

	<b>UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA</b>			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	<b>FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO</b>	<b>F-AC-DBL-007</b>	<b>10-04-2012</b>	<b>A</b>
	Dependencia	Aprobado		Pág.
<b>DIVISIÓN DE BIBLIOTECA</b>	<b>SUBDIRECTOR ACADÉMICO</b>		<b>i(63)</b>	

### RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	<b>MARCY ROCIO AVENDAÑO GARCÍA LAURA YISEL GUERRA ORTIZ</b>		
FACULTAD	<b>ARTES Y HUMANIDADES</b>		
PLAN DE ESTUDIOS	<b>DERECHO</b>		
DIRECTOR	<b>LEONARDO ANDRE ARENIZ MARTÍNEZ</b>		
TÍTULO DE LA TESIS	<b>“SUBROGADOS PENALES AL CAMPESINO DEL CATATUMBO EN LA CONDUCTA PUNIBLE DE TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES POR APLICACIÓN DEL ENFOQUE DIFERENCIAL”</b>		
<b>RESUMEN</b> (70 palabras aproximadamente)			
<p>EN EL DERECHO COLOMBIANO EN LA LEY 1709 DE 2014, EL ENFOQUE DIFERENCIAL CONFIGURA UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA PREDOMINANTE PARA ATENDER Y ABORDAR LA DISCRIMINACIÓN PADECIDA POR PERSONAS PERTENECIENTES A CIERTAS COLECTIVIDADES HISTÓRICAMENTE SEGREGADAS EN EL ACCESO Y GARANTÍA DE DERECHOS EN EL PAÍS, ES UNA HERRAMIENTA QUE CONSISTE EN LA CATEGORIZACIÓN A MODO DE GRUPOS POBLACIONALES PARA EFECTO DE DIRIGIR TRATAMIENTO JUDICIAL CON ÉNFASIS EN DIFERENCIA DENTRO DEL PROCESO PENAL.</p>			
<b>CARACTERÍSTICAS</b>			
PÁGINAS:	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552  
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104  
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**SUBROGADOS PENALES AL CAMPESINO DEL CATATUMBO EN LA CONDUCTA  
PUNIBLE DE TRÁFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, POR  
APLICACION DEL ENFOQUE DIFERENCIAL**

**AUTORAS**

**LAURA YISEL GUERRA ORTIZ**

**MARCY ROCIO AVENDAÑO GARCIA**

**Trabajo de grado modalidad monografía para obtener el título de Abogado**

**Director**

**LEONARDO ARENIZ MARTINEZ**

**Abogado, Esp. Derecho Constitucional**

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA**

**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**

**PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO**

**Ocaña, Colombia**

**Noviembre, 2018**

## Dedicatoria

*Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mi madre Martha, por ser el pilar más importante y por demostrarme siempre su amor y apoyo incondicional.*

*A mi padre Luis Eliecer, a pesar de que ya no está en presencia, siento que está conmigo siempre y aunque nos faltaron muchas cosas por vivir, sé que este momento hubiera sido especial para él como lo es para mí. A mi tía Tere, a quien quiero como una madre, por compartir momentos significativos conmigo.*

*Atentamente*

*Marcy Roció Avendaño García*

Agradezco en primer lugar a Dios por ayudarme y llenarme de valor y fuerza en los momentos difíciles; gracias infinitas a mis padres: Hernán y Nubia, y a mí querida hermana Estefany, quienes, con su gran esfuerzo, apoyo, dedicación y amor, han sido mis mayores impulsores en este camino. A mis profesores por haber sido mis orientadores y formadores.

*Atentamente*

*Laura Yisel Guerra Ortiz:*

## Índice

	pág.
<b>Capítulo 1. Axioma e Interpretación: Garantía de derechos con énfasis en la diferencia .....</b>	<b>1</b>
1.1 Enfoque diferencial: Ley 1709 de 2014 .....	1
1.2 Enfoque Diferencial de grupo: Campesino del Catatumbo.....	5
1.3 Hacia la aplicación del Enfoque Diferencial al Campesino del Catatumbo.....	7
<b>Capítulo 2. Problemas Interpretativos e Indeterminación de la Norma Jurídica “Artículo 3ª de la ley 1709 de 2014” en la actividad judicial .....</b>	<b>12</b>
2.1 Planteamiento Kelseniano. ....	12
2.1.1 El objeto de la interpretación. ....	14
2.1.2 La Palabra compuesta “Cualquier otra” en la Teoría de interpretación de Kelsen. ....	16
2.2 Planteamiento de la Indeterminación de la norma de Herbet Hart.....	18
2.2.1 Indeterminación de la norma.....	20
2.2.2 La Vaguedad de la norma a posteriori. ....	22
<b>Capítulo 3. Potencialidades en la Aplicación del enfoque con énfasis en diferencia al Campesino del Catatumbo en la Actividad Judicial Penal.....</b>	<b>25</b>
3.1 La Política Criminal vs Política Penitenciaria.....	25
3.2 Problema Jurídico.....	27
3.3 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, Principio de Enfoque Diferencial.....	28
3.4 Razonamiento Lógico del inciso primero del artículo 13 superior. ....	30
3.5 Razonamiento semántico, Interpretación gramatical. ....	32
3.6 Razonamiento sistémico del Enfoque Diferencial de la Comunidad Campesina del Catatumbo. ....	35
3.7 Juicio Integrado de igualdad en las medidas preventivas o penitenciarias. ....	41
<b>Conclusiones .....</b>	<b>46</b>

**Referencias .....47**

## Lista de tablas

Tabla 1. Necesidades Básicas Insatisfechas .....	6
Tabla 2. Víctimas. ....	6
Tabla 3. Reclusión en condiciones excepcionales.....	27

## Introducción

Dado que solo se puede dar un trato igual entre iguales, constitucionalmente se justifica un trato diferente para quienes se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad, con el fin de lograr efectivamente la igualdad. Se hace necesario entonces implementar acciones diferenciales acordes con las necesidades, diferencias y desigualdades de las personas.

En ese sentido, el concepto de enfoque diferencial, se entiende como el conjunto de acciones que, al dar un trato diferenciado a algunos grupos poblacionales, coadyuvan a mitigar la distancia existente entre ellos y los demás segmentos de la población, es así que la aplicación garantiza la superación de la condición especial de vulnerabilidad y el riesgo de estas poblaciones ante el conflicto armado, y logran tener una opción diferente a las economías ilícitas en alguna Regiones del país.

En los criterios que define el decreto 893 de 2017, uno de ellos son los cultivos de uso ilícito y otras economías ilegítimas, es decir el Estado reconoce que en este territorio son fuentes de ingresos, pero el Trabajado Agrario lo realiza es por supervivencia, es una población olvidada por el Estado en el acceso a oportunidades, pues los niveles de pobreza son altos.

Sin embargo uno de las Conductas Punibles que más se comete en este territorio es el de delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se encuentra ubicado en el segundo lugar entre el top 10 de los principales delitos intramural a nivel nacional, se ubica en el primer lugar a nivel regional, según reporte el tablero de información estadísticas del INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2018)

Pero frente a esta Conducta Punible, independientemente si la comete un Trabajador Agrario, el juez impone la medida preventiva de privación de la libertad a solicitud de la Fiscalía por ser este un peligro para la sociedad, pero no realizan un breve análisis del contexto en el cual se cometió la conducta punible, así mismo la defensa tampoco ponen en consideración del Juez un contexto social del Campesino del Catatumbo a la hora de presentar la defensa técnica ante el Juez de Control de Garantías, para así realizar un análisis de lo razonable de la medida y la proporcionalidad de la misma.

La tesis se desarrolla en dos alcances, la primera de ellas es, el enfoque diferencial del Campesino del Catatumbo frente a la medida preventiva de privación de la libertad y un segundo alcance, el enfoque que se le debe dar frente a la ejecución de la pena como política penitenciaria.

Frente al primer alcance, se realizará un análisis normativo del artículo 28 superior, el cual expresa que toda persona es libre y cualquier restricción que se haga a dicha libertad es por mandato judicial y con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, en ese sentido el artículo 295 de la ley 906 de 2004 Afirmación de Libertad, es decir cualquier restricción es de carácter excepcional y solo puede ser interpretadas de manera restrictiva.

La aplicación de la restricción de la libertad debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales, en materia de proporcionalidad, se debe predicar que la noción normalmente aceptada es la de la equivalencia entre el delito investigado y la intensidad de la medida.

Ahora el segundo alcance que comprende la monografía es respecto a la ejecución de la pena impuesta por el Juez de Conocimiento, el ordenamiento constitucional protege la libertad, este derecho no es absoluto, y, por tanto, puede ser objeto de intervenciones y restricciones por el



legislador, sin embargo dichas intervenciones deben estar siempre justificadas en razón del favorecimiento de otros derechos, bienes constitucionales y deben ser proporcionadas.

La modificación al Código Penitenciario y Carcelario colombiano, contenida en el artículo 3A Ley 1709 de 2014, se adicionó un nuevo artículo en lo referente al «principio de enfoque diferencial», consistente en que,

“El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra”.

En ese orden de ideas, se lograra buscar con la monografía que tal análisis sea aplicado a una comunidad que a través de la historia ha sido marginada por el mismo Estado colombiano en una omisión sistemática de las políticas que se debieron desarrollar como lo consagra el estatuto superior.

De lo anterior, sería el segundo enfoque a desarrolla en la monografía bajo el derecho que el trabajador agrario como sujeto de especial protección constitucional, se le pueda garantizar una política penitenciaria acorde a los derechos fundamentales entre ellos el de la resocialización.

Cabe destacar que lo propuesto es una tesis que se debe argumentar de lo constitucional, pues en la ley 906 de 2004 y sus reformas nada dice al respecto, sin embargo es un avance en el ordenamiento jurídico colombiano, llegar a construir los criterios razonables y proporcionales para aplicar el enfoque diferencial al Campesino del Catatumbo, con el objeto de acceder a subrogados penales que hasta el momento la ley no lo contempla.

Frente a la delimitación de la monografía, en este caso nos referiremos al territorio en el cual esta persona realiza labores rurales, en ese sentido se delimita geográficamente la monografía, y es que se va a desarrollar en una porción estratégica de Colombia, la Región Catatumbo, especialmente en los municipios que definió el Decreto Ley 893 de 2017.

