito internacional, son múltiples los avances en torno al reconocimiento explícito de la importancia de los derechos de la mujer que comportaron cambios sustantivos en las relaciones de género en una sociedad que la excluyó y la marginó. Entre ellos especial lugar ocupan la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (1966), la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el establecimiento de 1975 como año internacional de la mujer y de la década 1975-1985 como el decenio de la mujer por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, ratificada por la ONU en 1979), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará (1994), las Convenciones de Copenhague (1980) y Nairobi (1985), la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993), la Conferencia Mundial sobre población y desarrollo (1994) y la IV Conferencia Mundial sobre la mujer (Pekín, 1995).

Es claro entonces que el logro de la equidad que debe existir entre hombres y mujeres, pasa por una etapa de superación de los roles tradicionales de dominación, por la remoción de las desuetas barreras culturales que éstas han enfrentado en nuestra sociedad, por la construcción de relaciones de género igualitarias, por la superación de prejuicios de una sociedad excluyente, por cerrar la brecha histórica de una cultura patriarcal, en una palabra, por el reconocimiento del género femenino como sujeto de especial protección. De ello da cuenta la positivización de sus derechos en los ordenamientos internos e internacionales.

Otro sujeto especial de protección es la población afectada por el desplazamiento forzado, también objeto de un trato preferente por parte de los ordenamientos jurídicos internos de los países que sufren este flagelo, dadas las gravísimas condiciones de vulnerabilidad que afectan a ese colectivo; esto se ha visto reflejado en la ley 387 de 1997 que crea Sistema Nacional de Atención Integral a Población Desplazada – SNAIPD-.

Como se puede ver, la gravedad de este fenómeno, ha implicado que esta trágica situación de exclusión de millares de personas como sucede en el caso colombiano, involucre a diferentes autoridades, dentro de las cuales están las judiciales en su papel de garantía de la efectividad de los derechos humanos.

Este tema también ha merecido especial atención de la comunidad internacional, de ello dan cuenta diferentes instrumentos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, y el documento Principios rectores del desplazamiento forzado interno (1998).

Ahora bien, esa normativa internacional replicada en la mayoría de nuestros ordenamientos internos no alcanza a ser suficiente para lograr la garantía de los derechos de estos grupos dos veces vulnerables: las mujeres y la población desplazada, porque tal como observara Bobbio, el problema grave de nuestro tiempo no es fundamentar los derechos humanos sino lograr su efectiva protección, propósito en el cual la administración de justicia como una de las principales funciones en el estado de derecho, cumple un papel fundamental.

En relación con el desplazamiento forzado, se ha identificado en Colombia que es un problema que involucra principalmente a las mujeres, pues son las sobrevivientes del conflicto, y son quienes en su mayoría se desplazan a la ciudad en compañía de sus hijos pequeños y se enfrentan a situaciones de inequidad, de desatención, de pobreza y vulnerabilidad y son las responsables de mantener a su familia.

Estas condiciones de desventaja se ven acentuadas con ocasión de la reclamación de la reparación ante la jurisdicción a la que tiene derecho por el desplazamiento que acaban de sufrir y de la protección inicial que les debe ser dada como mujeres cabeza de familia que pasan a ser como consecuencia del desplazamiento forzado. En ese campo la legislación es muy pobre, la consagración en el derecho positivo de los elementos necesarios para poder lograr acceder a la administración de justicia es realmente escasa, son muchas las dificultades que se presentan entonces para esa mujer.

Por esa razón se ha identificado por parte de la jurisprudencia, y hago especial énfasis en la de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que la "Acción de Grupo" puede constituirse en un mecanismo idóneo para lograr la protección de ese grupo dos veces vulnerable, por un lado la mujer, y por el otro en situación de desplazamiento forzado.

Con esta perspectiva hemos dividido este documento en cuatro partes: i) el acceso a la administración de justicia como derecho fundamental. ii) las acciones colectivas, de grupo o de clase como instrumento de defensa de los grupos en condiciones de vulnerabilidad; iii) la dificultad probatoria que pesa sobre los grupos en condiciones de vulnerabilidad iv) Conclusiones y algunas propuestas.

I. EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En el mundo contemporáneo aún existen segmentos de la población que no gozan de las condiciones materiales para acceder a la justicia y por ende, no pueden llegar a los estrados judiciales por diversos motivos; temática que ha sido materia de estudio con el propósito de identificar el conjunto de causas o barreras que limitan, impiden o afectan la vigencia real de este derecho fundamental y que van más allá de las limitaciones económicas que puedan tener las personas, con el fin de encontrar respuestas y medidas efectivas tendientes a garantizarlo. La discriminación en razón del género y el desplazamiento se erigen en factores que inciden de manera preocupante en los indebidos límites al acceso a la administración de justicia.

La consagración constitucional del valor justicia como principio y fin fundante del Estado hasta la reafirmación y fortalecimiento del sistema de administración, gestión y control de la Rama Judicial del Poder Público, como la encargada de hacer efectivos los derechos, deberes, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y las leyes a los asociados, es lugar común en nuestros ordenamientos internos, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional.

Hoy la justicia es concebida como una verdadera función pública del Estado, que debe ejercerse con independencia, autonomía, desconcentración, permanencia y publicidad de sus actuaciones y con la prevalencia del derecho sustancial y está asociada a los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso y se concibe como un derecho fundamental de aplicación inmediata, que debe ser interpretado y aplicado en consonancia y armónicamente de conformidad con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación, aún en estados de excepción.

Cabe recordar que el término acceso a la justicia no se traduce en la sola oportunidad para iniciar acciones judiciales y contar con una representación judicial, sino que es también un concepto que involucra la garantía a una tutela efectiva por parte de los jueces y tribunales a través de una decisión motivada, pronta y cumplida. Es, asimismo, un postulado de naturaleza imperativa tendiente a asegurar a todos los habitantes de la Nación las condiciones necesarias para ejercer en forma efectiva y ser beneficiarios del servicio esencial de justicia, motivo por el cual se erige en uno de los puntales básicos del Estado Social de Derecho y de la democracia.

En otros términos, debe reconocerse a todas las personas el derecho al acceso a la justicia, garantía constitucional que entraña la posibilidad de acudir libremente a la Jurisdicción siendo parte del proceso que concluya con decisión motivada, razonable y fundada en un sistema de fuentes, lo cual también implica la existencia de pretensiones legítimas en cabeza de quienes accionan el aparato judicial.


Siguiendo la tendencia internacional los Estados deben garantizar el servicio esencial de justicia y el acceso a la misma, como un derecho humano fundamental, regulado por la ley, según el cual todas las personas tienen la facultad de acudir a los jueces con el fin de pedir la protección de sus derechos cuando los estimen violados o amenazados, y de utilizar los mecanismos alternos de tratamiento de conflictos dispuestos por el ordenamiento jurídico para resolver sus diferencias.

Al abordar el análisis del derecho de acceso a la administración de justicia es imperativo referirse al estudio y protección, tanto de las condiciones para llegar a la jurisdicción y poner en movimiento la administración de justicia, como de las garantías dentro del proceso en la búsqueda de una tutela judicial efectiva, a través de la obtención de una decisión pronta y cumplida, que ponga fin al conflicto.

Se trata de un concepto que supera el aspecto meramente formal y que no se cumple simplemente con la iniciación de un proceso, sino que es un derecho de carácter sustancial, que comporta que en condiciones de igualdad, participación y observancia del conjunto de garantías mínimas que contempla el debido proceso, el asunto o controversia que se somete a consideración de los jueces por las personas involucradas será decidido o solucionado de fondo, imparcialmente, sin arbitrariedades, respetando la legalidad y la dignidad humana y en protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias, derechos, garantías y libertades públicas, mediante una sentencia motivada y justa, proferida en un término razonable y además, con la seguridad de que ésta se ejecute y se cumpla cabalmente.

Es evidente que los instrumentos internacionales y los ordenamientos internos predicen una amplia gama de derechos y garantías individuales fundamentales, sociales, económicas y culturales, colectivos y del medio ambiente, los cuales, aunque consagrados formalmente, no han podido ser del todo materializados o cristalizados para una buena parte de la población. Dentro de ese catálogo conviene precisar que el acceso a la justicia, no se compone únicamente de su consagración o proclamación como derecho de todos de llegar a la jurisdicción en condiciones de igualdad, sino que conlleva su efectiva materialización mediante una decisión justa, de fondo y oportuna, frente a una controversia o conflicto en sociedad, como producto de un debido proceso legal, término que entonces supera el discurso teórico para situarse en la necesidad inaplazable de su plena vigencia y aplicabilidad, con el fin de resolver y disipar la preocupación actual que representa el problema de miles de personas en las que dicho derecho a la justicia no se concreta, o es insuficiente o inoportuno.

