



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Radicación: 44001-23-31-000-2012-00026-01 (44586)

Actor: JOSÉ SANTO LOPERENA LOPERENA Y OTROS

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL –
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 29 de marzo de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante el cual se rechazó la demanda por haber operado la caducidad de la acción.

ANTECEDENTES

1- En demanda del 24 de febrero de 2012, la señora María Antonia Mojica Malo y Otros, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara la responsabilidad administrativa de la Nación– Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia se les condenara al pago de los perjuicios que se generaron con ocasión de los actos sexuales y lesiones personales con menor de 14 años de que fue víctima la *niña M¹* el 7 de noviembre de 2009.

2.- En auto del 29 de marzo de 2012, providencia ahora recurrida, el Tribunal Administrativo de la Guajira rechazó la demanda por haber operado el fenómeno de caducidad de la acción. Dicha decisión se notificó por anotación en estado del 9 de abril

¹ El Despacho no mencionará en esta providencia el nombre de la víctima para proteger su derecho a la intimidad.



de 2012, de manera que el término de ejecutoria transcurrió entre el 10 y el 16 de abril de la misma anualidad. En dicha decisión se sostuvo:

“De la anterior preceptiva se tiene, que la apoderada judicial de la parte actora contaba con la facultad de acudir directamente ante la jurisdicción contenciosa Administrativa, con la sola presentación de la solicitud de la conciliación prejudicial, al vencimiento del término de los tres meses estipulados en dicha ley, los cuales como se dijo anteriormente culminaban el 8 de febrero de 2012, y la presente acción fue presentada después de haber transcurrido 15 días, operando de esta manera el fenómeno de caducidad de la acción, razón suficiente para rechazar de plano la demanda de conformidad con lo normado en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.” (Fl. 107 c1).

3.- En memorial del 16 de abril de 2012 la apoderada de la parte actora, formuló recurso de apelación en contra del auto de 29 de marzo de 2012 proferido por el Tribunal *a quo*, solicitando revocar dicha decisión, aduciendo que prima en este caso el derecho sustancial sobre el formal, teniendo en cuenta la vulneración de los derechos humanos vulnerados a la víctima y a sus familiares manifestando que: “(...) *sólo era viable demandar una vez se tuviera certeza sobre el fallido trámite conciliatorio, anterior a lo cual la suscrita apoderada de la parte actora no podía demandar a riesgo de actuar con temeridad y despreciando el cabal cumplimiento de las disposiciones legales, en cuanto la normatividad atrás analizada obliga a las partes a cumplir y agotar cabalmente el requisito de Conciliación Prejudicial.*” (Fl. 114 c1)

4.- El Tribunal Administrativo de la Guajira mediante auto del 3 de mayo de 2012 concedió el recurso de apelación. Recibido el expediente en esta Corporación, en auto del 23 de julio de 2012 se admitió el recurso de apelación en mención.

CONSIDERACIONES

1- Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 29 de marzo de 2012, como quiera que el presente proceso tiene vocación de doble instancia en razón a la cuantía, pues la pretensión mayor individualmente considerada asciende a la suma de \$283.350.000, correspondientes al “*perjuicio extrapatrimonial por la violación de varios Derechos Fundamentales*” solicitados para cada uno de los demandantes equivalente a 500 salarios mínimos mensuales legales de 2012, año de presentación de la demanda, a razón de \$566.700 como salario mínimo legal mensual.



Además el auto que rechazó la demanda es susceptible del recurso de apelación por encontrarse enlistado en el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo.

2- El recurso de apelación interpuesto por el demandante se concreta en determinar si ha operado la caducidad de la acción de reparación directa y la forma de contabilización de la suspensión de dicho término, por haberse presentado solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público.

Al respecto es menester tener en cuenta que al tenor del numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo la acción de reparación directa *“caducará al vencimiento del plazo de (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa”*.

De otra parte, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 instituyó la realización de una audiencia de conciliación ante el Ministerio Público, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de reparación directa.