La Región del Catatumbo se encuentra ubicada en el Departamento de Norte de Santander, en el noroccidente del país, está demarcada por zonas planas, montañosas y selváticas, todas alrededor del río Catatumbo, conformada por los municipios de:

Convención, El Carmen, Hacarí, El Tarra, San Calixto, Teorama, estos convergen al municipio de Ocaña; para efectos de la monografía se excluyen Abrego, La Playa, Ocaña, Tibu y Sardinata, por cuanto el gobierno nacional, definió criterio de conexidad objetiva y en sentido estricto consagrado en el Decreto 893 del 28 de Mayo 2017, lo cual define los siguientes criterios:

El criterio de grado de afectación derivado del conflicto, criterio de cultivos de uso ilícito y otras economías ilegítimas y criterio de niveles de pobreza, se tomó la información del índice de pobreza multidimensional, y para el de debilidad de la institucionalidad administrativa y de la capacidad de gestión se usó la variable de esfuerzo integral de cierre de brechas construida recientemente por el DNP (Presidencia de la República, Decreto 893, 2017)

La metodología adoptada se desarrolla de la siguiente manera, no antes de precisar la definición del hermenéutica, en ese sentido nos apoyamos en la definición que nos dejó el pensador más importante del historicismo alemán Wilhelm Dilthey, “la Hermenéutica sería la metodología de la interpretación de las inscripciones escritas” (Dilthey, 1986). Pero hay que precisar que no es la aplicación de una metodología a la hora de interpretar un texto, sino a aquella que a través de un método logramos precisar el alcance del texto objeto de análisis.

De lo anterior se resuelve el método que se adoptó frente a la hipótesis considerada en este escrito monográfico, la cual apunta a lograr demostrar que cuándo el hecho punible haya sido cometido por un Campesino arraigado en la Región del Catatumbo el Juez deberá valorar un enfoque diferencial a la hora de imponer una medida preventiva o condenatoria.

## Resumen

En el derecho colombiano especialmente en la ley 1709 de 2014, el enfoque diferencial ha configurado una institución jurídica predominante para atender y abordar la discriminación padecida por personas pertenecientes a ciertas colectividades históricamente segregadas en el acceso y garantía de derechos en el país, es una herramienta que consiste en la categorización y colectivos a modo de grupos poblacionales para efecto de dirigir tratamiento judicial con énfasis en diferencia dentro del proceso penal.

El artículo 3<sup>a</sup> de la ley 1709 de 2014 nos trae el concepto de enfoque diferencial y deja una puerta de ingreso a aquellos grupos que no se encuentra dentro de las categorías consagradas en el artículo 13 de la Constitución Política lo cual, a pesar de sus beneficios reivindicatorios suscita considerables dificultades y desafíos frente a la aplicación en la actividad judicial.

En efecto, esta monografía resulta valiosa para la construcción y el desarrollo de garantías del procesado con énfasis en la diferencia complementario para la actividad judicial frente a otorgar subrogados penales a grupos que no se encuentra dentro de las categorías consagradas en la constitución, en un esfuerzo por fortalecer los derechos de los campesino del Catatumbo.

## Capítulo 1. Axioma e Interpretación: Garantía de derechos con énfasis en la diferencia

Se parte inicialmente de un escenario de Reflexión jurídica, para desarrollarlo tomamos inicialmente la expectativa o una suposición de solución jurídica del texto normativo.

### 1.1 Enfoque diferencial: Ley 1709 de 2014

El artículo 3ª de la Ley 1709 de 2014 dispone:

**“Enfoque diferencial.** El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y **cualquiera otra**. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque”.

En primer contacto con la norma, la comunidad campesina no está dentro de las categorías planteadas por esta, sin embargo dentro de la estructura lingüística hay una palabra compuesta *cualquiera otra* lo que implica un problema jurídico de vaguedad, lo cual nos dice que el texto es problemático a la hora de aplicarlo a un caso en concreto.

El tema sobre el enfoque diferencial, expone un problema jurídico que no dejar aplicar de manera directa la acción afirmativa a una población que no esté dentro de estas categorías, pero deja una ventana para que ingrese, esto es que el Legislador prevé que puedan existir grupos o personas que aún no estas categorizadas, lo cual no excluye que se le dé un trato diferente ya sea de manera temporal.

Además se puede observar que el texto expuesto trae consigo la definición de enfoque diferencial, tarea del legislador de humanizar la pena y así lograr materializar el artículo 13

constitucional a las medidas penitenciarias, sin embargo presenta una indeterminación intencional, por el órgano creador de la ley, en el sentido que existe dentro del texto palabras que no logran definir cuál otra población (*cualquiera otra*) se puede dar el reconocimiento a este principio, dejando al órgano aplicador de la ley una serie de interpretaciones posibles y se debe escoger aquella que se ajuste a Derecho (Kelsen, 1970).

Cabe agregar que el principio de enfoque diferencial, es un mandamiento de optimización por parte del Estado y actúa como un instrumento jurídico idóneo para revertir o evitar los procesos y actos que generan las condiciones actuales o históricas de discriminación e impiden el goce efectivo de derechos.

Con referencia a lo anterior, Colombia reconoce el enfoque diferencial, ya sea porque pertenece a una etnia, Afrocolombianos, Negros, Palanqueros, Raizales y Rom, otro grupo se puede enmarcar de acuerdo al género, así mismo aquellas personas que tienen una diversidad funcional y un último grupo que va de acuerdo al curso vital.

Sin embargo para Donny Meertens, el enfoque diferencial es un método de análisis que toma en cuenta las diversidades e inequidades existentes con el propósito de brindar “una adecuada atención y protección” a los derechos de la población. Su punto de partida son los principios básicos del libre ejercicio de las prerrogativas y libertades básicas, la equidad, y el “reconocimiento de las diferencias” entre los grupos poblacionales, con base en un análisis de la realidad que pretende hacer visibles las distintas formas de discriminación contra aquellas colectividades “consideradas diferentes” y define las formas de opresión “más relevantes en el contexto de la crisis humanitaria y el desplazamiento (Meertens , Viveros, & Arango, 2008)

Además de lo anterior hay que precisar que uno de los elementos característicos del enfoque diferencial, sea la vulnerabilidad, cuyo grado de determinación permite priorizar políticas y medidas a favor de grupos poblacionales específicos.

La Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades, una de las primera vez la podemos encontrar en la sentencia T-602 de 2003, donde se refiere al enfoque diferencial como una herramienta para el trato de acciones afirmativas de ciertos grupos poblacionales afectados de forma especial por el conflicto interno que vive el país.

La corporación frente al flagelo estructural de movilización forzada a consecuencia del conflicto, el Estado debía basarse en acciones afirmativas encaminadas a la satisfacción de necesidades de grupos más vulnerables. Por tal razón dichas acciones se sustentaban en la no discriminación, igualdad y especialmente a la atención de grupos tradicionalmente marginados, discriminados o en circunstancias de debilidad manifiesta (Sentencia T-602, 2003).

La Corte Constitucional en una sentencia más reciente, sigue señalando que el enfoque diferencial -como desarrollo del principio de igualdad en tanto trata diferencialmente a sujetos desiguales- busca proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de fragilidad o de debilidad manifiesta, a efectos de que se logre el objetivo igualitario con base en los principios de equidad, participación social e inclusión. Un enfoque así permite visibilizar las vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos, que pueden ser combatidas a través de un reconocimiento focalizado de la diferencia para garantizar un respeto por la diversidad (Sentencia T-010 , 2015).

En igual sentido el enfoque diferencial es ante todo una forma de análisis, dado que no es suficiente advertir -en abstracto- que existen diferencias al interior de la población desplazada,

sino que es necesario generar un proceso que permita indagar por estas y analizar en forma permanente cómo influyen en la realización y aplicación de medidas estatales para el goce efectivo de los derechos.

Dicho lo anterior se puede determinar dos dimensiones de análisis diferentes: la primera, relativa a la distinción que debe hacerse entre la colectividad desplazada como víctima del conflicto armado y el resto de la población vulnerable del país. La segunda, conforme al reconocimiento de las diversidades que conducen al interior de las personas en situación de desplazamiento forzado, y que llevan a que algunas personas o grupos enfrenten dicha afectación a los derechos de libertad, vivienda y libre locomoción, con mayor severidad (Angel & Cepeda).

La primera dimensión, supone la necesidad de tener en cuenta los efectos y las implicaciones del desplazamiento forzado para las víctimas, a la luz de una perspectiva contextual, coyuntural o circunstancial que justificaría el trato diferencial en el restablecimiento y garantía de derechos. Mientras que la segunda, comporta una especial atención a los factores de exclusión social o de opresión que requieren la aplicación del enfoque diferencial y la garantía de los derechos humanos en Colombia.

En el ordenamiento jurídico colombiano el artículo 13 de la Ley 1448 de 2011, lo establece como una herramienta de reconocimiento de las características particulares de ciertas poblaciones, a cuyo tenor deberán responder todas las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral establecidas por la norma. En ese sentido, los criterios diferenciales deben responder a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de los grupos poblacionales, y deben contribuir finalmente a la eliminación de los esquemas de



discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes tenidos en cuenta por esta.

Los criterios que alimentan el fundamento del enfoque diferencial son diversos, vulnerabilidad, necesidades, diversidad, desigualdad, lo cierto es que todos estos comportan un germen común, que tiene que ver con la discriminación estructural e históricamente identificable respecto a ciertas agrupaciones de personas de la nación colombiana, por tal razón es pertinente analizar el contexto del Campesino del Catatumbo.

## **1.2 Enfoque Diferencial de grupo: Campesino del Catatumbo**

La comunidad campesina, su identidad se forja por el conjunto de rasgos físicos y sociales asociados al campo que determina de manera específica, la personalidad de los individuos que la componen, su composición social va arraigado a la producción agrícola de auto consumo, es decir que vive y trabaja de forma habitual en el campo, su historia ha sido o está asociada a la poca capacidad adquisitiva, marginalidad, violencia, desarraigo y la oposición rotunda de las maquinarias de las elites de burguesía.

La pobreza de los campesinos de esta región medida en necesidades básicas insatisfechas (NBI) es muy alta (Tabla No. 1), la media aritmética de la región del Catatumbo es: en la cabecera de estos municipios las NBI es de 32,83% y en la zona rural es de 69,03%.

**Tabla 1.** *Necesidades Básicas Insatisfechas*

<b>Necesidades Básicas Insatisfechas %</b>			
<b>Municipio</b>	<b>Cabecera</b>	<b>Resto</b>	<b>Total</b>
<b>El Carmen</b>	31,06	74,70	66,53
<b>El Tarra</b>	50,32	87,10	73,11
<b>Hacarì</b>	37,73	85,00	79,18
<b>La Playa</b>	13,89	55,56	50,83
<b>Ocaña</b>	21,59	57,54	26,16
<b>San Calixto</b>	44,55	80,28	73,89
<b>Teorama</b>	34,74	60,10	56,53

**Nota fuente:** Datos extraídos del DNP Fuente: Autor

En efecto esta comunidad ha sido golpeada por el conflicto armado, se puede evidenciar la cantidad de víctimas por cada municipio que hacen parte del Catatumbo (Tabla No. 1), Ocaña es el municipio que concentra más víctimas de la región con 24.186 de víctimas, seguido del municipio del Tarra con 8.658 víctimas, Teorama con 7.858 de víctimas, San Calixto con 7.137 víctimas.

**Tabla 2.** *Víctimas.*

<b>Municipio</b>	<b>víctimas</b>
<b>EL CARMEN</b>	3.117
<b>HACARI</b>	3.386
<b>HACARI</b>	3.386
<b>SAN CALIXTO</b>	7.137
<b>TEORAMA</b>	7.858
<b>EL TARRA</b>	8.658

**Nota fuente:** Autoras basadas en los Datos extraídos de RNI

El campesino tiene unas características sociales similares con las comunidades ancestrales, un antecedente, es el asentamiento en parcelas en la época colonial, que desarrollo una identidad colectiva en relación con la actividad agrícola, para los siglos XVII y XVIII se denominaban mestizos. La colonización en el Catatumbo empezó en el siglo XX hacia el año 1905 con la concesión Barco, acuerdo sobre la explotación petrolífera del Catatumbo, que genero el desplazamientos de la Etnia Bari (La masacre de las Indias en el municipio del Tarra), empezaron los primeros asentamientos cuyos nombres hacen referencia a los campos petroleros, la bonanza dio origen a los primeros sindicatos de campesinos en la zona, gran parte de estas colonias se asentó en el territorios con el objeto de colonizarlos. La formación del campesino del Catatumbo de hoy es un directo descendiente de estos colonos.

### **1.3 Hacia la aplicación del Enfoque Diferencial al Campesino del Catatumbo.**

Para empezar se precisa el origen diferencial de las comunidades indígenas, este se deriva del trato despectivo que se la ha dado por parte del Estado, del despojo de tierras que han sufrido a lo largo de generaciones. Su identidad y tradiciones autóctonas giran alrededor del territorio. Las etnias tienen una relación inescindibles con el territorio por su valor simbólico, pues de ella derivan el sustento individual o colectivo, tejen su actividad cultural y la consideran parte de la madre naturaleza.

Fundamentalmente fue el mismo Estado el principal actor que despojo de sus tierras a las comunidades indígenas, inicialmente en el periodo de la colonización la Corona mediante cédulas reales, acuerdos, ordenes, capitulaciones y disposiciones desplazaron estas comunidades, posteriormente por la explotación minero energética y actualmente por el conflicto armado.

En este propósito cabe resaltar que la representación social es una modalidad particular del conocimiento, cuya función es la elaboración de los comportamientos y la comunicación entre los individuos, entonces la representación es el corpus organizado de conocimiento gracias a los cuales los individuos hacen inteligibles la realidad física y social (Rodríguez & Garcia, 2007, p. 258)

En efecto el sistema de símbolos y valores antecede, se reproduce por cada individuo que compone la comunidad, entonces el modo de actuar y de pensar está influenciado a la hora de desempeñar algunas actividades sociales, familiares, definidos fuera de la órbita individual, ya sean porque está regulado por la costumbre o el derecho.

Para Emile Durkheim, uno de los fundadores de la sociología científica, estableció diferencias en la representación individual y la representación colectiva, explicando que lo colectivo no se puede reducir a lo individual. Es decir que la conciencia colectiva trasciende a los individuos como una fuerza coactiva y que puede ser visualizada en la religión, las creencias y actividades con el entorno (Rodríguez & Garcia, 2007, p.27)

Sobre la base de los planteamientos anteriores, es conveniente analizar la palabra campesino, etimológicamente se compone del sustantivo “campo” y el sufijo “ino” que indica pertenencia o relación al campo. Adjetivo, dicho de una persona que vive y trabaja de forma habitual en el campo (Real Academia Española, 2017).

Antes de continuar con los antecedentes, hay que entender que la actividad agrícola tiene tres alcances, en sentido estricto es la acción de cultivar el suelo, en sentido lato es el sujeto que trabaja la tierra, en sentido extenso el habitante del campo, aldeano o rustico. Cabe destacar que

el campesino tiene una relación ceñida a la tierra, pues de allí deriva su sustento, su cultura e identidad.

Como antecedente inicial tenemos que desde el año de 1920 los campesinos exigían un trato digno, rechazaban ser una fuerza laboral sumisa, buscaban unas condiciones de vida y de trabajo dignos, sin embargo la Constitución 1886 no ayudaba, por cuanto el Constituyente, propendió fue por fortalecer las Instituciones, La Iglesia Católica y el Centralismo.

La Colonización en el Catatumbo se inició los primero asentamiento hacia el año 1905 debido a la concesión barco, este acuerdo trajo consigo muerte y desplazamiento a la Etnia Bari asentada en territorios ancestrales, en 1953 se presenta la masacre de las Indias en El Tarra, posteriormente se promulga la ley 19 de 1958 por la cual se crea las Juntas de Acción Comunal, en el periodo comprendido entre 1956 y 1970 comienza la colonización del Catatumbo, se bautizan los primeros asentamientos con nombre ligados al petróleo (Pc4, Kilometro 72, Campo 2).

En todo caso esta concesión trajo consigo la construcción de las primeras pistas aéreas en los municipios del Tarra y San Calixto. Igual de importante fue la explotación de madera en el municipio de Hacarì como antecedente de la colonización.

La bonanza petrolera dio origen a los primeros sindicatos de campesinos a inicios de 1970, Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ACNUC) y Asociación de Comunidades Eclesiales de Base (CEBS), que buscaban como organización un mejoramiento de la calidad de vida de sus asociados, ya en la década de 1980 encontraron intereses grupos armados al margen de la ley con una ideología política en el territorio, además el narcotráfico fue un factor que incidió en la violencia, pues fueron asesinados lideres campesino de la región (Lopez R, 2016).

En el año 1998 se encrudecó la violencia, generó desplazamiento y marchas campesinas que buscaban la presencia del Estado, un año después 1999, las autodefensas unidas de Colombia (AUC) al mando Salvatore Mancuso y Carlos Castaño enviaron 215 hombres al corregimiento de la Gabarra, traslado que se hizo vía terrestre con la omisión de la fuerza pública.

Fue una barbarie lo ocurrido en este corregimiento, las AUC recorrieron con lista en mano y masacraron a gran parte de la comunidad, no se tiene registro de la cantidad de asesinatos, lo cierto fue que este episodio generó un éxodo masivo provocando una crisis humanitaria.

No obstante con la ley de justicia y paz, el bloque Catatumbo de las AUC fue desmovilizado trayendo consigo el retorno de cientos de familias que les había tocado huir por la

Hecha la observación anterior nos deja un aspecto positivo a la hora de aplicar el enfoque diferencial en un caso concreto, en tanto los campesinos del Catatumbo reúnen criterios conducentes a aplicar el enfoque diferencial, es un aliciente pues se temía que no se pudiese dar aplicación a este enfoque lo cual la tesis podría sufrir un cambio drástico a la hora de resolver el problema jurídico.

## **Capítulo 2. Problemas Interpretativos e Indeterminación de la Norma Jurídica “Artículo 3ª de la ley 1709 de 2014” en la actividad judicial**

El objetivo de este capítulo es estudiar sobre el precepto legal que regula el enfoque diferencial en la aplicación de medidas penitenciarias, desde una concepción de interpretación jurídica desde Hans Kelsen y Herbet Hart, intentare por tanto acercarme a darle una interpretación jurídica en sentido amplio.

Inicialmente nos ocuparemos del capítulo dedicado a la interpretación jurídica en la obra la Teoría Pura del Derecho, dando paso al concepto teniendo en cuenta los conflictos conceptuales que presenta, pues pretendió establecer una separación radical entre derecho y moral utilizando dos pilares fundamentales de su teoría, la pureza metódica y el de neutralidad axiológica.

### **2.1 Planteamiento Kelseniano.**

Uno de los aspectos muy cuestionados en su Teoría Pura del derecho es que al no existir una mora Universal desligada del sistema superior trascendental del Ius-Naturalismo, es complejo, por cuanto el carácter universal de la moral, donde la humanidad lograra darle reconocimiento o en su efecto validarla, sería un criterio sustancial determinante de alejamiento del Derecho para sustentar tal teoría.

Si bien es una apreciación inicial, en este capítulo lo que nos ocupa es el capítulo destinado dentro de esta obra a la Interpretación Jurídica. Pero antes debemos identificar quienes son los sujetos que realiza la interpretación según Kelsen. El jurista no autorizado por una norma del sistema para crear normas jurídicas, el órgano autorizado para la aplicación o para la creación del derecho y el científico del derecho que describe el contenido del derecho positivo.



El concepto, Kelsen lo aborda como el proceso a establecer el sentido de la norma; por tal razón y adoptando la definición expuesta en la introducción de hermenéutica jurídica como método, podemos decir que Kelsen define la interpretación como el método consistente en establecer el sentido a la norma.

Sin embargo este concepto se delimita frente al proceso de aplicación de derecho en sentido amplio, por cuanto Kelsen se aparta que solo el legislador realiza una interpretación auténtica como órgano creador de la misma, sino que le da un alcance mayor frente a que cualquier órgano que tenga la función de aplicar la norma objeto de interpretación también lo puede realizar.

Esto se debe según Kelsen, que todo acto de aplicación del derecho es también un acto de creación, (excepto el de ejecución de normas individuales expedidas por un juez), sin embargo todo acto de creación de la norma conlleva a una aplicación de la misma que autoriza la emanación de ella, se precisa que la primera constitución sería la excepción.

Pero para aclarar un poco lo anterior, este acto de creación excepto el de la ejecución de normas individuales expedidas por un juez, es por cuanto para el positivismo normativista el “silogismo jurídico” (Hart, 1990, 154), es su método de interpretación, y todas las normas son reglas, es decir tienen un supuesto de derecho y una consecuencia jurídica.

Entonces todo acto de creación también un acto de aplicación, cuando el legislador crea una norma está aplicando la constitución y, por tanto, interpretándola. Dicha interpretación es la única en la que el derecho será aplicado coactivamente o, mejor dicho, aquella que contenga un el carácter de norma jurídica (Permitir, Prohibir o Mandar), sería la única que será realmente derecho.

Además Kelsen también se refiere a una interpretación no auténtica, como aquella que la hace un órgano diferente a los órganos aplicadores del derecho, dentro de esta categoría se podría encuadrar a todos aquellos personas que van dirigida el derecho, que para efectos de estudio, el Campesino que quiere acatar una norma jurídica debe, en el caso de que su contenido no este unívocamente determinado, optar por unas de sus posibles interpretaciones.

Pero en su obra muestra a Kelsen interesado en una interpretación denominada científica, que es la realizada por la ciencia del derecho, pero hay que precisar que su objetivo académico es lograr aislar cualquier contaminante como sociología, psicología o moral del derecho, esto con el fin de buscar la idea expuesta por él respecto de la ciencia del Derecho.

La ciencia del derecho fue abordada como una búsqueda de la interpretación auténtica a su objeto de estudio, es decir a la norma jurídica, pero bajo la tarea de lograr obtener los distintos significados posibles que de ella se derivan sin trascender y tomar partido por uno de ellos, es la mera descripción del significado de la norma jurídica.

Lo anterior en otras palabras es descubrir mediante el análisis lingüístico y lógico, las diferentes interpretaciones posibles y poner a disposición del juez las posibles consecuencias, para que este decida de las posibilidades plateadas, para Kelsen sería la única manera de salvaguardar la pureza de la ciencia del derecho.

**2.1.1 El objeto de la interpretación.** Inicialmente se parte de la concepción de Kelsen, que el sistema jurídico se estructura en pirámide, es decir cada norma se extrae su validez de la norma jerárquicamente superior y esta a su vez trae consigo el procedimiento de expedición de la norma inferior y en algún grado también su contenido.

Pero esta determinación no es completa, en todos los casos nos encontramos con un nivel de indeterminación en la aplicación del derecho, dejando un margen discrecional al órgano aplicador.

Entonces la necesidad de la interpretación en el derecho es que la norma jurídica adolece de indeterminaciones, para Kelsen identifica tres de ellas, las relativas, las intencionales o no intencionales.

La interpretación relativa se da ante la posibilidad de establecer en detalle las conductas de quienes deberán aplicar la norma, por lo que el aplicador se verá obligado a suplir por medio de la discrecionalidad aquello que no está explícitamente determinado por la norma.

La indeterminación intencional se deriva de la voluntad del órgano que estableció la norma quien, por considerarlo pertinente, deja abiertas las posibilidades de actuación al órgano aplicador. En el caso donde la norma superior solo determina parcialmente a la norma inferior, quedando la otra parte a la voluntad del aplicador, esto se puede dar en el supuesto de hecho o en la sanción, un ejemplo, es el máximo o los mínimos en la sanción penal.

La indeterminación no intencional, es decir aquella que es, la consecuencia no buscada de la forma de ser la norma jurídica que debe ser aplicada (Kelsen, 1970). Es decir la que no haya sido buscada por el legislador, pero tales fallos puede atribuírseles a la ambigüedad, es decir la falta de univocidad del sentido lingüístico.

La ambigüedad afecta tanto a la secuencia de palabras que compone la norma como a una palabra aislada, esto conlleva a la existencia de una multiplicidad de significados posibles para la norma.

Otro defecto, es que la norma presente una discrepancia entre la voluntad y la expresión literal, hace referencia al desajuste entre el texto de la norma (expresión lingüística) y la voluntad de la autoridad editora de la norma expresada a través de la misma, esto se puede dar de manera parcial o total, un ejemplo cuando no se logra determinar cuál es la voluntad de las partes en un negocio jurídico, pese a esto no se debe omitir preguntarles a las partes a través de diferentes fuentes a la propia expresión lingüística de la norma.

Sobre el defecto de contradicción parcial o total de la norma, Kelsen no logra mostrarnos como opera este fenómeno en la indeterminación de la norma, solo hace una alusión al mismo por lo complejo como para intentar si quiera desarrollarlo.

De lo anterior Kelsen considera a la interpretación como una operación necesaria en todo caso, debido a que todos los casos plantean problemas, en el sentido que el derecho siempre esta indeterminado, por tal razón la interpretación que se hace de manera autentica que es necesaria no logra superar las indeterminaciones lingüísticas que puedan afectar a la norma jurídica.

### **2.1.2 La Palabra compuesta “Cualquier otra” en la Teoría de interpretación de**

**Kelsen** Lo que caracteriza la interpretación auténtica es precisamente el momento volitivo que se encuentra implícita en la norma jurídica, es decir la decisión que adoptan los órganos aplicadores del derecho en el paso de una escala superior a la una inferior dentro del ordenamiento, tal proceso interpretativo crea nuevo derecho.

Sin embargo la interpretación auténtica como mera decisión política, limita la interpretación y abandona cualquier análisis sistemático, intento de justificación o argumentación ya sea a favor o en contra.

Desde el punto de vista estático, Kelsen propone que es un sistema de normas jerarquizado a los cuales los hombres prestan o no conformidad, en ese sentido la actividad interpretativa se desarrolla en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano, el parámetro de validez está muy decantado para entrar a analizarlo.

Entonces nos vamos a referir a la interpretación auténtica propuesta por Kelsen, precisamente el sujeto que interpreta es el Juez en el proceso de aplicación del derecho, donde realiza un acto cognitivo se enlaza con un acto de voluntad, donde se efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognitiva muestra.

Ahora bien, según el orden jerárquico que hemos visto, la norma de grado superior, (Enfoque Diferencial) que se consagra en el artículo 13 superior, determina en cierta medida a la del menor grado, la ley 1709 de 2014, que en efecto está subordinada a nuestra Constitución Política, no pueden contrariarla so pena, de ser consideradas judicialmente inaplicables a un caso concreto o declararse inconstitucionales por la Corte Constitucional.

Resulta oportuno traer el concepto de enfoque diferencial que lo dispone el Artículo 3A de la ley 1709 de 2014.

“El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque”.

Si el legislador reconoce que hay poblaciones que debe recibir un enfoque diferencial, los jueces en su aplicación deben inicialmente determinar si la persona a la cual se investiga hace parte de estas poblaciones con dicha característica particular y decidir, según su libre apreciación,

cómo ha de realizar la aplicación del principio; y estas decisiones dependen de circunstancias externas que el legislador no ha previsto en su mayor parte, ni podía prever.

Dentro de los defectos de la norma jurídica, se puede evidenciar la indeterminación intencional de dos palabras que hacen parte de la norma que la compone, “ , , dejando un margen de interpretación al órgano que la aplique.

La ambigüedad pone al intérprete únicamente en juego su inteligencia sino sobre todo su voluntad en la interpretación, y al ponerla en juego elige entre varias posibilidades que ofrece la norma, la solución del caso particular que le parece más adecuada.

Cabe recordar que Kelsen considera a la norma, es un marco abierto a varias posibilidades, eso significa que la interpretación de una determinada norma no conduce necesariamente a una única solución que excluya por completo a otras obtenidas por métodos diferentes del empleado. Pero no nos permite resolver el problema jurídico de plano, porque al tener varias posibilidades de interpretación de la norma hay que exponer la más adecuada para que el órgano elija la más ajustada a derecho.

## **2.2 Planteamiento de la Indeterminación de la norma de Herbet Hart.**

Dentro de la escuela positivista normativista, Hart es uno de los principales exponente, según él, la interpretación de las reglas jurídicas debe ser antes de su aplicación, pero este autor hace énfasis en la textura abierta de la norma del lenguaje jurídico.

La indeterminación de una norma se ve reflejada cuando esta contiene una vaguedad, lo que afecta es el lenguaje del legislador, por tal razón en el siguiente capítulo se debe abordar el

método histórico con el objeto de lograr acercarnos a la intención del legislador en el momento de la creación.

Analizar la textura abierta de la norma jurídica no genera un criterio importante para lograr obtener una idea adecuada acerca de las posibles interpretaciones que se puedan dar y lograr conducir en un camino seguro la interpretación.

Si bien el derecho tiene como premisa principal la regulación de la conducta humana en una sociedad (Trad & Hart, 1977), pero las reglas jurídicas refieren a la regulación de la conducta humana de manera abstracta a las personas o actos.

Para Hart existe dos mecanismos para la comunicación de pautas de conductas, la legislación y el precedente, cada uno de ellos tienen criterios generales que guían los parámetros de conductas de los seres humanos, sin embargo al momento de llegar al proceso de expedir la norma por el órgano competente difiere de la actividad judicial de aplicar la norma (precedente), la diferencia es que la actividad legislativa logra ofrecer pautas que guían respecto del futuro, como fuentes del derecho, pero el juez solo aplica la norma al caso concreto y solo de manera indirecta puede producir pautas que guían el acto en el futuro, se da es por la conservación del pilar fundamental de la escuela positivista normativista que es la Seguridad Jurídica.

De lo anterior también puede ya sea de manera directa o indirecta a través de los mecanismos de creación de la norma en cada caso generar indeterminación en alguna de ellas, esta discusión se puede tornar extensa, para efectos de la investigación nos vamos a centrar solo en la indeterminación que surge de la actividad legislativa.

**2.2.1 Indeterminación de la norma.** Inicialmente plateamos lo que argumenta Hart es la siguiente.

“puesto que las reglas jurídicas tienen necesariamente que servirse (en mayor o menor medida) de términos generales, su aplicación en casos concretos exigirá la operación consistente en Subsumir hechos particularmente bajo rótulos clasificatorios generales” (Hart & Trad. Carriò, 1990, p.155 ss).

Este método nos dice el tratadista que no existirá posibilidades de interpretación entre el núcleo de certeza en los casos claros donde no existe duda en la regla aplicar, sin embargo también admite que hay una zona de penumbra en los casos difíciles, donde existen tantas razones de aplicar una u otra regla a la hora de aplicarla.

Pero para lograr aplicar este método de subsunción tendría que existir un número finitos de actos a regular con el objeto de encuadrar cada supuesto factico a cada regla y aplicarlo con su respectiva consecuencia jurídica, además debía preexistir a nuestro conocimiento humano, sería la crítica que haríamos frente a esta escuela.

Como la labor de esta investigación no es llegar a realizar las críticas a cada escuela de interpretación, lo que os concierne es centrarnos a resolver el problema jurídico plateado bajo la escuela positivista normativista y llegar a determinar si en efecto existe respuesta al problema plateado.

La norma aquí plateada que si bien deriva de una escala superior que ya antes se ha mencionado, la indeterminación se ve reflejada en una palabra compuesta **“Cualquier otra”** (Ley 1709, 2014, Art. 3), la cuestión es que la regla jurídica trae consigo las categorías del artículo 13 superior, donde se puede encuadrar a cada grupo de personas a cada una de ellas.



Inicialmente se precisa que una norma se aplica o no a un caso en concreto no puede reducirse a solo hecho de que su formulación lingüística es de textura abierta o cerrada en virtud del significado, que de acuerdo a las convenciones del lenguaje, poseen las palabras que la regla utiliza.

Hart menciona que hay otros aspectos a tener en cuenta, “la indeterminación semántica no es el único factor que pueda originar situaciones de indeterminación o duda” (Hart, 1990, p. 8), sin embargo dentro de la regla puede ser que los conceptos sean imprecisos, la norma puede resultar clara al contexto o a los propósitos con ella se persiguen.

Para Hart existen varios factores que originan indeterminación y determina varios tipos de indeterminación semántica que ya fue expuesta, “los supuestos de indeterminación” (Hart, 1990, p. 163 y ss.), “La ambigüedad” (Hart, 1958, p. 145), “La existencia de más de una norma a aplicar en el caso concreto” (Hart, 1958, p. 143) y “indeterminación por los propósitos perseguidos por la norma” (Hart, 1983, p. 106)

Pero solo para efectos de estudios nos vamos a referir al factor de indeterminación semántica, pero dentro de esta se puede determinar dos sub-factores como los es la Textura abierta o la vaguedad en el lenguaje, suele confundirse pero son dos tipos del mismo fenómeno de indeterminación.

Entonces podemos decir que nos encontramos frente a una indeterminación semántica bajo el sub-factor de vaguedad, cuando una palabra simple o compuesta es usada de manera fluctuante en la realidad, sin embargo la textura abierta se puede definir como una fluctuación de conceptos, por cuanto las definiciones de texto abierto no se puede subsanar con reglas más específicas, mientras que la vaguedad sí.

**2.2.2 La Vaguedad de la norma a posteriori.** Si bien Hart hace referencia a la indeterminación semántica en forma general, pero en un sentido estricto hace referencia a este factor dentro del lenguaje jurídico, teniendo en cuenta que son los que más problemas van a presentar a la hora de proveerlos y como consecuencia va a ser difícil de corregirlos a través de generar una regla más específica dentro de la actividad legislativa.

Hart analiza desde dos perspectivas este fenómeno, a priori o a posteriori, dependiendo en la época en la que es observado antes o después que se ponga de manifiesto y de la misma que tiene que ser resuelta.

En la norma ya antes citada dentro de la disposición jurídica contiene unos conceptos vagos de manera parcial sin preocuparse por delimitar **“Cualquier Otra”** que se puede realizar a través de un reglamento que la desarrolle, lo que supondrá una superación a posteriori respecto del concepto utilizado en la ley, pero operará a priori dentro de todas aquellas instancias que tengan en cuenta el reglamento.

Frente a la superación de una norma a priori implica que se evite que aparezca, necesariamente al presentarse un caso respecto del cual la regla será indeterminada, Hart se ocupa de esta última en reducir la indeterminación a priori en el lenguaje dentro de la actividad legislativa, y no tanto en el caso concreto.

Sin embargo para efecto de resolver el problema jurídico planteado la indeterminación se presenta a posteriori, donde la misma norma va a tener que ser solucionada a través de los diferentes métodos de interpretación para hallar la respuesta que estamos en proceso de búsqueda.

Por cuanto aplicar una norma general a un caso concreto, juzgar una norma conforme o no a la carta política, interpretar una norma general, entre otras modalidades, son los retos que debemos definir a la hora de dar respuesta a lo planteado en este escrito.

Por lo que se refiere a la superación de la indeterminación de un apartado de la norma, inicialmente se puede tratar sobre factores que logren determinar con precisión el significado de ella, pero estos factores se dan en bajo el análisis sistemático aplicando los métodos correspondientes de tal manera que reduzca la indeterminación.

De lo tratado hasta aquí se evidencia un real problema de vaguedad de una parte de la norma, sin embargo no podemos decir que subsumir un grupo denominado campesino sería automáticamente un grupo de especial protección, por cuanto no hay una regla que así lo establezca, por cuanto el artículo 13 define una serie de categorías superiores que en el mayor de los casos están reguladas.

La teoría de Hart si bien representa para el positivismo normativista el núcleo de esta escuela, el problema surge a la hora de adoptar un caso difícil, en efecto, el que planteamos al inicio como problema jurídico, teniendo en cuenta que a la hora de resolver se pueda aplicar la subsunción, donde el supuesto de hecho (Campesino del Catatumbo), este dentro de las categorías de aplicación del enfoque diferencia cuya consecuencia jurídica es la garantía a su especial protección.

De lo anterior nos demuestra como conclusión inicial, que existe una vaguedad dentro de la norma y la subsunción no nos soluciona de plano, sin embargo el juez debe llevar a cabo una tarea de discrecionalidad, como un ejercicio creativo, por cuanto el campesino hasta el momento no está completamente regido por una regla que exponga que es un sujeto cualificado

constitucionalmente, conllevándonos a que se debe analizar siempre a través de algún método de interpretación el caso en concreto.

Es evidente entonces que la tarea que sigue es buscar el método a aplicar para obtener una interpretación ajustada al positivismo normativo y dentro de esta escuela del derecho presentarla al Juez como la más opcional, para tal evento el siguiente capítulo se dedicara a resolver lo hasta aquí planteado.

### **Capítulo 3. Potencialidades en la Aplicación del enfoque con énfasis en diferencia al Campesino del Catatumbo en la Actividad Judicial Penal**

En ese sentido el asunto bajo revisión es el apartado del texto jurídico, que en la teoría de Kelsen, se puede evidenciar la indeterminación intencional de dos palabras que hacen parte de la norma que la compone, **“cualquiera otra”** que para Hart, sería la indeterminación semántica de un apartado de la norma por contener un problema interpretativo de vaguedad, esto nos prueba que su interpretación dentro de la escuela positivista normativista se puede considerar como un caso difícil

dent 0 1 272.1(i)-4(v)177(e)-5(c)-5(o1 208.8.47004(c)11(i)-4(l)53.00 1 147.65 485.97 Tm[ )JTJETE

No obstante las medidas tomadas por el Gobierno nacional, fue crear más cárceles, sin embargo continua la sobrepoblación. Es un fenómeno que cada día se complica, para el caso de Colombia presenta a corte del 20 de agosto de 2018 un hacinamiento del 47,36 % (INPEC, 2017).

Cabe destacar que la sobrepoblación sigue siendo muy alta, la capacidad de albergue es insuficiente, lo cual genera hacinamiento y la población que los habita ha adquirido dimensiones dramáticas, situación que genera una vulneración de derechos de la población carcelaria.

La racionalización del uso de la pena privativa de libertad y la implementación de medidas alternativas al encarcelamiento es un desafío del Estado Colombiano, está en mora de adoptar en los próximos años, una actualización a la política criminal, que ataque factores que genera la conductas desviadas en Colombia a través de políticas de prevención de la conducta punible.

Según datos de la población reclusa en Colombia en condiciones excepcionales, a corte de mayo 31 de 2018, se tiene 7 requisitos de enfoque diferencial (Tabla No. 1), Indígenas, Afro colombianos, Extranjeros, Tercera edad, Madres lactantes, Madres gestantes y Discapacitados, cada una de ellas con la cantidad de reclusos por regional, como lo muestra la siguiente tabla.

**Tabla 3.** *Reclusión en condiciones excepcionales.*

Regional	Indígenas	Afro colombianos	Extranjeros	Tercera edad	Madres lactantes	Madres gestantes	Discapacitados	Total
Central	346	774	302	889	2	20	360	2.693
Occidente	467	2.261	201	445	6	22	250	3.652
Norte	134	126	211	240	0	10	70	791
Oriente	20	143	262	299	0	8	124	856
Noroeste	46	388	46	289	5	11	125	910
Viejo Caldas	106	271	12	415	0	8	117	929
<b>Total</b>	<b>1.119</b>	<b>3.963</b>	<b>1.034</b>	<b>2.577</b>	<b>13</b>	<b>79</b>	<b>1.046</b>	<b>9.831</b>

**Nota Fuente:** SISPEC WEB.

Sin embargo a los campesinos no están dentro de estas condiciones excepcionales en las medidas penitenciarias, desatendiendo su origen diferencial que esta trazado por el despojo, desigualdad, pobreza, conflicto interno y el olvido del Estado, factores que constituyen la realidad histórica de la población campesina, que en la actualidad el 65% de ella vive en la pobreza y un 33% en extrema pobreza (Acción Social, 2011).

Se trata entonces, de indagar y comprender si un campesino arraigado en el Catatumbo, pueda ser objeto de trato diferencial a la hora de adoptar medidas penitenciarias ya sean en calidad de sindicado o condenado, por lo siguiente nos genera el siguiente problema jurídico.

### **3.2 Problema Jurídico.**

¿Cuándo el hecho punible tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, haya sido cometido por un Campesino arraigado en la Región del Catatumbo el Juez deberá valorar a la luz del artículo 13 superior un enfoque diferencial a la hora de imponer una medida preventiva o condenatoria?

Para responder a ese interrogante, se comenzará por recordar brevemente el alcance del artículo 13 superior, para luego examinar si las expresión “**cualquiera otra**” contenida en el texto jurídico de una grada inferior artículo 3ª de la ley 1709 de 2014, puede ser la puerta de ingreso a la aplicación del principio de enfoque diferencial al campesino del Catatumbo y así resolver el problema jurídico.

### **3.3 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, Principio de Enfoque Diferencial.**

La constitución, al adoptar la formula política del Estado Social de Derecho, artículo 1º de la Carta Política, propugna porque toda persona es igual ante la ley. Por tanto la igualdad debe traducirse en el trato idéntico del estado para todas y todos los residentes del territorio, en efecto se reconocen derechos iguales para las personas.

Una de las primeras sentencias que hace referencia a este principio de enfoque diferencial, es la sentencia C-221 de 1992, la Corte Constitucional realizo un estudio de inconstitucionalidad de una aparte del decreto 119 de 1991, la corporación expresa *ϕcl rϕ b cl rϕ ϑ s ϑqw j bcqϑs ϑ b cl rϕ bcqϑs ϑq* (Sentecia C-221, 1992). Esta concepción distributiva hace reverencia a la máxima del filósofo griego Aristóteles en su libro Moral a Nicómaco, dijo que la igualdad entre desiguales es injusticia.

Cabe agregar que solo se puede dar trato igual entre iguales, en el estado Social de Derecho se justifica un trato diferente para quienes se encuentra en condiciones de mayor vulnerabilidad, en aras de materializar la igualdad efectiva.



La igualdad es una extensa fórmula que involucra varios componentes, la Corte Constitucional ha entendido que este principio opera simultáneamente en tres niveles, como valor fundante, como derecho fundamental y como principio (Sentencia C - 530, 1993).

Sin embargo José Manuel Cepeda, en su obra la introducción a la constitución política de 1991, define en el análisis de la estructura textual del artículo 13 seis elementos constitutivos, un principio general, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, una regla de prohibición de las discriminaciones según las categorías enunciadas en el texto, el deber del Estado de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; el deber de adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados; una mandato espacial de protección a favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; y por último el mandato, destinado a las autoridades públicas, de sancionar los abusos o maltratos que se cometan a las personas en condición de debilidad manifiesta.

Dentro del escenario, las medidas a favor de grupos discriminados o marginados, constituye una regla especial que se encuadra dentro de un patrón fáctico generando un escenario constitucional para aquella población que por sus características se encuadren dentro de este grupo.

Si bien ya se expuso que el primer inciso del artículo 13 trae consigo un principio general, sin embargo en el inciso segundo está construido a la manera de una regla, ya que establece una obligación específica para el caso concreto de adopción de acciones afirmativas. En otras palabras, las autoridades pueden introducir diferencias de trato, para favorecer la posición de

personas o grupos marginados, en el intento de redimir la condición de quienes han sido históricamente discriminados.

La fórmula que se puede extraer de la regla derivada del mandato definitivo, puesto que una determinada hipótesis fáctica (Campesino del Catatumbo) se pueda atribuirle un reconocimiento por su grado de vulnerabilidad estudiado en el capítulo primero, se le puede atribuir una consecuencia ineluctable: el derecho a que las autoridades le aplique el principio de enfoque diferencial.

### **3.4 Razonamiento Lógico del inciso primero del artículo 13 superior.**

Sin embargo a partir de una interpretación literal de las categorías de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, contenido en el inciso primero del artículo 13 superior, se pueda considerar que dicha norma restringe la posibilidad de conferir preferencias a los campesinos del Catatumbo en el sentido que no hace parte de las categorías descritas en el inciso primero del mismo artículo.

Se puede concluir inicialmente que el principio de enfoque diferencial solo se puede otorgar en las categorías dispuesta en el primer inciso limitando al legislador extender un trato diferenciado a otros grupos poblacionales.

Si se tiene en cuenta los dos planteamientos anteriores, sería un argumento que no estaría llamado a prosperar, por cuanto se funda en una inadecuada comprensión del tipo de regla contenida en el inciso segundo de la disposición constitucional, pues al establecer que la única posibilidad en que el Estado puede reconocer la aplicación del enfoque diferencial a las

categorías antes descritas, sería un límite que el precepto constitucional debía contener, pues nada establece al respecto.

La realidad es otra, en el inciso segundo establece la aplicación preferente del enfoque a las categorías mencionadas en el inciso primero, pero nada dice sobre la prohibición al legislador para que extienda esas condiciones especiales a otras categorías que no están previstas.

Este es el argumento constitucional que el legislador tuvo en cuenta a la hora de colocar una palabra compuesta a manera intencional **“cualquiera otra”** contenida en el artículo 3ª de la ley 1709 de 2014, pues esta ampliación legislativa sería un desarrollo de claros principios constitucionales, como el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y otros servicios (C.P. Art. 63), prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales (C.P. Art. 64), condiciones especiales del crédito agropecuario (C.P. Art. 65).

Después de las consideraciones anteriores, la regla inmersa en el inciso primero del artículo 13 superior, tiene un carácter especial o específico y no es de naturaleza excluyente. La norma dispone claramente que dado un escenario de acciones afirmativas en favor de algún grupo preferente, debe seguirse una consecuencia frente a él, un ejemplo, es decir si ocurre A (La ley 100 de 1993) establecieron una diferencia de edad a favor de las mujeres respecto de los hombres, al fijar como edad para pensionarse, entonces es obligatorio el reconocimiento de la pensión en la edad de 57 años para la mujer, esto como compromiso estatal de remover los obstáculos que han permitido la discriminación, otorgándole un carácter corrector a través de acciones positivas (Sentencia C - 410 , 1994).

Caso contrario sería una estructura exceptiva, donde la norma constitucional dispusiera que siempre que un grupo se encuentre dentro de las categorías sospechosas raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, si y solo se le reconocen la aplicación del principio del enfoque diferencial.

Se observa claramente que las reglas constitucionales inmersas en el artículo 13 superior no restringen la actividad legislativa ordinaria, es decir que nada impide al constituyente secundario pueda establecer discrecionalmente otros supuestos facticos a los cuales vincule de manera idéntica el reconocimiento de acciones afirmativas a un grupo poblacional diferente.

Caso contrario sería una regla constitucional exceptiva, teniendo en cuenta que su interpretación está determinada a una excepción a ciertos principios constitucionales, que prohíbe entonces al legislador promulgue normas ordinarias ampliadas el alcance no contemplado en la norma superior.

### **3.5 Razonamiento semántico, Interpretación gramatical.**

A partir del aparte “**Trabajador Agrario**”, contenido en el artículo 64 superior, no lo define, solo se refiere a una deber del estado frente al acceso progresivo al diferentes servicios en aras de mejorar la condiciones de vida.

La definición adoptada en la Declaración de los Derechos de los Campesinos y de otras personas que trabajan en zonas rurales por la Asamblea General de la Naciones Unidas, expresa:

Un campesino es un hombre o una mujer de la tierra, que tiene una relación directa y especial con la tierra y la naturaleza a través de la producción de alimentos u otros productos agrícolas. Los campesinos trabajan la tierra por sí mismos y dependen sobre todo del trabajo en familia y otras formas en pequeña escala de organización del

trabajo. Los campesinos están tradicionalmente integrados en sus comunidades locales y cuidan el entorno natural local y los sistemas agroecológicos” (Organización de Naciones Unidas, 2013).

En lo que respecta a esta definición, los derechos de las poblaciones campesinas vulnerables, los diferentes instrumentos internacionales ratificados por Colombia, reconocen la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

En el ámbito nacional los principios generales que consagra la Constitución como las disposiciones legales de ésta, configuran lo que se denominan un Derecho Penal Constitucional. De estos principios Constitucionales y con relevancia penal, como la Libertad, Igualdad, Pluralismo y Justicia serían los mandatos superiores llamados a optimizar.

La Constitución Política en los artículos 64, 65 y 66 consideran que el trabajador agrario se encuentra en condiciones marginales a través de la historia y el ordenamiento superior le consagra un deber al Estado de un acceso progresivo, sin embargo no deja por fuera la posibilidad de conferir preferencias a los trabajadores agrarios, más en aquellos eventos en que el Estado le restringe un derecho fundamental.

Si bien en el artículo 3ª de la ley 1709 de 2014 al tenor literal de la norma establece la aplicación de un enfoque diferencial en las medidas penitenciarias para aquellas personas que se encuentren dentro de las categorías contempladas en el artículo 13 superior, pero en el inciso segundo del mismo artículo se le exige al Estado adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El inciso primero contienen una regla constitucional de carácter especial o específico, donde regula positivamente que existe grupos en razón de sexo, raza, origen nacional o familiar,

lengua, religión, opinión política o filosófica, cuya consecuencia es que gozaran de especial protección constitucional, pero el inciso segundo nos amplía el campo de aplicación de dicho enfoque diferencial, de acuerdo a la discrecionalidad del legislador, puedan ser circunscritos para brindarles los mismo efectos de protección.

Bajo estas consideraciones, aun si fuera el caso que la norma de rango constitucional no utiliza una palabra en sentido técnico para referenciarse al campesino, no quiere esto decir que el legislador le está vedado extender la regla hasta abarcar otros grupos que están por fuera de las categorías contempladas en el inciso primero, pero que se puede incluir por el inciso segundo de la misma norma.

Bastaría entender que el inciso segundo le entrego al legislador la facultad de extender la regla a otros grupos que por su condición pueda gozar de especial protección constitucional, es así que el aparte de “**cualquier otra**” del artículo 3<sup>a</sup> de la ley 1709 de 2014, se debe entender que a través de este desarrolla los principios de Libertad, Igualdad, Pluralismo y Justicia, lo cual facultad a operador judicial para que determine de manera razonable la aplicación del enfoque diferencial en el caso concreto.

El razonamiento literal no es entonces claro, pues no conduce a una respuesta cierta a la hora de desarrollar la subsunción, por cuanto el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de la regla constitucional no se satisface, por cuanto el campesino no está dentro de las categorías taxativas de norma superior.

Hasta el momento los argumentos puramente literal y lógico no nos permiten resolver el problema aquí planteado, estas opciones hermenéuticas nos dejaría sola la alternativa de lograr demostrar ante el Juez la condición de marginalidad, como una ampliación de la consecuencia

normativa apoyándonos al tenor literal del inciso segundo, eliminando un poco la tensión frente a la inclusión del campesino dentro de las categorías.

Es necesario acudir a otro tipo de argumentos hermenéuticos para poder razonablemente demostrar la aplicación del enfoque diferencial al campesino del Catatumbo, para ese efecto nos vamos referir al método sistemático, precedente y aplicación de un test razonabilidad.

### **3.6 Razonamiento sistémico del Enfoque Diferencial de la Comunidad Campesina del Catatumbo**

El nuevo Ordenamiento Constitucional de 1991 una de las primeras sentencias que hace referencia a este principio de enfoque diferencial fue la sentencia C-221 de 1992, la Corte Constitucional realizó un estudio de inconstitucionalidad de una aparte del decreto 119 de 1991, la corporación expresa “La identidad entre iguales y la desigualdad entre desiguales”. Esta concepción como ya se dijo, es distributiva, hace reverencia a la máxima del filósofo griego Aristóteles en su libro Moral a Nicómaco, dijo que la igualdad entre desiguales es injusticia.

Antes de continuar, es útil precisar el concepto de enfoque diferencial. La definición contiene dos dimensiones: por una parte, una categoría de análisis de las diferencias en una sociedad, por la otra, la aplicación de formas de poder y sus implicaciones en diferentes sectores de la sociedad (Montealegre, 2012).

Frente a la clasificación anterior, la primera dimensión se deduce en que los campesinos del Catatumbo son directos descendientes de los colonos de precaria economía, que hoy en día se denominan aparceros y arrendatarios, que derivan el sustento de la actividad agrícola bajo la modalidad antes mencionada, que hacen parte de un sector económico menos favorecido, que su

condición marginal se ha mantenido a través del tiempo producto del abandono del Estado, esta serían las razones suficientes y de contexto diferencial que identifican y hacen visibles las inequidades de la comunidad del Catatumbo frente al resto de la sociedad.

En ese mismo sentido, la segunda dimensión se evidencia en la clara ausencia de políticas agrarias por parte del Estado, mantienen latente las condiciones impuestas por los latifundista en la época colonial, el campesino del Catatumbo como integrante de la sociedad colombiana, con una diversidad cultural particular, orientada a la explotación agrícola, resulta discriminada por la aplicación de formas de poder y sus implicaciones en diferentes sectores de la sociedad, adversidades impuestas que declinan en una comunidad en condiciones de marginalidad.

Después de las consideraciones anteriores, el ordenamiento jurídico colombiano provee una variedad de disposiciones legales y reglamentarias que favorecen el desarrollo rural, sin embargo la situación actual de esta comunidad es preocupante, pues la falta de legitimidad del Estado en gran parte del territorio en que habitan, hace que la población sean sujetos de trato desigual.

Entre ellas el Decreto presidencial 893 de 2017, y estableció que los planes de desarrollo con enfoque territorial cuyo objeto es la transformación estructural del campo y se convino priorizar las zonas más necesitadas y urgidas con base en los siguientes criterios: i) los niveles de pobreza, en particular, de pobreza extrema y de necesidades insatisfechas; ii) el grado de afectación derivado del conflicto; iii) la debilidad de la institucionalidad administrativa y de la capacidad de gestión; y iv) la presencia de cultivos de uso ilícito y de otras economías ilegítimas.

Lo anterior el estado reconoce que este territorio debe ser priorizado, obedeciendo a los criterios de necesidad y urgencia, teniendo en cuenta que el Estado Social de Derecho considera a esta población en un alto grado de vulnerabilidad, en efecto cualquier acción represiva del mismo



agrava las condiciones de esta comunidad, donde se evidencia claros escenarios de pobreza extrema y el grado de afectación derivada del conflicto. En consecuencia, es imperativo y urgente la adopción de medidas afirmativas y no represivas que contrarresten el alto grado de vulnerabilidad de esta población y desplegar por parte de las autoridades de los entes territoriales políticas que mitiguen la amenaza de la ilegalidad, proteger sus derechos y evitar la revictimización e iniciar cuanto antes la transformación del territorio y las condiciones que han perpetuado el conflicto.

A propósito de las medidas penitenciarias, el Congreso expidió la ley 65 de 1993 en su artículo 29 dispone, “Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, Cuerpo de Policía Judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Esta situación se extiende a los exservidores públicos respectivos.

La autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.”

Cabe resaltar algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el enfoque diferencial de los indígenas, en sentencia C-394 de 1995 M.P. Vladimiro Naranja Mesa, analizó la inconstitucionalidad del artículo 29 de la ley 65 de 1993, la Corporación decidió declarar exequible el artículo demandado. Sostuvo que: *para los indígenas en establecimientos*

*penitenciarios corrientes implicaría una amenaza a sus tradiciones y costumbres que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos cqi cag jçq,*

Luego en otro caso analizado por la Corte Constitucional, donde se privó de la libertad a un Indígena en un establecimiento penitenciario ordinario, se estableció un procedimiento de enfoque diferencial para garantizar:

“i) el interno sea tratado de acuerdo a sus condiciones especiales y en un sitio de reclusión cercano a la ciudad en la que se encuentra su resguardo o comunidad, (ii) la conservación de sus usos y costumbres por la existencia de un pabellón especial para comuneros condenados por la jurisdicción especial indígena, (iii) la preservación de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad como sujetos de especial protección y (iv) la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad.” (Sentencia T-1026 , 2008).

Posteriormente en la sentencia T-097 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo, con el objeto de salvaguardar los principios de diversidad cultural, igualdad y pluralismo, en el escenario de del enfoque diferencial sobre las medidas penitenciarias, ha adoptado dos líneas distintas en la jurisprudencia Constitucional, a saber i) en torno al derecho a permanecer en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios, ii) permitir a las personas con identidad étnica indígenas condenadas por la justicia ordinaria, el cumplimiento de la pena en el resguardo.

Por otra parte, en la sentencia T-866 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, analizó un caso similar y la Corporación determino unos criterios para consolidar un dialogo intercultural, entre los cuales expresa:

“En el caso de que se haya dictado una medida privativa de la libertad, el operador jurídico deberá valorar un enfoque diferencial en las condiciones de reclusión que deben aplicarse para poblaciones con características particulares en razón de su etnia” (Sentencia T-866 M.P. Alberto Rojas Rios, 2013).

Se observa claramente la aplicación de un enfoque diferencial a los indígenas, ahora bien, existe varios parámetros de similitud de las comunidades ancestrales con la comunidad campesina, solo se diferencia de estas por condiciones de raza.

La Carta Política de 1991, es un acierto y un avance significativo en los derechos individuales y de las comunidades, por cuanto pasan a tener relevancia en el ordenamiento jurídico, es así que el artículo 7 superior expresa, *CjCqr bm xant nac wn pnce c j bg c pgh b il gi was js p jbc j L agl amjn ` gl*, así mismo el artículo 13 expone que *CjCqr bm promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor bc e pñ nq b g a p g g b m q m x g b n q* en ese orden el artículo 64 superior también exige al Estado *dmp pc j g e x q m w a j g b bc g bc j n q r p ` h b m x q e p p g n q* artículo 65 manifiesta *j c q i c a g j n p r c a a g l n m p n p c bc j e q r b m c l j n p r b s a a g l bc j g c l m q* y el artículo 66 dispone *m m x e p a n l b g i g l c q c q i c a g j q c l a p b g n q e p m c a s p g n q*.

En ese orden de ideas La Ley 160 de 1994 en su artículo 1º: *G q i g p b c l c j n x a c i m constitucional según el cual es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios y a otros servicios públicos rurales, con el fin de mejorar e j g e x q m w j a j g b bc g bc j n m j a g l a n c q g*, La constitución reconoce a la población campesina como una comunidad en condiciones de marginalidad, por cuanto exhorta al Estado que brinde las condiciones necesarias para acceder a la tierra con el objeto del sustento familiar, condiciones similares con la comunidad Indígena.

Con esta ley comienza a reivindicarse los derechos de los campesinos como comunidad, para el año 2014 la Corte Constitucional realiza un análisis a los artículos 79, 80, 81 y 84 de la Ley 160 de 1994, hace una síntesis sobre las implicaciones de las zonas de reserva campesina, entre esas:

“evitar su concentración, acaparamiento y fragmentación antieconómica, ordenar la adjudicación de baldíos y orientarla hacia campesinos de escasos recursos, fomentar la pequeña propiedad rural, proteger y fortalecer las economías campesinas, ordenar los procesos de colonización, y contribuir a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los campesinos como el derecho a la alimentación y al acceso progresivo a la tierra.” (Sentencia C-371 , 2014).

De lo anterior la Corte Constitucional reconoce unos derechos como comunidad a la población campesina, que se desprenden de la ley 160 de 1994, por la cual se reglamenta la reserva campesina, sin embargo la Corporación en la sentencia antes referenciada le pone un límite en la creación de estos territorios, que es la no afectación de la propiedad colectiva a la población ancestral.

En el año 2014 se promulga la ley 1709, por la cual desarrolla con precisión el concepto de enfoque diferencial, define lo siguiente:

“hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.”

A los efectos de la frase puede ingresar dentro del enfoque diferencial la comunidad campesina del Catatumbo y cualquier otra que en las condiciones de marginalidad sea demostrada, a la hora de que el operador jurídico adopte una medida preventiva o condenatoria de la privación de la libertad que recaiga sobre algún miembro de esta comunidad.

En ese orden de ideas se puede citar a la Corte Constitucional en una decisión reciente, donde analiza la posible constitución de una zona de reserva campesina en el Catatumbo en territorios parcialmente coincidentes con los reclamados por la Etnia arcntte4heE11(m)-4(enm)-4(p)1e4heE(a)-o

Hecha la observación anterior, se comienza con unos antecedentes sobre el juicio integrado de igualdad realizada por la Corte Constitucional, la sentencia C-022 de 1996, en esta vez la Corporación debía decidir una demanda de inconstitucionalidad contra el literal b artículo 40 de la ley 48 de 1993 donde otorgaban a los bachilleres que prestaban el servicio militar el 10% adicional sobre el puntaje de las pruebas de estado hoy saber 11, el máximo tribunal expresa

“El test de razonabilidad es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?” (Sentencia C-022 M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1996).

En ese orden de ideas la regla, expresa la Corte que el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, i) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, ii) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución y iii) la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Cabe agregar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez caballero, intenta hacer un juicio integrado de igualdad, en esta sentencia la Corporación responde a la pregunta ¿Cuál es la intensidad con la que debe el juez constitucional si es o no discriminatorio, que la ley establezca que para adoptar es necesario tener cuando menos la edad de 25 años? En este caso expreso la Corte que el núcleo del problema no estaba en el derecho de los adultos que deciden adoptar un niño, sino que por el contrario, el centro de la cuestión estaba el derecho del niño a encontrar una mejor familia posible, citando la prevalencia de los derechos del niño, por tal razón no era necesario un juicio estricto, sino un escrutinio débil, finalmente decidió declarar exequible la norma demandada.

En ese orden ideas, la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda, un ciudadano demanda la totalidad de los artículos 4º y 33 del Decreto Ley 2277 de 1979, la corporación se cuestionó el siguiente problema jurídico ¿Es inconstitucional extender a los educadores privados la aplicación de las normas sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones de los docentes oficiales? El tribunal procedió de la siguiente forma, “analizo la norma demandada, una vez determino qué grado de intensidad debe aplicar según la materia y los bienes en juego en este proceso. Para ello fue necesario adoptar un método el cual lo expuso de la siguiente forma, “primero, recoger los criterios jurisprudenciales sobre los grados de intensidad para, luego, aplicarlos a la norma demandada en este caso con el fin de determinar el grado de intensidad a emplear en el caso Posteriormente, se juzgará la norma a la luz del test pertinente” .

De lo anterior se plantea y haciendo referencia a la máxima de Aristóteles, se puede decir que la igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición, para lo cual lo primero que se verifica la características particulares que lo hacen objeto de trato diferencial, que se extraen de la declaración de los Derechos de los Campesinos. i) Un campesino es un hombre o una mujer de la tierra, es decir, tiene relación inescindible espacial y temporal con el campo y la naturaleza ii) difícil acceso a diversos servicios básicos iii) trabajan la tierra por sí mismos y dependen sobre todo del trabajo en familia y otras formas en pequeña escala de organización del trabajo. iv) tradicionalmente están integrados en sus comunidades locales y cuidan el entorno natural local y los sistemas agroecológicos.

En este mismo orden y dirección para el campesino del Catatumbo se adiciona otro criterio v) condición de vivir en territorio de importancia estratégica que ha conllevado a padecer con mayor intensidad los efectos del conflicto armado interno como: homicidios, desapariciones,

masacres, hostigamientos, desplazamiento, bombardeos, criminalización de las organizaciones campesinas, minado de territorios, reclutamiento forzado, fumigaciones, invasión de sus territorios, entre otros.

Entonces la verificación de las condiciones que reúnen los campesinos en Colombia, sumado el criterio de habitar en territorio de importancia estratégica (Catatumbo), se ha logrado demostrar que esta comunidad posee características socio económicas similares a las de las comunidades étnicas, además existe un respaldo normativo nacional e internacional, que permite la composición de un catálogo de derechos amplio y garantista, entre estos, a la subsistencia, la diversidad cultural, el territorio (zonas de reserva campesina), consulta previa, deber del Estado de promover a servicios esenciales, asistencia técnica y empresarial con el objeto de mejorar los ingresos y calidad de vida de los trabajadores agrarios. Es decir es un grupo digno de especial protección constitucional.

Es evidente entonces que Los campesinos, suelen estar en situación de grave desventaja respecto de la mayor parte de las comunidades urbanas, Entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional, otorgan condiciones especiales como: crédito especial a los cultivadores café (Sentencia C-021 M.P. Ciro Angarita Baron, 1993), beneficios dentro del sistema de reforma agraria a los campesinos que hubieren prestado el servicio militar (Sentencia C-423 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1997), protección al interés de las familias campesinas mediante la constitución de las unidades agrícolas familiares (UAF) (Sentencia C-006 M.P. Clara Ines Vargas Hernandez, 2002), condiciones aplicables para la adjudicación de baldíos a los campesinos (Sentencia C-180 , 2005).



De acuerdo con los razonamientos que ha venido realizando la Corte Constitucional el test estricto, procede en los casos que la medida penitenciaria recae sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, o minorías “insulares o discretas”

Se deduce de lo anterior, que aplicar el enfoque diferencial a los campesinos del Catatumbo sobre las medidas penitenciarias es legítimo e importante, por cuanto son objetos de especial protección constitucional, es imperioso, en tanto que su realización debe resolverse en el corto plazo, pues afecta derecho fundamental a la libertad, el medio (enfoque diferencial del campesino del Catatumbo) es adecuado porque resulta apto para la consecución de la igualdad de hecho y no meramente de derecho entre los diferentes grupos sociales y sus integrantes en relación con el resto de la población, es conducente, es decir es útil al garantizar, respetar, y proteger los derechos humanos, incluido el de igualdad; es necesario pues resulta la medida una acción afirmativa sobre una comunidad marginada y en situación de grave desventaja respecto de la mayor parte de las comunidades urbanas.

## Conclusiones

Las condiciones sociales, económicas y políticas en las que se desarrolla el campesino colombiano, son equivalentes a las condiciones que impulsan la protección para las comunidades étnicas, el Estado debe adoptar acciones afirmativas, con el fin de empoderar a las comunidades campesinas que gozan de especial protección constitucional.

El enfoque diferencial a la comunidad campesina se viene construyendo por desarrollo jurisprudencial, reivindicándole derechos a esta población, más aun cuando se encuentren en una condición de vivir en territorio de importancia estratégica, es así que el Estado a través del decreto 893 de 2017 así lo reconoce.

Adoptar una medida preventiva o condenatoria en la acción penal, donde el injusto sea cometido por un campesino del Catatumbo, exige al operador jurídico aplique un enfoque diferencial, significa entonces examinar la racionalización de la medida que corresponde a tomar en cuenta las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito.

## Referencias

- Angel, N., & Cepeda, M. (s.f.). Enfoque diferencial a la luz de la jurisprudencia constitucional. En *Desplazamiento forzado, reflexiones para salir de la encrucijada* (págs. 521 - 612). Bogota: Universidad de los Andes.
- Dilthey, W. (1986). Ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia. En W. Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu* (págs. 50-340). Madrid - España: Alianza Universidad.
- Durkheim, E. (2001). *Las Reglas del Método Sociológico*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Gangaram Panday Vs Surinam (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Enero de 1994).
- Hart, H. L., & Trad. Carriò, G. (1990, p.155 ss). El concepto del derecho (The concept of law). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (19 de Julio de 2018). *inpec.gov.co*. Recuperado el 19 de Julio de 2018, de <http://www.inpec.gov.co/estadistica/estadisticas>
- Kelsen, H. (1970). Teoría Pura del Derecho.
- Lopez R, H. (2016). *Colonización y primeras luchas campesinas en el Catatumbo*. Bogotá: La fogata.
- Meertens , D., Viveros, M., & Arango, L. G. (2008). Discriminación Etno - Racial, Desplazamiento y Género en los Procesos Identitarios de la Población “negra”. Bogotá: Siglo del Hombre-CLASCO.
- Montealegre, D. (10 de Junio de 2012). *La Acción sin Daño como aporte a la Construcción de Paz*. Recuperado el 19 de Julio de 2018, de [http://viva.org.co/PDT\\_para\\_la\\_Construccion\\_de\\_Paz/Accion\\_sin\\_dano/1.%20Acci%C3%B3n%20sin%20da%C3%B1o%20como%20aporte%20a%20la%20construccion%20de%20paz.pdf](http://viva.org.co/PDT_para_la_Construccion_de_Paz/Accion_sin_dano/1.%20Acci%C3%B3n%20sin%20da%C3%B1o%20como%20aporte%20a%20la%20construccion%20de%20paz.pdf)

Organización de Naciones Unidas. (14 de Diciembre de 1990). Reglas de Tokio. Tokio, Japon:  
ONU.

Organización de Naciones Unidas. (19 de Julio de 2013). Declaración sobre los derechos de los  
campesinos y de. Ginebra, Suiza.

Presidencia de la Republica, Decreto 893. (28 de Mayo de 2017). Decreto 893. Bogota, Colombia:  
Gaceta oficial.

Sentencia C-221, M.P. Alejandro Martinez Caballero, No. D-006 (Corte Constitucional 29 de  
Mayo de 1992).

Sentencia C - 530, N° D-

Sentencia T-1026 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T- 1.591.540 (Corte Constitucional 17 de Octubre de 2008).

Sentencia T-866 M.P. Alberto Rojas Rios, T-3.286.638 (Corte Constitucional 27 de Noviembre de 2013).

Sentencia C-371 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub , D-9799 (Corte Constitucional 11 de Junio de 2014).

Sentencia T-010 , T- 4481449, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. (Corte Constitucional 16 de Enero de 2015).

Sentencia T-052 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-4.445.122 (Corte Constitucional 03 de Febrero de 2017).

Rodriguez Salazar, T., & Garcia Curiel, M. (2007, p. 258). Representaciones Sociales. Teoria e Investigacion. Guadalajara: CUCSH - UDG.

Rodriguez Salazar, T., & Garcia Curiel, M. (2007, p.27). Representaciones sociales. Teoria e Investigacion. Guadalajara, Jalisco, Mexico: CUCSH-UDG.

Trad. Carriò, G., & Hart, H. L. (1977). *El Concepto del Derecho (The concept of law)*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.