En este contexto no debe perderse de vista que existen diversas causas que incapacitan para hacer cabal uso de la ley, de sus derechos y de sus instituciones y que se convierten en una de las preocupaciones primordiales y permanentes de las instituciones del Estado y de la sociedad, siendo una de ellas la discriminación en razón del género.



El abismo que existe entre los derechos legalmente reconocidos a las mujeres tanto en el orden interno como en el concierto internacional y su real aplicación, ha dado lugar a que diversas disciplinas se hayan ocupado de su estudio con diferentes enfoques (jurídicos, económicos, sociológicos, políticos, pedagógicos, etc.), para determinar sus causas y proponer las estrategias y medidas a seguir con el fin de remover los obstáculos y barreras que impiden a las mujeres acceder a una justicia pronta y efectiva; lo propio ha sucedido en relación con la población desplazada. El objetivo, ha sido el diseñar una estrategia de inclusión de estos sectores reconocidos como vulnerables dadas las condiciones de marginación y desigualdad que los afectan, para que sean parte de la agenda pública de los gobiernos contemporáneos.

Dentro de las barreras al acceso a la justicia se encuentran las asociadas a circunstancias de vulnerabilidad entre otros factores por razón de género y no menos difícil es la situación de la población desplazada, frente a la cual en países como Colombia, se ha identificado el problema del desplazamiento como un problema de mujeres. Si la discriminación que sufre la mujer implica un serio obstáculo para su acceso a la justicia, en tanto supone una odiosa exclusión basada en el género que menoscaba y en ocasiones, anula el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos, esta situación se ve agravada cuando además en la mujer concurre la calidad de desplazada.

Es claro, por tanto, que para lograr el efectivo acceso a la administración de justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, entre otros factores por razón del género y del desplazamiento forzado, quienes padecen tal marginación además de conocer sus derechos requieren saber que ante su violación o amenaza tienen los medios tendientes a obtener su protección y la reparación jurídica.

De importancia para el tema resulta recordar que precisamente frente a esa preocupación, en el marco de la XIV Edición celebrada en marzo de 2008 de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en las que se elaboraron las “100 Reglas de Brasilia” sobre el acceso a la justicia de las personas vulnerables o más débiles que ya sea por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, se constató que enfrentan especiales dificultades para acceder plenamente a la sistema judicial y así obtener la efectiva protección y garantía de sus derechos. Si la garantía para la realización y el ejercicio de los derechos de por sí representa un problema para todas las personas, ello constituye una dificultad que es aún mayor cuando se refiere a las personas en condiciones de vulnerabilidad, en tanto ellas padecen con más intensidad los obstáculos para su ejercicio.

Por ello las 100 reglas de Brasilia propenden por el establecimiento de mecanismos eficaces para personas en condiciones de vulnerabilidad, destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna, que elimine la discriminación que sufren en determinados ámbitos lo que supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia, de suerte que se tutelen sus derechos e intereses legítimos, en el logro de la igualdad efectiva de condiciones.

II. LAS ACCIONES COLECTIVAS DE GRUPO O DE CLASE: UN MECANISMO ÁGIL E IDÓNEO PARA LA REPARACIÓN DE 'PERJUICIOS COLECTIVOS' DE SECTORES VULNERABLES

La eficaz garantía del derecho fundamental al acceso a la justicia, reclama el establecimiento de mecanismos ágiles e idóneos que permitan acudir al juez con una pretensión, la cual resulte definida en una sentencia de fondo, cuyo cumplimiento resulte garantizado.


Como un mecanismo eficaz para la protección y reconocimiento de los derechos de grupos vulnerables, las acciones colectivas de grupo o de clase, se han concebido para la reparación de un daño subjetivo derivado de una causa común infligido a un número plural de personas, y están diseñadas como instrumentos procesales autónomos encaminados a evitar el ejercicio de acciones indemnizatorias individuales, de modo que a la par que se garantice el acceso a la justicia y la aplicación igual de la ley a un número plural de personas, se eviten eventuales decisiones contradictorias.

Estas acciones constituyen una forma de acceso a la justicia distinta de las que tradicionalmente han estado establecidas y mediante ellas *"se establece la posibilidad de que daños de entidad moderada, sufridos por determinados grupos de víctimas, sean demandados por cualquiera de sus integrantes en un solo proceso, en el cual podrá condenarse al responsable a su pago total sin que sea necesario que todas las víctimas intervengan"*¹.