En este sentido, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 y el Decreto 1716 de 2009 indican que la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de caducidad de la acción, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio “o” hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley “o” hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la misma ley “o” hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, *“lo que ocurra primero”*.

Finalmente, y considerando que la caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad del Estado, solo se debe proceder a su declaración cuando existan elementos de juicio que generen certeza en el juez respecto de su acaecimiento, por lo que ante la duda se deberá dar trámite al proceso a fin de que en el mismo se determine, sin asomo de dudas, la configuración o no de la caducidad.



3- Con base en lo anterior el Despacho precisa que la caducidad de reparación directa, en este caso, inició a partir del día siguiente a cuando tuvieron lugar las lesiones y acto sexual con menor de 14 años cometidos por un soldado perteneciente al Batallón Santa Bárbara adscrito a la X Brigada Blindada del Ejército Nacional el 7 de noviembre de 2009 (Fl. 8 c1), de tal suerte que el término de caducidad por este hecho se cuenta, en principio, entre el 8 de noviembre de 2009 y el 8 de noviembre de 2011.

Dicho término fue interrumpido el 8 de noviembre de 2011 con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, habiendo transcurrido el término de 1 año, 11 meses y 29 días, restando 1 día para que operara la caducidad de la acción y la audiencia de conciliación se realizó el 24 de febrero de 2012 (fl 93, c1), lo que lleva a decir que esta diligencia tuvo lugar con posterioridad a los tres (3) meses contados a partir de la solicitud de conciliación extrajudicial (8 de noviembre de 2011 al 8 de febrero de 2012).

La consecuencia de lo anterior es que la suspensión de la caducidad feneció al término de los tres (3) meses referidos, esto es, el 8 de febrero de 2012, de manera que es a partir de este momento en que se reanudó el cómputo del término de caducidad, siendo innecesaria la espera de la celebración de la audiencia de conciliación.

4.- Valoración del caso a la luz de criterios de convencionalidad y constitucionalidad

4.1.- En el auto que es revisado por vía de apelación el Tribunal consideró que se había estructurado la caducidad de la acción de reparación directa promovida por José Santo Loperena Loperena y otros con ocasión de los daños sufridos por la *niña indígena M*.

4.2.- No obstante que se trata de un razonamiento jurídico de aplicación estricta del término de caducidad a los hechos materia del litigio el Despacho considera que la decisión del Tribunal resulta particularmente defectuosa cuando se aprecia su incompatibilidad con las normas jurídicas de la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Constitución política de 1991 y la jurisprudencia constitucional.



4.3.- La perspectiva del caso demanda un necesario análisis a la luz de la convencionalidad, pues el Tribunal en su razonamiento no reconoció ningún peso o valor a tres circunstancias nucleares del litigio: Que la víctima en este caso i) es una niña, ii) perteneciente a una comunidad indígena y iii) que el daño antijurídico se hace consistir en actos atentatorios de la integridad sexual de la mujer.

4.4.- Así las cosas, una vez abordado y justificado el uso imperativo de la Convencionalidad, el Despacho analizará la estructura jurídica y alcance del derecho al acceso a la administración de justicia y cómo frente a los casos de pueblos indígenas y niños y niñas indígenas se impone un análisis diferenciado en orden a garantizar la efectividad de este derecho.

4.5.- Control oficioso de convencionalidad. El control de convencionalidad² es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho

² El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasa a señalarse: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Suarez Rosero Vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Mirna Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Voto razonado concurrente Juez Sergio García Ramírez); Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2005; Caso López Álvarez Vs Honduras, sentencia de 1º de febrero de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso Boyce Vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Castañeda Gutman Vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco Vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, sentencia de 1º de septiembre de 2010; Caso Vélez Loor Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, sentencia de 1º de julio de 2011; Caso López Mendoza Vs. Venezuela, sentencia de 1º de septiembre de 2011; Caso Fontevecchia y D'amico Vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Voto parcialmente disidente Juez Alberto Pérez Pérez); Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012; Caso Masacre de Rio Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012; Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, sentencia 25 de octubre de 2012 (voto razonado del Juez Diego García Sayán); Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013; Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2013; Caso J Vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014; Caso Norín Catriman y Otros Vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014; Caso de las personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana sentencia de 28 de agosto de 2014; Caso Rochac Hernández y Otros Vs. El Salvador, sentencia de 14 de octubre de 2014.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta las siguientes Opiniones Consultivas y Resoluciones de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, OC-14/1994 de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención); Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso Gelman Vs Uruguay.



internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”³

4.6.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”⁴ lo cierto es que desde antes del 2002,⁵ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

4.7.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,⁶ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

4.8.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de

³ “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁵ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.



garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma⁷ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”⁸.

4.9.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.⁹

4.10.- Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”¹⁰

⁷ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>]; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

⁹ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>]; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. ”.



4.11.- En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de inconvencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

4.12.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales¹¹, sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

4.13.- Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones.

4.14.- El derecho al acceso a la administración de justicia. El principio del acceso a la administración de justicia, implica, si se sigue a la doctrina sobre la materia, la concepción de que tal norma adquiere un peso o importancia mayor en el ordenamiento jurídico que las reglas¹², o, visto desde otra perspectiva, se le considera como mandato

FERRER MACGREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional", en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

¹¹ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46."

¹² Dworkin entiende al principio como un "estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad". Pág. 72. La diferencia, para dicho autor entre los principios y las normas jurídicas se centra en el hecho de que estas últimas "son aplicables a la manera de disyuntivas", esto es, su observancia depende únicamente de si se ha presentado el estado de cosas señalado en la regla, de manera que "la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión."; mientras que en el caso de los principios la cuestión es tal que "los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido". DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel. 1984. Págs. 72, 75, 77.



de optimización, que implica que lo prescrito en ellos debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles¹³.

4.15.- En todo caso, se trata de un cierto tipo de normas que no llevan aparejada dentro de su estructura normativa un claro supuesto de hecho, así como tampoco la indicación de una consecuencia jurídica precisa, por lo tanto, se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico ciertamente más amplio que las reglas, siendo esto una cuestión de grado.

4.16.- Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio, como lo es el del acceso a la administración de justicia, consiste en servir de criterio de interpretación adecuada de las reglas que desarrollan el principio¹⁴, lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica¹⁵ que en la mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico.

4.17.- Dicho lo anterior, se observa que a partir de la consagración constitucional del acceso a la administración de justicia en los términos del artículo 229 Superior, que

¹³ "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan." ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Gedisa. 2º edición, 2004. Pág. 162.

¹⁴ Guastini señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: "Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible– y propiciando una interpretación adecuada." GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. En: Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. No. 34. Marzo, 1999. Págs. 38-46, especialmente 44. Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuada hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. Para esto véase: GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación judicial. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Págs. 47-48.

¹⁵ Naturalmente este criterio lleva implícita la distinción entre disposición y norma jurídica, para decir que la primera hace referencia al enunciado consagrado positivamente mientras que la segunda alude a las múltiples lecturas que de ésta pueden hacer los operadores jurídicos en ejercicio de la labor interpretativa.



señala que “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. (...)”, se ha planteado el alcance de este derecho en términos sustantivos¹⁶⁻¹⁷, lo cual supone una corrección material de los procedimientos judiciales a fin de tender a la efectividad de los derechos y garantías de las personas, pues “aun cuando el procedimiento no garantice la conformidad del resultado con los derechos fundamentales, con él si aumenta la probabilidad de obtener un resultado conforme con los derechos fundamentales”¹⁸, siendo esta una labor que queda encomendada al Juez al interpretar y adecuar la ley frente a los mandatos normativos que emanan de la Constitución¹⁹ y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

4.18.- Desde la perspectiva convencional se tiene que los artículos 8.1²⁰ y 25²¹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el derecho a las garantías

¹⁶ La Corte Constitucional ha efectuado las siguientes respecto del acceso a la administración de justicia, identificando ciertos elementos integrantes del mismo, en los siguientes términos: “De allí que haya sido calificado como un derecho de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: “(i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso, y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos.”¹⁶ (Las subrayas no son del texto original).” Sentencia C-227/2009. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷ “El derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces.
(...)”

para la Corte resulta claro que la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales.”Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001.

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 2º Edición. [Traducción de Carlos Bernal Pulido], Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2008. Pág. 434. Continúa el autor sosteniendo: “Allí donde las normas procedimentales pueden aumentar la protección de los derechos fundamentales, ellas están exigidas prima facie por los principios de derecho fundamental. Si no priman principios contrapuestos existe un derecho definitivo a su vigencia. De esta manera, en lo que se refiere a la conexión entre los derechos fundamentales y los procedimientos jurídicos, el aspecto procedimental y el material tienen que unirse en un modelo dual que garantice la primacía del aspecto material.”. págs. 434-435.

¹⁹ Sobre esta labor Ferrajoli resalta: “la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.”. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del más débil. 4º edición, 2004, Madrid, España, Editorial Trotta,. Pág. 26.

²⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(...)

²¹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 25. Protección Judicial



judiciales y a la protección judicial efectiva; igualmente, se destaca que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que *“se observen todos los requisitos que *“sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”*”²²; y comentando el artículo 25 de la Convención ha señalado que *“La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”*”²³; pues en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos²⁴.*

4.19.- Con toda razón ha dicho la Corte Interamericana que *“El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados”*²⁵, pues lo contrario sería tanto como considerar las cartas de derechos humanos o fundamentales como proclamas retóricas carentes de vinculatoriedad jurídica pues dejarían inerte a su titular cuando los derechos le sean conculcados, algo inaceptable en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho como el que, normativamente, pretende serlo el colombiano.

4.20.- El principio del interés superior del niño. Dicho lo anterior, el Despacho destaca que la condición de niño o niña de quien en el presente caso ha sufrido el alegado daño en la demanda impone una valoración jurídica particular si se consideran su situación de vulnerabilidad, el deber jurídico de adoptar acciones positivas en aras

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez c. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, entre otros casos

²⁴ Véase Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros c. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006.



de realizar la igualdad material y por las condiciones de quienes son niños y niñas, lo que hace que exista el deber de observar y dar prevalencia al interés superior del niño²⁶.

4.21.- De acuerdo a dicho criterio interpretativo las autoridades deben adoptar frente al niño las actuaciones y procedimientos que en mayor medida le beneficien para su desarrollo y formación y garantice sus derechos. La Corte Constitucional se ha referido a dicho principio afirmando que conforme a él “al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad”²⁷, mientras que la Corte Interamericana ha precisado que se trata de un “principio regulador de la normativa de los derechos del niño [y] se funda en la dignidad del ser humanos, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”²⁸⁻²⁹.

4.22.- Esta postura se encuentra reflejada desde la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del niño cuando en su principio 2 se dijo que “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”³⁰; posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recogió, de manera general, en el artículo 24 el derecho de

²⁶ En el ámbito contencioso véase los siguientes casos relativos a violación de los derechos de niños: Caso Niños de la Calle c. Guatemala (19 de noviembre de 1999), Caso Bulacio c. Argentina (18 de septiembre de 2003), Caso Instituto de Reeducción del menor c. Paraguay (2 de septiembre de 2004), Caso Hermanos Gómez Paquiyauri c. Ecuador (8 de julio de 2004), Caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana (8 de septiembre de 2005) y Caso Atala Ríffo c. Chile (24 de febrero de 2012).

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-510 de 2003.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. OC-17 de 28 de agosto de 2002.

²⁹ “La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. **Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable**”. (resaltado propio). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005.