Dada su naturaleza reparatoria de daños colectivos, las decisiones que tome la justicia en sede de grupo no sólo permiten materializar principios generales del derecho procesal como la economía procesal, sino que permiten acercar la justicia a amplios grupos minoritarios como son justamente las mujeres desplazadas por el conflicto interno, que de otro modo tendrían que recurrir a un instrumento más costoso y demorado para lograr la reparación de los daños padecidos: la acción indemnizatoria individual.

En efecto, la acción de clase se erige en un instrumento reservado a obtener la reparación de daños a colectivos más significativos, dada su entidad, magnitud o repercusión social como lo es precisamente el infligido a la población desplazada por la violencia.

¹ Bermúdez, Muñoz Martín, *La acción de grupo normativa y aplicación en Colombia*. Colección Textos de jurisprudencia, 2007, página 15.



Como característica de esta acción, útil a la hora de lograr la reparación buscada no debe perderse de vista que la sentencia que pone fin al proceso tiene efectos de cosa juzgada ultra partes en tanto cobija no solo a quienes fueron parte del proceso sino que se extiende a las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de los resultados del proceso.

En el trámite de estas acciones juegan un papel destacado las atribuciones del juez en un Estado Social de Derecho, cuando quiera que los demás órganos del Estado no cumplen su papel de garante de los derechos fundamentales, por ello las acciones colectivas, acogidas hoy en muchos ordenamientos internos, se erigen en un instrumento de respuesta al incumplimiento de los fines estatales de protección y garantía de la seguridad de la comunidad.

III. LA DIFICULTAD PROBATORIA QUE PESA SOBRE LOS GRUPOS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD

Para abordar el tema me permito referirme a una sentencia paradigmática en el tema de desplazamiento forzado proferida en enero del año 2006 por el Consejo de Estado de Colombia, en la cual se revela este flagelo como un problema de género, además de que deja ver las dificultades que el tema probatorio entraña.

La acción se presentó en nombre del grupo de personas (1531) que fueron víctimas de desplazamiento forzado del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, Norte de Santander, entre el 29 de mayo y los primeros días del mes de julio de 1999.

En el proceso se acreditaron los elementos que permitieron determinar la responsabilidad del Estado, por los daños causados al grupo de personas que se vieron obligadas a migrar de ese corregimiento, por grandes grupos y por familias, a causa de la incursión de un grupo paramilitar que intimidó a la población forzándola a desplazarse, al causar la muerte de varios campesinos y amenazar con llegar hasta la cabecera del municipio y dar muerte a quienes figuraban en la lista que adujeron poseer.

Del total de las personas que migraron, se estableció en el proceso que 265 acreditaron la condición de desplazados por haber tenido en dicho corregimiento su residencia o ejercer allí su actividad económica habitual.

En la sentencia se reveló la existencia de un serio problema de carácter probatorio propio de este tipo de acciones, dado que los demandantes y el juez no contaron con los elementos probatorios necesarios para demostrar la existencia y la valoración del daño, particularmente en los materiales referidos a daño emergente y lucro cesante.

Es decir, en ese proceso resultó muy débil y a veces inexistente la prueba del daño antijurídico sufrido por cada uno de los integrantes del grupo y la insuficiencia de la legislación vigente, diseñada para aplicarse a causas individuales, a la hora de buscar los mecanismos procesales idóneos que lleven a lograr la prueba de este elemento estructural de la responsabilidad.

El primer obstáculo en materia probatoria vino por cuenta de la determinación de las personas que efectivamente fueron desplazadas, tal calidad apenas se logró demostrar en relación con 260 personas, cuando tal calidad era alegada en relación con más de 1500, lo que se explica en las dificultades que la aplicación del sistema tradicional probatorio presenta en situaciones fácticas como la que se comenta.

¿Cómo exigirle a alguien que sale intempestivamente huyendo de la violencia generada por el conflicto armado, que acredite esta situación por los medios de prueba usuales, máxime si es doblemente vulnerable como es el caso de la mujer que por cuenta del conflicto armado pierde a su compañero y debe huir forzada por la situación y en compañía de sus hijos por los cuales debe seguir velando?

Es importante tener en cuenta que la respuesta no es solamente recibir el pago de dos o tres meses de asistencia humanitaria (alojamiento y alimentación) sino que también se debe brindar la asesoría legal necesaria para obtener la reparación a la que se tiene derecho. Cabe insistir en que el tema no es de solidaridad ni de caridad, sino que es un tema de responsabilidad patrimonial del estado, pero que esa responsabilidad no podrá obtenerse sino se cuenta con los abogados de oficio suficientes para que la demanda sea correctamente presentada.