³⁰ Declaración aprobada mediante Resolución No. 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.



los niños a “las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, lo que vino a ser plasmado en el ámbito americano, en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde se estableció que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

4.23.- Sin embargo, fue hasta 1989, con la Convención de los Derechos del Niño que se consolidó en el artículo 3.1 el deber jurídico de las autoridades de dar aplicación, en todo momento, del interés superior del niño, en los siguientes términos: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

4.24.- De acuerdo a estas disposiciones es que se ha sostenido que el criterio del interés superior del niño es de carácter general, por cuanto comprende a todas las autoridades de los estados, bien sean estas administrativas, legislativas o judiciales; inclusive va más allá por cuanto se extiende a la sociedad en general y la familia y se trata de un mandato tiene vigencia en el ámbito de creación como de aplicación del derecho³¹, con lo que se asegura que dicho criterio interpretativo se haga efectivo en todos los escenarios posibles y, finalmente, aunque se trata de un criterio general, es preciso reconocer que su aplicación debe estar orientada de acuerdo a las necesidades y las características particulares en que se encuentre el niño³² y su posible estado de indefensión o violación de derechos.

³¹ “2. “Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, **implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño**” (Resaltado propio). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. OC-17 de 28 de agosto de 2002.

³² Sobre este punto la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destaca: “60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

61. En conclusión, **es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño.**” (Resaltado propio). Corte Interamericana



4.25.- Los derechos de los pueblos indígenas y el acceso a la justicia. El reconocimiento de los derechos de los indígenas y los pueblos indígenas como sujetos titulares de derechos fundamentales implica abordar lo relativo a la manera en que opera el derecho a un recurso judicial efectivo y el acceso a la justicia cuando éstos (los indígenas individualmente o como pueblo) han sufrido una violación a sus derechos humanos.

4.26.- No puede perder de vista el Despacho que se encuentra frente a un caso en el cual un grupo de indígenas se dirige al aparato judicial del Estado a solicitar la declaratoria de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa por los actos de agresión sexual cometidos en contra de la *niña M*.

4.27.- Comoquiera que no se trata de una actuación judicial que se surte ante la propia jurisdicción indígena, el Despacho reconoce, *per se*, la dificultad que supone el acceso de los indígenas a la jurisdicción del Estado, como es la contenciosa administrativa, y recuerda que para efectos de garantizar el derecho a un acceso efectivo a la administración de justicia deben evaluarse las barreras culturales y sociales que pueden dificultar este cometido³³ y derivar, en últimas, en un caso de impunidad³⁴⁻³⁵.

de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. OC-17 de 28 de agosto de 2002. En este mismo sentido véase lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Rizzo c. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

³³ “10. En este contexto la justicia debe entenderse no sólo como la aplicación efectiva de la ley y el funcionamiento de un buen sistema judicial, sino también como un proceso en el que las personas que se encuentran permanentemente en situación de acusada desventaja pueden encontrar la forma de superar los distintos tipos de desventajas por medios legítimos y socialmente aceptables a largo plazo. Los pueblos indígenas son un sector de la sociedad humana (aunque no el único) que se encuentra en esa situación.”. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Los Derechos Humanos y las cuestiones indígenas. 26 de enero de 2004. E/CN.4/2004/80 26 de enero de 2004. Información disponible en el enlace web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/105/31/PDF/G0410531.pdf?OpenElement> [Consultado el 27 de noviembre de 2014].

³⁴ Conforme al concepto amplio de impunidad desarrollado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que incluye allí la inexistencia de responsabilidad administrativa, en los siguientes términos: “Impunidad Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.”. Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de febrero de 2005.

³⁵ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha comprendido un concepto amplio de impunidad, entendiendo por tal “**la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana**, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares” (Resaltado propio). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) c. Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998.



4.28.- Se trata de la necesaria valoración de criterios de convencionalidad y constitucionalidad a efectos de ponderar las formas y procedimientos que la ley establece para acceder a la justicia y la garantía efectiva de los derechos a la autodeterminación, no discriminación y desarrollo de los pueblos indígenas; lo anterior implicar dar aplicación al postulado de igualdad material del artículo 13 constitucional en este tipo de asuntos.

4.29.- Es preciso apelar, en términos de convencionalidad, a las disposiciones de derecho internacional sobre la materia, en donde se encuentra lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio No. 169 de la OIT de 7 de junio de 1989 el cual establece que “los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos respectivos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.”.

4.30.- A su turno el artículo 40 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas establece el derecho de estos pueblos “a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos (...)”³⁶.

4.31.- Con todo, la Corte Interamericana ha sostenido que el derecho a un recurso judicial efectivo, cuando corresponde a asuntos relacionados con pueblos indígenas o integrantes de estos, adquiere una connotación particular pues en virtud del principio de no discriminación la efectividad de este derecho se asegura una vez las autoridades

Criterio reiterado, entre otros, en el Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000; Caso del Tribunal Constitucional c. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001; Caso Ivcher Bronstein c. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001; Caso Las Palmeras c. Colombia, sentencia de reparaciones de 6 de diciembre de 2001; Caso Juan Humberto Sánchez c. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003; Caso 19 Comerciantes c. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004; Caso de los Hermanos Paquiyauri c. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004; Caso de las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador, sentencia de 1° de marzo de 2005; Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname, sentencia de 1° de marzo de 2005; Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

³⁶ La Corte Constitucional ha sostenido que pese a que esta Declaración no tiene la misma fuerza de un tratado existe la “obligación de tomarla en consideración por el intérprete al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas” T-376 de 2012.



tengan en cuenta “sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”³⁷

4.32.- En el ámbito interno colombiano es preciso destacar que la Constitución colombiana “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (artículo 7º) además de prohijar una perspectiva de igualdad real o material cuando, como lo señala el artículo 13 de la Constitución: “El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, al tiempo que la jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido la titularidad colectiva de derechos fundamentales a los pueblos indígenas, tal como se expuso, entre otras, en la sentencia SU-510 de 1998, donde señaló:

“La Corte ha considerado que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales. (...) Con base en la anterior doctrina, ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios”.

4.33.- Por tanto, reconoce el Despacho el peso que tienen los derechos de los indígenas en el ámbito convencional y de derecho interno, de manera que en cuestiones tales como las relativas al acceso a la justicia el deber de los operadores jurídicos no puede reducirse a una labor de subsunción mecánica, pues una actuación de tal naturaleza desconoce el deber jurídico del Estado de potencializar y hacer efectiva la autonomía de dichos pueblos y el principio de la no discriminación, de manera que se obra mal por parte del Juez cuando, sin tener en consideración la diversidad cultural y jurídica de dichos grupos, se adopta una decisión como si ante los ojos del derecho estatal los pueblos indígenas se encontraran en pie de igualdad y bajo las mismas condiciones que cualquier individuo no perteneciente a estos grupos. En

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay (17 de junio de 2005), Caso Rosendo Cantú c. México (31 de agosto de 2010), Caso Pueblo Kichwa de Sarayaku c. Ecuador (27 de junio de 2012).



otras palabras, ello equivaldría a desconocer de tajo el pluralismo jurídico reconocido a nivel supra nacional y constitucional.

5.- Caso en concreto

5.1.- Conforme a lo expuesto, es claro que el derecho al acceso a la justicia, que debe ser entendido en términos sustantivos, adquiere connotaciones particularmente relevantes cuando se trata de casos donde se ha configurado una posible violación de derechos humanos a un niño o niña y también cuando se trata de la protección judicial de los derechos de los pueblos indígenas, pues en tales casos, dada la situación de vulnerabilidad que afrontan quienes son niños así como la cosmovisión y cultura *sui generis* de estos grupos poblacionales se impone, en virtud de los principios de interés superior del niño, no discriminación y la vigencia del pluralismo cultural y jurídico que ampara a los indígenas, el deber a cargo de los operadores de adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los recursos judiciales de estos sujetos de derecho.