También se reveló una gran dificultad en la demostración del daño, lo cual llevó al Consejo de Estado de Colombia en una importante decisión en materia probatoria, al reconocimiento de indemnización por perjuicios morales, bajo la consideración de que era un hecho notorio que el desplazamiento forzado produce daño moral a quienes lo padecen; que no era necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física y su libertad, sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. A juicio de la providencia, quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales.

Ahora bien es importante señalar que a pesar de la aplicación de la teoría del hecho notorio para dispensar la condena al pago de indemnización por perjuicios morales, a través de la sentencia no se logró la eficacia del derecho fundamental de acceso a la justicia, en tanto tratándose de indemnización por perjuicios materiales, la sentencia fue desestimatoria frente a la falta de prueba de ese daño con la certeza que una decisión judicial lo exige, así como la ausencia de determinación de su cuantía, situación que revela que a pesar de las bondades de estas acciones colectivas para la protección de grupos en condiciones de vulnerabilidad, su regulación no es suficiente para lograr una real reparación del daño.

Pero no debe perderse de vista la obligación de los Estados de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados, en lo que se ha dado en denominar “discriminaciones inversas o positivas” (acciones afirmativas)², que no es nada distinto que aplicar la vieja regla de justicia aristotélica según la cual hay que tratar igual a lo que es igual y desigual a lo desigual. Tratamiento distinto que se justifica en argumentos de razonabilidad y proporcionalidad.

Trato distinto que de ordinario se encuentra vertido en normas de carácter sustantivo (políticas sociales y promoción a determinados grupos desfavorecidos) y que no han explorado los predios del derecho procesal tan importante a la hora de cerrar la brecha entre los derechos reconocidos positivamente y su eficaz realización. Es hora de empezar a debatir la necesi-

² Affirmative actions que aparecieron por primera vez en la década de los sesenta del siglo XX en los Estados Unidos de Norteamérica

dad de este tipo de medidas particularmente en el campo probatorio, que tienen sin duda una finalidad razonable: el acceso efectivo a la administración de justicia, entendido no solo como la posibilidad de acceder al aparato jurisdiccional del Estado, sino como la expectativa de obtener una sentencia en la que se realice la justicia por contarse con la eficaz ayuda traducida en el aseguramiento de las cargas procesales y probatorias en especial en frente a la demostración del daño.

IV. CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS

De cuanto antecede, se concluye que urge la reforma de la legislación en materia de procedimientos eficaces, sencillos y ágiles, con un régimen probatorio que a través de acciones positivas garantice la igualdad de condiciones, para que a tono con la realidad social y jurídica, garantice el derecho fundamental de acceso a la justicia a los grupos en condiciones de vulnerabilidad.

Garantizar el acceso a la justicia es un componente esencial de la garantía de igualdad³ y un asunto de fundamental interés para los Estados y todos los integrantes de la sociedad, con el fin de hacer realidad la prevalencia y eficacia de aquel valor superior que contribuye a los fines de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica y velar y asegurar los derechos fundamentales. Por ello en diversos ordenamientos el derecho de acceso a la justicia es reconocido como un derecho fundamental.

Las mujeres y la población desplazada son dos grupos en relación con los cuales se ha reconocido su vulnerabilidad y las mujeres desplazadas se encuentran en doble condición de vulnerabilidad y la función judicial se erige en garantista de los derechos fundamentales de los grupos en especiales condiciones de vulnerabilidad.

Por ello es necesario diseñar los mecanismos procesales que garanticen el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, dirigidos especialmente a los grupos en condiciones de vulnerabilidad. Las acciones colectivas, de clase o de grupo, se erigen en un eficaz instrumento para la protección de los derechos fundamentales de los grupos vulnerables, no obstante lo cual, es necesario acompañarlas con una regulación en materia probatoria que acorde con la situación de vulnerabilidad de estos grupos, atenúe o flexibilice la carga de la prueba o inclusive la invierta, sin desconocer por supuesto el debido proceso del demandado.

Para ello, resulta útil el establecimiento de presunciones, la modificación de la regla de la carga probatoria, el establecimiento de la tesis de la carga dinámica de la prueba e incluso la ampliación del contenido de nociones tradicionales en el derecho probatorio, como el hecho notorio.

Por ejemplo, puede existir una presunción en relación con los bienes muebles que se pueden tener en una casa de habitación de la cual se ha sufrido el desplazamiento forzado, porque no se presume que el ser humano para su subsistencia necesita un menaje mínimo de bienes muebles y que si resultó desplazado y no logró probar que era lo que tenía en su casa, pues

³ Cfr. GARRO, Alejandro M. Ob. Cit. Págs. 32 y ss.

como mínimo debía tener ciertos bienes, pero que sea una presunción y que no se llame a la persona desplazada a que tenga que probar qué bienes tenía.

En materia de tierras, también puede haber una presunción como ya se ha propuesto en diferentes oportunidades en relación con las ventas que se producen en determinada época y lugar donde hubo desplazamiento forzado; se debe entender que esa venta está afectada por lo menos en el consentimiento, y que quien diga que el consentimiento fue libre, lo demuestre en el juicio, porque se debe tener conciencia en relación con la situación de desplazamiento forzado y de ventas forzadas de bienes en Colombia.

Y mientras se dan las reformas legislativas, los jueces sin duda juegan un papel importante en el logro de la efectivización de los derechos de los administrados y en especial de grupos en alto grado de vulnerabilidad. La conciencia sobre los daños que generan tanto los problemas de discriminación y violencia en razón del género, como el desplazamiento forzado, bien puede conducir a que los jueces, en aplicación de las reglas probatorias, y mediante indicios, inferencias, presunciones y aplicación sobre las reglas de hechos notorios, logren la efectiva realización del derecho.

El trato diferente que se propone es sin duda acorde con la situación real de la población objeto de la medida, tradicionalmente marginada. Se trata del reconocimiento de la desigualdad que afecta a estos grupos sociales débiles y que debe ser erradicada como garantía efectiva de la tutela de sus derechos, en especial de la mujer víctima de la violencia por su condición de desplazada y a cargo de la cual queda el cuidado de la familia.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Gaceta Constitucional.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Editorial José María Bosch, primera edición, Barcelona, 1995.
- BERMÚDEZ, Muñoz Martín, La acción de grupo normativa y aplicación en Colombia, 2007, pág. 15 y ss.
- CAPPELLETTI, Mauro, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civile - Métamorphoses de la procédure civile-, Revue Internationale de Droit Comparé- RICD, janvier-mars, 1975, conferencia pronunciada el 14 de marzo de 1975 ante la Asamblea General de la Sociedad de Legislación Comparada, en, p. 596 y ss.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Gaceta del Congreso en www.secretariasenado.gov.co
- CONPES, Documento No. 91, de 14 de marzo de 2005, Metas y estrategias de Colombia para el logro de los objetivos de desarrollo del milenio, 2015, en www.dnp.gov.co
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, jurisprudencia en www.ramajudicial.gov.co
- CORREA PALACIO, Ruth Stella, Comentarios a la ponencia presentada por el Dr. Alier Hernández E, titulada: "Regulación de las Acciones de grupo formuladas en contra de las entidades públicas en el derecho colombiano" en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, septiembre de 2005.
- CORREA PALACIO, Ruth Stella, Las acciones populares, de grupo y de cumplimiento y su impacto en la construcción de políticas públicas en Colombia, en Contexto No. 20, revista de derecho y economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- CORREA PALACIO, Ruth Stella y BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, Aspectos procesales de la acción de grupo en la legislación colombiana, ICPD, Cartagena, 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Jurisprudencia en www.constitucional.gov.co
- DIARIO OFICIAL en www.banrep.gov.co
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, La protección constitucional del ciudadano, Ed. Legis, Bogotá, 2004.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia. Los daños colectivos y la reparación, Buenos Aires, Universidad, 1993.
- HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, Las acciones de grupo en el derecho colombiano, en XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, agosto de 2005, p. 19 y ss.
- PNUD, Informe Nacional de metas del milenio, en www.pnud.org.co
- REVISTA CONTEXTO No. 18, Revista de derecho y economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Departamento de Derecho Económico, agosto de 2004 "Legislador y juez: ¿garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?" pág. 77 y ss.
- SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel y CORREA PALACIO, Ruth Stella, Acciones Populares y de Grupo, Ley 472 de 1998, en V.V.A.A. XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera edición, 1999.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, Acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil, Editorial Diké, Medellín, primera edición, enero de 2001.