5.2.- En este orden de ideas, el Despacho encuentra reunidos elementos suficientes como para considerar que la decisión adoptada por el Juez de primer grado no se ajusta a los postulados convencionales y constitucionales, pues resulta bastante claro que siendo *M* una niña menor de catorce años, miembro de la comunidad indígena Wiwa asentada en la Sierra Nevada de Santa Marta y considerando que, según el dicho de la demanda, se trataba de una niña formada para ser Saga³⁸ [de relevancia para su comunidad indígena], existen suficientes razones para revocar el auto impugnado y admitir la demanda para su respectivo trámite, pues desconoció el Tribunal que la defensa de los derechos de la menor no se encontraban en cabeza suya sino de sus padres, por tanto la eventual incuria de estos no podría ser imputada a la menor, que se trata de un caso que implica un atentado contra el honor y la integridad sexual de una

³⁸ “en las comunidades Wiwa existe la figura de la Saga (“Luna”), mujer de la comunidad que generalmente acompaña al Mamo, y que también recibe una formación especial que le confiere poderes esotéricos por medio de los cuales participa en la cura de enfermedades y en la interpretación de sueños. La Saga desempeña un papel importante en la orientación de la vida de las mujeres de las comunidades y en algunas oportunidades participa de rituales junto a los Mamos” RÍOS OSORIO, Leonardo Alberto. Etnometodología para la comprensión y el manejo de la enfermedad de Chagas en las poblaciones indígenas Wiwa asentadas en la vertiente suroriental de la Sierra Nevada de Santa Marta. Revista Saúde e Sociedade. Vo. 21, No. 2, 2012, p. 449. Disponible en el enlace web: <http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/viewFile/48721/52794> Consultado el 27 de noviembre de 2014.



menor de 14 años perteneciente a una comunidad indígena además de significar una afectación para el pueblo Wiwa.

5.3.- El Despacho considera que en un caso como el del *sub lite* se hace imperiosa la aplicación de dos principios reconocidos en el ámbito convencional y constitucional como son el del interés superior del niño y el reconocimiento y protección del pluralismo cultural y jurídico de los grupos indígenas, lo que implica la prevalencia del derecho de acción, pues las anteriores circunstancias del caso (el que sea menor de 14 años, que se trate de una agresión sexual y respecto de un miembro de un pueblo indígena) se constituyen en poderosas razones para que convencional y constitucionalmente se disponga la admisión de la demanda en este asunto.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto del 29 de marzo de 2012, mediante el cual el Tribunal Administrativo de la Guajira rechazó la demanda, por haber operado la caducidad de la acción.

SEGUNDO: ADMITIR la demanda formulada por José Santo Loperena Loperena en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y la Nación – Fiscalía General de la Nación.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente a los representantes legales de la entidades demandadas esta providencia.

CUARTO: FIJAR en lista por el término de diez (10) días.

QUINTO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de origen fijar los gastos ordinarios del proceso que deben ser sufragados por el actor.

SEXTO: Las anteriores previsiones deben ser cumplidas por el Tribunal Administrativo de La Guajira.



SÉPTIMO: RECONOCER personería como apoderada de los demandantes José Santo Loperena Loperena; Mauricia, Isabel, Fernando y Alejandro Loperena Malo a la abogada Soraya Gutiérrez Arguello, identificada con la cédula de ciudadanía 46.363.125 y titular de la Tarjeta Profesional No. 65.972 del C.S. de la J.

OCTAVO: DAR TRÁMITE a la agencia oficiosa procesal invocada por la citada profesional del derecho en favor de María Antonia Mojica Malo y Mercedes Loperena Malo; en consecuencia y al tenor de lo establecido en el inciso segundo del artículo 57 del Código General del Proceso, concédase el término de diez (10) días a la mencionada profesional para efectos de prestar la caución allí ordenada.

NOVENO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA