
DERECHOS FUNDAMENTALES Y SOCIEDAD

ED
EDITORIAL DIKÉ

VIGILADA
MINISTERIO DE
EDUCACIÓN
USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
EDITORIAL

-
-
- © John Fernando Restrepo Tamayo - 2021
 - © Andrés Felipe Roncancio Bedoya - 2021
 - © Juan Felipe Díez Castaño - 2021
 - © Fernando Carlos Terreros Calle - 2021
 - © Editorial Diké S.A.S 2021
www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Tel.: 704 6822
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: dikesas.diagramacion@gmail.com

JOHN FERNANDO RESTREPO TAMAYO
ANDRÉS FELIPE RONCANCIO BEDOYA
JUAN FELIPE DÍEZ CASTAÑO
FERNANDO CARLOS TERREROS CALLE
(Coordinadores Académicos)

DERECHOS FUNDAMENTALES Y SOCIEDAD

ED
EDITORIAL DIKÉ

VIGILADA
MINISTERIO DE
EDUCACIÓN
USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
EDITORIAL

Catalogación en la publicación

Derechos fundamentales y sociedad / John Fernando Restrepo Tamayo, Andrés Felipe Roncancio Bedoya, Juan Felipe Díez Castaño, Fernando Carlos Terreros Calle. [Coords. Académicos]. -- Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali, Editorial Dike, 2021.

580 páginas; 24 cm.

Aequitas. Colección de libros de la Facultad de Derecho
ISSN en línea 2744-8568

ISBN 978-958-5147-94-2 ISBN (digital): 978-958-5147-95-9

Incluye referencias bibliográficas.

1. Poder 2. Política 3. Ordenamiento Territorial 4. Propiedad. 5. Mercado. 6. Gestión del suelo. Universidad Santiago de Cali. Facultad de Derecho.

SCDD 342.861 ed. 23

CO-CaUSC

JRGB/2021



Derechos fundamentales y sociedad

© **Universidad Santiago de Cali.**

© **Editorial Diké.**

© **Coordinadores académicos:** John Fernando Restrepo Tamayo, Andrés Felipe Roncancio Bedoya, Juan Felipe Díez Castaño y Fernando Carlos Terreros Calle.

© **Autores:** John Fernando Restrepo Tamayo, Andrés Felipe Roncancio Bedoya, Juan Felipe Díez Castaño, Fernando Carlos Terreros Calle, Hernán Silgado, Santiago Correa Zuluaga, Alfredo Restrepo Ruiz, Liliana Damaris Pabón Giraldo, Olga Cecilia Restrepo Yepes, Lorenzo Bujosa Vadell, Luisa Fernanda Bedoya Taborda, Mariana Molina Paniagua, Juliana Moreno Tamayo, Daniela Jiménez Henao, Wayra Mazo González, Pedro Piedrahita Bustamante, Daniel Castaño Zapata, Daniela Melissa Escarria Parra, Henry José Devia Pernía, Pablo Daniel Hurtado Quintero, Juan Diego Restrepo Yepes, Natalia Arenas Gómez, Mónica Milena Cardona Luján, Fernando César Costa Xavier, Mary Luz Tobón Tobón, Andrés Felipe Roncancio, Mariana Restrepo, Víctor Julián Moreno Mosquera, Catherine Volcy Gómez, Lady Juliana Guevara Flórez, María Alejandra Restrepo Escobar, Rosely Aparecida Stefanos Pacheco & André Paulo dos Santos Pereira.

1a. Edición 100 ejemplares.

Cali, Colombia-2021.



La editorial de la Universidad Santiago de Cali se adhiere a la filosofía de acceso abierto. Este libro está licenciado bajo los términos de la Atribución 4.0 de Creative Commons (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), que permite el uso, el intercambio, adaptación, distribución y reproducción en cualquier medio o formato, siempre y cuando se dé crédito al autor o autores originales y a la fuente <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

**Comité Editorial /
Editorial Board**

Claudia Liliana Zúñiga Cañón
Edward Javier Ordóñez
José Fabián Ríos
Herman Alberto Revelo
Mónica Carrillo Salazar
Santiago Vega Guerrero
Milton Orlando Sarria Paja
Sandro Javier Buitrago Parias
Claudia Fernanda Giraldo Jiménez

Proceso de arbitraje doble ciego / “Double blind” peer-review.

Recepción/Submission:

Noviembre (November) de 2020.

**Evaluación de contenidos/
Peer-review outcome:**

Aprobación/Acceptance:

Diciembre (December) de 2020.

Aprobación/Acceptance:

Enero (January) de 2021.

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

CONTENIDO

PRÓLOGO	17
----------------------	----

CAPÍTULO I

Derecho a gozar de un ambiente sano, realidad jurídica o imperativo hipotético	23
---	----

Hernán Silgado & Santiago Correa Zuluaga

Introducción	25
---------------------------	----

Referencias	53
--------------------------	----

CAPÍTULO II

Poder y ordenamiento territorial en Colombia. Un acercamiento desde la propiedad y el mercado del suelo	59
--	----

Alfredo Restrepo Ruiz

Introducción	61
---------------------------	----

Referencias	87
--------------------------	----

CAPÍTULO III

Inmigrantes y derechos sociales: su protección desde los tratados internacionales	91
--	----

*Liliana Damaris Pabón Giraldo, Olga Cecilia Restrepo Yepes,
Lorenzo Bujosa Vadell, Luisa Fernanda Bedoya Taborda,
Mariana Molina Paniagua, Juliana Moreno Tamayo,
Daniela Jimenez Henao & Wayra Mazo González*

Introducción	93
---------------------------	----

Referencias	129
--------------------------	-----

CAPÍTULO IV

Municipios limitados frente a realidades desbordadas: el problema del gobierno en las aglomeraciones urbanas en Colombia	135
---	------------

Pedro Piedrahita Bustamante

Introducción	137
---------------------------	------------

Referencias	165
--------------------------	------------

CAPÍTULO V

Merecer la asistencia: una exploración respecto a la legitimidad de la asistencia estatal a excombatientes ilegales	169
--	------------

Daniel Castaño Zapata & John Fernando Restrepo Tamayo

Introducción	171
---------------------------	------------

Referencias	187
--------------------------	------------

CAPÍTULO VI

Exigibilidad del derecho a la alimentación adecuada en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	189
---	------------

Daniela Melissa Escarria Parra & Fernando Carlos Terreros Calle

Introducción	193
---------------------------	------------

Referencias	217
--------------------------	------------

CAPÍTULO VII

Utilización del despido legal sin justa causa como elemento para vulnerar derechos humanos en el ámbito laboral en Colombia	225
--	------------

Juan Felipe Diez Castaño, Henry José Devia Pernía & Pablo Daniel Hurtado Quintero

Introducción	227
---------------------------	------------

Referencias	265
--------------------------	------------

CAPÍTULO VIII

Mandatos populares: proyecto político para ordenar los territorios desde la autonomía y la participación efectiva, el caso del comité de concertación social de Pueblorrico – COCOSOP. (2014- 2017)	269
<i>Juan Diego Restrepo Yepes, Natalia Arenas Gómez & Mónica Milena Cardona Luján</i>	

Introducción	273
Referencias	329

CAPÍTULO IX

A crise migratória venezuelana no norte do Brasil como um estado de coisas inconstitucional e a necessidade de um modelo constitucional dialógico.....	335
<i>Fernando César Costa Xavier</i>	

Introdução.....	339
Referências	369

CAPÍTULO X

La constitución de 1991: el giro copernicano de los estados de excepción en Colombia	375
<i>Mary Luz Tobón Tobón</i>	

Introducción	375
Referencias	395

CAPÍTULO XI

La constitucionalización del conflicto armado interno: el constitucionalismo a debate	399
<i>Andrés Felipe Roncancio & Mariana Restrepo</i>	

Introducción	399
Referencias	425

CAPÍTULO XII

Las medidas de protección social para las personas en condición de discapacidad con ocasión del conflicto armado colombiano a la luz del derecho fundamental al mínimo vital.....	433
--	------------

Víctor Julián Moreno Mosquera & Catherine Volcy Gómez

Introducción	435
---------------------------	------------

Referencias	469
--------------------------	------------

CAPÍTULO XIII

Los empleos públicos sin clasificación: un limbo jurídico violatorio de los derechos fundamentales de los trabajadores- Caso del Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial.....	477
--	------------

Lady Juliana Guevara Flórez & María Alejandra Restrepo Escobar

Introducción	479
---------------------------	------------

Bibliografía.....	509
--------------------------	------------

CAPÍTULO XIV

Povos indígenas e o “silencioso” processo genocida: uma análise a partir do caso guarani e Kaiowá.....	513
---	------------

Rosely Aparecida Stefanés Pacheco

Referências	539
--------------------------	------------

CAPÍTULO XV

Apontamentos jurídicos acerca da migração do povo indígena Warao para o Brasil.....	545
--	------------

André Paulo dos Santos Pereira

Introducción	545
---------------------------	------------

Referências	579
--------------------------	------------

Pares evaluadores.....	585
-------------------------------	------------

CONTENTS

FORWORD.....	17
--------------	----

CHAPTER I

Right to enjoy a healthy environment, legal reality or hypothetical imperative.....	23
--	-----------

Hernán Silgado & Santiago Correa Zuluaga

Introduction	25
---------------------------	-----------

Bibliographic references.....	53
--------------------------------------	-----------

CHAPTER II

Power and land use planning in Colombia. An approach from the property and land market.....	59
--	-----------

Alfredo Restrepo Ruiz

Introduction	61
---------------------------	-----------

Bibliographic references.....	87
--------------------------------------	-----------

CHAPTER III

Immigrants and social rights: their protection from international treaties	91
---	-----------

*Liliana Damaris Pabón Giraldo, Olga Cecilia Restrepo Yepes,
Lorenzo Bujosa Vadell, Luisa Fernanda Bedoya Taborda,
Mariana Molina Paniagua, Juliana Moreno Tamayo,
Daniela Jimenez Henao & Wayra Mazo González*

Introduction	93
---------------------------	-----------

Bibliographic references.....	129
--------------------------------------	------------

CHAPTER IV

Limited municipalities facing overflowing realities: the problem of government in urban agglomerations in Colombia	135
<i>Pedro Piedrahita Bustamante</i>	

Introduction	137
---------------------------	------------

Bibliographic references	165
---------------------------------------	------------

CHAPTER V

Deserving assistance: an exploration of the legitimacy of state assistance to unlawful ex-combatants	169
<i>Daniel Castaño Zapata & John Fernando Restrepo Tamayo</i>	

Introduction	171
---------------------------	------------

Bibliographic references	187
---------------------------------------	------------

CHAPTER VI

Enforceability of the right to adequate food in the framework of the Inter-American Human Rights System.....	189
<i>Daniela Melissa Escarria Parra & Fernando Carlos Terreros Calle</i>	

Introduction	193
---------------------------	------------

Bibliographic references	217
---------------------------------------	------------

CAPÍTULO VII

Use of legal dismissal without just cause as an element to violate human rights in the labor sphere in Colombia.....	225
<i>Juan Felipe Diez Castaño, Henry José Devia Pernía & Pablo Daniel Hurtado Quintero</i>	

Introduction	227
---------------------------	------------

Bibliographic references	265
---------------------------------------	------------

CHAPTER VIII

Popular mandates: political project to order the territories from the autonomy and effective participation, the case of the social concertation committee of Pueblorrico - COCOSOP. (2014- 2017)	269
---	------------

Juan Diego Restrepo Yepes, Natalia Arenas Gómez & Mónica Milena Cardona Luján

Introduction	273
---------------------------	------------

Bibliographic references.....	329
--------------------------------------	------------

CHAPTER IX

The Venezuelan migration crisis in northern Brazil as an unconstitutional state of affairs and the need for a dialogic constitutional model	335
--	------------

Fernando César Costa Xavier

Introduction	339
---------------------------	------------

Bibliographic references.....	369
--------------------------------------	------------

CHAPTER X

The 1991 Constitution: the Copernican turn of the states of exception in Colombia.....	375
---	------------

Mary Luz Tobón Tobón

Introduction	375
---------------------------	------------

Bibliographic references.....	395
--------------------------------------	------------

CHAPTER XI

The constitutionalization of the internal armed conflict: constitutionalism under debate	399
---	------------

Andrés Felipe Roncancio & Mariana Restrepo

Introduction	399
---------------------------	------------

Bibliographic references.....	425
--------------------------------------	------------

CHAPTER XII

Social protection measures for persons with disabilities as a result of the Colombian armed conflict in light of the fundamental right to the minimum vital..... 433

Víctor Julián Moreno Mosquera & Catherine Volcy Gómez

Introduction 435

Bibliographic references..... 469

CHAPTER XIII

Public employment without classification: a legal limbo that violates the fundamental rights of workers - Case of the Sectional Executive Director of Judicial Administration 477

Lady Juliana Guevara Flórez & María Alejandra Restrepo Escobar

Introduction 479

Bibliografía..... 509

CHAPTER XIV

Indigenous peoples and the “silent” genocidal process: an analysis from the Guarani and Kaiowá case 513

Rosely Aparecida Stefanés Pacheco

Referências 539

CHAPTER XV

Legal notes on the migration of the Warao indigenous people to Brazil 545

André Paulo dos Santos Pereira

Introducción 545

Bibliographic references..... 575

Peer evaluators..... 585

PRÓLOGO

La Segunda edición de la Escuela de Verano dedicada a los estudios constitucionales que se llevó a cabo en las instalaciones de la Institución Universitaria de Envigado es la confirmación de un suceso que recoge a la comunidad académica en general, y a los estudiosos del derecho público y del derecho constitucional en particular. Es la puesta en escena de unos intereses comunes que nacen en el salón de clase, en la reflexión académica, en la plenaria y ahora forman parte de nuestro registro físico en un formato de libro. Un texto que recoge en 12 capítulos una partecita de lo que es y significa una Escuela de Verano: un espacio amplio de debate más allá de los autores. Porque lo que aquí se ha consignado es solo la versión formal y técnica de lo que significa pensar la relación entre derechos fundamentales y sociedad. Un libro mucho más amplio y completo solo ha tenido lugar en la retina y en el corazón de los cientos de asistentes que enriquecieron cada ponencia con preguntas, exigencias y aclaraciones que sirvieron para ampliar el horizonte conceptual y técnico no solo de los demás asistentes sino de los propios autores. Fue una constante de todo el público la alusión a la riqueza argumentativa de los debates que tuvieron lugar luego de cada ponencia. Muchos de ellos acalorados y poco benevolentes con quien trastabillara en el uso de argumentos críticos para fundar o demostrar una tesis. Pero siempre el respeto por la diferencia como condición esencial del diálogo académico. Celebramos que se construya entre nosotros una sociedad que no busca la unanimidad; una sociedad que se permite pensar diferente y disentir; una sociedad plural y crítica. Celebramos que la Escuela de Verano sea una representación fiel de lo que concebimos como espíritu democrático, donde todas las voces y colores tienen lugar.

Donde los argumentos, la palabra, el sentido común, la creatividad y la imaginación se reservan un espacio vital en medio de un entorno en el que la muerte, el odio y la venganza parecen sentirse tan cómodos y bien atendidos.

Nos ha sido imposible recoger los comentarios, las preguntas, los puntos abiertos y los debates que se generaron en las diferentes mesas de discusión que hubo entre profesores, asistentes, estudiantes, investigadores y autores. Es un honor y un orgullo ver como el paso del tiempo y la lectura detenida de jurisprudencia, doctrina y leyes ponen en evidencia la madurez de una comunidad académica alrededor de los estudios de la Constitución y sus múltiples variables.

En esta segunda edición de la Escuela de Verano nos hemos ocupado de analizar la relación recíproca y directa que existe entre derechos fundamentales y sociedad. El lenguaje de los derechos fundamentales da cuenta de un cierto tipo de sociedad. La que se tiene y la que se anhela. De otro lado, también es correcto afirmar que la sociedad traza los límites fácticos y jurídicos de la suerte que corren los derechos fundamentales. Hemos llegado a la conclusión que cada sociedad teje los derechos fundamentales que necesita, y a su vez, los derechos fundamentales dibujan un modelo especial de sociedad. Una tarea imperiosa para la academia es identificar de qué manera esa relación es posible. Es por ello que la reflexión sobre los derechos fundamentales solo tiene sentido en tanto se piense a luz de las demandas ciudadanas y ayude a corregir el uso disfuncional del poder en sus múltiples manifestaciones. Dicha vocación de corrección significa tener presente el origen del constitucionalismo como ideología política y como modelo jurídico. Erigido siempre sobre los principios de organización tripartita del poder público; supremacía jurídica de la Constitución sobre las demás normas; instalación del poder judicial concebido como garante e intérprete primero de los enunciados constitucionales; respeto irrestricto por las libertades individuales e intervención estatal en favor de los menos aventajados.

Hemos dado un paso hacia adelante dentro de este esfuerzo cívico y pedagógico que subyace a la Escuela de Verano y que une a todos quienes estudiamos la relación entre derecho y sociedad por medio de la Constitución. Hemos dejado de ocuparnos de los asuntos teoréticos y metodológicos de lo que es o no es un derecho fundamental; de lo que lo nutre o de su fundamento normativo, para ocuparnos de identificar como el lenguaje de los derechos fundamentales se inserta de manera decidida en la sociedad a través de múltiples manifestaciones. Cada uno de los doce capítulos que integra esta obra, lo hace de una manera expresa o explícita. En cada uno de ellos se pone en evidencia la relación inescindible entre derechos y realidad social. Cada capítulo ofrece una discusión sobre el alcance de los derechos en un escenario social, político y constitucionalizado como el nuestro. Es por ello que se ocupan de mostrar, con excelente precisión pedagógica y conceptual qué son y cómo ocurren las transiciones más destacadas del legalismo al constitucionalismo; del Estado de derecho al Estado social de derecho; del presidencialismo al poder judicial; de la democracia mayoritaria a la democracia constitucionalizada; del imperio de la ley a la supremacía del orden jurídico constitucionalizado.

El lenguaje de derechos corre la misma suerte de inserción definitiva y vinculante de la que hablaba Ricardo Guastini a la hora de fijar las condiciones básicas de un orden jurídico constitucionalizado. Guastini habla de una vocación totalizadora y totalizante de hacer que la Constitución permee, condicione y defina los patrones de validez de las normas. Siguiendo esa misma ruta metodológica, se ha podido contar una serie de intervenciones que tienen un objeto en común: mostrar de qué manera la apropiación social de los derechos fundamentales o de los derechos constitucionales fija una forma especial de ver el mundo, el poder público, el territorio, la democracia, la paz, la alimentación, la dignidad y el medio ambiente.

La relación entre derechos fundamentales y sociedad no es lineal, ni recta, ni pacífica, ni armónica. Es una relación de tensión,

disrupción y discontinuidad. El establecimiento alaba toda teorización democrática, pero cierra sus puertas a la hora de trazar o ejecutar una política pública. Todos rechazamos la censura, pero limitamos el derecho a la libertad de expresión o de estar informados con el ánimo de no comprometer la legitimidad o la gobernanza. Es una relación que evoca la legalidad como condición básica de superación del estado de naturaleza, pero desconoce que el límite de validez ya no opera según la ley sino según la Constitución. Defiende la constitucionalización del orden jurídico, pero se ofusca con la administración de justicia que se rige por la máxima garantista a la hora de ocuparse de temas mediáticos en los que se asocia la justicia con la venganza. Expresa la importancia de la paz como valor supremo de una sociedad civilizada, pero compromete condiciones básicas de la normativa humanitaria en el orden internacional. Reconoce la importancia del cuidado del medio ambiente, pero autoriza de explotación ilimitada de recursos naturales. Declara la importancia de permitir que los asociados tomen parte activa en los temas que sean de su interés, pero declara que su posición frente a la extracción de recursos minerales no es vinculante porque el subsuelo no le pertenece a la comunidad sino a la Nación.

La relación sociedad y derechos fundamentales es tensa porque la noción de democracia acarrea una nueva forma de tolerar la vocación mayoritaria que se vale de las redes sociales, las movilizaciones multitudinarias y las pasiones para pretender el asalto del núcleo esencial de algunos derechos fundamentales, con la base de recoger la voluntad general y el sentir mayoritario. Sin embargo, bajo la comprensión de derechos fundamentales que ha trazado el sino del modelo constitucional ocurrido luego de la Segunda guerra mundial, la sola vocación mayoritaria no es un argumento exclusivo y excluyente para trasladar el sentir popular a una disposición legal. Muchas de estas decisiones (reelección presidencial, oposición a la adopción igualitaria, prohibición de la cadena perpetua, el uso medicinal de la marihuana, el uso recreativo de la marihuana,), incluso

respaldadas en la voz de la mayoría, resultan contrarias al sentir básico del marco de especial protección de un derecho fundamental. Por ende, hay razones suficientes para impedir que dicha expresión ciudadana se convierta en ley. Muchos alegan, decepcionados, que la democracia ha fracasado y que bajo el velo del poder discrecional del poder judicial se esconde un espíritu ilegítimo. Capaz de otorgarse una expresión de poder autoritario o despótico. Es así como la constitucionalización del orden jurídico también vincula expresiones políticas y corrige lo que debe entenderse por un régimen democrático en el escenario constitucional, en el que, siguiendo la línea trazada por autores como John Rawls o Luigi Ferrajoli, existe una vocación contramayoritaria de los derechos fundamentales a los que la mayoría, en un sentido estrictamente cuantitativo, no tiene acceso para limitar o restringir por medio de las prácticas propias del orden normativo.

Este libro deja de pertenecerle a los autores y se convierte en un bien público donde la reflexión jurídica se concibe en una dirección social, cultural y política. Creemos firmemente que el derecho y los estudios constitucionales tienen mucho qué decir y mucho qué aportar en una sociedad como la nuestra. Defendemos abiertamente nuestra confianza en la razón y en la palabra como herramientas de cambio y de razón; y de buenos argumentos está plagado este libro que hoy ponemos en manos de nuestros lectores y amigos. Confiamos en que la discusión siga abierta y las preguntas formuladas con ocasión de la Escuela de Verano sigan teniendo lugar de manera constante e ininterrumpida en diferentes escenarios de divulgación y de generación de nuevo conocimiento.

Hacemos público y explícito nuestro más amplio y veraz sentido de gratitud a todas las directivas de la Institución Universitaria de Envigado, por permitir que la Escuela de Verano tuviera un espacio físico donde llevarse a cabo y asegurar que esta publicación tenga lugar. Agradecemos la confianza de directivos que siempre nos dieron su apoyo incondicional; de autores y ponentes que trazaron el

horizonte argumentativo y crítico de todo lo que se dijo y de todo lo que aquí aparece por escrito; de todos los asistentes a la segunda Edición de la Escuela de Verano de la Institución Universitaria de Envigado, dedicada a los estudios de la Constitución. Para ellos se escriben estas líneas, porque directa e indirectamente, son autores, gestores y promotores de lo que este libro, DERECHOS FUNDAMENTALES Y SOCIEDAD, quiere ser y representar.

CAPÍTULO I

DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE SANO, REALIDAD JURÍDICA O IMPERATIVO HIPOTÉTICO

Hernán Silgado¹

📧 <https://orcid.org/0000-0002-7059-3257>

Santiago Correa Zuluaga²

📧 <https://orcid.org/>

Resumen:

Con el reconocimiento del derecho a gozar de un ambiente sano se erige la preocupación constitucional por el medio ambiente. Sin embargo, no es este derecho más que el acompañamiento de la Constitución Política de Colombia a una facultad ya reconocida con anterioridad y su principalística, tanto en Colombia como en un

1 Magíster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad. Abogado. Docente.

✉ hernan.abogado@icloud.com

2 Maestrando en Derecho. Abogado. Asesor del Semillero en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Luis Amigó.

✉

Cita este capítulo:

Silgado, H. y Correa Zuluaga, S. (2021). Derecho a gozar de un ambiente sano, realidad jurídica o imperativo hipotético. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 23-57). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.1>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



contexto internacional. Con esto, se pretende en este escrito determinar los antecedentes normativos del medio ambiente en Colombia, sus instituciones (específicamente las Corporaciones Autónomas Regionales), Convenios Internacionales y las limitaciones del Estado, siempre sustentado desde la Constitución Política de 1991.

Palabras clave:

Ambiente sano, principalística, medio ambiente, protección, Constitución Política, jerarquía constitucional, bloque de constitucional.

“Realmente todo se reduce a esto: Toda la vida está interrelacionada. Todos estamos atrapados en una red, cosidos en una sola prenda del destino. Lo que afecta a uno, afecta a todos indirectamente.”

Martin Luther King

INTRODUCCIÓN

Gozar de un ambiente sano, no es solo un ejercicio retórico que imprime belleza a la Constitución de 1991. Es además, un postulado constitucional que traza como valor constitutivo del Estado Social de Derecho colombiano, el deber de la administración de garantizar a sus coadministrados un entorno circunstancialmente condicionado de valores naturales, sociales y culturales, propicios para el ejercicio y el desarrollo de los demás derechos constitucionales.

El derecho a gozar de un ambiente sano, si bien se articula constitucionalmente desde 1991, es resultado de la normativa y de compromisos internacionales ya existentes, preocupación latente, que a veces es confusa desde postulados biocéntricos o antropocéntricos, bien sean débiles o fuertes, que siempre han tenido en cuenta el desarrollo sostenible, que si bien se define después de la génesis reglamentaria en materia ambiental en Colombia, se ha tenido esa preocupación.

En desarrollo de ello, el Constituyente de 1991 imprimió en los preceptos constitucionales diversos mandatos paternalistas. A través de la creación del bloque de constitucionalidad, incorporó materialmente el sustrato axiológico y teleológico de importantes convenciones internacionales en materia de derecho ambiental, logrando así el epíteto de Constitución ecológica.

No obstante, el Estado, pese a estar dotado de un amplio bagaje normativo ambiental en sus diferentes jerarquías y de un reconocimiento internacional, se ha visto dubitativo en la materialización

de estos derechos cuando de su aplicación resultan friccionados intereses de naturaleza particular o nacional, y en otras ocasiones, se ha visto imposibilitada por la diversidad sociodemográfica del territorio.

Este escrito pretende establecer un *status quo* de la realidad jurídica que se pretendió crear a partir de la implementación de una Constitución ecológica, en contraste con las falencias jurídico-fácticas que han condicionado su completo devenir.

Evolución normativa y constitucional del derecho a gozar de un ambiente sano en Colombia, hasta la década de 1990:

Establecer un precedente normativo del derecho a gozar de un ambiente sano en Colombia permite dar cuenta del primer momento en el que se inicia un cambio de paradigma, es decir, de aquel instante en el cual se empieza a tener en consideración a la hora de normativizar no solamente la protección de derechos que radican en el individuo, sino la protección de otros derechos supraindividuales de los cuales son sujetos las colectividades, actualmente reconocidos como derechos de tercera generación o colectivos.

Este primer momento, en materia ambiental tuvo lugar en el año de 1940 con la expedición de los decretos con fuerza de ley 1381, 1382 y 1383, que tienen como objeto, por una parte la conservación, aprovechamiento y distribución de aguas nacionales de uso público y por otra, la adopción de medidas para la defensa y aprovechamiento de los bosques. Es necesario resaltar del Decreto 1381 de 1940, y Decreto 1383 de 1940 los siguientes artículos:

“Artículo 6°. Las mercedes de aguas de que trata este Decreto se otorgarán **a favor del pueblo** que las haya menester para

el servicio doméstico de sus habitantes; **a favor de la heredad que carezca de las aguas necesarias** para el servicio doméstico, abrevaderos, o para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos [...].” (Decreto 1381, 1940, Art. 6) (Negrilla por fuera de texto).

“Artículo 1. Se determina zona forestal protectora el conjunto de terrenos que **por su topografía, o por su ubicación en las cabeceras de las cuencas hidrográficas** y márgenes de depósitos o cursos permanentes de agua, **conviene que permanezcan revestidos de masas arbóreas** por la acción que éstas ejercen sobre el régimen fluvial, conservación de aguas y suelos, salubridad de los centros urbanos.” (Decreto 1383, 1940, Art. 1). (Negrilla por fuera de texto).

Con lo anterior, se da vía Decreto – Ley la inclusión de la sostenibilidad de los recursos naturales al orden de prioridades de Colombia, además se establece como finalidad de estos la satisfacción de las necesidades del pueblo, en otras palabras, se da inicio en materia legal y no constitucional, a un modelo de Estado en el cual no sólo es importante el desarrollo humano, este último debe darse sin avasallar el ambiente, resaltando nuevamente con ello, el cambio de paradigma del reconocimiento exclusivo de derechos individuales, característico de la Constitución de 1886, a la protección de los derechos de las colectividades que posteriormente sería incluido en la Constitución de 1991.

Como elemento de mayor valor está que la preocupación por expedir normas en materia ambiental se haya gestado distante en el tiempo a la realización de la primera conferencia internacional en materia ambiental, llevada a cabo en Estocolmo en el año de 1972, esto es que no se contó con una influencia internacional para reconocer como necesidad del desarrollo del Estado la preservación del ambiente.

Posteriormente en el año de 1959, se promulga la Ley 2 de 1959 a través de la cual se da un desarrollo del precitado decreto 1383 de 1940, creando la “*reserva de siete zonas del territorio nacional con la finalidad de proteger los bosques, los suelos, las aguas y la vida silvestre existentes en las áreas respectivas*” (Ley 2, 1959, Art. 1) (negrilla fuera de texto), entre las cuales se encuentran la Zona de Reserva Forestal del Pacífico, Central, del Río Magdalena, de la Sierra Nevada de Santa Marta, la Serranía de los Motilones, la Serranía del Cocuy y la Serranía de la Amazonía, a su vez, adiciona el elemento *fauna* que no había sido tenido en cuenta en los pasados desarrollos normativos.

Contemporánea a esta Ley, se expide el decreto 0111 de 1959, que en su considerando señala la necesidad de reservar ciertas áreas forestales para evitar su “*explotación irracional*” del recurso (Decreto 0111, 1959, Considerando).

Una vez dado este precedente normativo, con posterioridad al año de 1960 se inicia un verdadero activismo en temas ambientales por parte del Estado colombiano, expidiéndose alrededor de cuatro o más regulaciones anuales. Debido a esta extensión normativa, para efectos prácticos de este escrito, se hará alusión a algunas de acuerdo a una clasificación en tres ejes temáticos, a saber:

1. Adopción de medidas protectoras del ambiente.
2. Creación de Corporaciones Autónomas Regionales y otras entidades que velan por el cuidado ambiental.
3. Ratificación o participación en conferencias y convenios internacionales en materia ambiental.

Adopción de medidas protectoras del ambiente:

Entre estas se encuentran la creación de parques naturales de carácter nacional y regionales, los cuales de acuerdo a su objeto

e importancia se clasifican como parques nacionales, reservas naturales, áreas naturales únicas o santuarios, de acuerdo a la Corte Constitucional estos son entendidos como:

“El conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las siguientes categorías de protección: parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de flora, santuario de fauna y vía parque.” (Corte Constitucional, C-598, 2010)

Por otra parte, se incluyen en este eje temático la adopción de medidas de carácter restaurativo y preventivo como la repoblación de especies amenazadas por su caza excesiva y la restricción de prácticas como la caza comercial de ciertas especies.

- Resolución 191 de 1964 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante la cual se reserva y declara como parque nacional natural 147.000 hectáreas de algunos sectores del departamento de Magdalena, adicionalmente se prohíbe cualquier otra actividad en su interior que difiera con el objeto de su preservación (Art. 2°)
- Resolución 0165 de 1969, Por el cual se dictan medidas sobre pesca fluvial.
- Resolución 1002 de 1969, del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), mediante la cual se prohíbe la captura, extracción y comercialización de todo tipo de corales en las aguas jurisdiccionales de Colombia (Art. 1°).
- Resolución 1003 de 1969 del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), mediante la cual se prohíbe de manera permanente la caza de algunas especies de aves y a su vez se prohíbe su comercio (Arts. 1 y 4).

- Acuerdo 020 de 1969 del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), mediante el cual se adoptó el estatuto de fauna silvestre y caza, cuyo objeto principal es regular la caza, fomentar y restaurar la fauna silvestre.
- Acuerdo 0018 de 1970, del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), a través de la cual se establece la obligación de repoblar las especies animales de la vida silvestre.
- Acuerdo 004 de 1971, del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), a través del cual se busca repoblar la fauna para restaurar el equilibrio biológico de los diferentes ecosistemas y se adopta un plan metodológico para este proceso (Arts. 1° y 3°).
- Acuerdo 0028 de 1974, del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), por la cual se declara como área de reserva forestal protectora la Serranía de Coraza y Montes de María en el departamento de Sucre, dada la destrucción de su cobertura vegetal que trajo consigo crisis en el suministro de agua a los municipios aledaños (Considerando).
- Decreto 2811 de 1974, mediante el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, introduce una política macro ambiental destinada a la preservación y manejo de los recursos naturales renovables.

Creación de Corporaciones Autónomas Regionales y otras entidades que velan por el cuidado ambiental:

Las Corporaciones Autónomas Regionales son personas jurídicas públicas encargadas de administrar el medio ambiente y los recursos naturales renovables (artículo 23, Ley 99 de 1993), además:

“Cometidos públicos de interés del Estado y de la Comunidad, que ejecutan planes, políticas, y proyectos sobre el medio ambiente y los recursos naturales, y que deben dar cumplida y oportuna aplicación a las normas legales y reglamentarias sobre su manejo y aprovechamiento, lo cual puede ser atendido por empleados públicos, según la definición que de su régimen haga la ley” (Corte Constitucional, C-262, 1995).

De acuerdo a lo dicho, sus funciones se circunscriben a materializar la normativa en materia ambiental y administrar los recursos en el interior de sus áreas de competencia, por ello, gozan de vital importancia, en el entendido de que son los principales garantes en la ejecución de políticas ambientales.

En igual sentido, hacen parte de esta clasificación otras entidades de derecho público y la creación de grupos de ciudadanos investidos de funciones direccionadas a la protección del ambiente, demostrando con ello el interés que el Estado ha puesto en que diferentes actores participen activamente en el cumplimiento de este cometido, como se observa en el siguiente contenido normativo:

- Decreto 1710 de 1960, a través de la cual se crea la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Magdalena y Sinú.
- Ley 03 de 1961, mediante la cual se creó la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá.

- Acuerdo 0001 de 1969, por el cual se adoptan los Estatutos del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), entidad encargada de promulgar la mayor cantidad de normatividad en materia ambiental hasta su disolución en 1993.
- Ley 40 de 1971, con la cual se crea la Corporación Autónoma Regional de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu.
- Ley 13 de 1973, a través de la cual se crea la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge.
- Ley 10 de 1981, por la cual se crea la Corporación Autónoma Regional del Tolima.
- Ley 27 de 1982, por la que se crea la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo e Integración de Nariño y Putumayo.
- Constitución Política de Colombia, que por medio del artículo 331 crea la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena.

Ratificación o participación en Conferencias y Convenios internacionales en materia ambiental:

Los tratados y conferencias internacionales tienen como función visibilizar problemáticas transnacionales que requieran de la toma de decisiones conjuntas por parte de los Estados participantes, en aras a evitar una problemática futura o de generar medidas de contingencia para las ya existentes, creando la obligación para los Estados ratificantes de adoptar las medidas resultantes en su política interna.

El tema ambiental ha sido visto por parte de la comunidad internacional como un asunto coyuntural que requiere de la aplicación de medidas rigurosas, que en algunos casos entran en pugna con áreas de producción que directa o indirectamente generan impactos ambientales, consecuencia de esta colisión de intereses entre el desarrollo económico sin restricciones y el desarrollo sostenible es la dilación en el tiempo de su cabal aplicación. Ejemplo de Conferencias y Convenios en materia ambiental son los siguientes:

- Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar, Ginebra, 29 de abril de 1958, en Colombia fue aprobada a través de la Ley 119 de 1961 y tiene como fundamento “el peligro de la explotación excesiva de los recursos vivos de alta mar dado el crecimiento exponencial de la población mundial (Convención Sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar, 1958, considerando).
- Convención RAMSAR, Irán 1971. Entró en vigor en Colombia el 18 de octubre de 1998 y tiene como misión. “La conservación y el uso racional de los humedales mediante acciones locales, regionales y nacionales y gracias a la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo” (Secretaría de la Convención de Ramsar, 2013, p.2).
- Declaración de Estocolmo, Suecia 1972. Contempla veintiseis principios que direccionan la actividad del hombre y de sus pueblos a precaver el daño ambiental en pro de las generaciones presentes y futuras.
- Convenio CITES, Estados Unidos 1973. Fue ratificado en Colombia mediante la ley 17 de 1981, teniendo como principal función la protección y preservación de las especies de Fauna y Flora objeto del comercio.

- Tratado de Cooperación Amazónica, Brasilia 1978. Prevé disposiciones encaminadas a mejorar la preservación y desarrollo de los territorios amazónicos a través de la ayuda conjunta de los países suscribientes. (Art. 1).
- Declaración de RIO sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro, 1992. Consagra veintiséis principios a través de los cuales se busca exhortar el trabajo mancomunado de los Estados a fin de proteger la integridad del sistema ambiental y el desarrollo mundial³ (Considerando).

Bloque de constitucionalidad e integración de la principalística ambiental:

El bloque de constitucionalidad es una institución jurídica que surge como respuesta a algunas de las necesidades que el desarrollo del neoconstitucionalismo trajo consigo en el siglo XX, que permite dotar de jerarquía constitucional a distintas disposiciones que a pesar de no estar consagradas expresamente en el texto constitucional, tienen una estrecha relación con la misma, de ello se deriva la posibilidad de utilizarlas como criterio interpretativo a la hora de realizar control constitucional abstracto o concreto y de invocar su protección a través de los mecanismos constitucionales.

La Constitución Política de 1991 hace referencia expresa a esta institución en dos sentidos, el primero de ellos, limitante al señalar en su artículo 93 que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y

3 Posterior a la cumbre de la tierra de Rio de Janeiro de 1992, se han desarrollado: 1) La Cumbre de la Tierra de Johannesburgo de 1992, que tuvo como principal objetivo la renovación del compromiso político con el desarrollo sostenible; y 2) La Cumbre de Río +20 en 2012, que se caracterizó por su denominación “*el futuro que queremos*”.

que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno [...]” (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 93), y el segundo, irrestricto al señalar en su artículo 94 que *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”* (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 94).

Bajo este entendido, se ofrece un amplio margen interpretativo al constitucionalista que la Corte Constitucional ha pretendido resolver a través de la adopción de dos teorías, el bloque de constitucionalidad stricto sensu y lato sensu, definido por esta corporación como:

“Stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P. arts. 93 y 103). De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.” (Corte Constitucional, C-988, 2004).

Dicha posición, ha sido sostenida con pequeñas variaciones que tienden a incluir en uno u otro sentido disposiciones adicionales, por ejemplo, *“algunos de los convenios de la OIT”* (Corte Constitucional, C-280, 2007), *“jurisprudencia o doctrina de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos”* (Corte Constitucional, T-752, 2011), entre otros.

Ahora bien, tratándose de la principalística ambiental contenida mayoritariamente en la Conferencia de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, no hay un pronunciamiento expreso de la Corte Constitucional al respecto de su inclusión en el interior del bloque de constitucionalidad, situación que no es óbice para su pertenencia al mismo como se vio a través de los criterios precedentes. Sin embargo, hace necesario para efectos de una mejor comprensión, la explicación de las situaciones jurídicas que permiten aducir que las mismas hacen parte integral del bloque de constitucionalidad.

A fin de endilgar a la principalística ambiental su inclusión en el bloque de constitucionalidad, se deben verificar las siguientes situaciones o responder a las siguientes preguntas: ¿es la principalística ambiental y el ambiente sano un derecho humano? y en ese sentido, ¿pueden ser comprendidos los principios de La Conferencia de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente de 1992 como posibilitantes de un ambiente sano? Y por último, ¿es la principalística ambiental, a través de la interpretación del artículo 94 de la Constitución Política, inherente a la persona humana?

Dando respuesta a estos interrogantes se puede decir que de la lectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no se encuentra un artículo que haga referencia directa al derecho a gozar de un ambiente sano, ni mucho menos la adopción de la principalística ambiental por su lejanía temporal. Sin embargo, en el artículo 25 de la misma, se hace referencia a que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar [...]”* (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Artículo 25) y es sin lugar a dudas, la salud y el bienestar de las personas uno de los objetivos principales del derecho ambiental tanto en su etapa antropocéntrica, como biocéntrica, con ello, se puede encontrar una primera referencia a estos tópicos a partir de la conexidad.

Recurriendo a la doctrina especializada internacional, se encuentra la postura de John Knox, ex relator especial sobre derechos humanos y medio ambiente, en el escrito Derechos Humanos y Medio Ambiente, Avances y Desafíos para un Desarrollo Sostenible de Victoria Laporte, en el que *“como resultado de consultorías internacionales, investigó todo lo existente en jurisprudencia dicho por cada organismo internacional de derechos humanos acerca de cuestiones ambientales, describiéndolo en 14 informes”* (Laporte, 2017, p. 9), identificando con ello que:

“La relación entre derechos humanos y medio ambiente se convierte en un círculo virtuoso. Los derechos humanos deben ser utilizados con el fin de proteger el medio ambiente. Las personas deben ser capaces de gozar sus derechos de información, participación y solución, con el fin de poder asegurar que el medio ambiente sea protegido. Y, a su vez, un medio ambiente sano es necesario para poder gozar de sus derechos a la salud, la alimentación, el agua, la vivienda, y así sucesivamente.” (Laporte, 2017, pp. 10 – 11).

Por otra parte, tratándose de instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos, se tienen los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” celebrados en 1966, que fue ratificado por Colombia a través de la Ley 74 de 1968 señalan:

Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para [...]:

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente [...] (Artículo 12)

Dejando con ello claridad en la naturaleza del derecho a gozar de un ambiente sano como un derecho humano⁴ y en consecuencia, su principalística como una condición *sine qua non*.

Dando paso al siguiente interrogante, su respuesta surge de un breve ejercicio analítico entre el artículo 94 de la Constitución Política y la definición que de los derechos humanos de la oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos de las Naciones Unidas (s.f), en la cual señala lo siguiente:

“Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles” (P. 1).

Corolario de ello, es que los derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad no sólo a través del artículo 93 Superior, esto es, por encontrarse incluidos en un tratado que versa sobre derechos humanos ratificado por Colombia, sino que a su vez, es viable su incorporación a través del artículo 94 por ser inherentes a la persona; en ese orden de ideas, los principios del derecho ambiental se encuentran en el interior del bloque de constitucionalidad por tratarse de las directrices mediante las cuales se materializa el derecho a gozar de un ambiente sano.

4 Al respecto, la Declaración de Estocolmo en su proclamación reconoce como fundamental la protección y el mejoramiento del medio ambiente humano.

Importancia de la jerarquía constitucional en la aplicación de la principalística ambiental:

Una vez establecido que la principalística contenida en la Conferencia de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río de 1992 gozan de jerarquía constitucional a través de su integración al bloque de constitucionalidad, se puede hablar de los efectos prácticos que trae consigo dicha inclusión, empero, es necesario hacer precisión acerca del concepto de jerarquía constitucional que es de común utilización por parte de los juristas, a efectos de clarificar su uso en el texto.

Desde un parámetro estrictamente lingüístico, la palabra jerarquía normativa significa “*Principio que, en el seno de un ordenamiento jurídico, impone la subordinación de las normas de grado inferior a las de rango superior*” (Real Academia Española). No obstante, de esta definición surge un dinamismo interpretativo en torno a qué se entiende como norma de rango superior, al respecto señala Guastini (1995):

“La norma suprema puede ser identificada como la norma de rango más elevado en la jerarquía material del ordenamiento, es decir, con aquella norma a la que ninguna otra norma puede válidamente contradecir. Desde este punto de vista, sin embargo, no parece que haya en los ordenamientos jurídicos una sola norma suprema. Hay más bien, una fuente suprema: la Constitución en los ordenamientos con una Constitución rígida, la ley con una Constitución flexible.” (p. 263 – 264)

Con ello, al hablar de jerarquía constitucional debe entenderse como sólo un subtipo de jerarquización que principalmente tiene lugar en los ordenamientos jurídicos desarrollados bajo modelos de *Estados constitucionales de derecho*, en los cuales sus constituciones son prominentemente rígidas.

Ahora bien, el artículo 4 Superior establece que la misma es “*norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre la Constitución o cualesquiera otras normas, prevalecerán los preceptos constitucionales*” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 4°). En ese sentido el concepto de jerarquía normativa en Colombia debe entenderse supeditado a la Constitución Política, no sólo a sus artículos expresos, sino también, a aquellos que se integran vía bloque de constitucionalidad.

Una vez establecido el concepto de jerarquía constitucional, se tiene como primera importancia, la posibilidad de utilizar la principalística ambiental como fundamento jurídico por parte de la Corte Constitucional a la hora de llevar a cabo un control abstracto de constitucionalidad, en reiterada jurisprudencia, la Corte se ha pronunciado respecto al uso de normas que integran el bloque de constitucionalidad como fundamento para sustraer del ordenamiento jurídico normas infraconstitucionales, ejemplo de ello es la Sentencia C-774 de 2001, donde señala:

“Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad lato sensu (algunos tratados sobre de derechos humanos, leyes orgánicas y ciertas leyes estatutarias), forman parámetros de validez constitucional, por virtud de los cuales, sí una ley u otra norma de rango inferior es incompatible con lo dispuesto en cualquiera de dichas disposiciones, la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, para cumplir con el mandato constitucional de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.” (Corte Constitucional, C- 774, 2001)

En igual sentido se pronuncian Mendieta y Tobón (2016) al decir:

“La supremacía constitucional en Colombia no es determinada solo por el texto superior de 1991, sino que es un conjunto normativo amplio e inacabado que se ha denominado Bloque de

Constitucionalidad. Según el artículo 241 de nuestra Constitución, a la Corte Constitucional se le confía la guarda y cuidado de la supremacía e integridad de la Carta Política.” (p. 52)

Como segunda importancia, se destaca que la principalística ambiental puede ser utilizada en alguna de sus múltiples funciones por parte de los jueces o magistrados a la hora de resolver situaciones jurídicas puestas en su conocimiento; respecto a las múltiples funciones de las cuales se puede valer el operador jurídico, argumenta Navarro (1998) que las mismas son:

“1) Una función interpretativa; 2) una función integradora; 3) una función garantista de las situaciones jurídicas de ventaja; 4) una función orientadora o informadora del orden jurídico; 5) una función limitadora de la acción de los poderes públicos; 6) una función sistematizadora del ordenamiento y de la ciencia jurídica; 7) una función antiformalista o mejor dicho sustancialista; 8) una función prescriptiva.” (p. 9)

Con las anteriores funciones se hace extensivo el alcance que eventualmente puede llegar a tener el hecho de utilizar los principios ambientales en las diferentes formas de control constitucional.

Como tercera importancia, está la posibilidad de solicitar la excepción de inconstitucionalidad cuando de la aplicación de una norma a un caso concreto se vean lesionados estos principios, la excepción de inconstitucionalidad consiste en:

“La posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. Partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas

otras que les son superiores jerárquicamente” (Consejo de Estado, Sentencia 02724, 2017)

En ese sentido, la excepción de inconstitucionalidad se erige como un mecanismo de defensa expedito, que permite la protección de la principalística ambiental ante una transgresión por parte de las autoridades tanto administrativas como judiciales y que con su ejercicio impone a las mismas la obligación de resolver ya no conforme a derecho, sino conforme a los preceptos constitucionales.

Como cuarta y última importancia a resaltar, está la función legitimadora o condición de validez que los principios constitucionales tienen respecto del ordenamiento jurídico, Ferrajoli (2010) establece que:

“Las condiciones de validez de las leyes, que dependen del respeto ya no sólo de normas procedimentales sobre su formación, sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, sobre su coherencia con los principios de justicia establecidos en la Constitución.” (p. 31).

De esta manera, los principios ambientales adicionados vía bloque de constitucionalidad no tienen una esencia inerte y por lo tanto estática, que se encuentre a la espera de su invocación a través del derecho de acción con miras a cumplir alguna función, por el contrario, implícitamente deben permear todo el ordenamiento jurídico, radicando un deber en las diferentes ramas del poder público de materializarlos *motu proprio* en sus actuaciones, esto es, que ya las normas que se dicten o se apliquen en materia ambiental deben ir en consonancia con dichos principios.

Ciertamente, no se puede desconocer que bajo las reglas constitucionales que parametrizan el proceso de creación de leyes y de su control por parte de la jurisdicción constitucional, esta función legitimadora sólo se vería aplicada rigurosamente cuando la Corte rea-

liza un control automático o previo de constitucionalidad, como lo determina la Constitución Política, a saber, en los siguientes casos:

“La Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...] 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno [...]. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. [...] 10. Decidir definitivamente sobre la ejecutabilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben [...]” (Art. 241).

Y en aquellas otras situaciones en las cuales no se cuente con un control previo o automático, como lo son la creación de Leyes y Decretos distintos a los enunciados anteriormente, la función legitimadora se vería relegada a que la rama legislativa realice un acucioso ejercicio que armonice las disposiciones por promulgar con el ordenamiento constitucional.

Limitantes del estado colombiano en la materialización del derecho a un ambiente sano:

Hasta este apartado del texto se ha desarrollado a través del recuento histórico, de la inclusión de la principalística ambiental vía bloque de constitucionalidad y de la importancia de la jerarquía constitucional de la principalística ambiental, lo que se ha titulado como realidad jurídica, que no es más que el conjunto de postulados teóricos que permiten la consecución del denominado derecho al ambiente sano por parte del Estado colombiano.

Ahora compete revisar el elemento enunciado como imperativo hipotético, concepto utilizado por Immanuel Kant en su obra *La Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* y que significa en palabras de Rivera (2004) lo siguiente:

“Kant sostiene que el imperativo categórico nos hace exigencias incondicionales, y lo contrapone al imperativo hipotético, el cual nos hace exigencias condicionales, es decir, nos exige que hagamos ciertas cosas bajo el supuesto de alguna condición. El imperativo hipotético es un principio instrumental y nos dice que si queremos un fin debemos también querer los medios para ese fin.” (p. 3).

Este concepto kantiano permite establecer una relación inescindible entre medios y fines, con lo cual, si se desea alcanzar un fin, se debe tener a su vez una cabal aceptación de los medios elegidos, extrapolando este sustrato filosófico al léxico jurídico, no se habla de otra cosa distinta a que si se desea garantizar un ambiente sano, se debe dar cabal aplicación a los mecanismos constitucionales y normativos con los que el Estado se ha comprometido, es decir, no puede haber lugar a garantizar un ambiente sano si ante las fricciones de los intereses que persiguen las ramas del poder público se ve menoscabado el ordenamiento jurídico provisto para este fin.

En este orden de ideas, se verificará específicamente si ha existido contradicción en la aplicación de la normativa relacionada en materia ambiental, en lo relacionado a la consulta popular minera. La consulta popular es un mecanismo de participación ciudadana consistente, mediante la cual:

“una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria.” (Ley 134, 1994, Artículo 8)

A través de este mecanismo, los habitantes de diferentes municipios en los que se habían concedido licencias ambientales para la realización de proyectos mineros, se venían oponiendo rotundamente a ellos con una votación por el no superior al 95% en todos los casos (Giraldo, 2018). La razón de ello es el gran impacto ambiental que trae consigo las actividades de explotación minera, que no se reduce solamente a la contaminación de las cuencas hídricas que es uno de los fundamentos por los cuales se permite la constitución de zonas protectoras, sino también, por los cambios culturales que a su vez genera.

Estas consultas populares mineras, además debían ser realizadas obligatoriamente por disposición del Artículo 33 de la Ley 136 de 1994 y así lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia T-445 de 2016 al afirmar:

“Este artículo es claro en decir que ante el eventual desarrollo de proyectos mineros, entre otros, que amenacen con crear un cambio significativo en el uso del suelo y que transformen las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular. No es meramente facultativo hacer la consulta, la norma es clara en decir que es obligatorio. Pero adicionalmente, le otorga a los municipios la competencia de realizar dichas consultas populares. Esta norma se encuentra plenamente vigente, y no ha sido derogada tácita o expresamente por ninguna otra norma. De hecho, este artículo ya ha sido aplicado y tenido en cuenta en el estudio de constitucionalidad de otras consultas populares sobre minería que se han realizado en el país. Por ejemplo, fue este mismo artículo el que fundamentó la consulta popular que se realizó en el municipio de Piedras, Tolima, el 28 de julio de 2013. Dicha consulta fue declarada constitucional por el Tribunal Administrativo del Tolima y fue votada de forma negativa por la ciudadanía. La decisión que se tomó se encuentra en firme.” (Corte Constitucional, T-445, 2016)

A su vez se dio aplicación a principios y derechos constitucionales como los de autonomía territorial, desarrollo sostenible o principio de transgeneracionalidad en materia internacional, la materialización de la democracia participativa, el interés superior de mantener un ambiente sano y en general de un amplio uso de herramientas jurídicas dispuestas a la defensa del derecho a gozar de un ambiente sano.

De esta manera, se clasifica como una Sentencia hito en materia ambiental porque manifiesta una verdadera realidad jurídica, una correcta correspondencia entre los principios constitucionales, la normativa desarrollada hasta el momento y su aplicación práctica, ello hace a Colombia merecedor del asentimiento del pueblo, ya no por la adopción en letra que a veces incluye poéticamente un conjunto inerte de normatividad ambiental, sino ya por una materialización de su esencia.

Posteriormente, a través de la Sentencia SU-095 de 2018, se genera una regresión en materia jurisprudencial acerca de los alcances de las consultas populares mineras, a través de una re-interpretación de los principios que en un momento sirvieron como fundamento para permitir la prohibición de proyectos mineros

Al respecto, se citarán algunos conceptos abordados en la Sentencia SU-095 de 2018 y la T-445 de 2016, a través de los cuales se evidencia dicha re-interpretación:

a. Autonomía territorial

“para la Sala no existe duda del gran impacto que la actividad minera puede tener en la función del ordenamiento del territorio y, adicionalmente, en la reglamentación que los usos del suelo por parte de los concejos distritales y municipales. Por consiguiente, y en armonía con lo concluido anteriormente, una lectura del artículo 37 del Código de Minas que **excluya de forma absoluta la participación de los municipios y**

distritos en la decisión sobre si en su territorio se realiza o no una exploración o explotación minera resulta contraria al contenido del principio de autonomía territorial –artículo 288 de la Constitución-, específicamente, a la garantía de gobernarse por autoridades propias[107] –artículo 287, numeral 1º- y a la función de los concejos consistente en reglamentar los usos del suelo en el municipio –artículo 313, numeral 7” (Corte Constitucional, T-445, 2016) (Negrita fuera del texto original)

En este pronunciamiento, la Corte señala que de la exclusión absoluta de la participación de los municipios en las decisiones relativas a la explotación minera resulta contraria al principio de autonomía territorial, es decir, una exclusión de ese tipo afectaría el núcleo del principio de autonomía territorial y en consecuencia, sería nugatorio su reconocimiento; en sentido contrario, se señala en el siguiente pronunciamiento que:

“la Corte estimó que en el marco previsto por la Constitución para la explotación de los recursos naturales el Legislador **debe resolver en cada caso concreto la tensión entre los principios unitario y de autonomía territorial, y dar prelación al primero**, en razón a los objetivos de interés público de la actividad minera, de acuerdo al ordenamiento superior. La prevalencia del principio unitario, orientado a establecer un régimen único para la explotación de los recursos mineros, tiene como fin evitar las decisiones aisladas que limiten o excluyan la explotación de unos recursos que son del Estado y que proveen de medios para la financiación de los fines que le son propios, y por ello en función del interés nacional, es viable restringir las competencias de regulación de las entidades territoriales, e, incluso excluirla de determinados ámbitos.” (Corte Constitucional, SU – 095, 2018) (Negrita fuera del texto original).

En esta otra providencia señala que se debe dar prelación al principio unitario en aras de evitar decisiones aisladas, en este sentido, cuando ambos principios colisionan debe existir preminencia del principio unitario por sobre la autonomía territorial.

Al colegir ambos pronunciamientos, no se deriva otra conclusión diferente a la imposibilidad de garantizar el principio de autonomía territorial, en palabras de la Corte se excluiría en forma absoluta la participación efectiva de municipios y distritos en la destinación de los usos del suelo.

b. Consulta popular

Se presenta otra clara contradicción, al momento de establecer el mecanismo idóneo para garantizar la participación eficaz de los ciudadanos en la toma de decisiones que afectan directamente su entorno, en principio, la Corte señala a través de la Sentencia T-445 de 2016 que:

“Así las cosas, para esta Corporación **es claro que la minería evidentemente es una actividad que afecta ámbitos de competencia de los municipios**, como la regulación de los usos del suelo, la protección de las cuencas hídricas y la salud de la población, razón por la cual como lo señaló la Sentencia C-123 de 2014, **los municipios sí tienen competencia para participar en estas decisiones, y que estas decisiones deben tomarse con su participación eficaz**. En esta medida, entonces, **una consulta popular** que trate sobre este tipo de decisiones **está claramente dentro del ámbito de competencias del municipio.**” (Corte Constitucional, T-445, 2016) (Subrayas fuera del texto original).

En ese sentido, se generó claridad a través de este pronunciamiento que no sólo el municipio objeto de operaciones de extracción minera tiene la competencia para adelantar consultas populares, sino también, que este mecanismo estaba dotado de plena

idoneidad para ello; sólo dos años después, se emitió la Sentencia SU-095 de 2018 con la cual la Corte generó un pronunciamiento antagónico a su precedente, señalando lo siguiente:

“La consulta popular no es el mecanismo idóneo para dar aplicación a los principios de coordinación y concurrencia entre la nación y el territorio en el marco de los postulados del Estado unitario y la autonomía territorial, pues **como mecanismo de participación ciudadana no puede utilizarse para definir si en un territorio se realizan o no actividades de exploración** o explotación del subsuelo o de recursos naturales, **ya que la competencia en esta materia no radica en forma absoluta en cabeza de los municipios**, y por ello **excede su competencia”** (Corte Constitucional, SU-095, 2018) (Subrayas fuera del texto original).

De nuevo, en ambos pronunciamientos se establece una contradicción en los alcances de competencia de los municipios para someter a consulta popular los asuntos de explotaciones mineras o de recursos naturales no renovables, y no se trata solamente de un alcance extensivo o restrictivo de competencias para ello, sino que trasciende a lesionar de forma implícita los principios de democracia participativa.

c. Inaplicación del principio de prevención ambiental

A través del principio de prevención ambiental se impone una medida suspensiva al ejercicio de actividades en las cuales se desconoce su impacto ambiental o en la que el mismo es difuso; tratándose de las operaciones de extracción de recursos naturales no renovables, se ha establecido sin lugar a duda los múltiples impactos que generan, con lo cual el Estado colombiano ha hecho obligatoria la adopción de políticas de mitigación y restauración del daño ambiental, no obstante lo dicho, estas medidas no pueden verse como una proposición unidireccional por parte de la compañía que se lucrará de los proyectos mineros, sino que deben ser propuestas

tomando en consideración elementos propios de la región, culturales y sociales que los habitantes pongan en su consideración, so pena de dar aplicación a este principio.

En ese orden de ideas, señala la Corte Constitucional que:

“se ha producido, en nuestros días, una toma de conciencia de que no basta con reparar (modelo curativo) sino que se impone prevenir (modelo preventivo), y ello convierte al principio de prevención en uno de los grandes principios estructurales de este sector del derecho internacional público. La finalidad o el objeto último del principio de prevención es, por tanto, evitar que el daño pueda llegar a producirse, para lo cual se deben adoptar medidas preventivas.” (Corte Constitucional, T- 445, 2017)

A su vez, la Sentencia SU-095 de 2018 señala:

“es indiscutible que las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos generan peligrosas afectaciones al ambiente y a las comunidades. Es así como, en términos ambientales se presentan afectaciones con potencialidad de contaminación del agua, del aire, de la tierra [...] en algunas poblaciones los impactos sociales han implicado, incluso, deserción escolar en jóvenes que ven la minería y los recursos que ésta provee como única salida a la pobreza. Igualmente, el aumento de la drogadicción, la prostitución, la violencia sexual, las enfermedades de transmisión sexual y el madresolterismo no deseado han coincidido con la llegada de los mineros a un municipio o distrito que no se encuentre preparado para recibirlos.” (Corte Constitucional, SU- 095, 2018).

De acuerdo a ello, se establece una clara afectación no sólo al elemento natural del derecho a gozar de un ambiente sano, sino, que se ven lesionados los componentes culturales y sociales del mismo; el principio de prevención en materia ambiental es claro en el

entendido de que se debe evitar el daño que pueda llegar a producirse, en ese sentido, es inviable realizar proyectos de exploración y explotación minera sin la toma de medidas idóneas que garanticen la participación de los afectados directos para su realización.

A manera de conclusión

Resulta contraproducente para el bienestar de los habitantes del territorio donde se adelanten explotaciones mineras, el no contar con mecanismos efectivos de participación ciudadana para evitar que tales daños en materia ambiental se produzcan, otrora, se tenía a la consulta popular como el mecanismo dotado de plena idoneidad para prevenir la causación de este tipo de daños, sin embargo, es inviable después de la Sentencia SU-095 de 2018 vedar a través de la consulta popular los proyectos mineros.

Se deja en evidencia a lo largo del escrito que Colombia cuenta con más que suficientes elementos jurídicos a través de los cuales puede garantizar a cabalidad el cumplimiento del derecho a gozar de un ambiente sano, no obstante, se presentan algunos casos como el relatado de las consultas populares mineras, que supeditan este orden jurídico a los intereses económicos. En razón de ello, se crean situaciones generadoras de incongruencias en la aplicación uniforme de la normativa ambiental en sus diferentes jerarquías, causando con ello la ruptura del carácter inescindible entre los medios y fines que se ha propuesto a través del recurso lingüístico del imperativo categórico

REFERENCIAS

Congreso de la República de Colombia. (16 de diciembre de 1959) Artículo 1 [Ley 2, 1959] S.DO

Congreso de la República de Colombia. (31 de mayo de 1994) Artículo 8 [Ley 134, 1994] DO: 41373

Consejo de Estado (16 de febrero de 2017) Sentencia 02724. [MP Rafael Francisco Suárez Vargas]

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 241. [Título VIII] 41^a Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 4. [Título I] 41^a Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 93. [Título II] 41^a Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 94. [Título II] 41^a Ed. Legis.

Corte Constitucional (6 de octubre de 2011) Sentencia T – 752. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional. (20 de junio de 1995) Sentencia C – 262. [MP Fabio Morón Díaz]

Corte Constitucional. (27 de julio de 2010) Sentencia C – 598. [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional. (11 de octubre de 2018) Sentencia SU - 095. [MP Cristina Pardo Schlesinger]

Corte Constitucional. (12 de octubre de 2004) Sentencia C-988. [MP Humberto Sierra Porto]

Corte Constitucional. (19 de agosto de 2016) Sentencia T- 445. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional. (18 de abril de 2007) Sentencia C- 280. [MP Humberto Sierra Porto]

Corte Constitucional. (25 de julio de 2001) Sentencia C- 774. [MP Rodrigo Escobar Gil]

Ferrajoli, L (2010). Democracia y Garantismo. Madrid, España: Trotta

Giraldo, J. (2018). Consultas populares mineras, ¿en qué quedó la autonomía territorial y la democracia participativa? Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/administrativo-y-contratacion/consultas-populares-mineras-en-que-queda-la>

Guastini, R. (1995). Normas Supremas. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, Volumen (17-18), pp. 263 – 264. Doi: 10.14198/DOXA1995.17-18.10

Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. (31 de agosto de 1964) Artículo 2 [Resolución 191, 1964] S.DO

Instituto de los Recursos Naturales Renovables. (1974) Considerando [Acuerdo 0028, 1974] S.DO

Instituto de los Recursos Naturales Renovables. (24 de febrero de 1971) Artículo 1, 3 [Acuerdo 004, 1971] S.DO

Instituto de los Recursos Naturales Renovables. (25 de noviembre de 1969) Artículo 1, 4 [Resolución 1003, 1969] S.DO

Instituto de los Recursos Naturales Renovables. (27 de noviembre de 1969) [Acuerdo 020, 1969] S.DO

Laporte, V. (2017). Derechos Humanos y Medio Ambiente. Recuperado de: https://www.undp.org/content/dam/uruguay/docs/MAYE/Publicación%20ddhh%20y%20medio%20ambiente_version%20completa%2007112017.pdf

Laporte, V. (2017). Derechos Humanos y Medio Ambiente. p.9. Recuperado de: https://www.undp.org/content/dam/uruguay/docs/MAYE/Publicación%20ddhh%20y%20medio%20ambiente_version%20completa%2007112017.pdf

Mendieta, D y Tobón, M (2018). El (des) control de constitucionalidad en Colombia. Estudios Constitucionales. Volumen (16 no. 2) Doi: 10.4067/S0718-52002018000200051

Ministerio del Medio Ambiente. (25 de noviembre de 1969) Artículo 1 [Resolución 1002, 1969] S.DO

Navarro, R. (1998). Los Principios Jurídicos. Estructura, Caracteres y Aplicación en el Derecho Costarricense. p.9. Recuperado de: <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-03/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-2/lecturas/2.pdf>

Oficina del Alto Comisionado (s.f). ¿Qué son los derechos humanos? Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1992). Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, Brasil. Recuperado de: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Organización de las Naciones Unidas. (1948) Artículo 25 [Declaración Universal de los Derechos Humanos] Recuperado de: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1966) Artículo 12. [Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (1958). Convención Sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar. Geneva. Recuperado de: <https://www.dipublico.org/10530/convenccion-sobre-pesca-y-conservacion-de-los-recursos-vivos-de-la-alta-mar-ginebra-29-de-abril-de-1958/>

Presidencia de la República. (17 de enero de 1959). Considerando [Decreto 0111, 1959] DO: 29861

Presidencia de la República. (17 de julio de 1940). Artículo 1 [Decreto 1383 de 1940] DO: 24419

Presidencia de la República. (17 de julio de 1940). Artículo 6 [Decreto 1381 de 1940] DO: 24422

Presidencia de la República. (8 de agosto de 1978). Artículo 1 [Decreto 1415, 1978] DO: 35070

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*, (23.Ed.) Consultado en <https://dle.rae.es>

República Federativa de Brasil. (1978). Artículo 1. [Tratado de Cooperación Amazónica] Recuperado de: http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/D7AAD_TCA%20-%20TRAT%20COOP%20AMAZO%20-%201978.PDF

Rivera, F. (2004). El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres. *Revista Digital Universitaria*. Volumen (5 no. 11) p. 3. Recuperado de: http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic_art81.pdf

Secretaría de la Convención de Ramsar. (2013). *Manual 1 Uso Racional de los Humedales*. p. 2. (4. Ed). Gland, Suiza. Recuperado de: <https://www.ramsar.org/sites/d>

CAPÍTULO II

PODER Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN COLOMBIA. UN ACERCAMIENTO DESDE LA PROPIEDAD Y EL MERCADO DEL SUELO

Alfredo Restrepo Ruiz¹

© <https://orcid.org/0000-0001-9635-0774>

Resumen:

Este documento tiene como propósito realizar una reflexión sobre el ordenamiento territorial en Colombia a partir de su interpretación como un fenómeno de poder dentro del territorio, que involucra la participación de diversos actores con intereses diversos sobre él. La estructura jurídica y política en Colombia permite que ellos participen condicionando su alcance según la extensión del poder que se detente, bien sea como poder político o poder económico, representando al Estado o a privados.

1 Polítólogo. Especialista en Estudios Políticos. Magíster en Estudios Urbano-Regionales. Doctorando en Historia. Docente e investigador de tiempo completo Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

✉ alrestrepo@udem.edu.co

Cita este capítulo:

Restrepo Ruiz, A. (2021). Poder y ordenamiento territorial en Colombia. Un acercamiento desde la propiedad y el mercado del suelo. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 59-89). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.2>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



El texto analiza las relaciones de poder asociándolo a las condiciones básicas del ordenamiento territorial desde la propiedad y el mercado del suelo según las directrices de ordenación del país, también desde el uso, ejecución e interacción de los diversos instrumentos de gestión del suelo que existen en Colombia para el ordenamiento territorial.

Palabras clave:

Poder, política, ordenamiento territorial, propiedad, mercado, Estado, gestión del suelo, instrumentos de gestión.

INTRODUCCIÓN

La existencia e implementación de los instrumentos de planeación y gestión presentes en Colombia en virtud de la Ley 388 de 1997 materializan el desarrollo urbano del país, pues su puesta en práctica concreta sobre el territorio el conjunto de principios, estrategias, y actuaciones consagradas para el ordenamiento territorial y el desarrollo socioeconómico.

Ello establece la primacía del interés general sobre el particular para usar racional y equitativamente el suelo, preservar el medio ambiente y el patrimonio cultural, prevenir desastres naturales, acceder a vivienda digna y a servicios públicos, crear espacio público, ordenar el territorio y ejecutar acciones urbanísticas eficientes e integrales que en su conjunto logren el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del país como expresión del desarrollo territorial.

Esta ley establece para el Estado la primacía en la aplicación de los instrumentos de gestión del suelo, es decir, que es el Estado desde sus ramas del poder público dentro de las funciones que a cada una le corresponde quien está facultado para aplicar los instrumentos en los casos específicos que requiera el desarrollo urbano.

Esto evidencia la primacía del poder público sobre el poder privado. No obstante, la aplicación de los instrumentos puede evidenciar en la realidad la relación inversa, pues su ejecución puede estar motivada por intereses particulares, sociales, económicos, urbanísticos, de actores privados en una operación urbanística determinada. Así, el Estado puede favorecer a terceros mediante la aplicación de un instrumento de planificación o gestión específico.

El conjunto de instrumentos contemplados en la legislación colombiana, además de representar la configuración técnica del ordenamiento territorial articula la participación de los agentes protagonistas del desarrollo urbano, pues su implementación obedece a circunstancias y coyunturas sociales y a procedimientos jurídicos que delimitan las acciones sobre el territorio y en esa medida los alcances de los intereses que cada agente pueda desarrollar sobre el espacio municipal.

La Ley 388 de 1997 en su artículo 2 define que los principios de la ordenación territorial son *la función social y ecológica de la propiedad; la prevalencia del interés general sobre el particular y la distribución equitativa de las cargas y los beneficios*; así se declara por tanto, que la confluencia de intereses y fines públicos y privados son válidos en el ordenamiento territorial nacional sin detrimento de uno sobre otro.

Los instrumentos de planificación y gestión territorial “(...) permiten gestionar, viabilizar e implementar los planes de ordenamiento territorial, mediante la combinación de métodos y procedimientos de carácter administrativo, financiero y de gestión del suelo”.²

El poder y el ordenamiento territorial:

El ordenamiento territorial es un ejercicio cuya práctica permite la interacción y confluencia de diversos actores e intereses sobre el suelo. La realización de los mismos establece la existencia de capacidades en cada uno de estos actores, lo que significa que es necesario contar con los recursos suficientes para conseguir el logro de los objetivos. Esta idea indica la concepción de la ordenación territorial como una relación de poder que involucra al Estado y agentes particulares en los procesos de la planeación urbana.

2 Planes parciales. Conceptos y aplicación, p. 14, Alcaldía de Medellín, 2007.

En Colombia desde la Ley 388 de 1997 se define el ordenamiento territorial como:

“El ordenamiento del territorio municipal y distrital comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.” (Ley 388 de 1997, art. 5)

Al definirse el concepto de ordenamiento territorial se establece su objeto, el cual según versa la misma ley es:

“El ordenamiento del territorio municipal y distrital tiene por objeto complementar la planificación económica y social con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible, mediante:

1. La definición de las estrategias territoriales de uso, ocupación y manejo del suelo, en función de los objetivos económicos, sociales, urbanísticos y ambientales.
2. El diseño y adopción de los instrumentos y procedimientos de gestión y actuación que permitan ejecutar actuaciones urbanas integrales y articular las actuaciones sectoriales que afectan la estructura del territorio municipal o distrital.
3. La definición de los programas y proyectos que concretan estos propósitos.

El ordenamiento del territorio municipal y distrital se hará tomando en consideración las relaciones intermunicipales, metropolitanas y regionales; deberá atender las condiciones de diversidad étnica y cultural, reconociendo el pluralismo y el respeto a la diferencia; e incorporará instrumentos que permitan regular las dinámicas de transformación territorial de manera que se optimice la utilización de los recursos naturales y humanos para el logro de condiciones de vida dignas para la población actual y las generaciones futuras.” (Ley 388 de 1997, art. 6)

La configuración del sistema urbanístico colombiano, permite concretar las directrices del ordenamiento territorial mediante la aplicación de los instrumentos de planeación y gestión existentes en el sistema urbanístico. Cada uno de ellos define un tipo de acción específica sobre el territorio y establece las posibilidades y restricciones de los involucrados en el desarrollo urbano, determinado así las relaciones de poder.

Para María Mercedes Maldonado, las funciones atribuidas a los instrumentos por el ordenamiento territorial colombiano se dirigen al cumplimiento de objetivos que permitan:

- Conservar elementos que representen valor cultural, histórico, arquitectónico, ambiental o rural.
- Generar suelo urbanizado para vivienda, que asegure la eliminación o disminución de riesgos y favorezca la inclusión social.
- Generar elementos colectivos de soporte que aseguren las condiciones suficientes para vivir en las ciudades.
- Generar estructuras de apoyo y respaldo para las actividades socioeconómicas de la ciudad.

Ahora bien, para lograr el cumplimiento de estos objetivos es necesario emplear los siguientes mecanismos (Maldonado, 2006):

- Obtener suelos públicos o convertir suelos privados en suelos de uso público.
- Crear sistemas de financiación que permitan costear la urbanización sin generar cargas y afectaciones a los presupuestos estatales.
- Asegurar a los propietarios del suelo tratamientos equitativos frente a las cargas y beneficios de la urbanización.
- Asegurar la incorporación al desarrollo de los suelos, dentro de los tiempos asignados por los lineamientos del ordenamiento territorial.
- Regular la especulación del suelo.

Los instrumentos de gestión del suelo que existen en Colombia a partir de su variado marco legislativo que sirven a la planeación municipal, a la ordenación espacial y en general al desarrollo territorial son los siguientes.

- Plan de Ordenamiento territorial: instrumento de planeación.
- Planes parciales: instrumento de planeación.
- Unidades de Actuación Urbanística: instrumento de gestión.
- Transferencia de derechos de desarrollo y de construcción.
- Compensación: instrumento de gestión.
- Reajuste de tierras: instrumento de gestión.
- Integración inmobiliaria: instrumento de gestión.
- Cooperación entre partícipes: instrumento de gestión.

- Enajenación voluntaria: instrumento de gestión.
- Expropiación judicial: instrumento de gestión.
- Expropiación administrativa: instrumento de gestión.
- Enajenación forzosa: instrumento de gestión.
- Derechos de preferencia: instrumento de gestión.
- Desarrollo prioritario: instrumento de gestión.
- Bancos de tierra y bancos inmobiliarios: instrumento de gestión.
- Valorización de beneficio local o general: instrumento de financiación.
- Participación en plusvalías: instrumento de financiación.
- Bonos y Pagares de reforma urbana: instrumento de financiación.

Desde este punto de vista, el ordenamiento territorial en Colombia es una expresión de poder que involucra intereses públicos e intereses privados sobre el territorio de diversas características, magnitudes y alcances en función de la realización de posibilidades de desarrollo.

Para significar el concepto de poder, se adopta inicialmente la definición que realiza la Real Academia Española de la Lengua. Así, la palabra *poder* designa dos grandes campos; el primero introduce un conjunto de significaciones definidas como: “la facultad o potencia expedita para hacer algo; tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo; ser más fuerte que alguien, ser capaz de vencerle; ser contingente o posible que suceda algo”.

El segundo campo introduce igualmente otro grupo de significados definidos así: “dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo; gobierno de un país; acto o instrumento en que consta la facultad que alguien da a otra persona para que en lugar suyo y representándole pueda ejecutar algo; posesión actual o tenencia de algo; fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío; suprema potestad rectora y coactiva del Estado”.

Conforme el primer campo de significados, el poder implica entonces un conjunto de múltiples actividades pertenecientes a la vida en comunidad que designan la facultad para realizar cualquier tipo de acción, y desde este punto de vista el abanico de posibilidades podría abrirse infinitamente, sin restricciones ni diferenciaciones de ningún tipo al momento de abordar un análisis sobre el poder.

El segundo grupo de significados diferencia y caracteriza el poder en aspectos más puntuales, referidos en su mayoría a la política y al derecho. Así, su definición, extensión y generalidad se disminuyen concretándolo como un fenómeno social relativo al Estado.

La ruta correcta para abordar el poder es aquella delineada por el segundo campo de significados puesto que se involucra al Estado como poder político y permite la posibilidad de la participación de agentes particulares, del desarrollo de poderes económicos y las alianzas público-privadas alrededor de la planeación en el ordenamiento territorial colombiano.

Para abordar una vía conceptual que permita definir el poder conforme las ideas descritas, se tomará como instrumento fundamental el pensamiento de Max Weber, sociólogo alemán que realizó aportes teóricos muy importantes al campo de la política para su comprensión académica y social.

La comprensión, definición y caracterización del poder desde el punto de vista de Max Weber comienza a construirse a partir de

una definición básica, “poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad. Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas; por disciplina debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática” (Weber, 1997, p.43).

Esta definición aporta tres características importantes del poder. La primera, expresa capacidad de acción y decisión de individuos y grupos en el interior de la sociedad; la segunda expresa el sentido de obediencia, acatamiento y aceptación hacia el poder; la tercera establece la posibilidad del poder para ser obedecido, es decir, contrastado ante actos de no obediencia, resistencias, desacatos, ilegitimidades y competencias por su ejercicio.

Max Weber define al Estado como una asociación o instituto político que se caracteriza por la continuidad y permanencia de las acciones del gobierno para mantener “con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente” (Weber, 1997, p. 43-44).

A esta relación se articula una característica más y es que la coacción física no es el único medio político-administrativo para la realización de los fines propuestos por la asociación política. No obstante, el carácter político de la asociación se determina en virtud de la aplicación de su medio específico: la coacción física, en tanto le es esencial e indispensable. Es decir, la asociación política es tal, gracias al ejercicio real de la coacción física o a la posibilidad de aplicarla.

La dominación implica la obediencia a un mandato específico o a un conjunto de ellos, esto significa que la obediencia demuestra

voluntad e interés para acatar los mandatos, que es por tanto el elemento fundamental en toda relación de autoridad.

Ahora bien, cuando un mandato se obedece, significa que la dominación es aceptada, reconocida y por tanto es legítima; cuando la dominación no es aceptada ni reconocida y genera resistencias y desobediencia significa que es ilegítima.

La legitimidad implica el reconocimiento y aceptación de un mandato en el interior de un grupo social, indica que el orden existente es válido y en esa medida permanente.

El sistema jurídico-político de los Estados modernos, categoría en la cual cabe el Estado colombiano, se sustenta en la validez y relación de las siguientes ideas (dominación legal):

- El derecho puede ser instaurado racionalmente de acuerdo a fines y valores socialmente aceptados, con la intención de ser respetados por los miembros de la sociedad.
- El derecho es un conjunto de reglas abstractas e impersonales, creadas intencionalmente que implican su aplicación de manera concreta en la sociedad.
- El gobernante obedece a este orden impersonal que es el que dirige sus acciones y rige sus disposiciones.
- Los ciudadanos obedecen lo dispuesto por este orden en tanto son miembros de la comunidad y en virtud de su validez como derecho estatuido.
- La existencia del orden jurídico establece facultades para el mandato y el deber de obediencia, dentro de un marco de competencias limitadas, racionales y objetivas.

Conforme lo anterior, la dominación legal es la que estructura el ordenamiento territorial, la planeación y gestión urbanas en Co-

lombia a partir de su articulación a la legislación urbanística. Sus características y aplicaciones en el desarrollo territorial colombiano son las siguientes:

- La dominación legal es un ejercicio continuo, una práctica constante y permanente, disciplinada y rigurosa. Al respecto, el Plan de Ordenamiento Territorial por ser el principal instrumento para la ordenación espacial es quien recibe estas características, pues su configuración propia le permite mantenerse en el tiempo y determinar las normas básicas para ordenar el municipio permanentemente.
- La dominación legal se encuentra enmarcada en un ámbito de competencias, que establece: deberes y servicios limitados a partir de una distribución de funciones; poderes necesarios para su realización y “fijación estricta de los medios coactivos eventualmente administrables y el supuesto previo de su aplicación” (Weber, 1997, p. 174).
- La dominación legal se rige por el principio de la jerarquización administrativa, es decir, el reconocimiento de órdenes superiores con facultad de regulación e inspección en el establecimiento de un sistema organizado de mando y subordinación. Ello muestra la ordenación jurídica de los asuntos urbanos y el ordenamiento territorial en Colombia, a partir de los principios constitucionales, la Ley 388 de 1997, los determinantes de superior jerarquía, las normas y disposiciones de las instituciones y organismos nacionales, departamentales, metropolitanos y municipales.
- La dominación legal se sustenta en la separación del patrimonio público y el patrimonio privado. Que en Colombia definen los principios de la función social y ecológica de la propiedad, la prevalencia del interés colectivo sobre el particular y la distribución equitativa de las cargas y los beneficios.

- Los cargos públicos no son propiedad de quienes los ejercen, sino que se encuentran sujetos a calidades, requisitos, tiempos, condiciones y normas funcionales.
- La dominación legal define que las acciones o funciones se ejecutan conforme normas y procedimientos establecidos o reglamentados. Desde este sentido, se define la aplicación de cada uno de los instrumentos de planificación y gestión del suelo contemplados por la legislación. Al respecto, la Ley 388 de 1997 y sus normas complementarias definen los alcances y procedimientos jurídicos y administrativos para aplicar los instrumentos en el territorio colombiano.
- Los procesos administrativos se sustentan en la formalidad y rigurosidad de documentos o expedientes.

La dominación legal establece una forma de poder que puede aplicarse a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, desde este punto de vista el poder que se configura a través de esta forma de dominación es el poder político caracterizado por el monopolio legítimo de la coacción por parte del Estado, que establece mecanismos de transmisión para su ejercicio a través de las características anteriormente mencionadas, ejercido fundamentalmente por el gobierno o rama ejecutiva. No obstante, no excluye al resto de instituciones estatales delimitadas por la tridivisión del poder público ni la participación de las comunidades o grupos de particulares interesados en el desarrollo territorial.

Max Weber clasifica el poder en tres categorías, así:

El poder político, detenta el monopolio sobre los medios de coacción física. Su ejercicio es la manifestación del Estado y sus instituciones y es ejercido por él mismo desde la existencia y aplicación de los instrumentos de planeación y gestión contenidos por la Ley 388 de 1997. Además, por el conjunto de normas urbanísticas

adicionales de orden nacional, regional o municipal. La principal característica del poder político es la posibilidad de obligar el cumplimiento de una disposición o mandato, en este caso lo establecido por el Plan de Ordenamiento Territorial.

El poder económico, se basa en la posesión de bienes o riquezas. Es determinado fundamentalmente por la propiedad y su dominio y la manera en que esta genera condiciones de ganancia y rentabilidad para los propietarios, además de la posibilidad de decisión y destinación que sobre ella pueda darse. Se asocia a actores particulares y puede representarse en el suelo, por ser la base fundamental sobre la cual se ejerce el ordenamiento territorial y el desarrollo urbano.

El poder ideológico, se sustenta en el control de los medios de persuasión. Se representa en la existencia de los principios sobre los cuales se fundamenta la Ley 388 y la orientación en términos filosóficos, axiológicos y jurídicos del ordenamiento territorial. En esa medida su alcance es transversal a todo proceso de ordenación y desarrollo urbano, puesto que regula las actuaciones públicas y privadas convirtiéndose en el punto de equilibrio entre el interés colectivo y el interés particular.

Poder, propiedad privada y ordenamiento territorial:

Una parte del poder económico en Colombia es determinado por la propiedad y por el esquema jurídico que la soporta, a la cual el ordenamiento territorial se articula. La propiedad es definida como “la más amplia facultad de una persona respecto de una cosa, por medio de la cual tiene sobre ella goce, uso y disposición de acuerdo con la ley y el interés social” (Malo Garizábal, 2004, p. 520).

En la legislación colombiana, la propiedad no se concibe como un derecho absoluto e ilimitado, sino que es pensada en términos

de su función social y ecológica, es decir, le es asignada un conjunto de responsabilidades u obligaciones públicas desde las normas urbanísticas y ambientales que delimitan su alcance y contenido, incluso regulando su expresión económica.

En Colombia, la función pública de la propiedad intenta evitar la concentración de poderes o atribuciones ilimitadas del propietario sobre los bienes, de modo que esta sirva para la realización del bien común, y extender a la sociedad las ventajas que se desprenden por su uso.

La premisa del interés colectivo le confiere a la propiedad un contenido social, en el sentido que el propietario posee obligaciones con el resto de la comunidad por el dominio de su bien, se trata entonces de favorecer por medio de este bien el interés comunitario y la solidaridad social, de modo que las ganancias individuales puedan ser retribuidas o retornadas a la sociedad que también favorece el logro del interés particular.

Desde la Constitución Política colombiana se emanan principios básicos relativos a la propiedad, descritos así:

- Garantizar a todos los ciudadanos la facultad de ejercer sobre sus bienes muebles e inmuebles la posibilidad de disposición y goce libres, pero con ciertas restricciones dadas por el ordenamiento jurídico.
- Prohibir que mediante leyes posteriores se niegue o transgre-da la propiedad adquirida legítimamente.
- Establecer la función social de la propiedad, con la primacía del interés colectivo o social sobre el privado.
- Proteger y promover por parte del Estado formas de propiedad colectivas que permitan la producción de bienes, la prestación de servicios y el acceso a ambos.

En el país, se atribuyen dos manifestaciones a la función social de la propiedad. La primera, que impone al propietario deberes jurídicos con respecto al uso de sus bienes, obligándolo a no mantenerlos improductivos, compeliéndolo a administrarlos conforme a las pautas dadas por la dirección general de la economía, y aun privándolo de ellos cuando sea necesario para combatir su injusta concentración.

La segunda, hace que el propietario esté sujeto a responsabilidad por todo acto de ejercicio abusivo de su derecho, y subordina su interés particular al interés público o social (Malo Garizábal, 2004, p.531).

Sin embargo, la propiedad en Colombia coexiste con una función paralela pero contraria, que es la expropiación. Esta se define como un acto unidireccional del Estado mediante el cual se priva total o parcialmente a una persona o grupo de un dominio o derecho patrimonial con fundamento en motivos señalados por la Constitución y las leyes ajustándose a un conjunto de condiciones (Malo Garizábal, 2004, p.532).

La expropiación en Colombia procede cuando existen motivos de utilidad pública o por el incumplimiento de la función social de la propiedad, donde el propietario cede forzosamente todo o una parte de un bien incorporado a su patrimonio.

En Colombia existen dos tipos de expropiación. Expropiación por vía judicial y expropiación por vía administrativa. La expropiación judicial tiene su origen en la Ley 9 de 1989, en el artículo 20 y la Ley 388 de 1997, artículos 58, 60 y 62.

Es un instrumento que le permite al Estado adquirir para sí o a favor de terceros, bienes inmuebles que no han podido ser negociados mediante enajenación voluntaria. Puede ser aplicado por la nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas, las aso-

ciaciones de municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Debe aplicarse bajo la declaración de utilidad pública e interés social sobre un bien.

Para ejecutar este instrumento debe realizarse con anterioridad un proceso de enajenación voluntaria o compra directa. Si pasados treinta (30) días después de anunciar la oferta de compra no se consigue conciliar entre ambas partes la transacción y concretarla puede procederse a aplicar la expropiación judicial.

Conservando este orden, el procedimiento debe seguir inicialmente los pasos de la enajenación voluntaria: Declaratoria de urgencia de utilidad pública o interés social del bien. Valoración inmobiliaria. Primera notificación al propietario y negociación.

Ahora bien, cuando estos recursos iniciales se aplican sin éxito, el procedimiento que surte la expropiación judicial es el siguiente:

- Declaratoria de expropiación judicial.
- Notificación de la expropiación judicial.
- Interposición de recursos legales: recurso de reposición. Acciones contencioso-administrativas de nulidad y de restablecimiento del derecho.
- Presentación de la demanda de expropiación ante el juez.
- Caducidad o terminación del proceso expropiatorio.
- Indemnización.

La expropiación por vía administrativa tiene su origen en la Constitución Política, en la Ley 9 de 1989 en los artículos 20, 22, y 24 y en la Ley 388 de 1997, capítulo 8. Es un instrumento que

le permite al Estado adquirir inmuebles cuando a su juicio existan condiciones de urgencia o motivos de utilidad pública. Se aplica en inmuebles adquiridos en pública subasta que hayan incumplido su función social o cuando no se llega a acuerdos para la enajenación voluntaria.

Este instrumento tiene como propósito garantizar la función social de la propiedad, de manera ágil para proyectos que lo requieran con urgencia. Puede ser aplicado por la nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Se puede recurrir a este instrumento cuando la autoridad administrativa competente considere que existen condiciones de urgencia. Su procedimiento de aplicación implica el cumplimiento del mismo proceso ejecutado para la enajenación voluntaria. Si no se logran acuerdos, la aplicación de este instrumento debe cumplir los siguientes pasos:

- Declaratoria de la expropiación por vía administrativa.
- Fijación de la indemnización y de la forma de pago.
- Notificación.
- Interposición de recursos. Recurso de reposición.

Si no se interponen recursos, los pasos a seguir son los siguientes:

- Traslado del derecho de propiedad.
- Pago de la indemnización.
- Entrega material del bien inmueble expropiado.

- Determinación de efectos en caso de no pago (del Estado al ciudadano o particular).
- Obligación de uso para el fin establecido.

Ordenamiento territorial y mercado del suelo:

La posesión y dominio de bienes, permiten a sus propietarios competir en el mercado para intercambiarlos, venderlos o rentarlos para obtener y conservar ganancias. En términos del ordenamiento territorial colombiano, representan los mercados del suelo y la participación que en ellos tienen el Estado y los privados -promotores, inmobiliarios, constructores-.

En términos generales, el concepto *mercado* expresa un conjunto de relaciones entre agentes económicos caracterizados por procesos de oferta-demanda, compra-venta y producción-consumo en torno a un bien, producto o mercancía transferible.

Desde este punto de vista, el mercado del suelo, es un mercado específico caracterizado por tener como mercancía u objeto de cambio el suelo o la tierra. El suelo es considerado como un bien complejo y susceptible de monopolio porque:

- No se puede reproducir.
- Es un recurso no renovable.
- Se encuentra limitado por condiciones jurídicas que confieren su dominio bajo la figura de propiedad privada.
- Su localización es única e irrepetible, por tanto, ofrece distintas potencialidades que pueden ser explotadas en el mercado.

- Su apropiación le confiere diversidad de usos.
- Se subdivide y se adapta a los servicios públicos que lo definen como urbano.

La unión de todas estas características configura distintos tipos de rentas y como consecuencia distintos precios de la tierra urbana.

La renta puede ser definida como un ingreso, una utilidad o un beneficio; que aplicados a la tierra, se refieren a aquellas ganancias o utilidades producidas por actividades económicas sobre el suelo:

“Para efectos de análisis las rentas urbanas o rurales se pueden separar en distintas modalidades, con diferentes formas cuantitativas, que no necesariamente están asociadas a la propiedad. Una de ellas es la renta absoluta, que se da cuando la escasez de tierras es absoluta y la sustracción de los terrenos de la producción desequilibra la oferta de bienes con respecto a la demanda; generalmente está ligado a una condición latifundista de la propiedad; la renta absoluta puede ser de monopolio generalizado o de monopolio focalizado. La renta diferencial está asociada a la existencia de condiciones heterogéneas para la acumulación de capital, ligadas a las características heterogéneas de los terrenos. A su vez, existen otras divisiones sucesivas como la renta diferencial Tipo I o Tipo II, siendo esta última más importante en el caso urbano, porque depende de la posibilidad de incorporar capital al terreno para poder construir mayor superficie, a raíz de los mayores índices de edificabilidad y la capacidad portante del terreno. Entre las rentas secundarias se distinguen las de comercio, vinculadas a las formas que asumen la actividad económica y las de vivienda.” (Torres, 2006, p.8).

El precio de la tierra se genera a través de la articulación de las diferentes clases de rentas generadas en un área. Adicionalmente, los precios del suelo se determinan por:

- Su creciente demanda.
- Por su accesibilidad.
- Por su uso e intensidad o edificabilidad.
- Por factores externos de localización (por ejemplo, cercanía a los centros o economías de aglomeración).
- Por condiciones de segregación socioespacial, que evidencien procesos de riqueza o marginalidad en espacios diferenciados o separados del conjunto de la ciudad.

Desde este punto de vista, el suelo se convierte en una fuente de ingresos cuya posesión favorece la adquisición de grandes beneficios cuando este se constituye en propiedad privada. Esta calidad le otorga al propietario facultades especiales para disponer del suelo según su discreción.

Ciertas acciones urbanas sobre el territorio realizadas por el Estado favorecen el aumento de la renta y la valorización de las propiedades, cuyos beneficios se quedan en poder de los propietarios, reteniendo la devolución social de los beneficios y su reinversión en la producción de bienes públicos para el uso y disfrute colectivo.

Así, la función social y ecológica de la propiedad limita el poder absoluto del propietario sobre el suelo y la apropiación de las rentas o incrementos en los precios del suelo producidos por las acciones del Estado.

Podría identificarse como agentes que intervienen en el mercado del suelo los propietarios; los compradores; los agentes financieros; las empresas urbanizadoras o constructoras; las comercializadoras y el Estado, que podría actuar como oferente, demandante o regulador del suelo.

La característica fundamental del Estado moderno es el monopolio de la coacción física legítima, que no es su característica exclusiva pero sí la más específica e importante. Entendiendo el Estado como una relación de dominio entre hombres, Max Weber identifica la política como el eje articulador de esta relación, definiéndola así: “la política sería así (...) la aspiración a la participación en el poder, o a la influencia sobre la distribución del poder, ya sea entre Estados o, en el interior de un Estado, entre los grupos humanos que comprende [...]” (Weber, 1997, p.156).

A partir de esta noción de política puede inferirse entonces que el poder no es un atributo exclusivo del Estado, en esa medida la confluencia de múltiples grupos e intereses permite la distribución, conservación o desplazamiento del poder entre ellos. Situación que favorece la articulación de intereses económicos, políticos e ideológicos en los procesos de formulación y ejecución de la planificación urbana.

Al respecto, la participación en el mercado del suelo permite la participación de distintos actores. Así, los agentes promotores son aquellos que participan en la adecuación y construcción de estructuras urbanas, en esa medida se identifican empresas constructoras e inmobiliarias, el sector financiero y los propietarios del suelo, que tienen como objetivo común la obtención de beneficios a través de negocios con el suelo o inmuebles. El Estado es reconocido como un agente encargado de controlar y regular las acciones urbanísticas desde la imposición de las normas urbanas, no obstante, se destaca también como un agente con capacidad de promover proyectos urbanos o inmobiliarios, es decir, con facultades duales, regulador y promotor al mismo tiempo.

El mercado es por tanto el espacio o la situación que permite concretar la gestión económica a través del intercambio de bienes y servicios y el logro de utilidades mediante la libertad de mercado o su restricción a través de regulaciones normativas.

El elemento articulador que une el poder político y el poder económico dentro del ordenamiento territorial colombiano mediante la aplicación de los instrumentos, es la gestión del suelo que se define “[...] como el conjunto de intervenciones de las entidades públicas sobre el mercado de la tierra, destinadas a alcanzar los objetivos éticos y políticos que asume una colectividad en los procesos de transformación, ocupación y conservación de un territorio. Se puede definir también como todas las acciones tendientes a asignar unas reglas de juego para la utilización de los terrenos, dirigidas a la distribución de derechos entre los propietarios y la colectividad” (Maldonado 2006, p. 77).

Desde este punto de vista, la intervención en el mercado del suelo es una actividad justificada por las condiciones especiales de la tierra, que es un bien único, no producido, ni reproducible, que lo vuelve en una mercancía excepcional dentro del mercado, puesto que no es tratado bajo las mismas condiciones dentro de las cuales están otras mercancías.

En esta medida, la intervención en el mercado del suelo reconoce el valor de un terreno no sólo por sus características físicas y de localización, sino por los derechos que se le atribuyen. Estos derechos provienen de una decisión del Estado (bien sea desde el gobierno o desde otras instituciones) que puede incrementar el valor de la propiedad privada o favorecer de múltiples maneras el interés particular. Posibilidad que existe al tomar decisiones administrativas en aplicación de los instrumentos de gestión previstos para la ordenación territorial.

No obstante, la decisión del Estado debe encaminarse prioritaria y fundamentalmente a la provisión de infraestructuras y bienes colectivos, para el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos. Ahora bien, las intervenciones del Estado en el mercado del suelo en términos de María Mercedes Maldonado, se fundamentan sobre dos ejes, a saber:

- Orientar el desarrollo urbano sobre principios de coherencia y racionalidad, que integre y armonice las distintas funciones urbanas a través de la planificación como principal herramienta.
- Revertir las consecuencias negativas generadas por los desequilibrios y exclusiones derivados del funcionamiento de los mercados.

En esa medida, la dirección estatal del ordenamiento del territorio como práctica del poder político ha permitido a los municipios colombianos el ejercicio de facultades para intervenir en el suelo urbano desde la implementación de los diversos instrumentos de planeación y gestión consagrados por la legislación.

Al respecto, agrega la autora lo siguiente: “el derecho sobre el suelo está determinado por el poder que tienen los municipios para decidir, zona por zona, o por categorías, lo que los propietarios tendrán derecho a hacer con sus terrenos. En otros términos, los municipios pueden definir la lista de utilidades prohibidas o también obligaciones de hacer [...]. Esta atribución municipal puede expresarse en una reglamentación general, en la zonificación reglamentaria o en la negociación del cambio de regla” (Maldonado, 2003).

Esta perspectiva ofrece un elemento importante en los procesos de gestión del suelo, y es el ejercicio del poder como una facultad para decidir sobre sus usos y ordenamientos, facilitando la prevalencia de una voluntad sobre otras al momento de materializar sobre el suelo diversidad de intereses, es decir, que el Estado puede imponerle al conjunto de propietarios de los suelos de un territorio la obligación y restricción de hacer o no hacer con sus terrenos determinadas acciones.

En este sentido, el derecho colombiano somete la facultad de decidir sobre los usos del suelo a la normativa urbanística, que so-

bre él establece prohibiciones, restricciones, aprobaciones, autorizaciones o licencias para construir, lotear, parcelar y urbanizar y además, zonificar el territorio para establecer divisiones que de acuerdo a características similares en lo físico-espacial y lo socio-económico establezcan usos, tratamientos y actuaciones urbanísticas apoyados por las disposiciones normativas de los instrumentos de planeación y gestión como el Plan de Ordenamiento Territorial y los planes parciales.

A manera de conclusión

El sentido político de las intervenciones estatales en el suelo se enmarca bajo la idea del interés colectivo o bien común, y en esa medida favorecer el desarrollo urbano mediante la propiedad pública del suelo, su dotación y usos, la captación de plusvalías y el control de la especulación en el mercado del suelo. Además, permitir configurar objetivos espaciales tendientes al ordenamiento, transformación y urbanización de espacios nuevos y también la protección de los espacios existentes, del medio ambiente y del patrimonio.

El principal instrumento de planeación derivado de la Ley 388 de 1997 es el Plan de Ordenamiento Territorial, que establece la normativa y las directrices para el uso del suelo municipal articulando las dimensiones cultural, físico-espacial y económica.

Para desarrollar el POT se destaca un instrumento básico, que se llama Programa de Ejecución. El Programa de Ejecución articula el POT al Plan de Desarrollo Municipal y señala las prioridades y los programas que un alcalde desarrollará en su administración, el Plan de Desarrollo incluye proyectos del POT para ejecutarlos.

Esta Ley es de tipo intervencionista caracterizada por la continua participación del Estado en el desarrollo de sus objetivos y la aplicación de sus instrumentos, con una clara tendencia a redefinir

el derecho de propiedad y la configuración de una nueva forma de planear y gestionar el desarrollo de las ciudades, incorporando las corrientes de la planeación estratégica y el proyecto urbano.

Así, el país dispone de dos grandes instrumentos de planeación para el desarrollo, el Plan de Ordenamiento Territorial y el Plan de Desarrollo (municipal, departamental, nacional). Ambos se articulan para generar las condiciones adecuadas del desarrollo territorial y representan obligaciones jurídicas y posturas políticas que han estructurado en Colombia las bases para la ordenación del territorio.

La existencia y aplicación de los instrumentos de planeación y gestión del suelo se encuentran articulados a las directrices normativas que les dan las Leyes 9 de 1989, 388 de 1997 y 1454 de 2011 sobre las cuales se sustentan. En esta medida, los intereses que se generan entre los distintos actores a través del desarrollo urbano se regulan por las disposiciones establecidas para esta materia que regula la existencia de poderes y relaciones entre ellos en virtud del desarrollo territorial.

Desde la formulación misma de la Ley 388 de 1997 se desarrollan relaciones de poder, pues al consagrar los principios de la Función social y ecológica de la propiedad, la Prevalencia del interés general sobre el particular, la Distribución equitativa de las cargas y beneficios se otorga al Estado el poder político e ideológico para el cumplimiento de lo allí estipulado, porque orientan el espíritu de las actuaciones urbanísticas y la aplicación de los distintos instrumentos puesto que son el horizonte al que deben dirigirse las políticas, proyectos, estrategias, y objetivos del ordenamiento, por ser principios vinculantes y de obligatorio cumplimiento en virtud de su constitución como normas jurídicas.

La propiedad se constituye en poder económico en la medida que favorece la obtención de recursos monetarios, a través de las rentas, las compras, las ventas, los arrendamientos, las transac-

ciones en el mercado inmobiliario y la construcción. Por tanto, es natural a los procesos que genera el desarrollo urbano la aparición de actores privados de gran poder económico con interés de participación en estos procesos.

La existencia de los instrumentos de planeación y gestión del suelo se asocian a un tipo de poder, en la medida que cada uno de ellos cumple una función específica y tiene un alcance determinado e involucran a cierto tipo de agentes según la acción urbanística que se desarrolle. Igualmente, el procedimiento normativo establecido para la implementación de cada instrumento asigna la institución estatal y la rama del poder público que de acuerdo al procedimiento deberá ejecutar el instrumento.

La aplicación de los instrumentos realiza las disposiciones concebidas por la ley, allí mismo dan cumplimiento a los distintos intereses que se generan en virtud del desarrollo territorial y urbano. Así, estas herramientas urbanas se erigen como mediadoras entre el interés general y el interés particular, entre el poder político (público) y el poder económico (privado) procurando la distribución equitativa de cargas y beneficios y el ejercicio justo de estos poderes en los procesos de ordenamiento territorial, desarrollo urbano y construcción de ciudad.

La evolución de la planeación en Colombia evidencia el conjunto de transformaciones que han tenido las acciones y relaciones de los agentes públicos y privados sobre el territorio. Cada momento histórico configura las posibilidades de cada uno de ellos de intervenir y ejecutar sobre el espacio sus intereses, condicionados y favorecidos por coyunturas económicas, políticas y jurídicas.

En esa medida se demuestra que la planeación en Colombia ha sido un ejercicio dinámico, articulador de mixturas urbanas, desde el crecimiento físico, el desarrollo económico, las problemáticas sociales, las voluntades políticas de gobernantes, los intereses par-

ticulares, hasta la adopción de modelos internacionales de alcance económico, político, jurídico y social.

En ese sentido, la heterogeneidad y la especificidad de cada momento, ligados a las condiciones urbanas de las ciudades han determinado la configuración estructural de los procesos de planeación, gestión y ordenamiento territorial en el país.

REFERENCIAS

Alzate Navarro, Á. M. (2005). Estado del conocimiento de los instrumentos de gestión inmobiliaria y del suelo en Medellín y el Valle de Aburrá desde 1970 hasta la fecha, tesis (Especialista en Gestión Inmobiliaria), Universidad Nacional de Colombia (Sede Medellín), Facultad de Arquitectura.

Congreso de la República de Colombia. Ley 388 de 1997.

Congreso de la República de Colombia Ley 152 de 1994.

Congreso de la República de Colombia Ley 1454 de 2011.

Congreso de la República de Colombia Ley 1625 de 2013.

Congreso de la República de Colombia Ley 1617 de 2013.

Jessop, B. (1999). Crisis del Estado de bienestar: hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales, Siglo del Hombre Editores-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Maldonado Copello, M. M.; Pinilla Pineda, J. F.; Rodríguez Vitta, J. F.; Valencia Dávila, N. (2006). Planes Parciales, gestión asociada y mecanismos de distribución de cargas y beneficios en el sistema urbanístico colombiano: marco jurídico, conceptos básicos y alternativas de aplicación, Lincoln Institute of Land Policy, Bogotá.

Maldonado Copello, M. M. (2003). “Instrumentos de gestión de suelo, elementos de contexto”, Notas de clase, Especialización

en Planificación y Administración del desarrollo Regional, CIDER, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

Maldonado Copello, M. M. (2000). “El proceso de construcción del sistema urbanístico colombiano: entre ordenamiento territorial y reforma urbana”, ponencia, Seminario: El marco jurídico para la construcción de ciudad. Normativa urbana y de la vivienda, (4-5 de agosto), ISU, LILP, Montevideo, Uruguay.

Malo Garizábal – M. (2004). Derechos fundamentales. Conózcalos, ejérzalos y defiéndalos, Panamericana Editorial Ltda. -3R Editores, Bogotá, Colombia.

Martínez Muñoz, L. R. (2004). Instrumentos de ordenamiento territorial y urbano: Conceptos, proceso legal y articulación, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Molina, H. (1997). “De la reforma urbana a la Ley de Desarrollo Territorial: un nuevo marco para la planeación y el financiamiento del desarrollo urbano” En: Desarrollo Urbano en Cifras, No. 3, 246-284, Cenac-Viceministerio de Vivienda, Desarrollo Urbano y Agua Potable, Bogotá.

Moncayo, V. M. (2004). El Leviatán derrotado: reflexiones sobre teoría del Estado y el caso colombiano, Editorial Norma S.A., Bogotá.

Quintanilla, M. Á. (1990). “Reflexiones acerca de la maldad del poder y la impureza de la política”, En: Revista Ciencia Política, No. 21, 31-42, Bogotá.

Restrepo Ruiz, Alfredo (2011). Poder y gestión del suelo. Estudio de planes parciales en la ciudad de Medellín, tesis (Magíster en Estudios Urbano-Regionales), Universidad Nacional de Colombia (Sede Medellín), Facultad de Arquitectura.

Rincón Patiño, A. (1997). Planeación, Gestión y Democracia, Módulo 2, 22º Taller Latinoamericano: Educación para la Gestión Local del Hábitat Humano y del Medio Ambiente, (Julio 28 a Agosto 24) Centro de Estudios del Hábitat Popular –CEHAP, Universidad Nacional de Colombia, Medellín.

Rodríguez Martínez, J. E. (1998). “Globalización, territorio y derecho”, en Pensamiento Jurídico, No. 10, 7-43, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Smolka, M.; Mullahy, L. (2007). Perspectivas Urbanas. Temas críticos en políticas de suelo en América Latina. Lincoln Institute of Land Policy.

Torres Osorio, I. C. (2006). Instrumentos emergentes en la gestión de planes parciales en zonas de expansión. Una visión general a sus orígenes, tesis (Magíster en Estudios Urbano-Regionales), Universidad Nacional de Colombia (Sede Medellín), Facultad de Arquitectura.

Vejarano, M. C.; Salazar, J. (1994). “Gestión del suelo urbano” en Revista Foro, No. 25, Diciembre, 83-95, Bogotá.

Weber, M. (1997). Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, México.

CAPÍTULO III

INMIGRANTES Y DERECHOS SOCIALES: SU PROTECCIÓN DESDE LOS TRATADOS INTERNACIONALES¹

Liliana Damaris Pabón Giraldo²

 <https://orcid.org/0000-0001-8561-7357>

Olga Cecilia Restrepo Yepes³

 <https://orcid.org/0000-0003-2502-0596>

1 Este capítulo es resultado del proyecto de investigación denominado: “Protección del derecho humano a la alimentación y a la salud de la población Inmigrante en Colombia: Estudio de caso de la población Venezolana en la ciudad de Medellín”, financiado por la Universidad de Medellín y del cual los 3 primeros autores son investigadores del mismo y las demás actúan en calidad de auxiliares de investigación.



2 Abogada y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal y Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario –Argentina. Jefe de la Maestría en Derecho Procesal Extensiones de la Universidad de Medellín. Líder e integrante del Grupo de Investigaciones en derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Investigadora Asociada según medición Colciencias. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

 ldpabon@udem.edu.co

3 Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario, magister en Derecho de la Universidad de los Andes y doctora en Derecho de la Universidad de Medellín. Actualmente se desempeña como profesora de Derecho Público en pregrado y posgrado de la Universidad de Medellín. Líder e integrante del Grupo de Investigaciones Jurídicas Universidad de Medellín.

 ocrestrepo@udem.edu.co

Cita este capítulo:

Pabón Giraldo, L. D., Restrepo Yepes, O. C. Bujosa Vadell, L., Bedoya Taborda, L. F., Molina Paniagua, M., Moreno Tamayo, J., Jiménez Henao, D. & Mazo González, W. (2021). Inmigrantes y derechos sociales: su protección desde los tratados internacionales. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp.91-133). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.3>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



Lorenzo Bujosa Vadell⁴

 <https://orcid.org/0000-0003-1660-7483>

Luisa Fernanda Bedoya Taborda⁵

 <https://orcid.org/0000-0001-8038-7097>

Mariana Molina Paniagua⁶

 <https://orcid.org/>

Juliana Moreno Tamayo⁷

 <https://orcid.org/>

Daniela Jimenez Henao⁸

 <https://orcid.org/0000-0002-3379-0075>

Wayra Mazo González⁹

 https://orcid.org

4 Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Catedrático de Derecho Procesal (Full Professor) en la misma Universidad. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Coordinador del Programa de Doctorado “Administración, Justicia y Hacienda en el Estado Social”.

 lbujosa@usal.es

5 Abogada de la Universidad de Medellín y auxiliar de investigación

 luisabedoyat@outlook.com

6 Auxiliar de investigación y estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

 marimp82@outlook.com

7 Auxiliar de investigación y estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

 julianamoreno046@gmail.com

8 Auxiliar de investigación y estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

 danielajimenezh@hotmail.com

9 Auxiliar de investigación y estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

 wayramazo03@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La migración y los movimientos de población en los Estados y zonas de frontera son fenómenos crecientes motivados por procesos económicos, sociales y políticos que generalmente se relacionan con condiciones de desigualdad y vulnerabilidad. De ahí que la migración no sea solo un acto individual y voluntario sino un acto que también se da para mejorar las condiciones de vida y de trabajo o para evitar situaciones de violencia generalizada o de conflicto armado (Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL, 2017).

Sin embargo, la migración en un Estado o zona de frontera puede intensificar las condiciones de desigualdad y vulnerabilidad de los migrantes. Conforme a lo establecido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en adelante ACNUR, los migrantes están sometidos a condiciones de vulnerabilidad situacional o individual (ACNUR, 2017).

La vulnerabilidad situacional se refiere a las circunstancias de riesgo en las que se produce el desplazamiento “(...) o a las condiciones en el país de migración” (ACNUR, 2017, pág. 2). Esto sucede generalmente en las migraciones irregulares por las vías de difícil acceso, la falta de documentación legal, la ausencia de apoyo por parte del grupo familiar o social, el conocimiento limitado del idioma y la discriminación (ACNUR, 2017).

La vulnerabilidad individual se relaciona con las “(...) características o circunstancias individuales que ponen a una persona en un riesgo particular como el que experimentan: las niñas y niños (...); los adultos mayores; las personas con discapacidad (...) o con

enfermedades crónicas (...)" (ACNUR, 2017, p. 2) entre otros grupos de personas.

Debido a estas condiciones de vulnerabilidad, la protección de los derechos de los migrantes es considerado un objetivo central de la agenda política y normativa internacional, así como de la institucionalidad migratoria (ACNUR, 2017). Particularmente, en la agenda normativa internacional se han establecido convenios o tratados¹⁰ que reconocen los derechos de las personas migrantes.

Estos convenios o tratados imponen límites a las normas y políticas sobre requisitos de ingreso, estancia y deportación de personas extranjeras, en tanto disponen que es necesario que en estas normas se garantice la protección de los derechos de las personas que participan en procesos de migración (CEPAL, 2017).

Considerando esto, el presente artículo tiene por objeto hacer un estudio de la protección de los derechos de los inmigrantes, específicamente de los derechos sociales, análisis que se estructura en tres partes. En la primera se hace referencia a los conceptos relacionados con inmigraciones en el derecho internacional y se mencionan los derechos sociales que se reconocen a los migrantes; en la segunda parte se hace mención a los tratados internacionales relacionados con la inmigración y en la tercera parte se detalla sobre la protección de estos instrumentos internacionales con relación a

10 Cf. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b); Protocolo de San Salvador (Organización de Estados Americanos, 1988); Convenio sobre los trabajadores migrantes (Organización Internacional del Trabajo, 1949); Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951); Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1954) ; Convención para reducir los casos de apatridia (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1961) ; Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989) ; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

derechos sociales de los inmigrantes, por último se presentan algunas conclusiones.

Inmigración y derechos sociales:

Conforme a lo establecido por la Organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU, las condiciones de trabajo, el conflicto armado, la vulneración de derechos humanos y el cambio climático son los factores que motivan la migración de personas en un Estado o en zonas de frontera (2014). Sin embargo, la migración, por la complejidad de este concepto en el derecho internacional y la falta de protección de los derechos humanos, generalmente intensifica la situación de vulnerabilidad, exclusión y desigualdad de las personas que migran (Unión Interparlamentaria, 2015).

Se entiende por migración, según la Organización Internacional para las migraciones, el:

“(…) Movimiento de población hacia el territorio de otro Estado, o dentro del mismo, que abarca todo movimiento de personas, sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas. Esta incluye la migración de refugiados, de personas desplazadas, de personas desarraigadas y de migrantes económicos” (Organización Internacional para las Migraciones, 2006, p. 38).

Para tal efecto, los migrantes pueden ser denominados inmigrantes, como aquellos que llegan a un Estado diferente al de su origen o domicilio; y emigrantes, aquellos que salen de su Estado de origen. Este capítulo se ocupa por tanto de los inmigrantes, entendidos como aquellas personas que salen de forma forzosa de su Estado por condiciones humanas y se encuentran en tránsito o se han radicado en otro Estado diferente al suyo.

Por migración forzosa se entiende como el:

“(…) movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por

causas naturales o humanas. (Por ejemplo, movimientos de refugiados y de desplazados internos, así como personas desplazadas por desastres naturales o ambientales, desastres nucleares o químicos, hambruna o proyectos de desarrollo).” (Organización Internacional para las Migraciones, 2006, p. 39).

La persona que migra forzosamente por causas humanas se le denomina refugiado, según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, El término refugiado se establece para aquellas personas:

“(…) que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Art. 1 literal A Numeral 2” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951, p. 1)

Según esta definición, los refugiados reconocidos, o migrantes forzosos, se diferencian de los refugiados de facto, por ser aquellas personas no reconocidas como refugiados, según la definición en de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 y el Protocolo de 1967, y: “quienes no pueden o no desean, por razones válidas, regresar al país de su nacionalidad, o al país de su residencia habitual cuando no tienen nacionalidad.” (Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2006, p. 61). Por migración irregular:

“Personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino signi-

fica que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país.” (Organización Internacional para las Migraciones, 2006, p. 40)

Conforme a lo expuesto, este capítulo pretende analizar la defensa y protección de los derechos sociales de la población inmigrante forzada por condiciones humanas que esté regular o irregularmente en un Estado. De allí que en muchos apartes del documento se haga alusión al término refugiado¹¹.

En relación con los derechos de las personas inmigrantes, el derecho internacional de los derechos humanos enuncia, en general, que toda persona debe tener acceso, sin ningún tipo de discriminación, a los derechos establecidos en los Pactos de derechos humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948, 1966a, 1966b). Por eso, los Estados parte deben garantizar que las diferencias de trato que existan entre los ciudadanos y las personas que no son ciudadanos, cumplan un objetivo legítimo y que toda medida legislativa o administrativa que adopten para lograr ese objetivo se realice en el marco de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Organización de las Naciones Unidas-ONU, 2014).

11 La terminología internacional no es clara frente al concepto de migrante, inmigrante, refugiado, refugiados regulares, irregulares, migrantes por condiciones humanas, por lo que se dificulta tener claridad en la forma de protección de sus derechos. Es por ello que en este capítulo se asume el concepto de inmigrante forzado por condiciones humanas (refugiado), regular o irregular.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹² en el examen de los Informes presentados por los Estados Parte E/C.12/1995/17 de 1995 indica que “la filosofía del Pacto [de derechos económicos, sociales y culturales, está] basada en el principio de no discriminación” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1995, párr. 16)¹³ y que toda diferencia de trato debe tener una justificación objetiva y razonable que sea compatible con la naturaleza de los derechos establecidos en el Pacto (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b).

Sobre esta justificación el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 20, dispuso que la falta de recursos no podía considerarse una justificación objetiva y razonable, “(...) a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatir [el trato discriminatorio] y erradicarlo con carácter prioritario” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, párr. 13).

12 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue establecido en la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), con el objetivo de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Por lo que, es un deber de los Estados parte presentar al Comité informes sobre el ejercicio y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Fuente especificada no válida..

13 Sobre el principio de no discriminación, la Corte Interamericana de Derechos, en el Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, serie C, N° 130, indicó lo siguiente: “(...) el deber de respetar y garantizar el principio de [...] no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 155).

Por esto, el artículo 2.3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se refiere a la diferencia de trato, tiene una aplicación e interpretación restrictiva¹⁴. Este artículo establece lo siguiente:

“Artículo 2 3. (...) Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b).

Estas restricciones impuestas a los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales de las personas inmigrantes y las medidas que realicen distinciones, son esenciales en la garantía de condiciones de vida y trabajo digno de estas personas. Esto se debe a que los factores que intensifican la vulnerabilidad y exclusión de los inmigrantes se relacionan, en general, con las condiciones de acceso a los derechos sociales, económicos y culturales (Organización de las Naciones Unidas-ONU, 2014).

Al respecto, debe entenderse por derechos sociales, aquellos derechos que imponen al Estado una obligación positiva o de prestación como la de proveer servicios de salud, asegurar a las personas educación, alimentación o condiciones de trabajo (Courtis & Abramovich, Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, 1997), de ahí que los derechos sociales sean “derechos-prestación”:

14 Según los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 2.3 debe interpretarse de manera restrictiva y como dispone el artículo 4 del Pacto Fuente especificada no válida. Este artículo contempla lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b).

“(...) para los derechos sociales (...) la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho»¹⁵ (Contreras Peláez , 1994, p. 21, citado en Curtis & Abramovich, 1997)

Estos derechos, por considerarse prestacionales son objeto de políticas públicas (Sandoval Terán & de la Torre, 2010). No obstante, los Estados parte del Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales, tienen el deber de garantizar, no solo el ejercicio de los derechos, sino los recursos jurídicos en caso de vulneración o afectación de estos derechos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1998, parr. 2).

Igualmente, el Pacto impone a los Estados parte obligaciones de respeto, protección y cumplimiento (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b). La obligación de respeto indica que los Estados no pueden impedir, de manera directa o indirecta, el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación de protección impone a los Estados el deber de prevenir que las demás personas o instituciones puedan afectar el ejercicio de estos derechos y la obligación de cumplimiento exige que los Estados adopten las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para crear las condiciones en que esos derechos puedan hacerse efectivos (Organización de las Naciones Unidas-ONU, 2014).

15 Cabe mencionar que en la estructura de los derechos sociales se identifican, aunque no en el mismo grado, obligaciones negativas, de ahí que se afirme que la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales sea de grado y no de naturaleza (Curtis & Abramovich, Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, 1997)

En el Pacto se indica que la falta de recursos puede impedir que se garanticen estos derechos o que se cumplan enseguida, las obligaciones que se mencionan; sin embargo, se dispone que los Estados parte no pueden dejar de adelantar medidas progresivas para alcanzar estos derechos y que, por lo menos, tienen la obligación de eliminar la discriminación, adoptar medidas progresivas para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, cumplir las obligaciones básicas mínimas y evitar la adopción de medidas regresivas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b)¹⁶.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispuso en la Observación General No. 3 que los Estados parte tienen la obligación de asegurar, a las personas sometidas a su jurisdicción, la satisfacción de niveles esenciales en el ejercicio de los derechos del Pacto, como cuestión prioritaria (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990, párr. 10).

Esto significa que las personas sometidas a la jurisdicción de un Estado, sean ciudadanas o no, deben tener acceso a la atención en salud, a un nivel de vida adecuado en cuanto a vivienda, agua, saneamiento, alimentación, a la educación, y a la seguridad social (Organización de las Naciones Unidas-ONU, 2014). Además, si bien los recursos pueden ser limitados, es una obligación de los Estados prestar especial atención a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o exclusión como las personas inmigrantes (Unión Interparlamentaria, 2015).

16 Así, el artículo 2.1 del Pacto dispone que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b)

Con relación a los derechos sociales de los inmigrantes, de forma específica, se ha manifestado lo siguiente:

El derecho a la salud:

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró en la Observación General No 14 que los Estados tienen la obligación de garantizar que todas las personas accedan en condiciones de igualdad, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, sin consideración a su situación legal y documentación (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, párr. 34). La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, dispone lo siguiente:

“Artículo 28. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

Sobre la distinción establecida en la Convención en cuanto a la atención de urgencia, cabe anotar que el Comité sobre los Trabajadores Migratorios, en la Observación General No. 2 menciona que este artículo, en concordancia con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, no impide que se contemplen obligaciones más amplias para los Estados que sean parte en ambos instrumentos (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 2013, párr. 72). Esto significa que las personas migrantes tienen derecho a recibir una atención en salud que no sea menos favorable que la de los nacionales sin distinción en la atención o condición jurídica de la persona¹⁷.

17 Según el Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, si se imponen

El derecho a un nivel de vida adecuado:

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que los componentes específicos del derecho a un nivel de vida adecuado son el derecho a una vivienda adecuada, el derecho al agua y al saneamiento y el derecho a la alimentación (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b).

El derecho a una vivienda, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no debe interpretarse en sentido estricto, como el derecho a una habitación, sino que debe entenderse como el derecho a vivir en condiciones de seguridad, paz y dignidad (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1991).

Sobre el derecho al agua y el saneamiento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispuso que este derecho es condición previa del cumplimiento y garantía de otros derechos humanos, como el derecho a la salud y a una alimentación adecuada, estableciendo obligaciones para los Estados.

Sobre el derecho a la alimentación, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica, en general, que toda persona debe estar protegida contra el hambre (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b).

El derecho a la educación:

Este derecho debe ser protegido como garantía de un pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de dignidad (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b).

limitaciones al derecho a la salud de las personas migrantes, aun en interés de la salud pública, deben fundamentarse en pruebas científicas, constituir la opción disponible menos restrictiva y respetar la dignidad, los derechos y las libertades humanas (Consejo de Derechos Humanos, 2017, párr. 30 y 31).

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios agrega que este derecho se refiere a la enseñanza primaria y a la secundaria. En la Observación General No. 1 este Comité declaró que los Estados parte deben asegurar que:

“todos los niños migrantes, independientemente de su situación migratoria, tengan acceso a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria y a la enseñanza secundaria en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado en cuestión” (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 2011, párr. 57).

El derecho a la seguridad social:

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 19 define el derecho a la seguridad social como:

“el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales (...) sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, desempleo, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2007, párr. 2).

En relación con estos deberes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, indica que los trabajadores, con independencia de su situación migratoria, tienen derecho a recibir el mismo trato que los nacionales “en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990). Además, se establece que las autori-

dades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo pueden adoptar “las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

El derecho al trabajo:

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona en la Observación General No. 18 que el derecho al trabajo no es “un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005), sino el derecho a elegir o aceptar un trabajo, a no ser privado injustamente del trabajo y de acceder a un sistema de protección (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005).

Conforme a lo expuesto, es claro que las personas inmigrantes cuentan con derechos sociales que deben ser protegidos en cada uno de los Estados, a fin de no hacer más gravosa su situación de vulnerabilidad. De allí que sea importante, con base a los tratados internacionales, verificar dicha protección, en aras de establecerla. Cada Estado parte se ha comprometido, cuando ratifica el tratado de forma específica, hacer exigible su garantía dentro de su derecho doméstico.

Tratados internacionales relacionados con la inmigración:

A fin de desarrollar este acápite es importante indicar que existen tratados internacionales que refieren a la protección de derechos de forma genérica, y otros que tratan de forma específica los derechos de los inmigrantes, tal como pasa a verse a continuación:

Nombre del tratado o instrumento internacional	Contenido específico con relación al tema	Ratificación por Colombia
<p>1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -</p> <p>16 de diciembre de 1996</p> <p>Entrada en vigor 3 de enero de 1976</p>	<p>En este pacto se hace referencia al reconocimiento y protección de los siguientes derechos sociales, los cuales se desprenden de la dignidad humana: 1. Derecho al trabajo, y los demás derechos relacionados con este; 2. Derecho a tener un nivel de vida adecuado tanto para la persona individual como para la familia; 3. Derecho a la alimentación; 4. Derecho a la salud física y mental; 5. Derecho a la educación; 6. Derecho a la cultura, y a la ciencia. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).</p> <p>En su artículo segundo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 estableció con relación a personas que no sean sus nacionales que no pueden ser discriminadas, indicando que:</p> <p><i>“Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</i></p> <p><i>Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.</i> (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966)</p> <p><i>Negrillas aparte del texto.</i></p>	<p>Ratificado por Colombia. Aprobado a través de la ley 74 del 26 de diciembre de 1968. (Congreso de la República de Colombia, 1968)</p>

<p>2. Protocolo de San Salvador</p> <p>Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales</p> <p>(Organización de Estados Americanos, 1988)</p>	<p>Por medio de este protocolo, los Estados parte se comprometen a adoptar medidas legislativas para asegurar la efectividad de los derechos allí plasmados, a no discriminar, y a restringir o limitar el goce y ejercicio de derechos a través de leyes que sean promulgadas en pro del bienestar general (Organización de Estados Americanos, 1988).</p> <p>Así las cosas, este Protocolo busca garantizar y proteger el derecho al trabajo y sus relacionados; el derecho a la salud; el derecho a la alimentación; el derecho a la educación; el derecho de participar, gozar y beneficiarse de la cultura; el derecho a constituir una familia y que la misma sea protegida; el derecho a que se protejan de manera especial los niños, los ancianos y los minusválidos (Organización de Estados Americanos, 1988).</p>	<p>Ratificado por Colombia el 23 de diciembre de 1997. Aprobado a través de la ley 319 del 20 de septiembre de 1996 (Congreso de la República de Colombia, 1996).</p>
<p>3. Convenio sobre los trabajadores migrantes 1949</p> <p>(Organización Internacional del Trabajo, 1949)</p>	<p>El objetivo principal de este convenio es garantizar el derecho del trabajo y el disfrute de los derechos conexos únicamente al trabajador migrante, entendido este último como: “... <i>toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante...</i>” (Artículo 11).</p> <p>Así las cosas, es claro que este convenio no aplica para los trabajadores fronterizos, artistas o personas que ejerzan una profesión liberal y entren a otro país por un tiempo corto, y a la gente de mar (Organización Internacional del Trabajo, 1949), tal como se establece en el mismo artículo 11 de este tratado.</p>	<p>Este convenio no fue ratificado por Colombia</p>

<p>4. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951</p>	<p>En esta convención se realiza una definición de refugiado, con la finalidad de que se tenga claridad que todo refugiado es un migrante, pero no todo migrante puede ser considerado como refugiado. Frente al término refugiado, esta convención establece que se aplica a toda persona:</p> <p>“1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional e Refugiados...</p> <p>2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951, pág. Art. 1)</p> <p>Es así como en términos generales, para esta convención todo refugiado debe cumplir con la ley y los reglamentos del país donde se encuentra, no obstante también ordena garantizar derechos como: la libertad de cultos, igualdad de condiciones, derecho de propiedad intelectual e industrial, derecho de asociación, la adquisición de bienes muebles e inmuebles en igual de condiciones respecto otro extranjero, el acceso a los tribunales, el derecho al trabajo y los conexos al mismo, a la vivienda, a la educación pública, a la libertad de circulación, entre otros. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951)</p>	<p>Convención aprobada por Colombia el 19 de julio de 1961, a través de la ley 35 del año en mención. Ratificada el 10 de octubre del mismo año.</p>
<p>Entrada en vigor 22 de abril de 1954</p>		

<p>5. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas -1954</p>	<p>En esta convención se define el término apátrida, como <i>“toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”</i> Estableciendo obligaciones y derechos para este tipo de personas, quienes además de acatar las leyes y los reglamentos del país donde se encuentren, cuentan con derechos que deben ser respetados, establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1954).</p>	<p>Colombia ratificó esta convención el 30 de diciembre de 1954. Aprobada mediante la ley 1588 de 2012.</p>
<p>6. Convención para reducir los casos de apátrida -1961</p>	<p>Establece algunas obligaciones que tienen los Estados que adopten esta convención con las personas que son apátridas, es decir, que no tienen nacionalidad alguna. Al respecto indica las formas de adquirir dicha nacionalidad y algunos parámetros que deben ser tenidos en cuenta a la hora de discusión sobre el lugar de nacimiento, como por ejemplo cuando se da el nacimiento a bordo de un buque o de una aeronave (artículo 3). Igualmente, regula en otras disposiciones lo relacionado con la pérdida o renuncia de la nacionalidad, indicando que los Estados siempre deben velar porque esa pérdida de nacionalidad no la convierta en apátrida (artículo 8) o que no esté dada por factores de discriminación. Finalmente, es necesario aclarar que esta convención no trata sobre los derechos sociales de las personas en condición de apátridas, sino de la forma como los Estados deberán evitar que el número de apátridas aumente. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1961)</p>	<p>Colombia, mediante la Ley 1588 de 2012 aprobó dicha convención (Congreso de la República, 2012) Ratificada el 15 de agosto del año 2014</p>

<p>7. Convenio sobre los trabajadores migrantes - 1975 (disposiciones complementarias),</p>	<p>Convenio adoptado por la OIT, por el cual encomienda a los Estados parte “la tarea de defender los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero” (Organización Internacional del Trabajo, 1975). Esta convención está dividida en tres partes. En la primera llamada “Migraciones en Condiciones Abusivas”, se dispone que todo Estado que haya adoptado la convención deberá siempre procurar por la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, afirmando que estos deben gozar y disfrutar de igualdad de trato, frente a remuneración, seguridad social y otros beneficios. En la segunda parte, denominada “Igualdad de Oportunidades y de Trato” refiere a las medidas que se deben adoptar para proteger sus derechos. Y en la tercera parte establece las “Disposiciones finales” que indican a los Estados las condiciones respecto a la ratificación del convenio.</p>	<p>Colombia no ratificó este convenio.</p>
<p>8. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas</p>	<p>En esta convención se define al niño como aquel ser humano que no ha cumplido los 18 años y que merece protección y cuidados especiales. En ella a su vez, se establecen los deberes del Estado parte de adoptar medidas legislativas para la protección de los derechos del niño, evitando todo tipo de discriminación a la hora de brindar y proteger sus derechos. Por tanto, su protección siempre deberá darse en condiciones de igualdad. Y con relación al niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o sea considerado como tal, los Estados partes deberán adoptar medidas adecuadas para lograr tal condición (Artículo 22). Finalmente se resalta que los derechos plasmados en la convención hacen referencia tanto a los de primera generación como a los de segunda generación, tales como: el derecho a la vida, a la nacionalidad, al nombre, a la identidad, a una familia, a la libertad de expresión, libertad de pensamiento, libertad de asociación, nivel alto de salud, a beneficiarse de la seguridad social, la educación, entre otros. Colombia, con el objetivo de desarrollar un marco de protección a la niñez y a la adolescencia.</p>	<p>Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 12 de 1991.</p>

<p>9. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares -1990</p>	<p>Este instrumento internacional ha sido de gran relevancia para aquella persona en condición de migrante que “(...) vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989), ya que busca protegerles de forma enfática algunos derechos humanos de suma importancia, no solo para quien es migrante, sino para todas las “(...) personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).</p> <p>Algunos derechos humanos que le son reconocidos son: el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, a la libertad y seguridad personal, a una debida administración de justicia, a la protección y asistencia de las autoridades consulares, a la seguridad social, a la libertad de asociación sindical, entre otros. Además, cuando estos trabajadores y sus familias se encuentren documentados y en situación regular habrá otros derechos que también deberán protegerseles como el “(...) derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado”, el derecho a que su unidad familiar sea protegida, a transferir sus ingresos en fondos que sirvan de sustento para sus familiares, etc. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990)</p>	<p>Colombia aprobó la convención mediante la Ley 146 de 1994.</p>
---	---	---

<p>10. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas – Observación General 14 - El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud -2000</p>	<p>Por medio de esta observación, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas pretende desarrollar de manera exhaustiva el artículo 12 del PIDESC (Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales) respecto del derecho a la salud, pues busca que sea prestado en el nivel más alto posible.</p> <p>Se observa que el Consejo económico al dar importancia al derecho a la salud, lo que busca es desarrollar otros derechos, no solo refiere a estar sano, sino que se cuenta con otras libertades y derechos, como por ejemplo: el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.” (Consejo Económico y Social, 2000, pág. 3).</p> <p>Se resalta que si bien este instrumento internacional no se debe adoptar mediante una ley ni tampoco es de obligatorio cumplimiento para los Estados, estos deberán tenerlo en cuenta a la hora de interpretar el Derecho a la salud.</p>	<p>No es necesario ratificación, pero Colombia al suscribir el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, debe atender a los criterios interpretativos aquí dados.</p>
---	---	--

Fuente: Elaboración propia.

Como puede observarse, son diez (10) tratados internacionales los que refieren a derechos que deben ser respetados a la población, dos refiriéndose a asuntos genéricos y 8 de ellos a la población inmigrante en un Estado, estableciendo para ello medidas específicas a fin de garantizar tal protección, como pasa a desarrollarse a continuación.

Protección de los tratados internacionales con relación a derechos sociales de los inmigrantes:

Como se ha venido indicando en este escrito, son diversos los tratados internacionales que contienen y reconocen derechos sociales para la población. No obstante, llama la atención que en lo referente a derechos dirigidos a la población inmigrante, sean escasas las disposiciones internacionales encontradas que refieran de forma específica a los derechos de los que deberían gozar, y más aún con-

venciones que expliquen de forma concreta la forma de protección de los mismos.

Es así, como conforme a lo investigado, se observó que muchos de los tratados internacionales que hacen alusión a los derechos de los inmigrantes refieren tangencialmente a la protección de sus derechos sociales, pues se limitan a reconocer tales derechos, pero poco ilustran con relación a su protección y garantía por los Estados Parte, de ahí quizá la vulneración que frente a los mismos se presenta en la práctica.

No obstante, se hará mención a algunos aspectos que establecen lineamientos para que los Estados protejan los derechos sociales de la población inmigrante, a saber:

Con relación al derecho a la salud de los inmigrantes:

La Convención sobre los trabajadores migrantes de 1949 indica que los Estados miembros están obligados a mantener servicios médicos apropiados para la población en cuestión, y deberán:

“(a) cerciorarse, si ello fuere necesario, de que, tanto en el momento de su salida como en el de su llegada, la salud de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos es satisfactoria; (b) Velar por que los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias gocen de una protección médica adecuada y de buenas condiciones de higiene en el momento de su salida, durante el viaje y a su llegada al país de destino.” (Organización Internacional del Trabajo, 1949).

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias de 1990, expresa respecto a la atención en salud de urgencia, que este es un derecho que tienen tanto los trabajadores migratorios como sus fami-

lias, a fin de “preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud”. Atención médica de urgencia que no puede ser negada por irregularidad en su permanencia o en su empleo (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990). Corroborando una vez más lo dicho por varias disposiciones internacionales en lo referente a la situación de igualdad con relación al trato de la persona que esté en situación regular, respecto de cualquier nacional. De allí que expresamente se haga referencia a su acceso a servicios sociales y de salud, siempre que cumplan con los requisitos para participar en los planes correspondientes (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

A su vez, la disposición internacional que más alude a este derecho, es la Observación General 14 CESCR, que refiere al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, pero dirigido en mayor grado a poblaciones vulnerables, dentro de las cuales incluye a las personas inmigrantes. Al respecto establece:

- Que debe existir acceso sin lugar a discriminación de ningún tipo en los establecimientos, bienes y servicios de salud prestados en el Estado Parte (ECOSOC, 2000, p. 6).
- Que la salud es un derecho que entraña otra serie de libertades y derechos, como el controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de libertad sexual y genésica, el derecho a no padecer injerencias, a no ser sometidos a torturas, ni a tratamientos, ni experimentos médicos que no sean consensuados (ECOSOC, 2000, p. 3).
- Que este derecho no puede ser negado o limitado a personas inmigrantes, entre otros, por parte de los Estados (ECOSOC, 2000, p. 9,10).
- Que cada Estado debe cerciorarse de facilitar, en la medida que les sea posible según sus recursos, el acceso al derecho a la salud en otros países, mediante acuerdos internacionales que ayuden a esta tarea.

- Que de conformidad con la ONU y resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Asamblea Mundial de la salud, los Estados deben cooperar de forma individual y solidaria para la prestación de este servicio, asistiendo a refugiados y contribuyendo con esta misión hasta su capacidad.
- Que es un derecho que implica ayuda médica internacional y debe priorizarse para los grupos más vulnerables.

Por su parte, en lo que tiene que ver con la salud de los niños inmigrantes, es la Convención sobre los derechos del niño de 1990, la que establece que deberá ser garantizado por los Estados partes, que ningún niño podrá ser privado de este derecho y se adoptarán medidas para:

“(...) a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante (...) el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre (...); d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, p. 19 y 20)

Por tanto, son los Estados parte quienes deben adoptar medidas para promover la recuperación física, psicológica de los niños,

su reintegración social en caso de abandono, explotación o abuso, tortura o cualquier otro trato inhumano o degradante, recuperación que debe llevar a un ambiente que respete la salud y la dignidad del niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, p. 26)

Derecho a un nivel de vida adecuado:

Para garantizar este derecho, el Convenio de trabajadores migrantes de 1949 indica que estos tienen derecho a la vivienda (Organización Internacional del Trabajo, 1949), y la Convención sobre el estatuto de refugiados establece que tienen derecho en esta materia a un trato no menos favorable que el de los extranjeros en la misma condición. Por su parte en la Convención sobre el estatuto de los apátridas de 1954 se establece frente a este tema que los Estados concederán a los apátridas un trato más favorable posible y uno similar a los extranjeros en general (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951, p. 15)

De igual forma, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, respecto a las personas que se encuentren en situación regular, a fin de garantizar un nivel de vida adecuado, prevé de un trato igual para esta población y además “d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres...g) El acceso a la vida cultural y la participación en ella (...)” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990); y con relación a “administrar recursos tales como el agua limpia potable, los alimentos, los suministros médicos y la ayuda financiera, indica que hay que otorgar prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población” (ECOSOC, 2000, p. 12).

En relación con este derecho el Comité ha identificado determinados aspectos que deben cumplir los Estados con el objeto de que se garantice a las personas migrantes un nivel esencial de vivienda

(Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1991). Estos aspectos son los siguientes:

- Seguridad jurídica de la tenencia, que se refiere a la certeza de que la vivienda no está sometida a procesos judiciales o materiales en que se debate la propiedad o posesión.
- Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, que se refiere al acceso permanente a agua potable, a energía, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos y de drenaje y a servicios de emergencia.
- Gastos soportables, que se refiere a la posibilidad de asumir la financiación de las necesidades de vivienda.
- Habitabilidad, que se refiere a las condiciones del espacio y la comodidad de la vivienda;
- Asequibilidad, que se refiere a las condiciones prioritarias de acceso de las personas migrantes, por la situación de vulnerabilidad y exclusión en que se encuentran.
- Lugar, que se refiere a la posibilidad de acceder a empleo, a servicios de atención en salud y a educación, en el lugar que se ubica la vivienda.
- Adecuación cultural, que se refiere a la manera en que se construye la vivienda (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1991).

Sobre el derecho al agua y el saneamiento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispuso que este derecho es condición previa del cumplimiento y garantía de otros derechos humanos, como el derecho a la salud y a una alimentación adecuada y que, además, son obligaciones básicas de los Estados parte, las siguientes (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005):

- Garantizar el acceso a la cantidad de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico.
- Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sin ningún tipo de discriminación.
- Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua potable.
- Garantizar condiciones de seguridad personal para acceder al agua.
- Garantizar la distribución equitativa de las instalaciones y servicios de agua disponibles.
- Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua con énfasis en las personas migrantes.
- Vigilar el grado de realización del derecho al agua.
- Adelantar programas de agua orientados, especialmente, a las personas migrantes.
- Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular asegurando el acceso a servicios de saneamiento adecuados (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005).

Y sobre el derecho a la alimentación, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica, en general, que toda persona debe estar protegida contra el hambre (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b) y en la Observación General No 12, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisa que el derecho a una alimentación adecuada tiene los siguientes componentes:

- Disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficiente, que se refiere a la posibilidad de una persona de alimentarse mediante la producción o adquisición de alimentos, en una

cantidad que corresponda a las necesidades de alimentación, sin sustancias perjudiciales para la salud y acorde con la cultura.

- Accesibilidad física y económica de los alimentos, que se refiere a la posibilidad de acceder a los alimentos de una manera que no dificulte el goce de otros derechos humanos y que sea sostenible (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999).

Finalmente, dentro del derecho de nivel de vida adecuado, cabe incluir el derecho a la asistencia pública, regulado en la Convención sobre el estatuto de refugiados, en donde se prevé que los Estados deben conceder el mismo trato que a sus nacionales respecto de este derecho y al socorro público (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951, p. 7), aspecto ratificado en igual sentido por la Convención sobre el estatuto de los apátridas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1954).

Derecho a la educación:

En la Convención sobre el estatuto de refugiados cuando se hace referencia a este derecho, se indica que debe ser concedido con el mismo trato que a los nacionales, en lo referente a la enseñanza elemental, a la distinta a la elemental y al acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, a exención de derechos, cargas y concesión de becas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951, p. 7). En lo referente a la enseñanza, la Convención sobre el estatuto de los apátridas realiza una manifestación similar (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1954).

A su vez, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, en su artículo 30 establece que: “Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la edu-

cación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990) y enfatiza que este derecho no se podrá ver limitado por la situación irregular de los padres. Para ello tendrán: “a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate; (...) c) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

Tema tratado de forma específica por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando en la observación General Nro. 13 indica que se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Disponibilidad, que se refiere a la cantidad de instituciones de educación en un Estado parte.
- Accesibilidad, que se refiere a la posibilidad de acceder a instituciones de educación, sin ningún tipo de discriminación y en condiciones materiales y económicas que sean adecuadas.
- Aceptabilidad, que se refiere a la calidad, pertinencia y adecuación cultural de los programas de estudio y los métodos pedagógicos.
- Adaptabilidad, que se refiere a la posibilidad que tiene la educación en un Estado parte de adaptarse a las necesidades y contextos culturales de las personas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999).

Por su parte la Convención sobre los derechos del niño frente a la protección del derecho a la educación, expresa que se garantiza al:

“a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo (...), de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar me-

didadas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados; d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar (...).” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, p. 22).

Protección al trabajador migrante - Derecho al trabajo:

Desde la Convención sobre los trabajadores migrantes de 1949 se señalan parámetros que deben seguir los Estados miembros cuando reciban o envíen trabajadores en calidad de migrantes, señalando obligaciones tanto para el Estado de origen como para el Estado en el cual éste se va a emplear, reconociéndoles dentro de este derecho además el derecho a la salud derivado de la actividad que desarrolla.

Para tal efecto, en el artículo 10, se indica que “cuando el número de migrantes que van del territorio de un Miembro al territorio de otro sea considerable, las autoridades competentes de los territorios en cuestión deberán, siempre que ello fuere necesario o conveniente, celebrar acuerdos para regular las cuestiones de interés común que puedan plantearse al aplicarse las disposiciones del presente Convenio” (Organización Internacional del Trabajo, 1949).

Y de forma específica, respecto a este derecho, se plasma en el artículo 6 de la Convención para los trabajadores migrantes, que todos los Estados miembros deberán garantizar un trato igualitario a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio con relación a la remuneración, a los subsidios familiares, a las horas de trabajo, a las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo,

el aprendizaje, la formación profesional, el trabajo de mujeres y de menores, la afiliación a organizaciones sindicales y el disfrute de otras ventajas que ofrecen los contratos colectivos, la seguridad social, entre otros. Siempre que estas materias se encuentran reglamentadas en la legislación o dependan de autoridades administrativas (Organización Internacional del Trabajo, 1949).

El trabajo es también protegido por la Convención sobre el estatuto de refugiados, cuando reconoce este derecho a estas personas, y hace mención como la Convención de trabajadores migrantes a un empleo remunerado si se encuentran en el territorio de forma legal (artículo 17); derecho a realizar trabajos por cuenta propia (artículo 18) en “la agricultura, la industria, la artesanía y el comercio y de establecer compañías comerciales e industriales” (Asamblea general de las Naciones Unidas, 1951, pág. 6); a ejercer su profesión liberal en las mismas condiciones que cualquier extranjera, siempre que cuenten con diplomas reconocidos por autoridades competentes en el Estado correspondiente (artículo 19); y a conceder al igual que cualquier nacional todo lo relacionado con los asuntos laborales y de seguridad social (artículo 24). Es así como el derecho al empleo remunerado en cualquiera de sus manifestaciones es también objeto de protección por parte de la Convención sobre el estatuto de los apátridas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1954).

Tema que es igualmente regulado en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, cuando se expresa que:

“Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables (...)” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

A su vez, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 19 define el derecho a la seguridad social y hace referencia a los siguientes deberes:

- Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que garantice un nivel mínimo indispensable de prestaciones.
- Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación, prestando atención a personas o grupos en condición de vulnerabilidad como los migrantes.
- Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social con énfasis en las personas o grupos en condición de vulnerabilidad como los migrantes.
- Adoptar medidas específicas para la aplicación de los planes de seguridad social, en particular de los destinados a proteger a las personas o grupos en condición de vulnerabilidad como los migrantes.
- Hacer un seguimiento del nivel de realización del derecho a la seguridad social (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2007).

Por su parte, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, se establece de forma expresa que:

(1) Deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo que se definen como abusivas (...)

(2) (...) el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo (...)” (Organización Internacional del Trabajo, 1975).

Y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, contiene en el artículo 25 el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a un trato igual que el de los nacionales en materias laborales como la remuneración, jornadas de trabajo, salud, entre otras condiciones de trabajo; y en el artículo 52 el derecho a la libertad de elegir actividad remunerada de empleo.

En lo que tiene que ver con este derecho para los niños, según la Convención de los derechos del niño, se debe proteger frente a los mismos su explotación económica, el desempeño de un trabajo que no sea nocivo o afecte su educación. Para tal efecto, los estados “a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipular las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, p. 24).

De allí que se asumen en esta Convención medidas más claras y prácticas en caso de que se vulnere el derecho al trabajo del inmigrante que se encuentre en un Estado de forma legal.

De otro lado, algunas disposiciones internacionales, refieren al derecho de asociación, asunto incluido dentro del derecho al trabajo. Al respecto la Convención sobre el estatuto de los refugiados regula en el artículo 15 este derecho, e indica: “En lo que respecta a las asociaciones no políticas ni lucrativas y a los sindicatos, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que residan legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de un país extranjero” (Asamblea general de las Naciones Unidas, 1951, p. 5) y

la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, le reconoce a los trabajadores migratorios y a sus familiares este mismo derecho, a fin de que se puedan asociar y participar activamente en sindicatos (artículo 26); y en el artículo 40 enfatiza el derecho de asociación para trabajadores migratorios y familiares si se hayan en situación regular (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

En conclusión, con relación a este derecho cabe indicar que la protección de los trabajadores constituye uno de los aspectos fundamentales de los derechos humanos relacionados con los migrantes, por la condición de desigualdad y vulnerabilidad que supone la migración; por esto, es esencial que los Estados garanticen progresivamente, condiciones de trabajo adecuadas a las personas migrantes.

Además de lo anterior, se mencionan otros derechos sociales, como el derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad industrial e intelectual de la población inmigrante.

Con relación a la propiedad privada, desde la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), se establece un mandato general previsto en el artículo 7, que establece el trato igualitario tanto para refugiados como para extranjeros en general.

Es así como establece el derecho a la propiedad privada para todo refugiado, indicando que debe ser un derecho concedido por el Estado contratante, que se le debe dar en ese sentido un trato favorable respecto a “la adquisición de bienes muebles e inmuebles y otros derechos conexos, arriendos y otros contratos relativos a bienes muebles e inmuebles” (Asamblea general de las Naciones Unidas, 1951, p. 5). Por su parte la Convención sobre el estatuto de los apátridas corrobora en el mismo sentido esta protección (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951, p. 5); y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, en el artículo 15 además

de reconocer este derecho, establece una limitación al mismo. “los casos en los que sea necesaria y justificada la expropiación total o parcial, sin desconocer a la persona interesada el derecho a una indemnización justa” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

Y frente al Derecho a la propiedad industrial e intelectual, en la misma Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951, se concede este derecho a los refugiados, indicándose que tienen derecho a la propiedad industrial e intelectual con la misma protección que a los nacionales, relacionados con “inventos, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica, nombres comerciales y derechos de autor sobre las obras literarias, científicas o artísticas...” (Asamblea general de las Naciones Unidas, 1951, pág. 5). Lo que se manifiesta en igual sentido para los apátridas, acorde a lo establecido en la Convención sobre el estatuto de los apátridas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1954).

A manera de conclusión

Conforme a lo ya expuesto y luego de haber abordado los derechos sociales contenidos en las diversas disposiciones internacionales, es necesario enfatizar que no todas refieren de forma específica a la población inmigrante, otros solo en algunos artículos señalan el reconocimiento de algunos derechos para este tipo de población que es considerada conforme a algunos tratados como vulnerable, pero que se encuentre en situación regular dentro del Estado en cuestión. Esto lleva a afirmar que estos derechos se pueden ver menguados para la persona que se encuentra en una situación irregular dentro de un Estado, porque quizá la titularidad de estos derechos no es tan clara. Circunstancia que de entrada, genera como consecuencia una situación discriminatoria dentro de la población de inmigrantes, la cual ya tiene la categoría de población vulnerable.

Es importante advertir que los mismos tratados y pactos establecen líneas tenues de protección y es en la Convención interna-

cional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, en donde a los trabajadores y sus familiares, se les indica que en caso de vulneración con relación a algún derecho concedido, puede recurrir a la protección y asistencia por parte de las autoridades consulares y diplomáticas de su Estado de Origen o del estado que represente los intereses de ese Estado (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

En el convenio para los migrantes de 1975, con relación a las migraciones en condiciones abusivas, se dispone que todo Estado que haya adoptado la Convención deberá siempre procurar por la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y para esto, deberá determinar si dentro de su territorio hay trabajadores migrantes en condiciones ilegales o clandestinas para tomar las medidas correspondientes a suprimir este tipo de prácticas y abusos y de conformidad con el artículo 9 tanto el trabajador migrante como sus familiares deberán gozar y disfrutar en “(...) igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios”. A pesar de lo anterior, no existe claridad respecto a las formas de protección de estos derechos y el cómo acceder para lograr su realización o efectividad.

REFERENCIAS

ACNUR. (2017). *Migrantes en situaciones de vulnerabilidad. Perspectiva del ACNUR*. Ginebra: ACNUR. Recuperado el 16 de Junio de 2019, de <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rw-main/opendocpdf.pdf?reldoc=y&dclid=5979dcfa4>

Amaya, J. A. (2013). *Marbury vs. Madison: sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*. Argentina: Rosario Ediciones.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1951). *Convencion sobre el Estatuto de los refugiados*. Recuperado el 3 de abril de 2019, de <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

Asamblea general de las Naciones Unidas. (1951). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Recuperado el 17 de mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1954). *Estatuto de los Apátridas*. Recuperado el 3 de mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/5b43cea54.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1961). *Convención para reducir los casos de Apatridia*. Recuperado el 3 de mayo de 2019, de <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0007.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado el 27 de Mayo de 2019, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 6 de mayo de 2019, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Nueva York: Naciones Unidas.

Asamblea General de Naciones Unidas. (1990). *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Recuperado el 28 de Mayo de 2019, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

Benoist, A. (2016). Democracia respresentativa y democracia participativa . *El manifiesto*, 2.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL. (2017). *Reunión regional latinoamericana y caribeña de expertas y expertos en migración internacional preparatoria del Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular*. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado el 17 de Junio de 2019, de https://refugees-migrants.un.org/sites/default/files/eclac_america_del_sur_resumen_ejecutivo.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991). *Observación general No. 4 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 29 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). *Observación General No. 12 El derecho a una alimentación ade-*

cuada (artículo 11). Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 29 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). *Observación General No. 13 El derecho a la educación (artículo 13)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 29 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2005). *Observación general No. 15 El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 29 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2005). *Observación General No. 18 El derecho al trabajo (artículo 6)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 30 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2007). *Observación general No. 19 El derecho a la seguridad social (artículo 9)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 30 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Congreso de la República. (2012). *LEY 1588 DE 2012*. Bogotá: Diario Oficial.

Congreso de la República de Colombia. (1968). *Ley 74*. Bogotá: Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1996). *Ley 319*. Bogotá: Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Consejo Económico y Social. (2000). *OBSERVACION GENERAL 14*. Ginebra: Naciones Unidas.

Corte Constitucional . (2005). *C-1040* . Bogotá : Gaceta Oficial

Corte Constitucional . (2006). *C-034* . Bogotá: Gaceta Oficial .

Courtis , C., & Ávila, R. (2009). La protección judicial de los derechos sociales . 10.

Courtis, C., & Abramovich, V. (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (págs. 283-350). Argentina: Editores del Puerto. Recuperado el 18 de Junio de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=617886>

Duran, Y., & Ochoa, C. (2016). ¿cuál es el alcancde jurídico de los criterios de conexidad y de carga argumentativa, que se han establecido por parte de la Corte Constitucional, en lo que refiere a la interpretación del Acto Legislativo 01 de 2016 y el Fast Track ? ? *Universidad Santo Tomás* , 3.

ECOSOC. (2000). *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Recuperado el 19 de mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Ferrajoli, L. (2016). Sobre los Derechos Fundamentales . *Cuestiones Constitucionales*, 118.

Fioravanti, M. (2009). *constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales* . Madrid: Trotta.

Guastini, R. (1999). Sobre el concepto de la Constitución . *Universidad de Génova* , 164.

López, D. (2017). *Eslabones del Derecho* . Colombia: Legis .

Oficina del Alto Comisionado para la Paz- Presidencia de la República . (2018). Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. 82.

Organización de Estados Americanos. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, «Protocolo de San Salvador». San Salvador. Recuperado el 2 de mayo de 2017

Organización de las Naciones Unidas-ONU. (2014). *Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas-ONU. Recuperado el 26 de Mayo de 2019, de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (1949). *Convenio sobre los trabajadores migrantes*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado el 2 de mayo de 2019, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C097

Organización Internacional del Trabajo. (1949). *Convenio sobre los trabajadores migrantes*. Recuperado el 2 de mayo de 2019, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C097

Organización Internacional del Trabajo. (1975). *Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, 1975. Recuperado el 3 de mayo de 2019, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2006). https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf. Recuperado el 21 de junio de 2019, de https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

Rivadeneira, R. A. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Colombia: Legis.

Rodríguez, L. (2017). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.

Sandoval Terán, A., & de la Torre, C. (2010). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: exigibles y justiciables. Preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. México D.F: Espacio DESC & ONUDH México. Recuperado el 20 de enero de 2017, de <http://www.equipopueblo.org.mx/descargas/Protocolo%20interiores%20ok.pdf>

Tawse-Smith, D. (2008). *Conflicto armado colombiano . desafíos*, 288.

Unión Interparlamentaria. (2015). *Migración, derechos humanos y gobernanza*. París: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Recuperado el 26 de Mayo de 2019, de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

Uprimny, R. & Gómez, D. (2016). Comentarios al proyecto de acto legislativo 01 de 2016 senado “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la. *Dejusticia*, 6.

Villa, H. V. (2012). *Cartas de Batalla una crítica del constitucionalismo colombiano*. Colombia: Panamericana Editorial .

Villamizar, D. (2017). *Las guerrillas en Colombia: una historia desde los orígenes hasta los confines*. Colombia: DEBATE.

CAPÍTULO IV

MUNICIPIOS LIMITADOS FRENTE A REALIDADES DESBORDADAS: EL PROBLEMA DEL GOBIERNO EN LAS AGLOMERACIONES URBANAS EN COLOMBIA¹

Pedro Piedrahita Bustamante²

 <https://orcid.org/0000-0001-6408-0431>

Resumen:

Colombia es un país de aglomeraciones urbanas que tienden a seguir creciendo y a conformar grandes regiones. Sin embargo, éstas son gobernadas por diversos municipios que crean un mar-

-
- 1 Este trabajo está asociado al grupo de investigación en Conflicto y Paz de la Universidad de Medellín, en la línea de: Conflictos, democracia y transiciones.
 - 2 Doctor Cum Laude en Derecho Internacional, UAX de Madrid. Magíster en Seguridad y Defensa, ESDEGUE de Bogotá. Politólogo, UPB de Medellín. Profesor investigador de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín; miembro del grupo de investigaciones en Conflicto y Paz de la misma universidad.

✉ ppiedrahita@udem.edu.co

Cita este capítulo:

Piedrahita Bustamante, P. (2021). Municipios limitados frente a realidades desbordadas: el problema del gobierno en las aglomeraciones urbanas en Colombia. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp.135-167). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.4>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



co institucional confuso, complejo y desarticulado al momento de resolver los problemas asociados a la provisión de servicios, actividades económicas, oferta de vivienda, servicios ambientales y culturales, etc. El objetivo de la investigación es abordar el problema del gobierno en las aglomeraciones urbanas que superan los límites administrativos municipales en Colombia, señalando tres obstáculos que existen al momento de plantear una nueva forma de gobierno acorde a la realidad urbana del país: primero, electoral; segundo, de desequilibrio en la estructura político-administrativa del Estado; y, tercero, un obstáculo referente a la competencia de las ciudades contra el Estado nacional. La investigación cualitativa se desarrolló con un método hermenéutico donde se describe el fenómeno urbano desde las perspectivas de Borja (2013), Castells (2006, 2014) y DNP & Barco (2013), y el problema del gobierno desde la Ciencia Política siguiendo a referentes como Bobbio & Matteucci (1981) Pasquino (2011), Sills (1979) y Weber (2010). Se concluye que el gobierno formal de la ciudad colombiana no es el gobierno real que se necesita.

Palabras clave:

Colombia, aglomeración urbana, municipio, gobierno.

INTRODUCCIÓN

América Latina es la región en desarrollo más urbanizada del mundo. Esto ha ocurrido en el último siglo y es por esto por lo que a partir del año 2000 existen más de 50 grandes ciudades que superan el millón de habitantes. Hay “megaciudades³” (Castells, 2006, p. 436) como Sao Paulo, Ciudad de México, Buenos Aires, Rio de Janeiro con una población de más de diez millones de habitantes. Por su parte, Bogotá, Lima y Santiago de Chile tienen poblaciones de más de cinco millones y otras como Belo Horizonte, Salvador de Bahía, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Caracas, Santo Domingo, Monterrey y Guadalajara cuentan con más de tres millones de habitantes (Rojas, Cuadrado-Roura, & Fernández, José, 2005, p. 29). Esta creciente urbanización ha creado un problema para los gobiernos de las ciudades, los cuales, en su mayoría, siguen bajo las lógicas municipales. En pocas palabras, la expansión del espacio urbano ha superado los límites de competencia y jurisdicción de los municipios y surgieron una serie de fenómenos de crecimiento de mercados laborales y de servicios que pueden abordar varios municipios o incluso sobrepasar los Estados, provincias o departamentos. Esto al mismo tiempo ha implicado un desafío en materia de capacidades institucionales al momento de gobernar y solucionar las problemáticas de los habitantes en los territorios.

Colombia no ha sido ajena a todo esto y al respecto las proyecciones de entidades como el Departamento Nacional de Planeación (en adelante DNP) indican que para el 2035 más del 80% de la población colombiana será urbana y estará repartida en ciudades grandes y en ciudades intermedias que seguirán creciendo (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013,

p. 12). Con todo, en esta investigación se aborda el problema del gobierno en las aglomeraciones urbanas que superan los límites administrativos municipales en Colombia, a partir de un análisis politológico que permite llegar a tres principales obstáculos que existen al momento de plantear una nueva forma de gobierno para la actual realidad urbana del país: primero, electoral; segundo, desequilibrio en la estructura político-administrativa del Estado; y, tercero, la competencia de las ciudades contra el Estado nacional.

A este fenómeno urbano se le llama “área metropolitana” y refiere a la problemática de la organización de una nueva dimensión del espacio, pero también a una difusión de funciones con una actividad independiente de contigüidad geográfica (Castells, 2014, p. 28). También suele denominarse “aglomeración urbana” que de acuerdo con Borja (2004) (citado en Núñez 2007), es el resultado del crecimiento económico y demográfico que genera la expansión rápida de una ciudad central sobre los territorios de sus vecinos. En Colombia el DNP & Barco (2013) identificaron que existe un conjunto de ciudades que se relacionan de manera estrecha a través de la provisión de servicios, actividades económicas, oferta de vivienda, servicios ambientales y culturales. Se trata de municipios aledaños que crean una “ciudad funcional” cuya superficie supera los límites políticos y administrativos de la ciudad principal. Este fenómeno se denomina “aglomeración urbana” y no “metropolización” como se ha identificado en otras partes de América y Europa para no confundir con la idea jurídica de la institución: Área Metropolitana (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013, p. 33).

Bajo este orden de ideas, este trabajo cualitativo se desarrolló con un método hermenéutico que parte de un marco referencial como: Bobbio & Matteucci (1981); Borja (2013); Castells (2006, 2014); Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco (2013). Se recolectó información que da cuenta del problema del gobierno en las aglomeraciones urbanas en América Latina

y en Colombia, al tiempo que diversos textos jurídicos especializados sobre el municipio. Cuando se abordan los obstáculos que aparecen al momento de plantear una nueva forma de gobierno para las aglomeraciones en Colombia se hace énfasis en la dimensión electoral proponiendo el Índice de Relevancia Electoral Municipal (IREM) que permite dimensionar la importancia de los municipios en las elecciones legislativas en el país.

El artículo se desarrolla a partir de cinco puntos: primero, se realiza un estado del arte sobre la aglomeración y el gobierno de ésta; segundo, se describe el método y limitaciones del trabajo; tercero, se identifican 18 aglomeraciones urbanas que existen en Colombia y cómo sus gobiernos recaen en 113 municipios; cuarto, a manera de hipótesis se plantean tres principales obstáculos para gobernar las aglomeraciones en el país; y, en el último punto se concluye que el gobierno formal de la ciudad colombiana no es el gobierno real que necesita se necesita.

Sobre la aglomeración y su gobierno:

Entre los siglos XIX y XX aumentaron el crecimiento de tierras productivas y sus técnicas de explotación, la población mundial y la densificación generó la multiplicación de ciudades en todas partes del mundo. Las ciudades según Mumford (1945) surgen de las necesidades del hombre y es el espacio donde fuerzas e influencias se funden, por lo que son un emergente social complejo. El crecimiento de ciudades trajo consigo el aumento de problemáticas sociales, pues el aumento poblacional generó mayores necesidades que deben ser resueltas por los gobiernos a través de la oferta de nuevos bienes, servicios y oportunidades. En este sentido, la urbanización implica un constante reacomodo de la política para que puedan generarse nuevas formas de gobierno que permitan resolver los desafíos, las demandas ciudadanas y que no se destruya la ciudad.

De acuerdo con Mumford (2012) la base del fenómeno de aglomeración urbana dependió del rápido aumento de la población en el siglo XIX, superando los niveles observados en la época neolítica donde se dieron las primeras conquistas del urbanismo (p. 881). Para esta época, Londres era la ciudad más grande del mundo con 959.310 habitantes, luego París que tenía 500.000; en la segunda mitad del XIX, la primera aumentó a dos millones de habitantes y la segunda a un millón. Para el XX, Berlín, Chicago, Nueva York, Filadelfia, Moscú, San Petersburgo, Viena, Tokio y Calcuta eran ciudades de más de un millón de habitantes. Y a partir de 1950 surgieron grandes aglomeraciones urbanas en diversos puntos rodeadas de sus respectivos cinturones de abastecimiento (Mumford, 2012, p. 881).

Esta dinámica también se presentó en las ciudades intermedias (población superior a 100.000 habitantes). En Estados Unidos se conformaron aglomeraciones urbanas a través de pequeños anillos suburbanos, que posteriormente se ampliaron creando grandes economías y relaciones metropolitanas interconectadas, conformadas por varias poblaciones dependientes de un núcleo principal. Mumford (2012) lo evidencia señalando que:

“para 1930, casi la mitad de la población de los Estados Unidos vivía en un radio de treinta a ochenta kilómetros de ciudades con una población de más de cien mil habitantes; en tanto que, en 1950, se hallaría en 163 zonas urbanas con 50.000 habitantes o más, haciendo un total de 83.929.863 personas. Tendencias análogas que predominaron en todas partes: hacia 1950, el 13,1% de la población mundial vivía en ciudades de 100.000 habitantes o más, en comparación con un 1,7% en 1800” (p. 882).

El trabajo de Mumford (2012) evidencia el crecimiento urbano y posterior fenómeno de aglomeración en diversos centros urbanos del mundo. Este fenómeno no ha sido ajeno a América Latina,

pues en la región surgieron ramificaciones de comunicación instantánea entre diferentes concentraciones urbanas que luego llevaron a conformar aglomeraciones que, cabe aclarar, existen dentro de los estándares reales y otras tantas dentro de los marcos jurídicos y normativos de cada Estado.

En América Latina la formación de ciudades fue el componente esencial del establecimiento en el territorio de la Monarquía Católica (Lucena, 2006). Dicho de otra forma, desde el período colonial, la región contó con una amplia red de ciudades, muchas de las cuales, en su recorrido histórico, murieron, otras se transformaron y, otras más, se instalaron como la base de la posterior aglomeración de ciudades en diferentes Estados. Pero fue a partir del siglo XX donde la mayor parte de la población de la región pasó de ubicarse de áreas rurales a zonas urbanas.

Bajo este orden de ideas, en 1900 uno de cada cuatro habitantes vivía en centros urbanos con 2.000 habitantes o más, aunque en este período ninguna de las ciudades en América Latina superaba el millón de habitantes (Rojas et al., 2005, p. 25). Afirma Lattes, (1995) que en 1925 la urbanización era del 25% mientras que en Europa era del 48% y en Norteamérica alcanzaba el 54%. Entre 1925 y 1975 llegó al 61% y las proyecciones recogidas en su momento por el autor indicaban que para inicios del siglo XXI sería del 77% (p. 214). Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID) proyectó que para el 2025 la urbanización en la región será del 80% (Rojas et al., 2005, p. 36).

La etapa más reciente de la urbanización ha sido la de aglomeración o metropolización. Estas zonas concentran la capacidad productiva de los Estados en América Latina y no solo tienen conexiones internas sino también con otros países, como sucede con las tres rutas metropolitanas que integran Argentina, Brasil, Chile y Uruguay con Sao Paulo-Río Grande do Sur; Buenos Aires-Montevideo; y, Santiago-Cuyo-Córdoba (Rojas et al., 2005, p. 37). Este fenómeno que consiste en el desbordamiento de la ciudad real (so-

ciológica) respecto de la ciudad jurídica o administrativa (municipio), genera múltiples dificultades asociados a la infraestructura de servicios urbanos, la movilidad, la seguridad y el medio ambiente. En otras palabras, es el problema de un gobierno limitado a unos municipios frente a realidades que los desbordan. Todo esto marcado por la interdependencia entre las ciudades funcionales o centros urbanos que conforman la aglomeración y por una serie de barreras municipales de jurisdicción y competencia que cuestionan las capacidades de los gobiernos frente al funcionamiento de las instituciones públicas, la limitada capacidad para recaudar impuestos y la redistribución de la renta (Rojas et al., 2005, pp. 86-90).

La cuestión del gobierno en las aglomeraciones urbanas ha sido formulada en diversos ámbitos académicos y de decisión política. En esta investigación se aborda desde una perspectiva de la Ciencia Política que lo entiende como “la dirección o la influencia sobre la trayectoria de una entidad política” (Weber, 2010, p. 7). En este sentido, el gobierno son las personas que ejercen el poder y protegen a una sociedad a través de la toma y ejecución de decisiones que determinan la orientación política de ésta (Sills, 1979, p. 173; Bobbio & Matteucci, 1981, p. 743); y detenta el poder ejecutivo, el cual depende de dos variables: una institucional relacionada con la modalidad con la que se forma el gobierno (el municipio); y otra variable coyuntural, determinada por elementos político-partidistas (la relevancia electoral municipal) (Pasquino, 2011, pp. 226-227).

Los gobiernos de las zonas urbanas en América Latina están enmarcados en el municipio, el cual desde la antigüedad se caracteriza por la distinción, es decir, que refiere “siempre a dos sociedades completamente separadas” (De Coulanges, 2007, p. 196). Esta distinción en la ciudad antigua se explicaba a partir de la religión y, posteriormente, desde los procesos políticos que llevaron a la idea de “el interés público y el sufragio” (De Coulanges, 2007, pp. 308-312). Otra característica es el “hábito” de cada ciudad a su “autonomía”. En otras palabras, el municipio indicaba que una ciudad estaba habituada a un culto, un derecho y un gobierno particulares (De Coulanges, 2007, p. 199).

Ahora bien, de acuerdo con Carrión (2016) el proceso de des-centralización iniciado en la región entre 1980 a 1990 privilegió al municipio como:

“depositario central de las transferencias de recursos y competencias, lo cual le otorga una mayor capacidad de respuesta ante las demandas de la sociedad (...) y porque fortalecen las bases de sustentación social, gracias al proceso de democratización de la escena local (elección, rendición de cuentas, transparencia)” (Carrión, 2016, p. 68).

Por otro lado, señala Carrión (2016) que el gobierno de las ciudades en América Latina ha estado marcado por dos coyunturas que aportaron sus características y formas particulares de poder: “primero, periférica y metropolitana (ciudad frontera) que se desarrolla desde mediados del siglo pasado y hasta fines del mismo; y segundo, introspección cosmopolita (ciudad relacional), que emerge desde la década de los años noventa del siglo pasado hasta la presente fecha” (p. 48).

La primera coyuntura se entiende a partir de la adopción de los postulados del urbanismo moderno⁴ por parte de los municipios a raíz de la presión demográfica sobre las ciudades y sus instituciones luego de los procesos de urbanización rural-urbana de la primera mitad del siglo XX. Esta situación desbordó la capacidad institucional y por eso algunos autores desde posiciones críticas señalan que se inicia una fase de gestión del déficit (Carrión, 2016, pp. 49-51). El resultado de todo esto se manifestó en “la ciudad dual” marcada por dinámicas de informalidad-formalidad e ilegalidad-legalidad, pues los asentamientos populares masivos crecieron siendo invisi-

4 Los postulados son: delimitación de la ciudad (perímetro); definición de usos del suelo (zonificación); ubicación de la población (segregación social); concentración de puntos importantes (centralidad); y, producción de servicios (densidades) (Carrión, 2016, pp. 49-50).

bles para las políticas públicas y en respuesta aparecieron movimientos sociales como formas de presión (p. 50). Las implicaciones para los gobiernos municipales fueron: el desborde de la institucionalidad; la insuficiencia de recursos económicos y la necesidad de aumentar la participación social, dando inicio al proceso de descentralización ya mencionado, a través de la democratización del gobierno municipal con la implementación de elecciones populares de autoridades locales (pp. 50-51).

La segunda coyuntura inició en la década de 1980 y su característica principal fue la conformación de los primeros sistemas urbanos, los cuales estuvieron marcados por dos procesos: las reformas al Estado nacional y la globalización (Carrión, 2016, pp. 51-62). Frente a lo primero, se iniciaron en la región cambios como: la apertura económica, la privatización de los mercados y la descentralización; esta última le otorgó un papel protagónico al municipio en el territorio al ser “depositario de competencias y recursos nacionales” y, además, porque fue el contenedor político de las nuevas formas institucionales y de representación como: la elección popular de alcaldes, “el presupuesto participativo, la planificación estratégica y la cooperación público privada” (Carrión, 2016, p. 54).

El segundo proceso, el de la globalización, que dio otras lógicas a los municipios e implicaciones a su gobierno: se iniciaron procesos de conurbación, la capacidad municipal se vio limitada en la gestión, sobre todo al tomar mayor fuerza la gestión privada en las políticas públicas (Carrión, 2016, p. 55) y empezaron a brotar problemáticas desbordadas asociadas a: el medio ambiente, la seguridad, el transporte, el espacio público y en general a los derechos ciudadanos y a la ciudad (Borja, 2013, pp. 144-152).

Todo lo señalado hasta aquí permite comprender la generación de nuevos territorios urbanizados que superan los marcos municipales. La ciudad entonces se convierte en un recipiente hipertrofiado, ya no es un simple municipio, marcado por la distinción y el

hábito de la autonomía, sino que aparece la “ciudad de ciudades”, es decir, una urbanización difusa marcada por las regiones metropolitanas o aglomeraciones donde se encuentran:

“decenas de autoridades municipales competentes en el planeamiento urbano, entidades intermedias de naturaleza diversa que planifican y programan servicios, delegaciones de los gobiernos nacionales o regionales cuyas competencias y funciones se superponen y se imponen a las locales (...) todo ello en un marco institucionalmente más confuso que complejo, mal articulado, opaco, en el que no funcionan los mecanismos de representación y de participación (...) y a la complejidad mal articulada de las actuales poblaciones metropolitanas” (Borja, 2013, pp. 66-67).

En este punto entonces es necesario volver a la cuestión inicial ¿cómo se gobiernan las aglomeraciones urbanas? El escenario es complejo, dado que la unidad básica del gobierno en América Latina sigue siendo el municipio, así existan Áreas Metropolitanas como mecanismos administrativos y coordinación de municipios como lo plantean y ejemplifican Rosenbaum & Rodríguez-Acosta (2005), quienes además señalan que en muchos casos “el movimiento hacia la descentralización de la autoridad del gobierno nacional, y el enaltecimiento de los gobiernos locales, ha tendido a trabajar en contra del desarrollo de los gobiernos metropolitanos dentro de la región” (Rosenbaum & Rodríguez-Acosta, 2005, p. 3). De este modo, parece surgir una situación contradictoria, pues la descentralización del Estado (1980) que otorgó un mayor poder a los municipios hoy parece convertirse en una centralización de los municipios frente a una necesidad urgente: una nueva forma de gobierno para las aglomeraciones urbanas.

Bajo este orden de ideas, Rojas et al. (2005) esbozan que el gobierno en las aglomeraciones necesita de reglas e incentivos como: primero, definir responsabilidades y recursos disponibles para cada

nivel del gobierno; segundo, determinar el grado de participación de la comunidad en las decisiones y en el control a estas; tercero, capacidad institucional para desempeñar sus funciones; y, cuarto, reglas en los mecanismos de financiación de las actividades e inversiones locales (pp. 47-48). Sin embargo, el desafío del gobierno en las aglomeraciones urbanas, es el de lograr “acciones coordinadas en el terreno político, fiscal, institucional y financiero” (Rojas et al., 2005, p. 48).

Existen varios tipos de gobiernos metropolitanos (Rodríguez & Oviedo, 2001 citando a la ONU, 1995): primero, la de un gobierno centralizado, donde un solo alcalde gobierna la ciudad y es designado por el gobierno central; segundo, el descentralizado con varios niveles de decisión (gobiernos supramunicipales); tercero, el descentralizado y fragmentado pero coordinado, que funciona a través de un sistema cooperativo de autoridad (gobiernos intermunicipales); y, cuarto, el gobierno con sistema descentralizado, fragmentado y sin coordinación entre los diferentes niveles del gobierno (pp. 13-14). El segundo y tercero tipo refieren a los gobiernos supramunicipales o intermunicipales. En esta discusión, Ugalde (2007) considera que un modelo interesante de gobierno para las aglomeraciones y que podría aplicarse en otros países de América Latina sería el de México que consiste en una “intervención pública coordinada” al momento de ejecutar políticas públicas (p. 444).

Para Borja (2013) la dificultad de crear un gobierno metropolitano se debe a resistencias políticas de los partidos políticos y de las mismas autoridades que hoy dirigen los municipios, pero también existe una dificultad que se origina en el mismo fenómeno urbano de la aglomeración, pues es difícil delimitar estos territorios marcados por una evolución rápida y de geometría variable. El autor reconoce un desgobierno en las aglomeraciones, pero, al tiempo, es resistente a considerar que la salida al gobierno de las nuevas ciudades se resuelve con discursos marcados por palabras substituidas como: “Participación, Sostenibilidad, Competitividad, Buenas

Prácticas y Gobernabilidad” que quedan plasmados en discursos que afirman que:

“El desarrollo deber ser sostenible, la gestión municipal participativa, las políticas públicas locales se evalúan por sus buenas prácticas, las ciudades competitivas y por descontento que las instituciones deben promover la gobernabilidad y/o gobernanza de los territorios (...). Aquellos términos, que se presentan como nuevos, están gastados por el uso excesivo y muchas veces tramposo y rutinario. Son hoy inútiles o confusos, multívocos en unos casos o simplemente utilizados en vano en otros. Lo cual no quiere decir que no fueran inicialmente un avance, ni que no haya una problemática a la que en algún momento supieron nombrar. Esta problemática existe, lo que explica que en muchos casos se utilicen de buena fe y se les atribuya un sentido preciso y positivo. Pero la recepción del término está viciada y solamente si se especifica con rigor el significado que se les atribuye podemos aún servirnos de ellos. Por tanto me conformaré con utilizar el término «gobierno»” (Borja, 2013, p. 64).

Con todo, Borja (2013) considera que:

“la prioridad no es cultivar la retórica sobre la gobernabilidad sino «inventar» formas de gobierno democrático para estos nuevos territorios urbanos, que incluyan ciudades, especialmente una gran ciudad-centro; centralidades diversas por su tamaño, multifuncionalidad relativa y no siempre bien articuladas entre ellas; núcleos de población más o menos compacta que corresponden a pequeños o medianos municipios con historia; y espacios de urbanización reciente, difusa y fragmentada” (Borja, 2013, p. 67).

Para Rosenbaum & Rodríguez-Acosta (2005) el desafío también está en “encontrar coordinación, planeamiento y procesos de implementación que puedan maximizar eficiencia y recursos” a través

de “asociaciones de autoridades locales” (p. 3). No obstante, Borja (2013, p. 68) considera que la coexistencia de instituciones políticas locales en una aglomeración urbana, que surgieron del sufragio universal (municipios) genera una “complejidad institucional” para desarrollar políticas democráticas que además está marcada por una desconfianza de los gobiernos regionales, centrales y municipios periféricos a quedar sometidos al gobierno de una gran ciudad o ciudad-estado (Tilly, 1992, pp. 70-102). Pero lo más paradójico resulta ser que plantear la creación o disolución de nuevas formas de gobierno depende de los actores del Estado nacional, que “en la mayoría de los casos son proclives a mantener el statu quo que les beneficia y solamente aceptan de buen grado crear nuevas entidades derivadas de las instituciones existentes” y además que no existe la demanda social que reclame la creación de instituciones democráticas que gobiernen las aglomeraciones urbanas (Borja, 2013, p. 69).

Sobre el método:

Este es un trabajo cualitativo con un método hermenéutico. Se parte de un marco referencial que permitió la comprensión de los fenómenos de urbanización en América Latina desde el siglo XX hasta la actualidad, de los cuales surgieron los desafíos al momento de gobernar las nuevas áreas urbanas desbordadas. En particular se sigue la perspectiva del profesor Jordi Borja (2013). Con esto se llega al problema del gobierno de las aglomeraciones urbanas en Colombia, donde la figura municipal tiene un carácter constitucional fundamental, aunque este no tiene la capacidad política suficiente al momento de abordar y resolver realidades desbordadas. Una referencia clave en este punto de la investigación fue el informe “Misión para el Fortalecimiento del Sistema de Ciudades de Colombia” (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013) el cual plantea la existencia de diversas aglomeraciones en Colombia.

En la identificación de los obstáculos del gobierno urbano en las aglomeraciones colombianas, se propone el Índice de Relevancia Electoral Municipal (IREM) para comprender la importancia político electoral de los municipios. El análisis que se plantea en conjunto se realiza desde la Ciencia Política, entendiendo que los gobiernos son aquellos que dirigen las trayectorias sociales a través de poderes ejecutivos (municipios) que toman y ejecutan decisiones (Bobbio & Matteucci, 1981; Pasquino, 2011; Sills, 1979; Weber, 2010).

Se utilizaron como técnicas de recolección de información el fichaje y se recopilaron algunos datos empíricos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. La primera fase de la investigación consistió en la recopilación de las fuentes teóricas, referenciales y jurídicas; la segunda fue la decantación; y, la tercera, consistió en el análisis de la información que permitió evidenciar el problema del gobierno en las aglomeraciones urbanas en Colombia bajo figuras municipales, para llegar de ese modo a la identificación de tres principales obstáculos al momento de proponer una nueva forma de gobierno democrático para la compleja realidad urbana.

Gobiernos municipales en las aglomeraciones colombianas:

Bajo la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo de Colombia 2010-2014 se creó un grupo denominado “Misión para el Fortalecimiento del Sistema de Ciudades”, con el objetivo de “definir una política nacional al año 2035 para fortalecer el Sistema de Ciudades de Colombia como motor de crecimiento del país promoviendo la competitividad regional y nacional, y el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes” (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013, p. 29). El trabajo de la Misión inició definiendo el sistema de ciudades desde una perspectiva histórica, la cual permitió comprobar que existe un grupo de ciudades grandes que presentan una relación en temas como: “provisión de servicios; actividades económicas; oferta de vivienda; servicios

ambientales y culturales de una manera muy estrecha con los municipios aledaños conformando una “ciudad funcional” cuya área rebasa los límites político-administrativos de la ciudad principal” (p. 33).

A partir de esto, la Misión denominó a este fenómeno “aglomeración” para así diferenciarlo del sentido administrativo que el término “Área Metropolitana” tiene en el país. Con todo, la Misión adoptó dos criterios para reconocer las formas de ocupación del territorio urbano en Colombia: el primero, fue entender las aglomeraciones como ciudades funcionales de carácter supramunicipal y ciudades uninodales que se mantienen en el contenedor municipal. El segundo criterio, fue identificar las ciudades del sistema a partir del estándar internacional de “ciudades mayores a 100.000 habitantes”. No obstante, en la metodología se hicieron dos excepciones a este último requisito incluyendo a ciudades capitales de departamento y a ciudades subregionales sobresalientes (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013, pp. 33-34).

Utilizando la metodología propuesta por el profesor Gilles Duranton quien hizo parte del proyecto, que consiste en delimitar las aglomeraciones a partir de la medición de las redes espaciales del mercado laboral y sus desplazamientos, la Misión identificó 18 aglomeraciones de más de 100.000 habitantes que incluyen 113 municipios (10% del total en Colombia) de los cuales 25 superan los 100.000 habitantes y 88 mantienen relaciones en función de las ciudades principales (ver Tabla 1) (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013, pp. 45-52).

Tabla 1. Aglomeraciones mayores a 100.000 habitantes

Aglomeración	Número de Municipios	Población Urbana 2010	Municipios de las Aglomeraciones
Bogotá, D.C.	23	8.446.990	Bogotá, Bojacá, Cajicá, Chía, Cogua, Cota, Facatativá, Funza, Gachancipá, Guatavita, La Calera, Madrid, Mosquera, Nemocón, Sesquilé, Sibaté, Soacha, Sopó, Sutatausa, Tabio, Tausa, Tocancipá, Zipaquirá.
Medellín	10	3.376.245	Barbosa, Bello, Caldas, Copacabana, Envigado, Girardota, Itagui, La Estrella, Medellín, Sabaneta.
Cali	10	2.553.603	Cali, Candelaria, Florida, Jamundí, Pradera, Vijes, Yumbo, en Cauca: Padilla, Puerto Tejada, Villa Rica.
Barranquilla	16	2.135.869	Baranoa, Barranquilla, Galapa, Malambo, Palmar de Varela, Polonuevo, Ponedera, Puerto Colombia, Sabanagrande, Sabanalarga, San Cristóbal (Bolívar), Santo Tomás, Sitionuevo, Soledad, Tubará, Usiacurí.
Cartagena	7	1.069.188	Arjona, Cartagena, Clemencia, Santa Rosa, Turbaco, Turbaná, Villanueva.
Bucaramanga	4	1.015.297	Bucaramanga, Floridablanca, Girón, Piedecuesta.
Cúcuta	4	749.880	Cúcuta, Los Patios, San Cayetano, Villa del Rosario.
Pereira	3	624.702	Dosquebradas, Pereira, Santa Rosa de Cabal.
Villavicencio	2	419.960	Villavicencio, Restrepo.
Manizales	2	403.614	Manizales, Villamaría.
Armenia	4	396.590	Armenia, Calarcá, Circasia, La Tebaida.
Pasto	2	342.318	Nariño, Pasto.
Rionegro	5	198.345	El Carmen de Viboral, Guarne, La Ceja, Marinilla, Rionegro.
Tuluá	2	191.822	Andalucía, Tuluá.

Tunja	5	168.164	Chivatá, Cómbita, Motavita, Oicatá, Tunja.
Girardot	3	127.301	Flandes, Girardot, Ricaurte.
Sogamoso	9	118.942	Busbanzá, Corrales, Firavitoba, Iza, Monguí, Nobsa, Sogamoso, Tibasosa, Tópaga.
Duitama	2	101.207	Cerinza, Duitama.
Total	113	22.440.037	

Fuente: (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013, p. 52).

No obstante, el crecimiento urbano de Colombia no queda limitado a las aglomeraciones, dado que las proyecciones indican que éstas tienden a conformar regiones urbanas a partir de tres tendencias principales: la primera, “asociación de ciudades o aglomeraciones a una aglomeración principal”, como sucede entre las aglomeraciones de Medellín con Rionegro; Tuluá, Buenaventura, Buga y Palmira con Cali; y Barrancabermeja con Bucaramanga.

La segunda tendencia, marcada por la “sucesión de aglomeraciones o ciudades compartiendo servicios en un encadenamiento funcional y económico”: Cartagena y Barranquilla con las ciudades uninodales de Santa Marta y Ciénaga que podrían conformar una región urbana o eje Caribe con una población cercana a los cuatro millones; Armenia, Pereira y Manizales con Cartago que tendría más de 1.6 millones de habitantes urbanos; la unión entre Tunja, Duitama y Sogamoso que podría llegar a los 400.000 habitantes; Apartadó y Turbo que llegaría a los 200.000 habitantes; y, Montería con Sincelejo a más de 550.000 habitantes. La tercera tendencia refiere a las regiones urbanas existentes que se fortalecen, como: Bogotá y su influencia a Fusagasugá que abarca 24 municipios; y la aglomeración de Cúcuta que influye en cuatro municipios (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013, pp. 76-77).

Ahora bien, el hecho es que existen 18 aglomeraciones en Colombia y que éstas a su vez tienden a conformar regiones urbanas. Sin embargo, la esencia del Gobierno de éstas descansa en el municipio. Según la normatividad vigente en Colombia⁵, el municipio se entiende como una:

“entidad territorial fundamental de la división político administrativa del Estado, con autonomía política, fiscal y administrativa (...); cuya finalidad es el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población en su respectivo territorio (...); prestar los servicios, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes” (Torres, 2014, p. 20).

En la Constitución Política de 1991 y según lo planteado por la Corte Constitucional, el municipio es la “célula básica y primaria del Estado colombiano” (Torres, 2014, p. 26). Este carácter especial que tiene el municipio en el país debe comprenderse según Torres (2014) a partir de la posición que ocupan los individuos frente al Estado y de los compromisos que aparecen en el hecho de vivir en comunidad, los cuales son asumidos por el Estado a través del municipio para dar respuesta a las necesidades básicas, los servicios y obligaciones políticas y económicas (p. 28).

Para Solarte (2012) los municipios “son también espacios de participación, planificación y ejercicio de la democracia (...) compuestos por espacios rurales y urbanos donde se erigen proyectos sociales y desarrollos físicos y espaciales” (p. 138). El autor utiliza el concepto de “ciudad región” haciendo referencia al fenómeno de aglomeración aquí abordado, pero entendiéndola como una “estra-

5 En la Constitución Política de 1991, título XI “sobre la organización territorial”, capítulo 3 “del régimen municipal”, artículos 259, 311, 314, 315, 317, 318, 319 y 320. Para una compilación normativa actualizada sobre el municipio en Colombia, ver: (Torres, 2014).

tegia de planificación y ordenamiento” que debe ser gestionada por los municipios. En este sentido y a partir del análisis jurídico respectivo, abordar un fenómeno de aglomeración en Colombia solo puede hacerse a través de una política municipal que esté prevista en un Plan de Ordenamiento Territorial (POT) (Solarte, 2012, p. 238).

Las iniciativas municipales para gestionar una aglomeración pueden darse a partir de intereses comunes o por aspectos geográficos y sociales. Sin embargo, no existen disposiciones normativas por parte del Estado colombiano para gobernar el territorio en una escala aglomerada. De este modo, el gobierno de la aglomeración queda supeditado a que “cada interesado o miembro, se comprometa con el resto y realice las acciones e intervenciones del caso” (Solarte, 2012, p. 243). Por ejemplo, las leyes 388 de 1997 y 152 de 1994 que abordan el ordenamiento territorial y los planes de desarrollo en el país, no tienen ninguna disposición sobre esta nueva realidad urbana. Finalmente, desde el Estado nacional se han delegado algunas funciones a las Áreas Metropolitanas que son una entidad administrativa, también limitada, que padece del requerimiento de una consulta popular previa para poder constituirse⁶ (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013, p. 102).

Las funciones generales de las Áreas Metropolitanas son: primero, “programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su jurisdicción”; segundo, racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de los municipios que la integran; y, tercero, ejecutar obras de interés metropolitano. Así las cosas, si bien se reconoce la jurisdicción de esta entidad sobre un territorio aglomerado, su competencia es apenas de regulación sobre hechos metropolitanos, entendidos como aquellas afectaciones simultaneas a por lo menos dos municipios (Solarte,

6 Este limitante fue mitigado a través de la Ley 075 de 2018 “por la cual se modifica el porcentaje de participación para la conformación de las Áreas Metropolitanas” que permitió bajar el umbral electoral de la consulta popular del 25% al 5%.

2012, p. 103). Brevemente, no existe un gobierno en Colombia para las aglomeraciones. Son gobiernos municipales que en uso de su autonomía pueden comprometerse a realizar algunas acciones conjuntas o que, en el caso de ser parte de un Área Metropolitana, ésta podrá encargarse de la regulación de algunos hechos que afecten a los municipios.

Para ilustrar, el informe de la Misión, incluyó un estudio institucional que señaló entre otras, que: primero, las aglomeraciones son un conjunto de administraciones de diversas categorías; segundo, que la descentralización fortaleció la autonomía municipal lo cual se ha convertido en un obstáculo para conformar regiones metropolitanas; tercero, el resultado de lo anterior es una limitación de la capacidad institucional, marcada por la baja coordinación, la fragmentación en la prestación de servicios y una atomización de responsabilidades que dificulta la gobernanza; cuarto, existe una desarticulación general entre los Planes Municipales de Desarrollo y los Planes de Ordenamiento Territorial entre los municipios que conforman las aglomeraciones y las regiones urbanas, lo cual dificulta la planeación; y, quinto, las Áreas Metropolitanas son débiles, no tienen recursos y presentan dificultades políticas para funcionar (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013, pp. 103-104). En este punto entonces, aparece la pregunta ¿Cuáles son los principales obstáculos para que en Colombia se avance hacia una nueva forma de gobierno para las aglomeraciones que trascienda los marcos municipales? En el siguiente acápite se aportan algunas ideas al respecto.

Algunos obstáculos para gobernar las aglomeraciones en Colombia:

El estudio que realizan Rosenbaum & Rodríguez-Acosta (2005) sobre el gobierno de siete⁷ aglomeraciones urbanas en diversos

7 Buenos Aires, Santiago de Chile, Lima, Bogotá, Sao Paulo, Ciudad de México y San Salvador.

puntos de América Latina, sugieren la necesidad urgente de generar un gobierno metropolitano con un amplio alcance que permita superar el abanico de jurisdicciones, los niveles de desigualdad y los conflictos políticos para abordar las realidades desbordadas asociadas al fenómeno urbano contemporáneo. Señalan además que la problemática también se debe a que los municipios no han logrado en muchos casos fortalecerse lo suficiente para abordar las problemáticas propias, lo cual implica una resistencia a perder su autonomía en medio de un proceso de fortalecimiento de sus capacidades (p. 13).

De este modo, en general los gobiernos existentes en las aglomeraciones son una contradicción, pues son democráticos en el sentido que existen instituciones surgidas del voto popular (municipios), pero antidemocráticos porque sus gobiernos son poco eficaces “a la hora de desarrollar políticas democráticas en su dimensión material” (Borja, 2013, p. 68). En otras palabras, el gobierno formal de las ciudades no es el gobierno material o real que necesitan.

El gobierno real debe apuntarle a estrategias, como: primero, generar infraestructuras de comunicación y construcción del territorio desbordado, donde se incluyan planes integrales de movilidad; segundo, generar áreas con nuevas centralidades que ordenen el territorio, creen nuevos polos de desarrollo y contribuyan a la integración social ciudadana, al tiempo que garantizan la accesibilidad, la diversidad de oferta de servicios públicos y privados, la calidad del espacio público, una población crítica y diversa, nuevos elementos de identidad con el territorio, nuevos frentes de desarrollo, aprovechamiento de oportunidades, etc. Tercero, integrar a la marginalidad a través de políticas del suelo y vivienda y con un enfoque de garantía de derechos urbanos; cuarto, apostarle a la economía del conocimiento, donde haya recursos humanos cualificados; quinto, creación de corredores ecológicos que protejan los espacios naturales relevantes; y, quinto, creación de centros, barrios históricos y corredores culturales donde hayan oportunidades de ocio y cultura para población externa y una ciudadanía crítica (Borja, 2013, pp. 69-94).

En este contexto, los problemas más apremiantes de las aglomeraciones urbanas serían el desempleo, la reducción de los niveles de ingreso, el deterioro de la calidad de vida, el medio ambiente, y la polarización social (Stren, 2000 citado en Klink, 2005, p. 155). Pero como se ha señalado no existe una estructura institucional o cuando existe no tiene la capacidad porque está supeditada a la centralidad del sistema político. La cuestión entonces es que existe una necesidad: una nueva forma de gobierno para la ciudad real. Al observar lo que sucede en Colombia se han identificado tres obstáculos principales que se deben superar para poder construir una nueva forma de gobierno democrático para las aglomeraciones: primero, los municipios se convierten en fortines electorales que son disputados por los políticos profesionales en las contiendas electorales; segundo, la aparición de una nueva institucionalidad implicaría un desequilibrio de la estructura política, en la división y organización del territorio en Colombia; y, tercero, el surgimiento de un nuevo gobierno implicaría un desafío para el Estado nacional en términos de centralización del poder político pues se estaría ante un escenario de disputa de ciudades contra Estados.

Electoral:

De las 18 aglomeraciones identificadas por el DNP existen cuatro principales: Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla. La aglomeración de Bogotá a datos de 2010⁸ cuenta con más de 8.5 millones de habitantes; Medellín, casi 3.4 millones; Cali, más de 2.5 millones; y, Barranquilla, más de 2.1 millones de habitantes. Sin embargo, la estructura territorial actual hace de los municipios verdaderos fortines electorales para los políticos profesionales. Para el año 2018 el potencial electoral de Colombia fue de 36.493.318. Se ha argumentado que uno de los obstáculos para la creación de

8 Se utilizan los mismos datos de la Misión de Ciudades en tanto son proyecciones del Censo 2005. Para la fecha de publicación de esta investigación todavía no estaban disponibles los datos definitivos del Censo 2018.

un nuevo gobierno en las ciudades reside en la misma estructura política y partidista (Borja, 2013). A partir de esto, se consideraron los censos electorales de los principales municipios que conforman las aglomeraciones antes anunciadas, la selección se hizo teniendo en cuenta el criterio internacional de población (más de 100.000 habitantes). Estos datos se contrastaron con los umbrales⁹ de las elecciones al Congreso de la República de 2018 (Senado 141.758 votos y Cámara 86.925 votos) para obtener un índice de relevancia electoral municipal (IREM) que se calculó con la siguiente ecuación:
$$IREM = \frac{\text{Censo electoral municipal}}{\text{Umbral electoral nacional}}$$

El IREM tiene una escala de 0 a 100, donde 0 es el menor nivel de relevancia electoral y 100 el mayor (solo Bogotá se acercaría al mayor nivel). Se escogieron los umbrales de las elecciones a Congreso porque éste es el órgano que podría generar una reforma al municipio en el país. Este índice permite entender la importancia política electoral de los municipios de las aglomeraciones, asunto que, al tiempo, da un panorama sobre el obstáculo electoral que supone una reforma al gobierno municipal que esté en la lógica de crear una nueva figura de gobierno en las aglomeraciones urbanas.

Es necesario plantear este experimento mental: imagínese que en una contienda electoral un partido, movimiento o político profesional pudiera concentrar la totalidad de votos en un municipio ¿cuántas oportunidades tendría en ese territorio para superar el umbral y luego entrar a la repartición de curules? La relevancia entonces es un criterio de oportunidad electoral. De este modo, resulta difícil considerar que los políticos desde el Congreso de la República tramiten leyes que supriman el municipio para crear una nueva entidad territorial, pues esto traería consecuencias directas a su propio

9 Según el Acto Legislativo 01 de 2009, el umbral para el Senado es el 3 % de los votos válidos y para Cámara y demás corporaciones el 50 % del cuociente en todas las circunscripciones. Las listas de candidatos que no superen el umbral no serán tenidas en cuenta para la repartición de curules.

mantenimiento en el poder político, esto es, limitarían sus oportunidades electorales (ver Tabla 2).

Tabla 2. Índice de Relevancia Electoral Municipal (Senado y Cámara) en las principales aglomeraciones urbanas en Colombia

Aglomeración	Municipios con más de 100 mil habitantes	Población a 2010	Censo electoral congreso 2018	IREM Senado	IREM Cámara
Bogotá	Bogotá	7.363.782	5.690.937	40	65
	Soacha	455.992	218.928	1.5	2.5
	Facatativá	119.849	90.485	0.6	1
	Zipaquirá	112.069	85.692	0.6	1
	Chía	111.998	87.973	0.6	1
Medellín	Medellín	2.343.049	1.558.619	11	18
	Bello	413.186	328.235	2.3	3.8
	Itagüí	252.150	251.747	1.8	2.9
	Envigado	197.493	239.626	1.7	2.8
Cali	Cali	2.244.668	1.681.290	12	19
	Yumbo	104.051	98.984	0.7	1.1
	Jamundí	107.767	101.339	0.7	1.2
Barranquilla	Barranquilla	1.186.412	1.069.129	7.5	12.2
	Soledad	535.642	274.613	2	3.1
	Malambo	111.270	80.830	0.6	0.9

Nota: Umbral al senado 2018: 141.758 votos. Umbral a la cámara 2018: 86.925 votos.

Fuente: elaboración propia a partir de datos de (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013) y Escrutinio de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Las ciudades núcleo presentan una mayor relevancia electoral respecto a los otros por su nivel demográfico. Pero municipios, como Soacha, Bello, Itagüí, Envigado y Soledad también presentan una relevancia electoral considerable, que permite comprender la importancia que tienen en las contiendas electorales y porque, al

mismo tiempo, son los principales resistentes de vincularse a las dinámicas de un gobierno aglomerado. Es decir, son municipios que se resisten a ser engullidos por la ciudad núcleo.

Estructura político-administrativa:

El otro obstáculo refiere al desequilibrio que un nuevo gobierno urbano, una especie de gobierno supramunicipal, podría generar a la estructura política y a la división y organización del territorio en Colombia. Esto en pocas palabras implicaría una reforma a las normas y disposiciones en materia de ordenamiento territorial como las leyes 1454 de 2011, 388 de 1997, el Decreto 879 de 1998, hasta una reforma a la Constitución Política de 1991 para plantear nuevas definiciones de las competencias y jurisdicciones de las entidades territoriales como departamentos, municipios y distritos.

Este obstáculo se presenta en diversas partes del mundo Occidental. Es por esto por lo que la tipología de gobiernos metropolitanos que propone la ONU desde 1995 incluye la figura de gobierno intermunicipal, pues no implicaría tantas reformas complejas a las estructuras de los Estados (Rodríguez & Oviedo, 2001). Por ejemplo, en Europa y en Estados Unidos los gobiernos de las aglomeraciones tienden a esta lógica a partir de la implementación de mecanismos cooperativos, caracterizados por la construcción de dispositivos que mejoren la provisión de funciones y servicios metropolitanos (Klink, 2005, p. 182).

En Colombia la Misión de Ciudades del DNP propone “explorar las distintas alternativas de coordinación y asociación entre entes territoriales, de forma que sea posible tipificar los distintos casos de asociación que se requieren ya sea para financiar algún tipo de infraestructura común (vías regionales, acueductos, rellenos sanitarios, etc.) o de servicio de escala regional” (Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP & Barco, 2013, p. 233). No obstante, siguiendo la perspectiva de Borja (2013) se considera

que estas formas de coordinación y asociación pueden quedar de igual forma supeditadas a elementos electorales que pueden generar competencia entre las entidades municipales; es continuar con la lógica de la resistencia política de las mismas autoridades municipales.

Disputa del Estado y la aglomeración:

Finalmente, el surgimiento de un nuevo gobierno urbano implicaría un desafío para el Estado nacional en términos de centralización del poder político, se estaría frente a un nuevo escenario de competencia de ciudades contra los intentos permanentes de centralización del poder político por parte del Estado. Este asunto tiene una relevancia histórica en Colombia, dado que las realidades geográficas del país configuraron autoridades políticas administrativas autónomas durante los siglos XVI y XVII, y aunque el centro político siempre fue Bogotá, durante años tuvo que enfrentarse a estas autoridades y al poder económico de las regiones (Palacios & Safford, 2012).

Esto podría implicar una especie de regresión a las dinámicas del siglo XIX en Colombia, donde diversos poderes locales de los centros urbanos disputaban el poder político en oposición y resistencia a través del establecimiento de autonomías e identidades locales que reclamaban respecto al poder del Estado central que se empezaba a configurar desde Bogotá (España, 2013). Es decir, reformar el municipio en el país podría generar la aparición de una especie de Ciudad-estado, con tal capacidad de acumulación de capitales que competiría directamente con el centralismo; aparecerían autonomías políticas que superarían el mismo poder del Estado, pasando por asuntos como el regionalismo y hasta movimientos independentistas.

Una lectura de este obstáculo desde la teoría política es la de Tilly (1992) cuando afirma que la ciudades eran las mayores expre-

siones de acumulación de capital y fue allí en donde los Estados, centralizando el poder político en su proceso de formación y construcción, entraron a recaudar los impuestos y a establecer una serie e instituciones que garantizaran la lealtad de los súbditos (posteriormente ciudadanos) hacia el Estado y no hacia los gobernantes de la ciudad (pp. 40-44). Agrega que:

“El hecho de que las ciudades sean focos de acumulación de capitales, además, da a sus autoridades políticas acceso a capitales y créditos, y predominio sobre unos *hinterlands* que, si son capturados o cooptados, pueden también servir a los fines de los monarcas” (Tilly, 1992, p. 87).

Así, no se avizora que el Estado colombiano renuncie a su atributo de centralización del poder político a través de la reforma del municipio o la creación incluso de una entidad supramunicipal para el gobierno de la ciudad aglomerada. Esta sería su fragmentación, pues el Estado central quedaría limitado respecto a la capacidad demográfica, económica y política de las grandes aglomeraciones. De hecho, para Barber (2013) con la aparición de grandes ciudades con altos niveles de interconexión, los Estados han perdido importancia, pues éstos siguen basados en ideas de exclusión, soberanía y fronteras, mientras que las aglomeraciones logran generar una sinapsis efectiva de gestión del poder político directo en el espacio urbano (p. 120).

A manera de conclusión

Se puede concluir con esta investigación que las ciudades colombianas están hipertrofiadas y que necesitan de un gobierno que supere la distinción y autonomía de los municipios que, de forma paradójica, en el pasado lograron unos niveles de descentralización, pero en la actualidad se convierten en los principales centralizadores sin tener la capacidad de responder a los problemas de las aglomeraciones urbanas.

Desde la teoría urbana se considera que la dificultad para crear un nuevo gobierno de las ciudades reside en la resistencia política de los partidos políticos y de las autoridades que dirigen los mismos municipios. Es por esto, que algunos autores han propuesto salidas al gobierno desde la coordinación en el planeamiento que permita maximizar la eficiencia y recursos. Sin embargo, este tipo de propuestas siguen supeditadas a la complejidad institucional que está marcada por la desconfianza entre los gobiernos municipales (la existencia de diferentes proyectos políticos entre un municipio y otro) y el recelo de éstos respecto a los gobiernos regional y nacional. Es por esto por lo que cuando aparecen instituciones que buscan coordinar y resolver los problemas aglomerados solo se acepta la creación de aquellas derivadas de las existentes. Pero no son instituciones de gobierno democrático, sino de simple articulación y coordinación como sucede con las Áreas Metropolitanas.

El problema del gobierno no solo queda limitado a las aglomeraciones, pues éstas tienden a la conformación de regiones urbanas como proyecta el DNP con Medellín-Rionegro; Tuluá, Buenaventura, Buga y Palmira con Cali; Barrancabermeja con Bucaramanga; Cartagena y Barranquilla con ciudades como Santa Marta y Ciénaga; Armenia, Pereira y Manizales con Cartago; Duitama y Sogamoso; Apartadó y Turbo; Bogotá con Fusagasugá abarcando 24 municipios; y Cúcuta con cuatro municipios. Esto evidencia que la limitación del gobierno municipal seguirá en ascenso según la dinámica de urbanización del país.

Se concluye también que la normativa vigente en Colombia solo permite abordar el fenómeno de la aglomeración a través de políticas municipales dispuestas en los POT. El gobierno de la ciudad real queda entonces limitado al interés de los municipios y la coordinación de buenas voluntades. Lo más cercano a una gestión de la aglomeración son las Áreas Metropolitanas que tienen jurisdicción pero que su competencia solo es de regulación de hechos metropolitanos. De tal modo, no existe en Colombia un gobierno

para las aglomeraciones, asunto que se ve fortalecido en la desarticulación de los Planes de Desarrollo Municipal y los POT, y que las Áreas Metropolitanas para crearse necesitan de una iniciativa popular y son débiles en materia de recursos y de funcionamiento.

El problema del gobierno en las aglomeraciones colombianas también se debe a que los municipios son la entidad territorial básica y esencial de la estructura político-administrativa del Estado pero, además, porque en algunos casos la figura municipal ni siquiera ha logrado un fortalecimiento de sus capacidades internas para intentar plantear una nueva forma de gobierno. De este modo, los gobiernos que existen en las aglomeraciones colombianas son democráticos en el sentido electoral, pero antidemocráticos porque no son eficaces al momento de realizar políticas para una dimensión territorial ampliada. El gobierno formal de la ciudad colombiana no es el gobierno real que se necesita.

De hecho, uno de los principales obstáculos para pensar en una nueva forma de gobierno reside en la relevancia electoral de muchos de los municipios de las aglomeraciones, como sucede con Soacha, Bello, Itagüí, Envigado y Soledad que presentan un IREM de 1.7 a 2.3. Pero también hay obstáculos en la estructura administrativa del Estado (implicaría reformar las entidades territoriales) y en la centralización del poder político por parte del Estado, pues un gobierno diferente al municipal sería un gobierno supramunicipal que podría generar lógicas de competencia de ciudades contra el Estado central como sucedió en Colombia durante gran parte del siglo XIX y como viene sucediendo en diferentes partes del mundo donde las grandes ciudades gestionan de manera directa su territorio superando al propio Estado.

REFERENCIAS

Barber, B. (2013). *If mayor ruled the world*. New Haven: Yale University Press.

Bobbio, N., & Matteucci, N. (1981). *Diccionario de Política*. México: Siglo XXI.

Borja, J. (2013). *Revolución urbana y derechos ciudadanos*. Madrid: Alianza Editorial.

Carrión, F. (2016). La ciudad y su gobierno en América Latina. En *Procesos urbanos en acción ¿Desarrollo de ciudades para todos? Vol. III* (Primera, pp. 45-80). Quito: Abya-Yala.

Castells, M. (2006). *La era de la información. Economía sociedad y cultura. La sociedad Red. Vol. I* (séptima). México: Siglo XXI.

Castells, M. (2014). *La cuestión urbana* (Tercera). Madrid: Siglo XXI.

Colombia. Departamento Nacional de Planeación - DNP, & Barco, C. (2013) *Misión para el fortalecimiento del sistema de ciudades de Colombia. Documento técnico de soporte política del sistema de ciudades de Colombia*.

De Coulanges, F. (2007). *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma* (Decimoquinta). México: Porrúa.

España, G. (2013) *El país que se hizo a tiros. Guerras civiles colombianas (1810-1903)*. Bogotá: Debate.

Klink, J. (2005). Perspectivas recientes sobre la organización metropolitana. Funciones y gobernabilidad. En *Gobernar las Metrópolis* (Rojas, Eduardo; Cuadrado, Juan; Fernández, José, pp. 127-194). Recuperado de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjIwdbvpJfhAhWHmlkKHZrfBpcQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fpublications.iadb.org%2Fpublications%2Fspanish%2Fdocument%2FGobernar-las-metr%25C3%25B3polis.pdf&usg=AOvVaw0QIZ-zmoHQ35fiWzUQqvr3>

Lattes, A. (1995). *Urbanización, crecimiento urbano y Migraciones en América Latina* (pp. 211-260). Buenos Aires: CEPAL - Notas de Población.

Lucena, M. (2006). *A los cuatro vientos: Las ciudades de la América Hispánica*. Madrid: Marcial Pons.

Mumford, L. (1945). *La cultura de las ciudades*. Buenos Aires: Emecé.

Mumford, L. (2012). *La ciudad en la historia. Sus orígenes, transformaciones y perspectivas* (2.^a ed.). La Rioja: Pepitas de Calabaza.

Núñez, B. (2007). Grandes desarrollos habitacionales en la Zona Conurbada de Guadalajara. *Espiral (Guadalajara)*, 13(39), 111-137.

Palacios, M., & Safford, F. (2012). *Historia de Colombia. País fragmentado, sociedad dividida*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Pasquino, G. (2011). *Nuevo curso de ciencia política* (Primera edición en español; C. Ferri, Trad.). México: FCE.

Rodríguez, A., & Oviedo, E. (2001). *Gestión Urbana y gobierno de áreas metropolitanas*. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/5718>

Rojas, E., Cuadrado-Roura, J., & Fernández, José. (2005). *Gobernar las metrópolis*. Washington, D.C: Banco Interamericano de Desarrollo.

Rosenbaum, A., & Rodríguez-Acosta, C. (2005). Gobierno local y la gobernabilidad de las áreas metropolitanas en América Latina. *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, 1-14. Santiago de Chile.

Sills, D. (1979). *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*. Aguilar.

Solarte, P. (2012). *Ordenamiento territorial y derecho urbano* (Segunda). Bogotá: Leyer.

Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y los Estados europeos, 990-1990*. Madrid: Alianza Editorial.

Torres, H. (2014). *El nuevo municipio: Administración pública y régimen municipal colombiano*. Medellín: IUS Editores.

Ugalde, V. (2007). Sobre el gobierno en las zonas metropolitanas de México. *Estudios Demográficos y Urbanos*, 22(2), 443-460.

Weber, M. (2010). *El político y el científico* (Primera). México D.F.: ediciones Coyoacán.

CAPÍTULO V

MERECER LA ASISTENCIA: UNA EXPLORACIÓN RESPECTO A LA LEGITIMIDAD DE LA ASISTENCIA ESTATAL A EXCOMBATIENTES ILEGALES¹

Daniel Castaño Zapata²

 <https://orcid.org/0000-0001-5013-0258>

John Fernando Restrepo Tamayo³

 <https://orcid.org/0000-0002-4561-3041>

1 Este artículo es resultado del trabajo académico que se adelanta en la Línea de *Estado, Democracia y Constitución* del Grupo de Investigación en Conflicto y Paz de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.



2 Politólogo (Universidad Nacional). Magíster en Política social y Doctor en Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires). Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín. Director de la Maestría en Conflicto y Paz.

 dcastano@udem.edu.co

3 Abogado (Universidad de Antioquia). Politólogo (Universidad Nacional). Magíster en Filosofía (Universidad de Antioquia). Doctor en Derecho (Universidad de Medellín). Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

 jfrestrepo@udem.edu.co

Cita este capítulo:

Castaño Zapata, D. y Restrepo Tamayo, J. F. (2021). Merecer la asistencia: una exploración respecto a la legitimidad de la asistencia estatal a excombatientes ilegales. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 169-188). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.5>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



Resumen:

El caso de los excombatientes desmovilizados de grupos armados ilegales tensiona el proceso de fundamentación argumentativa de la asistencia al enfatizar el carácter ético y afectivo del porqué se merece un derecho, pasando incluso por encima de los argumentos legales que puedan existir respecto del mismo proceso asistencial. Para comprender el sentido del merecimiento es necesario explorar la interdependencia de determinadas situaciones fácticas de necesidad, las normas que institucionalizan la intervención sobre estas situaciones y la idea de justicia que subyace a estas últimas, y su tensión debido a la desconfianza frente a ellos en términos de considerarlos pares sociales en actividades laborales y de vecindad.

Palabras clave:

Acuerdo de paz, asistencia, desarme, excombatientes, posconflicto.

INTRODUCCIÓN

El presente texto se propone como un abordaje teórico y empírico a la noción de merecimiento de asistencia estatal a los excombatientes de la desmovilizada guerrilla de las FARC-EP en Colombia. Se parte de considerar que el merecimiento está compuesto por dos tipos de registros argumentales diferentes: el legal y el ético, que dotan de sustento las diferentes posturas de legitimación e impugnación que se expresen sobre la asistencia estatal. El caso de los sujetos desmovilizados de grupos armados ilegales tensiona el proceso de fundamentación argumentativa de la asistencia al enfatizar el carácter ético y afectivo del por qué se merece (o no) un derecho, pasando incluso por encima de los argumentos legales que puedan existir respecto del mismo proceso asistencial. La información primaria que sustenta esta investigación se construyó mediante dos momentos diferentes de trabajo de campo: una recolección de datos de tipo cuantitativo con una muestra representativa de la ciudad de Medellín realizada en noviembre de 2017 y algunas entrevistas a informantes clave durante los años 2016 y 2017. Se concluye que para comprender el sentido del merecimiento es necesario explorar la interdependencia de determinadas situaciones fácticas de necesidad, las normas que institucionalizan la intervención sobre estas situaciones y la idea de justicia que subyace a estas últimas.

El problema del merecimiento:

El del merecimiento de asistencia estatal es uno de los problemas que atraviesan de manera transversal la teoría política contemporánea y especialmente los debates en torno a la justicia redistributiva. Desde posturas libertarianas como la de Nozick y su postulado de la mínima intervención del Estado, pasando por posturas liberales

moderadas como la de Rawls para quien (aunque técnicamente el merecimiento no sea una cuestión que le interese a su teoría de la justicia) las razones por las cuales un sujeto recibe asistencia estatal están determinadas por la estructura de oportunidades que lo cubre y de la responsabilidad que cada sujeto tiene sobre su situación actual, hasta posturas universalistas como las de Van Parijs y Sen para quienes el mérito no es un elemento determinante de la asistencia estatal sino la necesidad y el derecho. Sin embargo, pocas veces el proceso argumental (que es lo que finalmente constituye todo acto de legitimación) sobre las razones de la asistencia estatal se encuentra tan tensionado como cuando los sujetos receptores de la asistencia son excombatientes de grupos armados ilegales que, durante décadas, han sido considerados los otros radicales de la sociedad.

Este es el contexto en el que se despliegan los procesos de asistencia social a desmovilizados de la guerrilla de las FARC en Colombia. Un contexto discursivo que distintas fuentes han calificado como el de la construcción de una hegemonía contrainsurgente (Franco, 2009; Cruz, 2009; Castaño y Ruiz, 2017) en el que la figura del guerrillero definió la imagen y los afectos sociales correspondientes a la otredad radical: aquellos que por transgredir las prohibiciones fundamentales de la sociedad no son parte del *socius*, y más precisamente son lo contrario a un *par social*.

El problema representacional del merecimiento se tensiona de manera extrema cuando aquellos otros radicales, por medio de un acuerdo entre el gobierno colombiano y los máximos representantes de las FARC dejan de habitar el campo del afuera de lo social, de la insurgencia armada, y redefinen su posición de sujetos, ahora como civiles, como pares sociales de aquellos que durante años los vieron como los enemigos de la vida en sociedad. Distintos son los dispositivos institucionales por los que deben atravesar los excombatientes en su procesos de reinserción: de asistencia y orientación legal, psicosocial y económica.

Es frente al componente de asistencia socioeconómica que nos preguntamos cómo se estructura el merecimiento de asistencia. La modalidad de hacerlo, o el foco desde el cual miramos la cuestión, es el de los no combatientes. Nos preguntamos qué percepción social existe respecto de la asistencia social a excombatientes de las FARC, y de manera más específica, qué elementos están presentes en la construcción del merecimiento de asistencia para este caso particular. La hipótesis de trabajo que orienta nuestra reflexión sostiene que, en casos como el estudiado, el merecimiento de asistencia se ubica en el centro del conflicto entre la dimensión legal y ética de la norma.

Merecer la solidaridad:

Cuando hablamos de reinserción de excombatientes estamos haciendo referencia a un proceso psicosocial que debe atravesar un sujeto cuya subjetividad estuvo definida por su pertenencia a un grupo armado, y que con su reinserción, comienza a redefinirse en tanto miembro de la sociedad legal. Este sujeto se nos presenta como un límite de nuestra idea de solidaridad, ante él debemos preguntarnos ¿merece nuestra ayuda?; O más específicamente ¿por qué otorgar beneficios socioeconómicos a individuos que durante años «se ganaron la vida» por medio de su participación en un grupo armado al margen de la ley? En otras palabras, ¿en qué condiciones aquellos que se *valieron* de la violencia para lograr ingresos para vivir se transforman en dependientes legítimos del cuidado estatal? Estas no son preguntas teóricas, sino políticas y morales: políticas porque las cuestiones por las que indaga tienen sustento legal o institucional formal; y morales porque su núcleo es una valoración específica respecto de qué es trabajar y cuál es el fundamento de la solidaridad.

Si el trabajo es el principio de organización general de la vida social, respecto del cual se configuran los distintos espacios sociales de los que participan los sujetos, habría que preguntarse qué forma

específica de relación con el trabajo y el consumo, tienen aquellos sujetos que construyeron las condiciones de su autovalía por medio del accionar ilegal y violento. Esta pregunta cobra importancia en una investigación sobre el derecho de excombatientes a la asistencia, si partimos del axioma durkheimniano que sostiene que el derecho es una reificación de creencias compartidas.

Para ejemplificar el vector de tensión que atraviesa el proceso social de la reintegración, tomemos el testimonio de un comerciante entrevistado para esta investigación quien, ante la pregunta por el derecho a la asistencia respondía:

“Esos subsidios son injustos y muy innecesarios. Que trabajen, que luchen como lo hace la mayoría de personas honestas de este país. Es que un subsidio para mi abuelito, sí; pero para alguien que hizo tanto daño, no” (Alejandro, entrevista personal, 8 de abril de 2017).

Consideramos el merecimiento como un atributo que recae sobre determinadas personas por razones de diferente índole. Es decir, cuando decimos que alguien merece algo estamos afirmando que porta unas características específicas que le permite (y a veces hace necesario) que reciba aquello que se le ha otorgado. Estas adjudicaciones de las que es acreedor un sujeto pueden ser tanto premios como castigos. Así, la estructura básica del merecimiento responde al axioma “a” merece “b” en virtud de “c”. Siendo “c” el compuesto de razones socialmente establecidas como válidas para hacer de “a” merecedor de “b”.

Este axioma, traducido al caso de la asistencia socioeconómica nos retorna a la pregunta respecto de ¿por qué los excombatientes merecen recibir ayuda del Estado en sus procesos de reproducción de sus condiciones de vida? Para poder dar respuesta a esta cuestión es necesario explorar los fundamentos de la adjudicación, pues en el campo de la asistencia estatal, se trata del otorgamiento de derechos hecho por la institucionalidad gubernamental y materia-

lizado en planes y programas sociales. En nuestro caso, se trata de la “Política de Reintegración Social y Económica” que, en 2008, el Estado colombiano creó para darle fundamento legal a la atención socioeconómica de la población desmovilizada de Grupos Armados Ilegales [GAI]. A continuación expondremos brevemente el fundamento legal de esta política de asistencia para, inmediatamente después, examinar las opiniones socialmente circulantes respecto a dicha política.

Fundamentos legales de la asistencia a desmovilizados:

Desarme, Desmovilización y Reintegración son los tres momentos, cronológicamente secuenciados, de un proceso de desestructuración de un Grupo Armado Ilegal luego de una negociación con el Estado. Una vez desarmados y desmovilizados los ejércitos, la tarea fundamental es hacer que sus miembros, los excombatientes, encuentren un lugar, una identidad y un reconocimiento por fuera del grupo armado. La reintegración se transforma así en la etapa más compleja y larga del proceso transicional entre guerra y paz. En Colombia, la política de reintegración social está compuesta por ocho dimensiones de intervención, cuya implementación está en manos de la Agencia Colombiana para la reintegración (ACR). Estas ocho dimensiones son la personal-psicosocial, la familiar, la comunitaria, la de atención en salud, la educativa, la ciudadana, la atinente a asuntos de seguridad y la productiva.

“Cada dimensión refleja un interés puntual con respecto a la *formación de ciudadanos, en términos de un ideal normalizado socialmente y apropiado institucionalmente*. Por esto, además de recibir atención psicosocial de forma transversal en el proceso, el excombatiente en proceso de reintegración debe acoplarse a la vida familiar, comunitaria, urbana o rural (según sea el proceso) para tener un entorno seguro; además debe acceder a programas de salud y educación para sensibilizarse frente a aquellas técnicas y conocimientos que le pueden permitir hacer

frente a la vida cotidiana en el contexto de la legalidad: ser un ciudadano saludable según las expectativas ciudadanas y tener conocimientos de ciertas técnicas y tecnologías para que su reintegración laboral sea exitosa. De ahí que *la dimensión laboral, específicamente, llamada «esfera productiva», en la Ruta de la ACR, sea neurálgica para culminar exitosamente el proceso y evitar la «reincidencia» de estos sujetos en la vida armada»* (ACR, 2016).

El énfasis en los dos enunciados de la anterior cita nos pertenecen: el primero de ellos (“*formación de ciudadanos, en términos de un ideal normalizado socialmente y apropiado institucionalmente*”) regresa nuestra atención a la idea expuesta al inicio de este texto: el merecimiento se compone de un registro ético que corresponde a un ideal normalizado socialmente y un registro legal que corresponde a la apropiación institucional que el Estado hace de dicho ideal socialmente compartido. Estas dos esferas son las que dan sustento a la idea de “integración del derecho” (Hart), esto es, la capacidad que tiene el Estado de traducir en términos legales e institucionales las expectativas socialmente compartidas por los miembros de una sociedad. Siendo entonces la desarticulación entre ambos registros el origen de una crisis de legitimidad de la norma.

El segundo énfasis, en la idea de *la dimensión laboral como neurálgica en el correcto desenlace de los procesos de DDR*, nos conecta directamente con otra de las ideas señaladas más arriba: la idea del trabajo como núcleo del reconocimiento intersubjetivo en las sociedades capitalistas, como fundamento de la integración social. Esta es, además, la razón por la cual el trabajo es un derecho constitucionalmente protegido en Colombia. Contemplado como derecho fundamental, este tiene un doble contenido.

“En primer lugar, se compone de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela.

En segundo término, se integra de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales” (Corte Constitucional, Sentencia SU-225, 1998).

En este sentido, el derecho al trabajo que permita una satisfacción de las necesidades básicas es exigible apelando a su carácter de derecho fundamental; pero en tanto complementario frente a otros derechos, la implementación de sus mecanismos de garantía y protección depende de “la disponibilidad de recursos y las prioridades políticas coyunturales”, como acabamos de leer.

Así, la Corte Constitucional colombiana en su Sentencia T-008 de 1992 señala que *“se considera el trabajo como una función social en que se conjugan el derecho y el deber de trabajar, con la especial protección de un Estado que interviene en la vida económica y social.”* Así, en tanto función social, el trabajo define las características del bienestar colectivo, siendo responsabilidad del Estado intervenir y mediar en la relación entre el capital y el trabajo (Castel, 1991).

Eso es lo que ha hecho el Estado colombiano al intervenir el proceso de acceso al trabajo y reproducción de las condiciones de vida de los excombatientes de grupos armados ilegales, tanto porque como ciudadanos son poseedores de un derecho, como por las condiciones coyunturales que hacen que dicha intervención sea considerada prioritaria en tanto supone una restitución del derecho a la igualdad de oportunidades.

“Dentro de los principios laborales constitucionales se encuentra la igualdad de oportunidades. Para el caso objeto de estudio, es relevante dicho principio respecto de la accesibilidad y estabilidad del trabajo; más concretamente se pretende responder la siguiente pregunta: ¿Existe una igualdad de oportunidades de acceder a un trabajo para las personas desmovilizadas, respecto del resto de la sociedad civil?” (Roldán Castellanos, 2013)

Según la Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 1994 *“La igualdad de oportunidades es (...) un derecho fundamental mediante el que se “equipara” a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos.”* En este sentido, y dado que las sociedades capitalistas consideran el trabajo como núcleo de producción de la sociedad, la vida individual y el reconocimiento (Castel, 1997; Giddens 2001), la inserción laboral de aquellos sujetos cuyo trabajo era hacer la guerra se torna un asunto de derecho y de prioridad política. Este es el razonamiento que sustenta las intervenciones sociales a favor de la empleabilidad de los excombatientes.

Es así que, como hemos señalado, la Política de Reintegración Social y Económica es la respuesta institucional del Estado colombiano frente a la necesidad de atención de la población desmovilizada de grupos armados ilegales. Los principios rectores de este arreglo institucional están expuestos en el Conpes 3554 de 2008 (que podemos considerar como el documento nuclear de la política asistencial que rige las desmovilización de e miembros de GAI). Allí se establece que el objetivo de dicha política es *“reintegrar social, comunitaria y económicamente a las personas que se desmovilizan de los GAI”* para lo cual es necesario *“apoyar, formar y sensibilizar a las personas y grupos desmovilizados en aras de empoderarlos para que voluntaria y autónomamente hagan parte y aprovechen las oportunidades que ofrece la civilidad y, al mismo tiempo, cumplan con sus deberes sociales”*.

Para el cumplimiento de dicho objetivo general, se crearon distintos componentes de asistencia socioeconómica a fin de *“superar las situaciones de vulnerabilidad hacia el ejercicio ciudadano y la permanencia en la legalidad de las personas que dejan las armas, ya que estas son la garantía de la consolidación de la reintegración”* (ACR, 2017, p. 26). Estos fundamentos legales han tenido diferentes precisiones, agregados y contextualizaciones a la luz de la dinámica misma de su implementación. Así, el Decreto 1391 de

2011 reglamenta los beneficios económicos de los programas de reintegración de la población desmovilizada; la Resolución 0754 de 2013, establece el alcance de dichos beneficios sociales y económicos; la Resolución 1724 de 2014 Reglamenta los requisitos, características, condiciones y obligaciones para el acceso a los beneficios sociales y económicos. No obstante estos desarrollos, la noción central respecto de por qué asistir a excombatientes sigue siendo la enunciada en el Conpes 3554 de 2008: evitar el retorno a la guerra como modalidad de trabajo. Más allá de los montos y tiempos, que para el caso no son determinantes, podemos sintetizar diciendo que los beneficios socioeconómicos otorgados a los excombatientes consisten en alojamiento para el desmovilizado y su familia, alimentación y vestuario durante la fase inicial del proceso, estipendio monetario, atención en salud, atención psicosocial y capacitación para el trabajo⁴.

Es respecto a estas dimensiones que buscamos rastrear la posición social de reconocimiento o impugnación que tienen los ciu-

4 Si bien la PRSE reconoce tres grupos de intervención: Desmovilizados, familias de estos y comunidades receptoras, enfocamos nuestro análisis solo en la percepción social respecto de la asistencia a desmovilizados y desvinculados.

Desmovilizados y Desvinculados: son personas que han abandonado voluntariamente su GAI. La PRSE clasifica a los desmovilizados y desvinculados en: a) Adultos (mayores de 26 años), b) Jóvenes (18 a 25 años), c) Niños, niñas y adolescentes desvinculados (menores de 18 años), d) Líderes - Mandos medios, e) Personas en situación de discapacidad físico o mental.

Grupo Familiar: se entiende como grupo familiar del desmovilizado(a), el (la) cónyuge o el (la) compañero(a) permanente, los hijos menores de edad o estudiando hasta los 25 años, y a falta de cualquiera de los anteriores, los padres. Los hermanos mayores o menores en condición de discapacidad siempre podrán ser incluidos como parte del grupo familiar.

Comunidades receptoras: las comunidades donde se ubican o asientan los desmovilizados. Pueden incluir la red social y los mercados productivos de esta comunidad o de las zonas vecinas.

dadanos de Medellín. Esto es, además del fundamento legal de la asistencia a excombatientes quisimos averiguar el reconocimiento empírico que posee dicha asistencia.

Fundamentos éticos de la asistencia a desmovilizados:

Proponerse indagar en los fundamentos éticos de la asistencia supone acercarse a la dimensión empírica de la estructura moral de una sociedad, y más concretamente, de sus sujetos. En este sentido, después de averiguar los fundamentos legales (cuya pretensión es expresar los valores sociales vigentes), resulta pertinente ver qué tipo de integración existe entre dichos fundamentos y la posición de los sujetos cuya voz es el fundamento de la norma: los asociados. Dado que se trata de un estudio exploratorio, nuestro acercamiento empírico solo tuvo en cuenta a la población mayor de edad de la ciudad de Medellín. Esta aclaración es importante porque el fenómeno del que nos ocupamos tiene un carácter nacional y, según sean los ejércitos desmovilizados, tiene una dimensión más rural que urbana. Nos ocupamos entonces de relevar la percepción de mayores de edad en la ciudad de Medellín, para ello, mediante un muestreo aleatorio simple, construimos una muestra de 424 individuos a quienes les fue aplicada una encuesta telefónica. El margen de error calculado fue del 4.76%, con un nivel de confianza del 95%. La fecha de ejecución del estudio fue del 09 al 20 de Noviembre de 2017.

Recordemos el testimonio que presentamos en las primeras páginas de este texto, esa impugnación allí manifestada nos llevaría a pensar que, como sociedad, estamos radicalmente en contra de la asistencia estatal a los excombatientes. La pretensión de este apartado es demostrar que no es así, al menos no lo es de manera absoluta.

Críticas como la del testimonio presentado sustentan la valoración de la asistencia a excombatientes como injusta porque la

diferencia entre los demás grupos vulnerables y los excombatientes, es que la vulnerabilidad actual de estos últimos es producto de su decisión de ingresar a un grupo armado.

Así, una tesis fundamental del sentido (moral) del merecimiento de asistencia afirma que las personas tienen que hacerse cargo de los resultados de su comportamiento: asumir sus responsabilidades. Esta forma de comprender la responsabilidad estaría basada en el análisis de lo que cada individuo hace con el capital de base que la sociedad ha dispuesto para él. De manera tal que las buenas o malas elecciones construyan procesos vitales distintos, de cuyos resultados son responsables los individuos, cada uno en su individualidad.

Cuando le preguntamos a los sujetos encuestados por su opinión respecto de la necesidad y pertinencia de que el Estado auxilie a los excombatientes en su situación económica el 52.6% de los ciudadanos encuestados opinó que es injusto e innecesario otorgarles subsidios a los desmovilizados. Mientras el 25.7% calificó como injusta pero necesaria dicha asistencia. Es decir, para el 78.3% de los encuestados resulta injusta la política de atención a exintegrantes de los GAI.

Frente a estos datos habría que preguntarse ¿qué es lo que consideran injusto? Para responderlo de manera inmediata podemos decir que lo injusto en la asistencia a excombatientes no es la asistencia en tanto tal, sino la prioridad que perciben que esta política tuvo respecto de otros grupos vulnerables. En este sentido, al preguntarle a los encuestados qué harían en la situación hipotética de poder decidir la distribución, en orden de prioridades, de la asistencia social en un escenario de conflicto armado, respondieron que en una escala descendente de importancia la asistencia iría dirigida en primer lugar a los niños, luego a los ciudadanos pobres, después a los ancianos, seguidos por padres cabezas de familia, indígenas y finalmente excombatientes.

Esta distribución es interesante porque, ante la posibilidad de no ofrecer asistencia los encuestados deciden reservar el sexto lugar de prioridad para los excombatientes. Así, a la hora de reflexionar en torno a los excombatientes como dependientes legítimos, el criterio social preponderante es que el proceso de asistencia social a los excombatientes es problemático e injusto dados sus criterios de focalización. Es decir, esta percepción está fundamentada en la manera como la política de atención a los excombatientes focaliza su asistencia: exclusivamente en la población desmovilizada, relegando a un segundo plano, o a programas contingentes pero no prioritarios, la atención a otras comunidades vulnerables. Estos últimos (niños, ancianos, pobres, etc.) constituyen grupos de dependencia legítima, pues a diferencia de los excombatientes, puede suponerse que las dificultades en la satisfacción de necesidades no es producto de su vinculación a la guerra. Es decir, socialmente se reconoce estos grupos como compuestos por sujetos que no decidieron la situación de vulnerabilidad que los aqueja, mientras que, por el contrario, se le reputa a los excombatientes la responsabilidad por su participación en la guerra.

La noción de responsabilidad individual es fundamental en la elaboración de un juicio respecto del merecimiento de asistencia que tienen los excombatientes. Así, una tesis fundamental del sentido ético del merecimiento de asistencia afirma que las personas tienen que hacerse cargo de los resultados de su comportamiento: asumir sus responsabilidades. Esta forma de comprender la responsabilidad estaría basada en el análisis de lo que cada individuo hace con el capital de base que la sociedad ha dispuesto para él. De manera tal que las buenas o malas elecciones construyan procesos vitales distintos, de cuyos resultados son responsables los individuos, cada uno en su individualidad.

Ahora hay que hacerse la pregunta, e intentar responderla por fuera del prejuicio, ¿los combatientes ilegales (guerrilleros o paramilitares) decidieron ingresar a la guerra o fueron “empujados” a esta?

En otras palabras, ¿se trató de una elección racional del sujeto, o de un efecto de sus condicionamientos estructurales?

Según el Censo realizado por la Universidad Nacional a más de diez mil integrantes de las FARC, algunas características de los excombatientes son: su promedio de edad es 35 años para los hombres y 30 para las mujeres; su promedio de militancia guerrillera oscila entre los 15 y los 20 años. 81% proviene de entornos rurales. 77% carece de vivienda. El 54% tiene hijos y de este porcentaje el 86% tiene entre 1 y 3 hijos dependientes. Poseen un grado de escolaridad muy bajo: 11% nunca ha estudiado, 57% tiene básica primaria, 21% básica secundaria, 8% media vocacional, 3% educación superior.

Cuando hablamos de un excombatiente nos referimos a alguien con baja escolaridad, altas necesidades económicas y que pasó el periodo más importante de inicio de su vida laboral en la guerra. Es decir, aprendió a trabajar en la guerra porque la guerra era su trabajo. Se trata de sujetos que se inscriben en una serie de prácticas para reproducir sus condiciones de vida, y muchas veces esas prácticas exigen el ejercicio de la violencia. Cuando pertenecían al GAI eran autoválidos y sus ingresos eran adquiridos a partir de su desempeño en lo que ellos consideraban «su trabajo», pero ni dicha autovalía, ni dicho trabajo se acercan al sentido del ideal moderno de la autovalía: la asociada al trabajo asalariado legal.

El problema de los excombatientes es justamente entonces que, una vez terminado su accionar en el conflicto armado, pierden ese sustento de autovalía: sin la guerra pierden la posición que les permitía “hacerse cargo de sí mismos”. Deviniendo necesariamente, dependientes del Estado.

Una primera manera de ver a los excombatientes los construye como sujetos determinados por las precarias condiciones sociales en las que crecieron, las cuales les permitieron o los llevaron a tomar las armas como salida o consecuencia de su marginalidad. De

esta manera, bien sea que el ingreso a la criminalidad sea una elección o un destino, el criterio socialmente circulante es que los excombatientes han actuado al margen de la ley porque inicialmente fueron (y en casi todos los casos continúan siendo) pobres.

Si asociáramos esta idea con las prioridades de asignación de asistencia según grupos vulnerables podríamos considerar que, vistos así, los excombatientes tendrían un merecimiento prioritario en términos de asistencia. Sin embargo, como vimos, no es así. La pregunta que surge ahora es entonces ¿qué atributo específico tienen los excombatientes para que, a pesar de ser pobres no reciban solidaridad por parte de los ciudadanos consultados?

Una pregunta construida mediante la presentación de una situación hipotética nos permitirá acercarnos a dicha condición diferencial de los desmovilizados de GAI. Al preguntarle a nuestros encuestados qué decidirían si en un proceso de selección de empleados se encuentra en la situación tener que elegir entre contratar a un excombatiente con perfil muy adecuado para el cargo o contratar a otra persona, no excombatiente, pero con un perfil poco cualificado para el cargo. El 47.9% respondió que contratarían a una persona con un perfil no adecuado para el cargo, pero que no fuera excombatiente. Mientras el 43.6% manifestó contratar al excombatiente con el perfil adecuado para el cargo. El 5.9% manifestó no saber qué decidir y el 2.6% prefirió omitir la respuesta.

Ante la pregunta que buscaba indagar cómo se sentiría el encuestado si se enteraba que un vecino suyo es excombatiente, el 46.5% manifestó que eso le generaría gran incomodidad. El 41% manifestó indiferencia y solo el 3% manifestó que no le resultaría incómoda la presencia de desmovilizados en su barrio.

Estos datos hablan por sí mismos. Si consideramos al sujeto social como un agente racional que elige con arreglo a fines, resulta poco entendible preferir contratar a una persona no apta para un

cargo, con las consecuencias económicas que esto podría acarrearles. Pero una primera conclusión que emerge en esta exploración respecto del merecimiento es que el sujeto social no orienta sus posiciones políticas en términos de una elección racional con arreglo a fines, sino orientado por dinámicas afectivas.

Si como hemos dicho el merecimiento radica en la tenencia de un tipo específico de “propiedad” o “condición” distintiva, y esa condición se constituye como una exigencia ética. Si una persona es merecedora de algún tipo de tratamiento, debe, necesariamente, serlo en virtud de poseer algunas características morales. En nuestro caso se trata de la constitución de los excombatientes como receptores de asistencia estatal.

En el caso de los excombatientes, su posición vulnerable en el proceso de reproducción de sus condiciones de vida no es razón suficiente de asistencia pues se trata de una vulnerabilidad que no es comprendida como injusta en el marco del sistema valorativo comprometido en dicha asistencia (Feinberg 1965, pp. 397-423; 1999, pp. 70-83). Como dijimos más arriba, la noción de responsabilidad individual atraviesa la condición de vulnerabilidad y define la noción de merecimiento.

A manera de conclusión

Existe una paradoja respecto de la manera en que vemos a los excombatientes y que definen las prácticas de solidaridad que, como sociedad, tenemos hacia ellos. Independientemente de los procesos legales que hayan atravesado y cuyo corolario es la reinserción de estos sujetos, independientemente de los fundamentos legales que tiene la asistencia a excombatientes, cuya mera existencia como normas vigentes haría de dicha asistencia una práctica de bajo cuestionamiento social. La asistencia estatal a excombatientes es altamente impugnada. Creemos que la razón de ello radica en que aún después de su desmovilización los excombatientes siguen

siendo percibidos como criminales (porque son responsables de altos niveles de muerte, sufrimiento y temor). Y de allí, la desconfianza frente a ellos en términos de considerarlos pares sociales con quienes podríamos trabajar o vivir en vecindad. Pero simultáneamente, los excombatientes son percibidos como sujetos afectados por precarias condiciones socioeconómicas en las que crecieron y actualmente siguen padeciendo.

Esto nos ubica en un escenario indecible entre los fundamentos legales de una práctica estatal y los fundamentos éticos que socialmente se le exige a dichas leyes y prácticas. Estaríamos en el centro mismo de un caso de desintegración del derecho como expresión positiva de los fundamentos morales de una sociedad.

Cabe concluir con todo lo anteriormente mencionado en el artículo que en Colombia, al ser un país tan excluyente, se terminó originando un conflicto armado de más de medio siglo. La desigualdad de ingresos, participación política, acceso a derechos fundamentales fueron desencadenantes de un conflicto añejo que por fin pudo, en el año 2016 desescalar gracias al acuerdo de paz con las FARC-EP, el enemigo prístino del gobierno en dicha guerra. Es por eso que es justificable un mayor acceso en el caso concreto a política de parte de todos los actores políticos, para evitar que la falta de participación política termine devolviéndonos a nuestro estado de cosas anterior, así como ya lo hicieron en el pasado las desigualdades, la desidia estatal, la falta de oportunidades y la carencia de satisfacción de necesidades básicas. Esto se puede garantizar mediante el segundo principio de justicia rawlsiano, haciendo posible el acceso equitativo a la política gracias a una desigualdad tolerada y ya consecuentemente explicada al menos hasta 2026, permitiendo la participación de la Fuerza alternativa revolucionaria del común en política, para que se expresen mediante el poder de las ideas, y no de el de las armas.

REFERENCIAS

Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR). (2017). Política nacional de reintegración social y económica a nivel local. Disponible en <http://biblioteca.ucp.edu.co/Descargas/core/documentos/PoliticaNacionaldeReintegracionSocial.pdf>

Castaño, D. & Ruiz, G. (2017). La construcción del discurso contrainsurgente como legitimador del poder paramilitar en Colombia. *Estudios políticos (Colombia)* N 51 julio – diciembre 2017 pp. 153 – 174

Castel, R. (1997). *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, Buenos Aires.

Consejo Nacional de Política Económica y Social (2008). República de Colombia Departamento Nacional de Planeación Documento Conpes 3554 de 2008 Disponible en <http://www.reincorporacion.gov.co/es/la-reintegracion/centro-de-documentacion/Documentos/Documento%20Conpes%203554%20I%20Pol%C3%ADtica%20nacional%20de%20reintegraci%C3%B3n%20social%20y%20econ%C3%B3mica%20para%20personas%20y%20grupos%20armados%20ilegales.pdf>

Corte Constitucional, Sentencia SU-225, 1998.

Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 1994.

Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 1992.

Feinberg, J. (1965). The Expressive Function of Punishment. *Monist*, 49 (3), pp. 397-423

Feinberg, J. (1999). What Do We Deserve?, pp. 70-83., Pojman LouisMcLeod Owen, ed. Oxford: Oxford University Press.

Franco, V. (2009). Orden contrainsurgente y dominación. Bogotá: Siglo del Hombre.

Giddens, A. (2001). La constitución de la Sociedad: bases para la teoría de la estructuración”, Amorrortu editores, Buenos Aires, Argentina.

Roldan, L. (2013). La inclusión laboral de los desmovilizados del conflicto en Colombia: auténtico mecanismo emancipador de la violencia en Colombia. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 10: 107-123, enero-diciembre 2013

CAPÍTULO VI

EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN ADECUADA EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Daniela Melissa Escarria Parra¹

 <https://orcid.org/>

Fernando Carlos Terreros Calle²

 <https://orcid.org/0000-0001-5199-8876>

Resumen:

Este texto busca determinar la exigibilidad del derecho a la alimentación adecuada en el marco del Sistema Interamericano de

1 Abogada de la Universidad Santiago de Cali, miembro del Semillero de Investigación sobre el Derecho a la Alimentación - DALI, adscrito al Grupo de Investigación GICPODERI.

✉ melissaescarria@hotmail.com

2 Abogado, especialista en derecho administrativo, magister en educación superior, doctorando en derecho en la Universidad de Medellín. Integrante del Grupo GICPODERI de la Universidad Santiago de Cali.

✉ fernando.terreros00@usc.edu.co

Cita este capítulo:

Escarria Parra, D. M. y Terreros Calle, F. C. (2021). Exigibilidad del derecho a la alimentación adecuada en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp.189-223). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.6>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



Derechos Humanos, para lo cual, en un primer momento, se replantea la naturaleza jurídica de este derecho a la luz de la teoría de los derechos sociales fundamentales y, posteriormente, se establece su contenido. En segundo lugar, se fija el alcance de las obligaciones generales y específicas en materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales con base en una analogía entre las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de San José y su Protocolo Adicional. Seguidamente, se particularizan las obligaciones de los Estados Parte en el Sistema Interamericano frente al derecho a la alimentación adecuada. Finalmente, se plantean las razones por las que se cree que es posible exigir este derecho en el plano jurisdiccional del Sistema Interamericano en virtud de una vulneración del artículo 26 del Pacto de San José.

Palabras clave:

Derechos Humanos, Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales, Derechos sociales fundamentales, Derecho a la Alimentación Adecuada, Desarrollo Progresivo de los Derechos Humanos.

Abstract

The text seeks to determine the enforceability of the right to adequate food within the framework of the Inter-American Human Rights System, for which, at first, the legal nature of this right is reconsidered in the light of the theory of fundamental social rights and subsequently, its content is established. Secondly, the scope of the general and specific obligations in terms of Economic, Social, Cultural and Environmental Rights is established based on an analogy between the obligations derived from the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Pact of San José and its Additional Protocol. Next, the obligations of the States Parties in the Inter-American System regarding the right to adequate food are specified. Finally, the reasons why it is believed that it is possible to demand this right at the jurisdictional level of the Inter-American System by virtue of a violation of Article 26 of the Pact of San José are exposed.

Keywords

Human Rights, Economic Social, Cultural and Environmental Rights, Fundamental Social Rights, Right to Adequate Food, Progressive Development of Human Rights.

INTRODUCCIÓN

La exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) como el derecho a la alimentación adecuada, ha sido una temática rezagada por múltiples razones: el conflicto ideológico de la guerra fría que ocasionó la fragmentación de los derechos humanos en las categorías generacionales que conocemos como *derechos civiles y políticos* y *derechos económicos, sociales y culturales*; la falta de voluntad de los Estados para garantizar esta última categoría de derechos por la supuesta falta de recursos económicos; y, particularmente, en el plano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), por la compleja redacción del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Este texto pretende aportar a la construcción del camino a la justiciabilidad en relación con los DESCAs. Para ello, plantea cómo la redacción oscura del artículo 26 de la CADH ha sido contraproducente para el *telos* de la Convención, y propone un método hermenéutico extensivo y analógico con base en el principio *pro homine* que propenda por la concreción de un discurso jurídico que reconozca la doble perspectiva de los DESCAs (individual y colectiva) y permita su ejercicio y justiciabilidad como derechos subjetivos, como se hace en relación con el derecho a la alimentación adecuada.

El derecho a la alimentación como un derecho social fundamental:

Aunque la tradición jurídica ubique el derecho a la alimentación adecuada dentro de la categoría de los DESCAs, en este texto se aborda como un *derecho social fundamental* a partir de la teoría de

los *Derechos sociales fundamentales* elaborada por Rodolfo Arango Rivadeneira (2012).

Arango (2012) define los *derechos sociales fundamentales* con base en dos conceptos previos: a) *el de derecho subjetivo* y b) *el de derecho fundamental*. Para la caracterización del primero, Arango (2012) parte desde la definición de derecho subjetivo elaborada por Mauer, quien entiende al derecho subjetivo como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo” (Mauer citado en Arango, 2012, p. 9). Arango (2012) destaca tres características que se desprenden de aquella definición de **derecho subjetivo**: «(i) una **norma jurídica**, (ii) una **obligación jurídica** de un otro derivada de esta norma y, (iii) un **poder jurídico** para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto, (es decir, una **posición jurídica**)» (p. 9).

De este modo, Arango (2012) entiende una **norma jurídica (M1)** como aquello que se expresa con un enunciado normativo, a la **obligación jurídica (M2)** como la consecuencia imperativa de una norma jurídica que se erige a su vez en un **derecho subjetivo** y, finalmente, la **posición jurídica (M3)**, como el poder jurídico reconocido por una norma a un sujeto que persigue jurídicamente unos intereses determinados.

Respecto al segundo concepto del que se sirve Arango (2012) para formar la definición de los *derechos sociales fundamentales*, esto es, b) *el de derecho fundamental*, el autor afirma que estos derechos son “derechos subjetivos con un alto grado de importancia” (p. 32). Según Arango (2012), esta clase de derechos se caracterizan por tener dentro de su estructura los tres elementos básicos de un derecho subjetivo ya mencionados y **un alto grado de importancia (M4)**. Lo anterior significa que solo sirve un tipo especial de normas: las de derechos fundamentales, cuyas obligaciones pueden estar estipuladas de manera directa o indirecta (Arango 2012).

Arango (2012) determina que la *differentia specifica* entre los *derechos fundamentales* y los *derechos sociales fundamentales* radica en que estos últimos, son “*derechos de prestación* en su sentido estrecho, es decir, derechos generales positivos a *acciones fácticas del Estado*” (pp. 37-38). Aquellos suponen una posición jurídica del individuo para exigir del Estado “algo que -si ese individuo poseyera medios financieros con una oferta suficiente en el mercado- podría obtener de particulares” (Alexy como se cita en Arango, 2012).

Sobre este aspecto, Parra Vera (2018) contrasta radicalmente con la posición esbozada por Arango, por cuanto todos los derechos son prestaciones e incluyen obligaciones de hacer en cabeza de los Estados. Al respecto, se tiene que “la condición de <<*prestacional*>> no se predica de la categoría de <<*derecho*>>, sino de la <<*faceta de un derecho*>>. Es un error categorial hablar de <<*derechos prestacionales*>>, pues [...] todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales” (Corte Constitucional colombiana, 2008, párr. 3.3.6, como se cita en Parra Vera, 2018, p. 187).

Continuando con el concepto de los *derechos sociales fundamentales*, Arango (2012) expresa que estos se reflejan en tres planos: I) en el del **titular del derecho**, donde todas las personas son portadoras de derechos sociales fundamentales frente a los cuales los únicos obligados son los Estados democráticos modernos; II) en el de **su objeto**, donde se establece que son derechos constitucionales y no meramente legales a una situación fáctica, y III) en el de **su justificación**, la que se sustenta en un carácter ideal o de validez moral, cada vez más fortalecida gracias a su positivización o validez jurídica. Arango (2012) concibe a estos derechos como “*posiciones jurídicas* cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica” (p. 57). De forma consecuente, caracteriza a los *derechos sociales fundamentales* con base en los cuatro elementos predecesores de los *derechos funda-*

mentales con un elemento nuevo: el **carácter general positivo (M5)**³ (Arango, 2012).

El derecho a la alimentación en el derecho internacional desde la perspectiva del Hard y Soft law:

Pese haber clasificado al derecho a la alimentación adecuada como un derecho social fundamental, es prudente traer a colación la definición y consagración normativa de este derecho en el plano del sistema internacional de los derechos humanos.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CES-CR) (1999) afirma que “el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos» (p. 2).

Este derecho tiene su antecedente más remoto en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación. En igual sentido, el artículo 11 del PIDESC de 1966 consagra el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre y a un nivel de vida adecuado, incluso la alimentación. Por otro lado, el PSS de 1988 contempla este derecho en los artículos 12 y 17.a) de forma general y diferenciada en favor de los ancianos, respectivamente.

También ha sido consagrado en beneficio de determinados grupos poblacionales en los principales instrumentos de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas: I) el Artículo 12 de la

3 Tenemos entonces, las siguientes fórmulas: Derecho subjetivo = M1 + M2 + M3, Derecho Fundamental = M1 + M2 + M3 + M4, derecho Social Fundamental = M1 + M2 + M3 + M4 + M5.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, que reconoce este derecho en favor de las mujeres en estado de gravidez y lactancia; II) los artículos 24 literales c) y e) y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que contempla el derecho de los niños, niñas y adolescentes a una alimentación adecuada en el marco del derecho a la salud y de un nivel adecuado de vida; III) los artículos 25.f) y 28.l) de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que consagran este derecho en el marco del derecho a la salud y del derecho a un nivel adecuado de vida y a la protección social.

Finalmente, se resalta la prohibición de inanición como método de guerra en los escenarios del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. En el primer escenario, el artículo 14 del Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1977 proscribire la conducta de *hacer padecer hambre a las personas civiles como método de combate*, prohibición que es concordante con las normas 53 y 54 de la Lista de Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). En el segundo escenario, esta prohibición se consagra en el artículo 8(b) (xxv) del Estatuto de Roma de 2002, que contempla la conducta de *hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra* como un crimen de guerra en el marco de los conflictos armados internacionales.

Con base en lo expuesto, se concluye que, al entender el derecho a la alimentación adecuada como un *derecho social fundamental*, es dable subsumirlo a su vez, en el concepto de derecho subjetivo, lo que haría posible su ejercicio individual en todo caso, en tanto pertenecen a la subclase de los derechos individuales (Arango, 2012).

Los elementos del derecho a la alimentación:

Una vez desglosado el marco normativo internacional del derecho a la alimentación adecuada, compete señalar sus componentes

específicos, los que según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (FAO) (2010) son:

- **Disponibilidad:** entendida desde una doble perspectiva. La primera, alusiva a la existencia física del producto alimenticio. La segunda, relativa a la suficiencia de estos productos en el mercado para quien los requiera.

- **Accesibilidad:** concebida como la facultad para adquirir el producto alimenticio tanto física como económicamente. La accesibilidad económica se refiere al precio de estos productos, el cual deberá ser justo para que el objetivo de alcanzar una alimentación no comprometa a otras necesidades básicas que conlleven el detrimento de la dignidad de la persona, de lo cual se cree que se desprende la obligación implícita de regular los precios del mercado.

- **Adecuación:** referente a las necesidades nutritivas que presenta cada persona en razón a su edad, sexo, condiciones de vida y de salud, ocupación, cultura o cosmovisión, entre otras. Se deja de lado el concepto de demanda nutricional en sentido lato (cantidad de calorías que necesitan ser consumidas), para optar por un concepto de nutrición compatible con el consumo de ciertos productos y la cosmovisión de cada pueblo.

Estos tres componentes del derecho a la alimentación adecuada, fueron reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) (2010) en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* trayendo a colación la Observación General N° 12 de 1999 del CDESCR.

Sobre la exigibilidad de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

Para poder hablar sobre la exigibilidad del derecho a la alimentación adecuada en el marco del SIDH, es necesario tener en cuenta

que, en dicho contexto, este derecho sigue siendo concebido como un DESCAs. Por esta razón, se esbozarán las obligaciones generales que poseen los Estados Parte en la CADH y el PSS respecto a esta categoría de derechos, habida cuenta del vacío existente en el SIDH respecto a su exigibilidad (Ventura, 2012).

Según Courtis (2014) la exigibilidad de los DESCAs se encuentra limitada principalmente en razón de la redacción oscura del artículo 26 de la CADH, lo que genera una dificultad interpretativa por la ausencia de una identificación explícita de los derechos a los que se refiere este artículo. Dado que la cláusula de Desarrollo Progresivo es la llave para una remisión normativa, inicialmente, a la Carta de la OEA y, posteriormente, al PSS, es menester transcribir este último artículo, destacando la frase que ocasiona la dificultad interpretativa en comento:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo: “Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.” (subrayado fuera del texto original).

Courtis (2014) ofrece una solución al problema que consta de dos pasos. El primero, consiste en identificar las normas económicas, sociales, educativas, culturales y científicas de la Carta de la OEA; el segundo, consiste en determinar cuáles son los “derechos que se derivan”. Este autor sostiene que la vinculación entre ambos pasos requiere de “traducir” los principios u objetivos de política pública en derechos, aunque estos dos elementos sean ligados, usualmente, con derechos específicos. Rossi & Abramovich (2004) afirman que, pese al camino que debe recorrerse para arribar a la determinación

de los derechos protegidos por el artículo 26 CADH, resulta indudable que el tratado denota la voluntad de los Estados de reconocer obligaciones legalmente vinculantes con relación a los DESC.

Lo anterior permite inferir que, al aplicar el principio de *pacta sunt servanda* en el contexto interamericano, surge, sin duda alguna, una *obligación jurídica convencional* (M2), derivada de una *norma convencional* (M1) contenida en el artículo 1 de la CADH y su Protocolo Adicional de respeto y de garantía de los derechos convencionales en cabeza de los Estados parte; y que paralelamente surge una *posición jurídica* (M3) en cabeza de toda persona humana sin distinción, que le permite exigir de los Estados parte las obligaciones derivadas de tratados en comento, si estuviesen sujetos a su jurisdicción.

Por otro lado, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, dispone que todo tratado “deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, concordante con el artículo 30.2 del mismo tratado, que dispone que, “cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último”.

Además, el artículo 29 de la CADH relativo a las pautas hermenéuticas prohíbe interpretar las disposiciones de la Convención en el sentido de: “c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” y “d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Acatar la limitación implícita en relación con la exigibilidad de los DESC estipulada en el artículo 19.6 del PSS (que permite exi-

gir en el plano jurisdiccional únicamente los derechos sindicales y el de la educación, contemplados respectivamente en los artículos 8 y 13 del mismo tratado) sería absurdo, por cuanto las normas interpretativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la CADH y el PSS así lo prohíben. Por ello, se sostiene que una interpretación restrictiva en relación con la exigibilidad de los DESCAs es improcedente, por cuanto el artículo 4 del PSS excluye la posibilidad de limitar o restringir tales derechos bajo el pretexto de que “el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado” (Calderón Gamboa, 2018, p. 347), pues todo esto resultaría contrario a la naturaleza y *telos* del SIDH.

Ahora, es pertinente traer a colación el *principio pro homine*, principio que, según Ventura (2003), implica que “las normas de derechos humanos deban interpretarse y aplicarse extensivamente en todo cuanto favorezca al ser humano y al pleno goce de sus derechos, y restrictivamente en todo lo que los excluya, restrinja, condicione o exceptúe” (p. 19). Este principio implica también que, ante conflictos de normas, se resuelva siempre en el sentido más favorable al ser humano (Ventura, 2003). Se tiene entonces que, tanto el artículo 29 Convencional como el *principio pro homine*, son indispensables en la argumentación jurídica que propenda por la justiciabilidad de los DESCAs, como el derecho a la alimentación.

En tal sentido, la tarea del intérprete consiste en actualizar el sentido normativo de la Convención y entenderla como un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales en el marco de la evolución de los derechos fundamentales (Parrá Vera, 2018), atendiendo a una interpretación integral, que armonice los métodos literal, teleológico, sistemático e histórico (Corte IDH, Caso González y otras Vs. México, 2009 citado en Parrá Vera, 2018).

Para lograr esto, Rossi & Abramovich (2004), en un sentido similar al de Courtis (2014), sugieren acudir a la Carta de la OEA para inferir los derechos que quedarán sujetos luego a las obligacio-

nes señaladas en el artículo 26 convencional. Aunque el proceso lógico indicaría limitarse a los derechos contemplados en el Protocolo, es posible que exista disparidad entre los derechos consagrados en la Carta de la OEA y el PSS, por lo que se sugiere aplicar el método interpretativo de Rossi & Abramovich (2004) en este último supuesto. Sobre ello, es importante mencionar que la Corte IDH (1989), en su *Opinión Consultiva OC-10/89*, manifestó que:

“Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA” (p. 14).

Lo anterior significa que, al momento de interpretar el artículo 26 de la CADH y su remisión normativa al PSS, se deberá tener en cuenta no solo la Carta de la OEA, sino también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Ahora, debido a que el artículo 26 Convencional remite de manera expresa a la Carta de la OEA (1967), siguiendo el método interpretativo de Rossi & Abramovich (2004), compete escudriñar la existencia del Derecho a la Alimentación al interior de esta, evidenciándola en los artículos 34 j), 45 a) y 45 f).

Este recorrido interpretativo permite concluir que la alimentación adecuada es uno de los derechos que se encuentran amparados por el manto obligacional del artículo 26 CADH, ya que figura como uno de los objetivos básicos del desarrollo integral de la Carta de la OEA y está contemplado expresamente en el artículo 12 del PSS. A este análisis, es aplicable la idea de que, «cuanto más clara y abundante sea la base normativa a partir de la cual se realiza la inferencia, mayor certeza habrá sobre su validez» (Courtis citado en Parra Vera, 2018, p. 193).

En consecuencia, el derecho a la alimentación adecuada podría ser exigido autónomamente en el marco del SIDH a través de una petición individual, pese a la restricción implícita del artículo 19.6 del PSS, por cuanto la titularidad de este derecho subjetivo y social fundamental se encuentra en cabeza de todas las personas sin distinción alguna, tal como se desprende del artículo 1 de la CADH, concordante con los artículos 1 a 4 del PSS, que hacen exigible a los Estados las obligaciones de respeto y de garantía —prevención, protección y cumplimiento— respecto a este derecho y cualquier otro DESCAs (Parra Vera, 2018).

El método de interpretación extensiva y *pro homine*, fue ratificado implícitamente por la Corte IDH en el caso *Lagos del Campo Vs. Perú* (2017). En esta ocasión, la Corte IDH condenó internacionalmente al Estado peruano por la violación del artículo 26 convencional en relación con el derecho al trabajo y la estabilidad laboral consagrados en el artículo 6 del PSS, con ocasión del despido irregular del señor Lagos del Campo. Sobre este caso, “el juez [de la Corte IDH] Caldas enfatizó la trascendencia de la Sentencia como el primer paso jurisprudencial en la materia” (Calderón Gamboa, 2018, p. 364), desarrollando reflexiones en torno a la utilización del principio *iura novit curia* y la protección de los DESCAs a través del derecho al acceso a la justicia (Calderón Gamboa, 2018).

La interpretación actual del artículo 26 CADH en la Sentencia *Lagos del Campo* abre un portal para la justiciabilidad directa de los DESCAs, siempre y cuando el derecho en análisis cumpla con ciertos elementos denominados por Calderón Gamboa (2018) como “verificación de consolidación como derecho exigible” que son: I) la Derivación a la Carta de la OEA, II) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, III) el artículo 29 de la CADH, IV) La legislación interna, V) El Corpus iuris internacional, VI) Los estándares derivados de la consolidación del derecho y VII) la afectación al caso concreto (Calderón Gamboa, 2018, pp. 351-352). En tal sentido, es relevante traer a colación el *voto razonado del*

juez Roberto F. Caldas en el caso Lagos del Campo Vs. Perú (2017), quien dispuso que:

“Este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o no regresividad, o sobre aspectos sobre disponibilidad de recursos, o sobre la legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas. Pensar que los derechos sociales se reducen a este tipo de análisis es perpetuar los falsos mitos relativos a que los DESCAs solo dependen del paso del tiempo para ser garantizados. Esta creencia no tiene en cuenta que existen las obligaciones de respeto y garantía, que son aplicables a todos los derechos sin distinción. No se pretende judicializar las políticas públicas sociales, sino de lograr la protección efectiva de los derechos humanos en un caso particular” (Párr. 51). “A partir de ahora, el Tribunal Interamericano puede abordar las diversas problemáticas que se le presenten, ya no a través de la conexidad o vía indirecta, subsumiendo el contenido de las violaciones que se presentan en los futuros casos” (Párr. 51-52).

En ese sentido, se insiste en la necesidad de integrar todos los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional con base en una interpretación sistemática que permita determinar implícita o explícitamente obligaciones internacionales derivadas de las prohibiciones de injerencias en el goce del derecho a la alimentación adecuada siempre y cuando existan vacíos o ambigüedades en las disposiciones normativas que conforman estos sistemas.

Las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales derivadas del artículo 26 de la CADH:

“Es menester recordar que en el caso Acevedo Buendía Vs. Perú (2009), la Corte [...] ya había afirmado su competencia para pronunciarse respecto del artículo 26 convencional” (Calderón Gamboa, 2018, p. 339). En dicho caso, Perú cuestionó la competencia de la Corte para pronunciarse respecto del artículo 26, al considerar que los derechos a la pensión y a la seguridad social no están contemplados en la CADH o en el artículo 19.6 del PSS (Calderón Gamboa, 2018). En respuesta, la Corte IDH zanjó la discusión al establecer su competencia con base en los siguientes puntos (Calderón Gamboa, 2018):

“a) El Tribunal Interamericano es competente para analizar las violaciones a todos los derechos de la CADH; b) de los trabajadores preparatorios se desprende la intención de hacer posible la ejecución de dichos derechos; **c) las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 establecidas en el capítulo III de la CADH aplican también para el artículo 26 del Tratado** y d) reiteró la interdependencia entre ambas categorías de derechos” (P. 339). (Subrayado y negrillas fuera del original).

Ahora, dado que la propia Corte IDH reconoció en el Caso Acevedo Buendía Vs. Perú (2009) que las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 establecidas en el capítulo III de la CADH aplican también para el artículo 26 de la CADH, corresponde analizar ambas cláusulas obligacionales.

De los deberes de los estados – artículos 1 y 2 de la CADH: Mac-Gregor & Pelayo Möller (2014) afirman que “el artículo 1° de la CADH es la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran

medida, del [SIDH]” (p. 46). Respecto a su contenido jurídico, la Corte IDH (1988) sostuvo desde su primera Sentencia de fondo en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* que el artículo 1.1 de la CADH es indispensable para determinar si una violación a los derechos humanos reconocidos por el mismo instrumento puede ser atribuida o no a un Estado Parte con base en una eventual violación a sus deberes fundamentales de respeto y garantía.

Sobre lo anterior, Nash Rojas (2009) sostiene que las obligaciones de respeto y garantía deberán evaluarse respecto de cada derecho o libertad convencional, contrastando el cumplimiento (o incumplimiento) de ambas obligaciones frente a cada derecho y libertad reconocida por el Pacto de San José respecto a un caso concreto, por cuanto la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación es aplicable tanto a los derechos civiles y políticos como a los DESCAs (Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2014). Estas obligaciones son de carácter negativo y positivo (CCPR, 2004, p. 2).

La obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos es entendida como una obligación negativa contenida en el artículo 1° de la CADH que implica el deber de los Estados de acatar directamente la norma establecida, ya sea a través de la abstención o a través de una prestación (Nash Rojas, 2009). Por otra parte, Gross Espiell (como se citó en (Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2014) la define como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades en la Convención” (p. 47), lo que implica la noción de limitación al ejercicio del poder estatal (Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 1988).

La obligación de garantizar el ejercicio libre y pleno de los derechos y libertades consagrados es entendida como una obligación positiva contenida de igual modo en el artículo 1.1 Convencional.

Ella requiere que los Estados adopten y realicen cualquier tipo de medidas que sean efectivas para dar cumplimiento a su obligación de garantizar el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos por la Convención (Nash Rojas, 2009).

Respecto a la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2° de la CADH, la Corte IDH a través de su *Opinión Consultiva OC-7/86* aclaró que la obligación emanada de este artículo es complementaria de las que resultan del artículo 1.1 (1986), y que obliga en consecuencia a que los Estados adopten, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones Convencionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por dicho pacto internacional (*Caso Gangaram Panday Vs. Surinam.*, 1991). En este orden de ideas, se evidencia que la CADH impone cuatro obligaciones básicas a los Estados Partes, que son: a) la obligación de respeto, b) la obligación de garantía, c) la obligación de no discriminación y d) la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.

De los componentes del artículo 26 de la CADH: en cuanto a la determinación del contenido obligacional en materia de DESC, se concuerda con Curtis (2014), al creer que esta tarea será relativamente más sencilla debido a que la fuente de este artículo es, evidentemente, el artículo 2.1 del PIDESC. Al respecto, la única diferencia entre ellos, es que mientras el artículo 2.1 del PIDESC se refiere “*al máximo de los recursos de que disponga*”, el artículo 26 de la CADH utiliza la expresión “*en la medida de los recursos disponibles*” (p. 671), disparidad que fue subsanada en el artículo 1 del PSS con la inclusión de la expresión “*hasta el máximo de los recursos disponibles*”.

Se evidencia una redundancia en las expresiones utilizadas por el 2° de la CADH y el 2.1 del PIDESC. El primero dispone la obligación de “adoptar medidas apropiadas”, mientras que el segundo

impone la obligación de “adoptar *providencias* apropiadas” (Courtis, 2014). Consideramos de suma importancia este señalamiento, ya que hace plenamente aplicable la interpretación elaborada por la Corte IDH acerca del artículo 2° de la CADH al artículo 26 convencional (Courtis, 2014; Parra Vera, 2018).

Partiendo desde la estrecha semejanza entre el PIDESC y la CADH, es necesario retomar lo esbozado por el CDESCR (1990), Comité que estipuló en su *Observación General N° 3* que el artículo 2° del PIDESC consagra tanto obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado. El CDESCR (1990) sostiene que «la plena realización de los derechos puede lograrse de manera paulatina cuando existan restricciones por limitación de los recursos económicos [...] no obstante, se deberán adoptar las medidas tendientes a lograr este objetivo dentro de un plazo razonablemente breve, una vez entre en vigor el PIDESC» (p. 1). También sostuvo que dicho artículo impone a su vez, varias obligaciones con efecto inmediato, de las que se desprenden, *inter alia*, la obligación de respeto y garantía sin discriminación (CDESCR, 1990). En síntesis, de la *Observación General No. 3* del CDESCR (1990), destacamos:

- Que de la expresión “*por todos los medios apropiados*” para dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el PIDESC, se desprende, por una parte, la libertad que poseen los Estados para decidir qué medios serán los más adecuados, según las circunstancias y respecto de todos los derechos contemplados y; por otra parte, el deber adicional de justificar su preferencia de una medida sobre otra. Respecto a éstas medidas, se reconoce a las legislativas como deseables y, en muchos casos, indispensables para la consecución de los fines del PIDESC; no obstante, el Comité reitera que este simple hecho no agota *per se* las obligaciones de los Estados parte. Parra Vera (2018), afirma en relación con el artículo 26 de la CADH, que las dimensiones prestacionales progresivas de todos los derechos convencionales se relacionan con: (i) la

existencia de una política pública; (ii) que no sea simbólica, es decir, que esté dirigida a garantizar el goce efectivo del derecho a través de acciones concretas y, (iii) participación y rendición de cuentas.

- La existencia de recursos judiciales efectivos como otro medio apropiado para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas, lo que implica la obligación de informar la situación jurídica de los DESC en el plano nacional, indicando si estos derechos se consideran o no justiciables y en qué disposiciones legislativas se encuentran consagrados. Sobre este tema, Calderón Gamboa (2018) afirma que para concretar la exigibilidad de un DESC en el plano del SIDH, bastaría con que esté reconocido internamente para que pueda ser exigible la existencia de un recurso adecuado y efectivo conforme al artículo 25 convencional, por cuanto este último artículo dispone que toda persona tiene «derecho a un recurso sencillo, rápido y 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».
- Que la expresión «*progresiva efectividad*», pese a que constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad los DESC no podrá lograrse en un periodo breve de tiempo, implica la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr su plena efectividad. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana (2008) manifestó que, «el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que pueda incumplirse eternamente» (párr. 3.3.8). En tal sentido, sostuvo que, «aunque un accionante no tenga derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas [en materia de DESC], sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan» (Corte Constitucional

citado en Parra Vera, 2018, p. 187), por cuanto la obligación de desarrollo progresivo es aplicable tanto a derechos civiles y políticos como a derechos sociales (Parra Vera, 2018, p. 188).

- Se aclara que, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y se deberán justificar plenamente respecto a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC. Lo anterior, teniendo en cuenta el contexto del aprovechamiento del máximo de los recursos de que se disponga, incluyendo los propios, como los obtenidos a través de la cooperación internacional. Cabe mencionar que, «dentro de la evolución jurisprudencial de la Corte IDH, se concluye que la implementación progresiva de medidas por parte de los Estados para hacer efectivos estos derechos podrá ser objeto de rendición de cuentas ante el SIDH» (Ventura, 2012, p. 153).
- A cada Estado parte le corresponde la obligación de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los DESC.

De la lectura de la *Observación General No. 3* del CDESCR (1990), se desprenden las siguientes nociones en relación con la obligación de “*adoptar medidas apropiadas*” contenidas tanto en el artículo 2.1 del PIDESC y extensivas al artículo 2 y 26 de la CADH:

Progresividad: El CDESCR (1990) afirma que, el concepto de *progresiva efectividad* «constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los DESC no podrá lograrse en un breve período de tiempo» (párr. 9), por lo que se requerirá de la adopción de medidas de forma paulatina, expedita y lo más eficaz posible, inmersas en un contexto de administración de escasos recursos, priorización de objetivos y aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (Courtis, 2014, pp. 672-673). Courtis (2014) aclara que, aunque parezca *prima facie*

que la noción de progresividad otorga a los Estados un margen de apreciación amplio, no es ese el sentido que el CDESCR le ha otorgado realmente.

Respecto a las obligaciones contraídas por los Estados Partes, el CDESCR (1990) estipuló que el Pacto también impone varias obligaciones con efecto inmediato (p. 1): (i) la obligación de adoptar medidas (dentro de las que se destacan la adecuación del marco legal a las disposiciones del PIDESC, el otorgamiento de información al CDESCR a través de los informes periódicos de los Estados Parte, la vigilancia efectiva, formulación de un plan que busque la adopción de las medidas consideradas como adecuadas y, la provisión de recursos efectivos, entre ellos los judiciales); (ii) la prohibición de discriminación y, (iii) el aseguramiento de niveles esenciales de éstos derechos.

Courtis (2014) agrega que, la noción de progresividad implica la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC[A] y la prohibición de adoptar medidas regresivas. Desde otro punto de vista, Hoyos (como se cita en Courtis, 2014) dispone que, al establecerse como parámetro esta obligación, se daría a lugar a cuatro situaciones: (i) la de regresión; (ii) la de estancamiento; (iii) la de progreso insuficiente y, (iv) la de progreso suficiente; de las cuales, sólo ésta última estaría conforme con las obligaciones del Pacto (p. 673).

Prohibición de regresividad: parafraseando al Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan & Comisión Internacional de Juristas (1997), esta prohibición debe ser entendida como el impedimento a cargo de los Estados parte para adoptar medidas deliberadamente regresivas o que empeoren el nivel de goce de un derecho, veto que ha sido reiterado tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) (2009) en su *Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09 - Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras*

Vs. Perú y, por la Corte IDH (2009) en el *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, en el que en síntesis, se sostuvo que la justiciabilidad del artículo 26 Convencional será procedente cuando se tomen medidas deliberadamente regresivas que restrinjan el ejercicio de un derecho, siempre y cuando dichas medidas regresivas no estén sustentadas por razones de suficiente peso. En tal sentido, cobra suma relevancia el *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, ya que con esta Sentencia «se desarrolla y concreta por primera vez, una condena específica por la violación del artículo 26 de la CADH, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado» (Corte IDH, 2017, párr. 154).

La prohibición de regresividad no es absoluta: la regresividad será permisible a los Estados siempre y cuando aquellos logren demostrar que esas medidas son justificables para proteger los derechos de los grupos más desventajados (Comisión IDH, 2009). Con base en lo anterior, es plausible decir que la Comisión IDH acogió la posición esbozada por el CDESCR (1990), en el que se estableció que los Estados parte tendrán la carga probatoria de demostrar que han realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que estén a su disposición a fin de garantizar la satisfacción prioritaria de los DESC, cuando aquellos aleguen la falta de recursos económicos como causal para el incumplimiento de sus obligaciones mínimas. Adicional a ello, en la *Observación General No. 3*, se estipuló que el deber de proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad a través de la adopción de programas de relativo bajo costo permanecerá intacto, aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, indiferentemente de cuáles sean los factores que las ocasionen (CDESCR, 1990).

La expresión “hasta el máximo de los recursos de que disponga”: el CDESCR (1990), fijó el alcance de dicha expresión bajo el entendido de que esta se refiere a los recursos existentes en el interior de un Estado y a los que se ponen a su disposición a través de la comunidad internacional. Lo anterior se deriva del deber de coope-

ración y asistencia internacionales consagrado en el párr. 14 de la *Observación General No. 3*, con lo que se podría dar por desglosado, al menos de forma somera, el contenido jurídico del artículo 26 Convencional, con base en la analogía obligacional en relación con el artículo 2.1 del PIDESC.

En suma, se observa que la Corte IDH ha reafirmado desde el *Caso Acevedo Buendía (2009)* hasta el *Caso Lagos del Campo (2017)* su competencia para conocer de presuntas vulneraciones respecto de todos los derechos consagrados en la CADH en los siguientes términos:

“Si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “*Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, se ubica también, en la *Parte I* de dicho instrumento, titulado “*Deberes de los Estados y Derechos Protegidos*” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el *Capítulo I* (titulado “*Enumeración de Deberes*”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “*Derechos Civiles y Políticos*”)” (Corte IDH, 2017, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, párr. 142).

Las obligaciones de los Estados parte en el PIDESC y CADH frente al derecho a la alimentación adecuada:

Este derecho humano impone, de conformidad con lo estipulado por el CESC (1999), la obligación de respetar, proteger y realizar, las cuales son análogas en los términos de la CADH, del PSS y del PIDESC. Con base en ello, se desprenden las siguientes obligaciones específicas en ambos sistemas de protección:

Obligación de respetar: la cual implica que los Estados Parte se abstengan de impedir el acceso a una alimentación adecuada (CESC, 1999).

Obligación de proteger: la cual exige que los Estados Parte adopten medidas de cualquier índole, a fin de evitar que terceros interfieran en el acceso a los alimentos adecuados (CESCR, 1999).

Obligación de realizar: la cual requiere que los Estados inicien actividades tendientes al fortalecimiento del acceso y utilización de recursos naturales con los que la población pueda alcanzar unos niveles de vida satisfactorios y en un contexto de seguridad alimentaria. Entraña su vez, dos obligaciones: (i) la de *facilitar* y (ii) de *hacer efectivo* este acceso (CESCR, 1999).

Obligación de proveer recursos judiciales: adicional a la obligación de *adoptar “medidas” o “disposiciones” de derecho interno* —ya sea a través de medidas legislativas o de políticas públicas— contenida en los artículos 1, 2 y 26 de la CADH concordante con el artículo 2.1 del PIDESC; existe la obligación de consagrar recursos judiciales sencillos, adecuados y efectivos para su amparo de conformidad con el artículo 25 de la CADH.

Esta obligación fue estipulada por el CESCR (1999) en su *Observación General No. 12*, donde se aclaró que:

“Toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso: a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en el plano nacional, así como en el internacional; al derecho a una reparación adecuada que contemple, *inter alia*, la restitución o el restablecimiento del derecho, la indemnización y/o compensación a que haya lugar, así como las garantías de no repetición respecto a su violación” (p. 7).

Se cree que esta obligación podría entenderse agotada en virtud del *recurso de amparo*, pues su vocación de tutela expedita de derechos fundamentales en el marco constitucional latinoamericano así podría permitirlo.

Obligación de no discriminación: esta obligación exige que los Estados tomen medidas de cualquier índole y hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de eliminar todo tipo de discriminación fundadas por motivos de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, nacimiento o cualquier otra condición social o económica que tienda a limitar el acceso a los alimentos y a los medios para obtenerlos (CESCR, 1999). Por otra parte, Restrepo Yepes (2009) complementa esta idea desde una perspectiva de acción, cuando propone que los Estados también deben impulsar la discriminación positiva a fin de facilitar el acceso al derecho a alimentario a aquellos grupos poblacionales que se encuentren en estados de vulnerabilidad, marginalidad o mendicidad a través de programas sociales o políticas públicas.

Obligación de asegurar los niveles esenciales del derecho a la alimentación: según el CESCR (1999), esta obligación se incumple cuando un Estado no garantiza la satisfacción de al menos el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre. El Comité determinó en igual sentido que existe la obligación de hacer efectivo el derecho a la alimentación adecuada de manera directa frente a un individuo o grupo que no sea capaz de solventar por sí mismo dicha necesidad básica, cuando aquella incapacidad surja en virtud de situaciones que escapen a la esfera de su voluntad, *ad exemplo*, en el marco de situaciones que limitan los derechos humanos, tales como los estados de excepción y la pobreza extrema.

A manera de conclusión

En virtud de lo expuesto con base en una interpretación extensiva a la luz del principio *pro homine*, se puede concluir que: (i) el Derecho a la alimentación se entiende vulnerado cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo para estar protegido contra el hambre (CESCR, 1999), de modo que la responsabilidad internacional de un Estado parte en la CADH pueda surgir a través de una acción u omisión ilícita internacional

perpetrada por un agente estatal o un tercero que impida a uno o varios individuos, que se encuentren imposibilitados para hacerlo por sí mismos, el acceso a los alimentos (FAO, 2010, p. 4). (ii) El derecho a la alimentación adecuada cumple con las características esenciales de un *derecho social fundamental*, pues cuenta con: a) una *norma fundamental – convencional (M1)*, esto es, el artículo 12 del Protocolo de San Salvador; b) una *obligación fundamental – convencional (M2)* que se deriva de los artículos 1, 2 y 26 de la CADH y de los artículos 1 y 2 del PSS; c) una *posición jurídica fundamental – convencional (M3)*, que permite a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte en la CADH exigir las obligaciones mencionadas en relación con terceros o el propio Estado y, d) un *alto grado de importancia (M4)*, puesto que su negación sería errada, debido a que contradice el sistema jurídico visto como un todo (Arango, 2012, p. 41), sugiriendo así a los jueces, una única y correcta forma de fallar. (iii) Al verificar que la alimentación adecuada es una de las metas básicas de los Estados miembros de la OEA, con base en la remisión normativa del artículo 26 Convencional a la Carta de la OEA, esta se hallará cubierta por el manto obligacional de la Convención y de su Protocolo Adicional. (iv) El derecho a la alimentación adecuada podría ser plenamente exigido en el marco del SIDH mediante una petición individual que alegue la vulneración del artículo 12 del PSS, en tanto que el artículo 26 se encuentra en el Capítulo III de la Parte I de la CADH, denominada “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”, por cuanto es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su consentimiento respecto al reconocimiento de los DESC en la CADH (Parra Vera, 2018, p. 189). (v) La limitación implícita en el artículo 19.6 del PSS es improcedente y deberá entenderse como no escrita, por cuanto el artículo 4 del PSS excluye la posibilidad de limitar o restringir tales derechos bajo el pretexto de que “el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”, pues ello es un despropósito y resulta contrario al *telos* del SIDH.

REFERENCIAS

Fuentes académicas:

Arango, R. (2012). El concepto de Derechos Sociales Fundamentales. Colombia. Editorial Legis.

Calderón Gamboa, J. (2018). La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia del caso *Lagos del Campo*. Análisis comparativo. En Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Flores Pantoja, R. (2018). Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana – El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos (pp. 181-230). México. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/11.pdf>

Courtis, C. (2014). Capítulo III - Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo. En F. Andreu, T. Antkowiak, C. Ayala, E. Bertoni, C. Steiner, & P. Uribe (Edits.), Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Comentario. (Pp. 656 - 676). Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, & Comisión Internacional de Juristas. (22 al 26 de enero de 1997). Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/directrices-de-maastricht-sobre-violaciones-a-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales.pdf>

Mac-Gregor, E. F., & Pelayo Möller, C. M. (2014). Capítulo I - Enumeración de Deberes. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. En F. Andreu, T. Antkowiak, C. Ayala, E. Bertoni, C. Steiner, & P. Uribe (Edits.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. (Pp. 42 - 68). Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

Nash Rojas, C. (2009). *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México D.F., México. Editorial Porrúa. Recuperado de <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursos-esp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/El%20Sistema%20Interamericano,%20Capitulo%20II.pdf>

Piza, R. (1982). *Principios Fundamentales del Derecho de los Derechos Humanos*. Quinta Conferencia Anual «Armand Hammer» sobre «Paz y Derechos Humanos, Derechos Humanos y Paz». Nueva York.

Parra Vera, O. (2018). La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. En Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Flores Pantoja, R. (2018). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana – El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos* (pp. 181-230). México. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/11.pdf>

Restrepo Yepes, O. C. (Julio - Diciembre de 2009). El derecho alimentario como derecho constitucional. Una pregunta por el concepto y estructura del derecho constitucional alimentario. *Opinión Jurídica*, Vol. 8, Núm. 16. Pp. 115-134. Recuperado de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/109/93>

Rossi, J., & Abramovich, V. (2004). La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos Universidad del Rosario*, abril 2007, Vol. 9, número especial. Pp. 34-53. Recuperado de <http://www.oda-alc.org/documentos/1366994804.pdf>

Ventura, M. E. (Mayo de 2003). Los principales aportes del Juez Rodolfo E. Piza Escalante a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25554.pdf>

Ventura, M. E. (2012). Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30350.pdf>

Informes de admisibilidad y fondo y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos:

Comisión IDH. (27 de marzo de 2009). Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09. Caso 12.670. Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm>

Corte IDH. (13 de noviembre de 1985). Opinión Consultiva OC-5/85. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

Corte IDH. (29 de agosto de 1986). Opinión Consultiva OC-7/86. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/relatoria/showDocument.asp?DocumentID=29>

Corte IDH. (14 de julio de 1989). Opinión Consultiva OC-10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf?view=1>

Corte IDH. (29 de julio de 1998). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Recuperado de https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc

Corte IDH. (29 de marzo de 2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Corte IDH. (1 de julio de 2009). Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y jubilados de la Contraloría») Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf

Corte IDH. (24 de agosto de 2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

Corte IDH. (5 de julio de 2011). Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador, Serie C No. 228, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_228_esp.pdf

Corte IDH. (1 de septiembre de 2015). Caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

Corte IDH. (31 de agosto de 2017). Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

Observaciones generales y folletos informativos del sistema universal de derechos humanos:

CESCR. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1990). Observación General No. 3, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto): 14/12/90. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/RTEmagicP_1452.pdf

CESCR. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). Observación General No. 12, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11): 12/05/99. E/C.12/1999/5. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf>

CCPR. Comité de los Derechos Humanos. (2004). Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225. [Observación General No. 31]. Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom31.html>

FAO. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación. (2010). El derecho a la Alimentación Adecuada, Folleto Informativo N° 34. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>

Tratados internacionales:

CICR. (1977). Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

CICR. (2009). Customary International Humanitarian Law. Recuperado de <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>

OEA. (1967). Carta de la Organización de los Estados Americanos (Protocolo de Buenos Aires). Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf

OEA. (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

OEA. (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

ONU. (1945). Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/CIJ.pdf>

ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Recuperado de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

ONU. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

ONU. (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Recuperado http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

ONU. (1979). Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf

ONU. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

ONU. (2002). Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma). Recuperado de [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

ONU. (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recuperado de <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

CAPÍTULO VII

UTILIZACIÓN DEL DESPIDO LEGAL SIN JUSTA CAUSA COMO ELEMENTO PARA VULNERAR DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LABORAL EN COLOMBIA

Juan Felipe Díez Castaño¹

 <https://orcid.org/0000-0003-3208-3712>

Henry José Devia Pernía²

 <https://orcid.org/0000-0002-9238-5141>

Pablo Daniel Hurtado Quintero³

 <https://orcid.org/0000-0001-6408-0431>

-
- 1 Abogado litigante de la Institución Universidad de Envigado. Especialista en Seguridad Social. Candidato a magíster en Educación y Derechos humanos. Coordinador del semillero de investigación en derecho laboral 1 de mayo de la Institución Universitaria de Envigado.
 abogadojuan@live.com
 - 2 Doctor en Ciencias Políticas, Postgrado en Doctrina Social con énfasis en Ética Social y Política, Licenciado en Filosofía. Docente e Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. Coordinador del Semillero de investigación Pensamiento Sociopolítico

 - 3 Abogado litigante de la Institución Universidad de Envigado. Investigador del semillero de investigación en derecho laboral 1 de mayo de la Institución Universitaria de Envigado.
 danielh.iue@gmail.com

Cita este capítulo:

Díez Castaño, J. F., Devia Pernía, H. J. y Hurtado Quintero, P. D. (2021). Utilización del despido legal sin justa causa como elemento para vulnerar derechos humanos en el ámbito laboral en Colombia. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 225-267). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.7>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



Resumen:

Dentro del paradigma jurídico colombiano, existe la figura del *Despido legal*, disposición en virtud de la cual un empleador puede despedir sin justa causa a los trabajadores que tenga a su cargo, reconociéndoles una indemnización económica. Esta disposición, que es la regla general dentro del ordenamiento jurídico nacional nace como el medio de protección a la estabilidad en el empleo adoptado por el Estado. Si bien esta norma tiene excepciones, como la *estabilidad laboral reforzada*, el despido sin justa causa legal -con pago de indemnización- sigue siendo la regla general en el orden interno. Sin embargo, a pesar de que este proceder sea legal, existen casos en que los empleadores se valen de esta facultad para violar derechos fundamentales de los trabajadores, obrando en contra de los fines dispuestos por la Constitución del 91, por tanto, es posible afirmar que existen casos en que el despido de trabajadores puede estar ajustado a la ley pero no a la Constitución.

Palabras clave. Despido legal sin justa causa, estabilidad laboral relativa y reforzada, derechos de los trabajadores, derechos fundamentales, ineficacia del despido.

INTRODUCCIÓN

Colombia, al ser un Estado social de Derecho propende por una concepción desarrollada de los derechos humanos, buscando una protección integrada y armónica de estos derechos con relación a todos sus asociados. Dentro del abanico de derechos consagrados en la Carta Política del 91 se encuentran prerrogativas orientadas a proteger el bienestar de los trabajadores, tales como el derecho a la libertad de asociación sindical, a la seguridad social y al trabajo en condiciones dignas y justas, postulados los cuales, dentro de la realidad ontológica encuentran una yuxtaposición con el derecho a la libertad económica y el libre desarrollo de las empresas protegido también por la norma de normas.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el legislador ha buscado sentar garantías para la protección de los derechos de los trabajadores, esto en desarrollo de la integración al bloque de constitucionalidad, de tratados internacionales al respecto, limitando así en cierta medida el ejercicio arbitrario de los empleadores en pro del cuidado de los derechos fundamentales de la clase trabajadora.

En esta medida Colombia ha instituido el *despido legal sin justa causa* -con pago de una indemnización tarifada- como mecanismo idóneo para proteger los derechos obreros y a la vez respetar la libertad económica, derecho base de los Estados liberales y protegido por el Constituyente del 91, limitando esta prerrogativa solamente en favor de los sujetos de especial protección constitucional -frente a los cuales procede una estabilidad laboral reforzada-, esto, con el fin de materializar el principio de igualdad.

Sin embargo, existen casos en que no siempre las situaciones amparadas por las normas jurídicas positivas son acordes a los fines

perseguidos constitucionalmente. Dado lo anterior el presente escrito pretende vislumbrar si ¿el despido legal sin justa causa con pago de la indemnización tarifada puede ser utilizado como medio para violar los derechos humanos en el ámbito laboral?

En aras de responder este interrogante el presente escrito abordará tres ejes temáticos. En primera medida se desarrollará teóricamente el concepto de estabilidad laboral relativa, el cual surge como medio para proteger la estabilidad en el empleo y se categorizará como medida de equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores y el principio de libertad económica a la luz de la Constitución de 1991 en Colombia.

En segunda medida, se argumentará sobre la primacía de los derechos humanos dentro del Estado social de derecho colombiano, tomando como ejemplo la aplicación de la *estabilidad laboral reforzada*, elaborando una ilustración teórica del origen de ciertos derechos laborales a la luz del bloque de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En última instancia, se realizará una construcción teórica a través de casos hipotéticos, la cual pretenderá demostrar que, conforme al entramado del ordenamiento jurídico, existen casos en que el uso arbitrario de la primera figura puede dar pie a la violación de los derechos humanos de los trabajadores por parte de los patronos, viéndose los segundos en cierta medida “amparados por las leyes”. Sin embargo, como se pretende argumentar durante el escrito, estas conductas no estarían acordes con la Constitución y por tanto contrarían los fines perseguidos por el constituyente.

Estabilidad laboral relativa como medio de garantía de la libertad económica y del trabajo en condiciones dignas y justas:

El protocolo de San Salvador, adicional a la Convención americana de derechos humanos de 1969, suscrito en esa ciudad en

1988, indica en su artículo 7 que los trabajadores tienen derecho a la estabilidad en el empleo. Este derecho se encuentra consignado en el literal (d), de la mencionada disposición así:

Artículo 7.

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.

Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

(...)

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

La norma internacional atrás citada, señala tres opciones en caso de despido injustificado: i) el derecho a una indemnización, ii) la readmisión en el empleo -reintegro-, o iii) cualquier otra prestación prevista por el ordenamiento jurídico de cada país⁴.

El protocolo de San Salvador fue ratificado por medio de la ley 319 de 1996 y por lo tanto hace parte del bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, que establece que los tratados internacionales ratificados

4 Estas tres opciones también se encuentran señaladas en el artículo 10 del convenio 158 de la organización internacional del trabajo -este convenio no ha sido ratificado por el congreso colombiano-.

por el Congreso, acerca de derechos humanos, son parte preferente del ordenamiento constitucional. En razón de lo anterior, es posible indicar que el protocolo de San Salvador tiene fuerza vinculante dentro del sistema jurídico colombiano.

Ahora bien, el hecho de que el artículo de marras consagre tres opciones normativas ante el despido injusto, indica que la misma norma internacional plantea la posibilidad para cada Estado, de implementar como mecanismo de protección del derecho de conservación del empleo, o bien una medida de estabilidad laboral reforzada, o por el contrario una medida de estabilidad laboral relativa.

La medida denominada estabilidad laboral reforzada, se presentaría cuando un Estado, utiliza como mecanismo de protección a la conservación del empleo la opción del reintegro, mencionada en el artículo 7 del protocolo en cuestión. En este caso, al optar por el reintegro se configura una estabilidad laboral reforzada, como quiera que el vínculo laboral no se puede diluir, si no es por una justa causa, generalmente de carácter disciplinario, de orden legal, reglamentario, convencional, arbitral o contractual; pactado entre trabajador y empleador. De este modo, ante un despido injustificado, el trabajador puede recuperar su empleo, lo que hace que la relación contractual esté revestida de una mayor fortaleza que impide su culminación.

Por su parte, la medida denominada estabilidad laboral relativa, se presenta cuando el Estado respectivo, acoge como mecanismo para limitar la posibilidad de los patronos de dar por terminado unilateralmente y sin justa causa, los vínculos contractuales con sus empleados, la aplicación de una indemnización o cualquier otro tipo de prestación económica a favor de estos últimos.

Descendiendo al ordenamiento jurídico colombiano, cabe anotar que el artículo 53 Superior, establece cuales son los principios del derecho laboral, entre los que aparece el de estabilidad en el

empleo. Este principio tal y como ha sido comprendido por la jurisprudencia, es por regla general de carácter relativo, pues el empleador puede despedir al trabajador, aún sin que haya cometido una justa causa establecida legal, reglamentaria, convencional, arbitral o contractualmente, pagando a cambio, una indemnización determinada por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por el contrario, si el empleador pretende invocar una justa causa de las referidas con anterioridad, aquella para ser válida, debe obedecer al principio de proporcionalidad, pues un motivo abyecto o fútil, comportaría la violación no solo a tal principio, sino también al principio de estabilidad en el empleo, el cual busca precisamente que el trabajador conserve su cargo.

La sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse sobre la materia en estudio, adoctrinó que el legislador colombiano adoptó por regla general una medida de estabilidad laboral relativa para la protección del derecho constitucional a la estabilidad en el empleo, en los siguientes términos:

“Así las cosas, para garantizar el principio de continuidad y la estabilidad en el empleo, el legislador nacional optó por imponer al empleador que despide sin justificación a un trabajador, la obligación de repararlo en los daños causados a su patrimonio, a través de una indemnización cuya tasación regula el Código Sustantivo del Trabajo. Por ello, contrario a lo que sostiene el recurrente, la vía escogida por el Estado colombiano, no riñe con el principio de progresividad de las leyes sociales ni con alguna norma que haga parte del bloque de constitucionalidad.” (SL – 4457, 2018).

Según lo anterior es posible afirmar que, en el ordenamiento jurídico interno, la regla general es la estabilidad laboral relativa. Esto quiere significar, que el legislador colombiano ponderó que este mecanismo de protección al derecho a la conservación del empleo

armoniza de una manera óptima los intereses obrero-patronales dentro de la realidad colombiana. Esos intereses prima facie son: i) la conservación del empleo para los trabajadores, y ii) La libertad económica para los empleadores.

Así las cosas, el Constituyente de 1991, al cambiar el paradigma y constituir a Colombia como un estado social de derecho, procuró el desarrollo avanzado de la comprensión de los derechos, entre estos, los derechos de los trabajadores como elemento para garantizar la dignidad humana de los mismos. En esta medida se plasmaron en la Constitución varias prerrogativas tales como el trabajo en condiciones dignas y justas -Art. 25 C.P-, libertad de asociación sindical -Art. 39 C.P-, derecho a la negociación colectiva y a la huelga -Arts. 55 y 56 C.P- a la remuneración mínima vital y móvil estabilidad en el empleo -Artículo 53 C.P-.

Los mencionados derechos constitucionales, dentro del modelo económico que defiende el Estado social de derecho, no son de carácter absoluto, sino que deben ser entendidos en un desarrollo armónico respecto a la libertad económica como base de los Estados liberales.

La Corte Constitucional de Colombia, ha expresado que el modelo económico que reposa en la Carta fundamental de 1991 es el propio de una economía social de mercado, donde la producción de bienes y servicios no es un monopolio del Estado, pero tampoco se deja dicha actividad en manos de los particulares sin ningún tipo de intervención, bajo una libertad absoluta sin restricciones. Esta tesis ha sido defendida por la alta corporación, entre otras, en Sentencia C-032 de 2017, así:

“El Estado Constitucional colombiano es **incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico**, en el que se proscribe la intervención estatal, **como con modalidades de economía de planificación centralizada en las**

que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, **para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no solo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento,** todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que “las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia” (Subrayas y negrilla fuera de texto.) (C-032, 2017)

La adopción de un modelo económico de tales características, economía social de mercado, conlleva consecuencias prácticas en todas las áreas del derecho, incluyendo el derecho laboral, entre las que se encuentra ajustar el concepto jurídico denominado estabilidad laboral a las realidades de una economía liberal corregida, donde existen picos de flujo de capitales y periodos de producción de bienes y servicios ascendentes y descendentes, que determinan la necesidad o no de determinada cantidad de mano de obra.

En ese contexto y apelando a las palabras de la Corte Constitucional, si los empresarios tienen derecho a buscar ganancia, es legítimo para aquellos poder prescindir de la mano de obra que no se ajuste a la realidad fáctica de la economía de cada momento.

De este modo un sistema de estabilidad laboral relativa se muestra como el más acorde para proteger el derecho a la libertad económica, sin descuidar empero, los valiosos derechos laborales que permiten mantener condiciones de justicia y equidad con relación a la clase obrera.

Ahora bien, es menester aclarar que un sistema de estabilidad laboral relativa no debe confundirse con un modelo donde el empleador tiene libertad total y absoluta para dar por terminado el vínculo laboral y sin que se genere consecuencia indemnizatoria alguna. Un sistema así entendido no sería ni siquiera coherente con el modelo económico liberal clásico, en el que se entiende al contrato como una ley para las partes, tal y como lo dispone por ejemplo el decimonónico artículo 1602 del Código Civil colombiano, redactado en pleno apogeo del liberalismo -siglo XIX- por Don Andrés Bello, estatuto que a su vez, en el artículo 1546, establece que en todo contrato va envuelta la condición resolutoria en caso de incumplimiento de lo pactado, con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Es por lo anterior que ni en un sistema liberal clásico de no intervención, ni mucho menos en un modelo de economía social de mercado, donde el Estado tiene un papel activo en arbitrar la sociedad con el fin de corregir situaciones de injusticia material, el empleador tiene una potestad omnímoda para darle finalización al vínculo laboral, de tal modo que, como se dijo atrás en este capítulo, cuando exista una terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, el sistema de estabilidad laboral relativa, adoptado por el legislador, sale al auxilio del trabajador, obligando al patrono a pagar la correspondiente indemnización de perjuicios tarifada en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo. Así lo refiere Isaza Cadavid (2014):

“Ahora bien, cuando el patrono incumple su obligación de mantener vigente el contrato de trabajo en los términos convenidos

y rompe sin justa causa, se hace automáticamente responsable y deudor de una obligación distinta: la de pagar el valor de la indemnización correspondiente, que en la actual normatividad legal para el sector privado comprende, por regulación previa, el daño emergente y el lucro cesante.” (p. 138)

Cabe resaltar que cuando se afirma que la indemnización por despido sin justa causa en materia laboral es tarifada, se quiere indicar que ya con antelación el legislador previó que en caso de ruptura injustificada del vínculo laboral el empleador debería al trabajador, las siguientes sumas dinerarias, dependiendo de la clase de contrato laboral:

- a. Indemnización por despido injusto en el contrato laboral a término indefinido:
 - Para trabajadores que devenguen menos de 10 SMLMV: 30 días del último salario por el primer año de servicios o tiempo inferior, y 20 días de salario por cada año de servicios adicional al primero y proporcionalmente por fracción.
 - Para trabajadores que devenguen más de 10 SMLMV: 20 días de salario por el primer año de servicios o tiempo inferior, y 15 días de salario por cada año de servicios adicional al primero y proporcionalmente por fracción.
- b. Indemnización por despido injusto en el contrato laboral a término fijo: equivale al monto de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido hasta la fecha inicialmente convenida de terminación de aquel.
- c. Indemnización por despido injusto en el contrato laboral por obra o labor determinada: equivale al monto de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido hasta la fecha de la culminación de la obra o labor contratada. En este

caso el monto de la indemnización no puede ser inferior a 15 días de salario.

Es insoslayable indicar que la indemnización de perjuicios tarifada de que se viene hablando comprende dos elementos concretos: el daño emergente, esto es el perjuicio inmediato que se causa con ocasión a la ruptura del contrato de trabajo y, el lucro cesante, esto es la pérdida futura de ganancia que se produce en el patrimonio del trabajador por cuenta de dicha disolución. Autores como Plazas (2015) concuerdan con lo señalado atrás al manifestar que:

“Cuando se termina un contrato sin justa causa, se está causando un perjuicio al trabajador y considera la legislación laboral que ha habido un incumplimiento de lo pactado. En estos casos se debe pagar una indemnización que comprende el daño emergente y el lucro cesante.” (p. 261).

No obstante, al tasar de antemano el monto de la indemnización con emolumentos económicos estandarizados para todos los casos, el legislador colombiano optó por una fórmula práctica, que evita dejar al trabajador la dura carga de probar ante los tribunales el monto de los perjuicios patrimoniales que el patrono le causó al dar por fenecido el pacto contractual. En esa línea “con criterio esencialmente práctico, el legislador de 1965 tarifó conjuntamente los perjuicios correspondientes al daño emergente y al lucro cesante teniendo en cuenta la modalidad del contrato y la antigüedad del trabajador” (Isaza Cadavid, 2014, p. 138).

Como se indicó en el párrafo anterior, la indemnización de perjuicios tarifada comprende el daño emergente y el lucro cesante, sin embargo, surge la cuestión de si la terminación injustificada del contrato laboral puede dar lugar a indemnizar perjuicios extrapatrimoniales, como en efecto lo sería el daño moral. Frente al punto, ha de aclararse que el daño moral es el sufrimiento, angustia o dolor psicológico que padece el trabajador producto de la aniquilación injustificada del vínculo contractual.

Para dilucidar la cuestión precedentemente planteada, es pertinente acudir a lo que ha adocinado la sala laboral de la sala de casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, corporación que mediante Sentencia identificada con radicado SL-4510 de 2018, M.P Rigoberto Echeverri Bueno, afirmó que la terminación unilateral de un contrato de trabajo sin causa legalmente amparada por el ordenamiento jurídico, perfectamente puede dar lugar a causar perjuicios extra patrimoniales en la modalidad de daño moral, sin embargo, corresponde al demandante la carga de demostrarlos ante la justicia del trabajo. En esa oportunidad la alta corporación se expresó así:

“Para la Sala, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen. Aparte de ello, en el Código Sustantivo del Trabajo hay normas de las que se desprende que, al lado de la extinción del vínculo jurídico, existen otros hechos que pueden dar origen a un daño moral que debe ser indemnizado. Tal el caso del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y continúa la Corte señalando:

“Es que la indemnización tarifada ante la terminación del contrato, como se dijo, solo cubre el daño patrimonial y deja por fuera que en excepcionales eventos, el trabajador puede demostrar que el despido realizado de manera injusta y arbitraria trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social.” (subrayas y negrilla fuera de texto.)

Se concluye entonces, según lo visto arriba que, la causación y tasación de perjuicios morales es una excepción a la regla general referente a que, en materia de indemnización de perjuicios producto de la terminación de un vínculo laboral, se debe buscar su reparación a través de las tarifas anticipadamente establecidas por el legislador. En estos casos le corresponde al reclamante probarlos, y como también lo ha afirmado la H. Corte Suprema de Justicia, su determinación se encuentra circunscripta al arbitrio judicial ponderado del fallador. En ese sentido se manifestó la alta corporación:

“Resulta pertinente traer al caso lo expuesto por esta Corte en Sentencia CSJ SL, 15 oct. 2008, rad. 32720 en cuanto a que la tasación del *pretium doloris* o precio del dolor, **queda a discreción del juzgador**, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, **así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño**». (Corte Suprema, Sentencia con radicado SL-4665 de 2018, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo). (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Puede observarse como entonces, según lo visto en líneas anteriores, que la existencia de un sistema de estabilidad laboral relativa, en modo alguno significa que el trabajador se encuentre huérfano de protección frente al derecho al mismo tiempo humano -Art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948- y fundamental -Artículo 25 de la C.P de 1991- al trabajo en condiciones dignas y justas, que comporta como corolario la garantía de la conservación de un empleo que le permita a la persona trabajadora y a su familia procurarse los medios de subsistencia a fin de no pasar necesidad.

Por el contrario, se puede retomar la idea esbozada inmediatamente atrás, insistiendo que en Colombia el legislador optó por un

sistema de estabilidad laboral relativa para la protección al derecho al trabajo, sin perjuicio del derecho a la libertad económica dentro del marco de una economía social de mercado. En ese sentido, a nivel nacional se optó por este modelo, con el fin de armonizar ambos derechos constitucionales, pues lo cierto es que, la autonomía de la iniciativa privada también encuentra respaldo en el artículo 333 Superior.

Muestra del importante papel que para el Constituyente de 1991, representó a la hora de la redacción del texto constitucional, el derecho a la libertad económica, igualmente conocido como iniciativa privada, es que aquél la valoró en una dimensión amplia en los debates que dieron lugar a la producción final de la Constitución:

“al referirse a la actividad económica de manera general se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así, **el término cobija por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria y estatal.** No obstante, y a pesar de estar contenida en el término de actividad económica, la Comisión quiso mantener de manera expresa el concepto de iniciativa privada.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Siguiendo la línea precedente, resulta viable expresar que, si bien el derecho a la libertad económica debe ser garantizado en un Estado que se llame a sí mismo liberal, aquél puede ser limitado en razón de fines Constitucionales. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional:

“La Corte reafirma así, su jurisprudencia sobre la importancia de las libertades económicas como base del desarrollo económico

y social, y garantía fundamental de una sociedad democrática y pluralista y reitera la existencia de límites que la Constitución expresamente establece en relación con el ejercicio de esas libertades como son la defensa del interés social y los deberes de intervención del Estado como estrategia de armonización de los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que en determinados casos, involucra tal actividad.” (Sentencia C-697de 08)

Con base en lo dicho, cabe advertir, como se verá en el desarrollo del acápite siguiente que, con base en la primacía de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, existen situaciones donde puede operar por excepción el sistema de estabilidad laboral reforzada -también llamada estabilidad ocupacional reforzada- a favor de cierto grupo de trabajadores que tienen la condición de ser sujetos de especial protección constitucional con base en categorías como la condición física, mental o económica del aquellos, o también por su condición de trabajadores sindicalizados. Sin embargo, vale dejar como afirmación general que, la coexistencia de los dos sistemas de protección al derecho al trabajo, uno por vía general -estabilidad laboral relativa- y uno por vía excepcional -estabilidad laboral reforzada-, no implica perder de vista otras situaciones donde, por la flagrante violación de derechos humanos se pueda pretender la ineficacia del despido sin justa causa del trabajador.

Primacía de los derechos humanos en el ámbito laboral en el ordenamiento jurídico colombiano:

En 1991, el ordenamiento jurídico colombiano varió luego de la promulgación de una nueva Carta Política, por medio de la cual, Colombia pasaba a ser un Estado *Social* de Derecho (Restrepo, 2018, pp 37-41). En razón de esto, el Estado ya no se comprende únicamente como una limitación al poder, tal y como se hacía en los Estados Liberales de derecho, sino que se procura la actuación armónica de los entes estatales en aras de una mayor intervención

que busque materializar los fines perseguidos en la sociedad. Al respecto del término “social” la Corte ha manifestado:

“Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.” (SU - 747/1998).

Es menester aseverar que todos los derechos humanos tienen prevalencia en el ordenamiento jurídico interno de la república de Colombia. Así se desprende de la noción denominada *bloque de constitucionalidad*, que tiene como base varios artículos de la carta fundamental de 1991. Es por lo anterior que Uprimny (2005), indica que:

“La Constitución de 1991 varía de manera profunda la anterior situación, por cuanto confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuatro disposiciones jugarán entonces un papel trascendental: de un lado, el artículo 53, según el cual, “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. De otro lado, el artículo 93, que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno”, y que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En tercer término, el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe

entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Finalmente, el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indica que incluso en esos momentos de crisis, no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. (p.13)

A partir del advenimiento de la Carta política de 1991, todas las áreas del derecho, incluyendo la del trabajo, se vieron impregnadas de un proceso de constitucionalización, conforme al artículo 4 Superior, que dispone que aquel texto es la norma de normas y que, en caso de incompatibilidad de esta con otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. La norma indicada, consagra el llamado *principio de supremacía constitucional* e implica que ningún área del derecho puede operar de manera ajena a los principios y valores constitucionales integrados en la Constitución pues aquella es la norma de normas.

A este respecto la Corte Constitucional, guardiana de la Constitución en el ordenamiento jurídico colombiano ha manifestado:

“La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental.” (C-415/2012)

A este proceso de constitucionalización de todas las áreas del derecho responde también al denominado *principio de constitucionalización inmediata*, que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional así:

“El principio de aplicación inmediata de la nueva Constitución conlleva dos clases de efectos: efectos frente a las normas jurídicas existentes en el momento de su entrada en vigencia, y efectos frente a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, como a las situaciones en tránsito de ejecución en ese momento. En cuanto a los efectos frente a la normatividad jurídica existente en el momento en el que se promulga la nueva Constitución, el principio de aplicación inmediata significa que, como regla general, tal normatividad conserva su vigencia, salvo que resulte contradictoria con el nuevo régimen. A este respecto ha indicado la Corte que «la regla dominante en este nuevo universo normativo reconoce que el tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada. Por tanto, la legislación preexistente conserva toda su vigencia en la medida en que la nueva Constitución no establezca reglas diferentes.» La necesidad de evitar un colapso normativo, y de mantener la seguridad jurídica, sustentan el anterior principio de interpretación de los efectos de la Constitución en el tiempo, en lo que se refiere a su aplicación en relación con las normas vigentes.” (C-155, 1999)

Lo anterior quiere significar que al ser la Constitución norma de normas, esta prevalece desde el momento de su promulgación, tanto así que a pesar que se deben respetar las normas anteriores respecto a los procesos que iniciaron en vigencia de estas, dichas normas no podrán contrariar lo estipulado en la Carta Mayor, pues esta contiene los principios fundantes sobre los que se erige el sistema jurídico nacional.

Siendo así, en aras de una protección armónica de los derechos, el ordenamiento colombiano ha recogido varias disposiciones de carácter internacional al respecto de la protección de los derechos obreros. Un ejemplo de esto de la adopción de los Convenios número 87 y 98 de la OIT acerca de la libertad sindical y los dere-

chos de negociación colectiva. El ordenamiento jurídico colombiano también ha adoptado los convenios 100 y 111 los cuales buscan la igualdad de género, la equitativa remuneración y la no discriminación en el ámbito laboral.

Estas disposiciones han sido acogidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano a través de su integración al bloque de constitucionalidad por medio del cual, estas disposiciones se adhieren al orden jurídico tomando una jerarquía constitucional, tomando así el carácter de reglas y principios, así lo ha manifestado la Máxima Corporación:

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.” (C-225, 95).

En este orden de ideas, al integrarse estos tratados y adoptar el rango constitucional, se revisten de obligatoriedad, por tanto, debe el Estado a través de sus ramas velar armónicamente por su garantía, otorgándoles una noción de prevalencia, en la medida que deben ser desarrollados legalmente y no se puedan ver limitados durante estados de excepción.

Se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. (C-225, 95)

Como se explicó en el acápite anterior, en Colombia la regla general de protección a la estabilidad laboral es *la Estabilidad relativa*, sin embargo, esta disposición contiene ciertas excepciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano, excepciones inspiradas en la comprensión avanzada de los derechos humanos en el Estado Social de Derecho.

Un claro ejemplo de esta primacía de los derechos humanos se ha evidenciado dentro del ordenamiento colombiano a través de la jurisprudencia constitucional, en desarrollo de la Carta magna de 1991, y de tratados internacionales de la OIT, que han construido un concepto denominado *estabilidad ocupacional reforzada*, mediante la cual, en aplicación del mandato de igualdad positiva, contenido en el inciso tercero del artículo 13 Superior, se ha establecido que ciertas personas por sus condiciones de vulnerabilidad manifiesta, no pueden ser despedidas sin justa causa, aunque se verifique el pago de una indemnización, sin permiso previo del inspector del trabajo, debiéndose acreditar para aquellos razones objetivas para la desvinculación, tales como situaciones disciplinarias.

Este es el caso de la estabilidad ocupacional reforzada por razón de la maternidad -SL4280-2017-, o la paternidad -en este último caso cuando la mujer del trabajador se encuentra desempleada, como se estableció en la Sentencia C-05 de 2017-, por ser prejubilado -al respecto ver la Sentencia T-693 de 2015-, o por encontrarse en situación de incapacidad o discapacidad relevante -SU-049 de 2017-, todas cuestiones que han sido abordadas conforme al principio constitucional de trato especial a favor de los más vulnerables, contenido en el ya referenciado inciso tercero del artículo 13 Superior.

Paralelamente, con base en lo dispuesto por el artículo 39 Superior, en Colombia se reconoce el fuero sindical, que consiste en el derecho que tienen ciertos miembros de un sindicato, de no ser despedidos, trasladados o desmejorados de sus condiciones de tra-

bajo, sin previa sentencia judicial, que implica para ser proferida en desfavor de dicha garantía, la acreditación de parte del empleador de una de las causales establecidas en el artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo.

Partiendo de lo visto, se puede afirmar válidamente que tanto i) *la estabilidad ocupacional reforzada*, como ii) *la garantía del fuero sindical*, son excepciones a la medida general escogida por el legislador denominada estabilidad laboral relativa, como elemento para proteger la dimensión de conservación del empleo, propia del derecho al trabajo, todo lo anterior por cuanto la terminación del vínculo laboral no queda sometida a la mera autonomía de la voluntad privada.

La Corte Constitucional, al abordar el tema de la *estabilidad laboral reforzada* ha manifestado que esta es un desarrollo activo de los principios sobre los que se fundamenta el sistema jurídico nacional. Así pues, ha sostenido:

“El sustento normativo de esta protección especial se encuentra en los principios de Estado Social de Derecho, la igualdad material y la solidaridad social, consagrados en la Constitución Política. Estos mandatos de optimización resaltan la obligación constitucional del Estado de adoptar medidas de protección y garantía en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta.” (SU-040, 2018)

En la comprensión anterior, se puede concluir parcialmente que, por fuera de los casos señalados atrás, todo despido sin justa causa que esté amparado por la indemnización ya tarifada en la normativa laboral vigente, se ajusta a la legalidad. Sin embargo, no necesariamente un despido acorde a las normas-regla será conforme al ordenamiento jurídico integral, pues este no se compone únicamente de normas-regla, sino que estas están supeditadas a principios y disposiciones de mayor envergadura.

En razón de lo anterior es correcto afirmar que al entrar en vigencia la Constitución Política de 1991 en Colombia, la comprensión axiológica y normativa varió en razón de la acepción del Estado Social de Derecho y por tanto las instituciones estatales se reencaminaron a un desarrollo avanzado de los derechos de las personas. Dado lo anterior, la Constitución debe primar sobre cualquier disposición de inferior jerarquía que la contraríe, pues esta contiene los mandatos de optimización que buscan encaminar el devenir jurídico del Estado Colombiano.

Dado esto, no tiene importancia que ciertas disposiciones clasifiquen ciertos actos como legales, si a través de estos actos se ven violentados los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, esta debe primar y por ende pueden existir ciertas situaciones que si bien son legales, no se podrá profesar de estas que son acordes a la Constitución.

Uso arbitrario de la estabilidad laboral relativa frente a los Derechos Humanos.

Una antigua regla del derecho señala lo siguiente: “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” (T-213, 2008). Dicha regla, que es un corolario del principio de buena fe, indica que nadie puede sacar provecho de su propia mala fe o dolo en que ha incurrido. Esta idea se encuentra acogida en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, pues el artículo 83 Superior establece como un deber tanto para las autoridades públicas como para los particulares, el de obrar conforme al principio de buena fe.

En la misma lógica que se viene planteando, quien pretende aprovecharse del propio error, o de la conducta dolosa, que tuvo como clara intención causar un daño a otro, obra en el marco de la antítesis de la buena fe, ya que es un criterio axiológico común de las normas jurídicas, que quien saca una ventaja de un daño, por vulnerar los derechos de los demás, no puede fincar allí, una

situación que esté amparada por el orden jurídico. Concordando con esa idea, Valencia Restrepo (2007), citando a Ulpiano indica:

“Ulpiano pregona que “la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”. Señala además, los tres principios generales supremos o finalidades del derecho:

“Vivir honestamente, **no hacer daño a nadie**, dar a cada cual lo suyo”.” (p- 366) (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Es dable afirmar con base en la cita que, como uno de los principios generales del derecho es no causar daño a los otros, cuando una conducta de esa naturaleza se verifica, resulta antijurídico para el sujeto activo de la conducta, pretender que, con base en aquella, el ordenamiento jurídico le depreque alguna garantía subjetiva. Es por lo anterior que Monroy Cabra (2018) indica:

“Las personas deben observar una conducta leal al concluir sus negocios jurídicos. Las personas deben obrar con espíritu de justicia y de equidad y guardar corrección en todos sus actos. El artículo 83 de la Constitución dice: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. (p. 480).

Partiendo de lo formulado, debe señalarse que la exigencia de un obrar conforme al principio constitucional de buena fe tiene su antítesis entonces, en la prohibición de sacar provecho del abuso de los propios derechos, conducta proscrita por el ordenamiento constitucional colombiano como puede observarse de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 95 Superior. En respaldo de la idea anterior, se ha pronunciado la Corte Constitucional:

“Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo

con la máxima *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)". (T-213, 2008).

Todas las ideas expuestas hasta este punto se propalaron con el objetivo de dar cuenta que en la realidad fáctica del derecho: las normas pueden ser usadas por los titulares de aquellas para causar daño a otros, para efectuar violación de otros derechos entre los que pueden estar los derechos humanos, específicamente los que operan de una manera más próxima en el ámbito laboral.

El debate frente a la posibilidad de que normas jurídicas puedan comportar una distorsión con relación a los contenidos axiológicos que integran los derechos humanos fue identificada como una problemática de interés por el Constituyente de 1991. Es por ello que varias disposiciones de la Carta se ocuparon de dicha materia, con el fin de inclinar la balanza en favor de estos últimos. Recuérdese que la jurisprudencia constitucional y la doctrina han definido la idea de la supremacía de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno dentro de un concepto denominado *bloque de constitucionalidad*, como ya fue explicado.

En este entendido, es evidente que el derecho laboral, como área del derecho compuesta por normas puede generar situaciones donde estas alcanzan a ser empleadas mediante un intolerable abuso del derecho que pone en jaque los derechos humanos. Esta afirmación encuentra respaldo en el hecho de que el mismo legislador anticipando la cuestión, incluyó expresamente el principio de buena fe en el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula las relaciones obrero-patronales en el sector privado a nivel nacional. La sola preocupación del órgano de producción normativa por la posibilidad de incursión por parte de los particulares, dentro de la ejecución de una relación laboral, en claras conductas de abuso del derecho, muestra que la positivización del principio de

buena fe, su contrario, en el estatuto laboral, tuvo como interés remediar esa eventual realidad deletérea, que podía afectar a la parte débil del vínculo contractual del trabajo.

No obstante lo dicho, ya en el mundo del acontecer, se pueden evidenciar hechos que, como se verá más adelante, lamentablemente comprueban la tesis planteada en el título de este artículo: En Colombia, ocurren situaciones donde a través de un abuso del derecho, los empleadores utilizan el despido sin justa causa, con el correspondiente pago de la indemnización tarifada en el artículo 64 del estatuto laboral, pretendiendo con esto último dar un viso de ajuste a la legalidad a su actuación, pero que en realidad esconde detrás la motivación deleznable de vulnerar los derechos humanos.

Para exponer un primer ejemplo, se podría traer a colación el caso de un grupo de trabajadores que pretenden constituir un sindicato, en ejercicio del derecho a la vez humano y constitucional, a la libre asociación sindical. El empleador sabedor de la intención de los trabajadores, procede a despedir sin justa causa, pagando la indemnización legal, a todos aquellos sobre quienes identificó la voluntad de conformar la organización laboral.

En el anterior ejemplo, debemos afirmar que el despido es legal en tanto que, la garantía del fuero sindical establecida en el literal a) del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, cobija a los fundadores de un sindicato desde el día de la constitución y hasta dos meses después de expedido el acto administrativo del Ministerio del trabajo que reconoce inscrita la organización en el registro sindical, sin que en ningún caso esta protección cronológica exceda de seis meses. Recuérdese que la garantía aludida, conlleva que el empleador no pueda despedir, en este caso, a los fundadores de un sindicato sin previa orden judicial y acreditando una justa causa de despido.

Ahora bien, en la medida en que los trabajadores del ejemplo abordado no alcanzaron a fundar la organización sindical mediante

la suscripción de un acta de constitución, formalmente no se encuentran amparados por la garantía del fuero sindical, y en consecuencia el empleador, *prima facie*, los podía despedir legalmente sin justa causa, pagando la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Un segundo ejemplo podría ser el caso de un trabajador que practica un culto religioso que le impide laborar el día sábado. La práctica de su ideología es sincera y no acomodaticia, sin embargo, aquella entra en claro choque con las necesidades operativas de la empresa y la lógica económica que es impermeable a las creencias individuales de aquel trabajador. Por lo tanto, el empleador, que requiere al empleado para atender su puesto el sábado, al encontrar la negativa de este a desempeñar su cargo en el mencionado día, procede a despedirlo sin justa causa, pagando la indemnización legal.

Un tercer ejemplo podría ser el caso de una trabajadora que, por el ejercicio de su derecho a la libertad de conciencia, dada su creencia pública en una corriente política, es despedida sin justa causa por una empresa, pagando la debida indemnización legal. La compañía, cuyas directivas en este caso cohonestan con ideologías políticas de derecha, no consideran que las creencias políticas de la empleada sean acordes con los principios y valores de la organización empresarial.

Si se analiza el caso expuesto de manera inmediata, se puede colegir que claramente se trató de un despido sin justa causa, y que el pago de la indemnización tarifada por el artículo 64 del Código laboral, le otorga una apariencia de legalidad, no obstante, de fondo existe una clara motivación de dar por terminado el vínculo contractual a raíz de las opiniones políticas de la empleada.

Los tres precitados ejemplos otorgan suficiente ilustración de como *el sistema de estabilidad laboral relativa* puede ser usado

por el contratante en el ámbito laboral, para vulnerar los derechos humanos, quedando la conducta empresarial revestida superficialmente de legalidad con el pago de la indemnización establecida en el estatuto laboral.

Lo expresado arriba conlleva a que se pueda identificar un margen de interpretación que de mala fe es explotado por el empleador, con relación a la norma jurídica -artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo- que permite despedir sin justa causa al trabajador, pagando la indemnización. Este margen de interpretación contrario a derecho consiste en que el patrono, amparado en el pago de la indemnización por la terminación arbitraria y unilateral del vínculo contractual, cree poder ocultar o superar la vulneración de los derechos humanos implicados en cada caso concreto.

Sin lugar a equívocos, los anteriores eventos, comportan casos donde el despido de un trabajador puede ser legal, pero no constitucional, esto es, el supuesto fáctico -premisa menor- encuadra perfectamente en la descripción típica de la norma jurídica -premisa mayor-, y la consecuencia que se desata de la combinación de las dos premisas -el despido-, se ajusta a la lógica formal, pero no a los parámetros axiológicos propios del Estado Social de Derecho, entre los que ocupa un papel fundamental la garantía de los derechos humanos.

Cabe recordar que la garantía de los derechos humanos es, a nivel internacional una responsabilidad de los Estados, quienes bajo el principio *pacta sunt servanda* deben cumplir sus obligaciones internacionales, derivadas de la suscripción de tratados o convenios de derechos humanos de manera plena y completa. Al respecto Mejía Cáez (2017), señala:

“El Pacta Sunt Servanda: Este primer principio significa que los tratados obligan a las partes y deben ser ejecutados de buena fe. Este principio es considerado como el principio fundamental

del derecho internacional. Es obligatorio, es decir, que el tratado se convierte en ley para las partes, por lo tanto se debe acatar de forma adecuada y completa.” (p.17)

Y continúa subsiguientemente el autor ya citado, expresando a cerca de referido principio:

“(…) también lo encontramos consagrado en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, al establecer “condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”, igualmente en el numeral 2 del artículo 2 que dice: “los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.” (p. 17).

Sin embargo, existe una actual tendencia, a que los derechos humanos económicos, sociales y culturales -DESC-, también llamados de segunda generación y que son parte de la política social de los Estados, entre los que se encuentra el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, no sean dejados solo a la responsabilidad de aquel órgano político. Autores como Papacchini (1997), citando a Evers profundizan en la anterior idea bajo los siguientes términos:

“La naturaleza del *welfare society*-escribe Evers- es la de ser un instrumento social del ciudadano para la autogestión de su propio ambiente y de su propia vida. La noción de sociedad de bienestar indica la tendencia actual a no dejar sólo al Estado la iniciativa y la responsabilidad de la solidaridad social. La política social-prosigue Evers- es considerada como el producto de una pluralidad de actores, de estrategias y de responsabilidades compartidas, más que como el fruto de una acción exclusiva del Estado, ejecutada en condiciones de monopolio.” (p. 133)

Sin que lo anterior quiera decir que los Estados se desentendían de sus responsabilidades en materia de derechos humanos, las Naciones Unidas ha compartido el criterio relativo a que la responsabilidad con relación a la protección de los derechos humanos también recae complementariamente en otros actores importantes de la sociedad. Las empresas, como entidades que son base para el desarrollo económico, tienen una función social que implica responsabilidades, tal y como acertadamente lo consagra el artículo 333 Superior.

En ese orden de ideas, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expidió la resolución 17/4 del 16 de junio de 2016, mediante la cual adoptó los *principios rectores sobre las empresas y derechos humanos*, elemento que constituye una guía para identificar los compromisos que tienen las compañías con estas garantías que se constituyen como los *primeros de todos los derechos*. La oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas (2011), refiriéndose al contenido de la mencionada resolución, expresó:

“La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos.

Hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, remediarlas.” (p. 15) (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

Y a continuación, en desarrollo de la idea anterior, la oficina del alto comisionado precisa, que los derechos humanos propios del

ámbito laboral son parte de esa responsabilidad de las empresas de la que se viene hablando:

“La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.” (pp. 15-16).

Es claro que no solo según el ordenamiento jurídico nacional, sino también el internacional, las empresas tienen el mandato primordial de no vulnerar los derechos humanos. Es imperativo decir que la jurisprudencia constitucional, ha tratado de plantar cara al abuso del derecho de los empleadores, de despedir sin justa causa mediante el pago de la indemnización legal, cuando su motivación es la vulneración de derechos humanos. Puede citarse a manera de muestra, lo que expresó la Corte Constitucional al revisar un caso donde una persona había sido despedida de su empleo por cuenta de su orientación religiosa:

“Considera la Sala que en un caso como el que se estudia hay que considerar dos hipótesis diferentes. La primera es cuando la relación laboral contractual está vigente, y la segunda cuando la persona ha sido despedida, tal y como ocurre en este caso. En el primer evento la manera de garantizar el goce efectivo de la libertad religiosa es impedir que el empleador le imponga al trabajador la obligación de realizar la actividad que está coartando gravemente el ejercicio de la libertad religiosa de manera innecesaria y desproporcionada. En el segundo, el remedio es reintegrar al trabajador en condiciones tales que pueda cumplir con sus obligaciones laborales, y ejercer su derecho a la libertad religiosa.” (T-327, 2009)

Y a continuación, la Corte Constitucional precisa la manera en que debe ser protegida la violación del derecho humano, con relación al principio de Estabilidad en el empleo:

“En consecuencia, la Corte **ordenará el reintegro del accionante**, sin solución de continuidad, a un cargo igual o similar al que ejercía en el momento de su despido. Al igual que en la Sentencia T-982 de 2001, ordenará a la Empresa que: (i) respete el derecho constitucional del señor Salomón Mattos Mejía de disfrutar el “Sabath”, pudiendo establecer acuerdos para la compensación de las horas no laboradas y (ii) **ordenará compensar las liquidaciones o indemnizaciones que haya recibido el accionante con los salarios dejados de percibir.**” (T-327/2009) (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

Es oportuno resaltar como para el alto tribunal, las “indemnizaciones” -en clara referencia a la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que haya recibido un trabajador, producto de la violación de un derecho humano, no constituyen un elemento que permita subsanar la misma, y en virtud de aquello consideró que el reintegro, es la medida más acertada que impide la materialización de la agresión a la garantía humana en amenaza. En este sentido, la Corte Constitucional edifica una tesis, consistente en que un despido sin justa causa, que tenga como base la transgresión a un derecho de la envergadura que se viene tratando, es ineficaz jurídicamente hablando.

Dado lo anterior es posible afirmar que la ineficacia del despido es la consecuencia jurídica que se puede identificar de lo manifestado en la providencia referenciada precedentemente, toda vez que en ella la Corte Constitucional ordenó el pago en favor del trabajador, de los salarios dejados de percibir entre el momento del despido y el cumplimiento de la orden de reintegro, lo que indica que para esa corporación judicial, el vínculo laboral jamás se disolvió con el despido efectuado por la entidad empleadora, y aquél siguió vigente sin solución de continuidad.

Con el fin de ilustrar como se entiende en el ordenamiento jurídico colombiano el concepto de *ineficacia* resulta útil mencionar una reciente Sentencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde esa corporación judicial adocrinó:

“Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza por que desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La Sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad lo que hace es *comprobar* o *constatar* un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la *litis*.” (SL – 1688/2019).

Y añade la Corte, sobre los efectos del acto:

“La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La configuración de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos” (Ibídem)

Con relación a lo anterior, el Código Sustantivo del Trabajo colombiano consagra en varios artículos prohibiciones relativas a discriminar a los trabajadores por razón de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales -v.gr. artículos 10 & 143 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo-. Es decir, que el *corpus iuris laboris* ya integra explícitamente como parte de sus derechos y garantías la prohibición de la realización de acciones que, con base en las categorías ante dichas, generen la violación de derechos humanos.

Por otra parte, el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que las disposiciones de esa normativa constituyen el míni-

mo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores, y que en consecuencia *No produce efecto alguno cualquier estipulación que desconozca este mínimo*. Esta última disposición, es un ejemplo claro de la imposibilidad que tienen para producir efectos -ineficacia-, los actos que provengan del empleador, y que desconozcan las garantías consagradas en el ordenamiento laboral, entre las cuales sin duda está, como se entiende de lo indicado en el párrafo antecedente, la posibilidad de que el trabajador por ejemplo, profese una ideología religiosa o política, elemento que precisamente representa el contenido de dos derechos humanos: el de la libertad de cultos y el de libertad de conciencia.

Es en virtud de lo dicho que aparece como adecuada la posición sostenida por la Corte Constitucional, relativa a que en los casos en que un despido sin justa causa, tenga como génesis la violación a derechos humanos, como en definitiva sucedió en uno de los casos vistos anteriormente, donde la conducta del empleador riñó con la libertad religiosa, lo que debe declararse por parte de las autoridades judiciales es la *ineficacia del acto jurídico* que pretendió inapropiadamente aniquilar el vínculo contractual con el trabajador. En estos casos entonces, se muestra como inexorable el reintegro del empleado a su puesto de trabajo y el pago de las prestaciones sociales y salarios dejados de percibir, así como la realización de las correspondientes cotizaciones al sistema de seguridad social integral, haciendo la ficción de que nunca ocurrió la terminación unilateral del convenio laboral.

En reciente Sentencia, el alto tribunal constitucional, reiteró la tesis entorno a la cual gira este capítulo, identificando con toda claridad que puede existir un despido con pago de la indemnización legal, mas esto, no lo hace *per se* ajustado a la Constitución, cuando detrás se esconda la vulneración a un derecho humano. En esta oportunidad la Corte estudió el caso de una profesora que hacía parte de la planta de personal de una universidad de carácter privado, quien, motivada por continuos actos de acoso sexual realizados de parte del personal masculino, hacia el personal femenino de

estudiantes y de vigilancia que laboraba en la institución, decidió emprender una serie de actividades para promover el conocimiento de los derechos de las mujeres, y los mecanismos jurídicos concretos que estaban a su disposición para conjurar este tipo de violencia de género.

Ante las acciones de la docente, la universidad decidió terminar su contrato laboral sin justa causa con pago de la correspondiente indemnización legal. Cuando la docente trató de averiguar el motivo de su desvinculación, la asesora jurídica de la Universidad le indicó que se debía a que “*su estilo no encajaba con la institución*”.

La Corte Constitucional, al analizar el caso, instruyó sobre los aspectos jurídicos que se desataron por la situación fáctica descrita en los párrafos anteriores, de la siguiente manera:

“d. Despido injustificado con pago de indemnización - inconstitucional: Tiene lugar cuando el empleador decide dar por terminado el vínculo laboral sin que medie una justa causa y con el respectivo pago de la indemnización consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, a pesar de que no sea evidente *prima facie*, se advierte la configuración de un motivo inconstitucional para el despido, que resulta en la vulneración de los derechos fundamentales irrenunciables del trabajador.” (T-238, 2018).

La Corte Constitucional reitera que el pago de la indemnización legal, en los casos donde se han vulnerado derechos humanos, no permite considerar que el derecho conculcado se encuentre restablecido, expresándolo en los siguientes términos:

“Este es el caso de los despidos que se realizan con ocasión de actos de discriminación por razón de criterios sospechosos, tales como la raza, filiación política, religión, género, maternidad, ejercicio del derecho a la libre asociación, condición de discapacidad, etc.

En este evento, el juez tanto laboral como constitucional está facultado para remediar el acto discriminatorio, **aun cuando se haya pagado una indemnización, toda vez que la finalidad de la acción de tutela es dar protección a los derechos fundamentales del trabajador, y evitar actos discriminatorios en el ámbito laboral.**” (T-238, 2018) (Subrayas y negrilla fuera de texto.)

La corporación judicial expresa que el reintegro es la vía adecuada para la protección de los derechos humanos y fundamentales conculcados en cada caso concreto:

“Ahora bien, la Corte Constitucional, para salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores que han sido despedidos injustificadamente, ha optado, en general, por reconocer el reintegro, en caso de que el mismo se advierta conducente y que no afecte otros derechos de carácter fundamental, como es el caso de la dignidad humana . De esta manera, el juez deberá asegurar que la medida resarcitoria del daño ocasionado no vaya a generar una nueva afectación a los derechos fundamentales del trabajador, ni vaya a repercutir en una condición que desmejore su situación social y personal.” (T-238, 2018)

La Corte Constitucional esboza una serie de condiciones, siempre con miras en los intereses de la persona afectada por la violación de sus derechos humanos, que deben evaluarse con el fin de si el reintegro es la mejor medida para subsanar la vulneración a las garantías convencionales y constitucionales conculcadas:

“Por lo tanto, para determinar la conveniencia del reintegro, la Corte deberá analizar diversos aspectos de acuerdo con las particularidades del caso concreto. Por ejemplo, (i) que haya sido el demandante quien haya solicitado el reintegro, (ii) que el reintegro constituya un medio para resarcir la violación a sus derechos fundamentales vulnerados; y (iii) que el reintegro sea

un mecanismo efectivo para la protección del derecho al trabajo del demandante.” (T-238, 2018)

Con respecto a la primera condición, aquella siempre dependerá de la voluntad de quien solicita de parte de la justicia, el restablecimiento de sus derechos. Con relación a la segunda condición, se debe señalar que para la Corte Constitucional el reintegro es un medio para resarcir la violación de los derechos fundamentales vulnerados por el solo hecho de que la indemnización tarifada, no tiene la virtualidad de reparar una garantía de carácter inalienable e intangible:

“Finalmente, la Corte ha resaltado la compatibilidad del reintegro y el pago de la indemnización, asegurando que no son excluyentes. En efecto, el despido injustificado cuya motivación real tiene un carácter discriminatorio, genera dos tipos de daño: por un lado, una vulneración al derecho al trabajo y al mínimo vital, la cual puede ser resarcida a través de la indemnización contemplada por la ley. Por otro lado, genera una vulneración directa a principios y derechos de carácter constitucional, como es el caso del derecho a la igualdad, a no ser discriminado, a la dignidad humana, a la honra y al buen nombre. En tanto estos derechos son de carácter irrenunciable, el reintegro procedería como una medida para compensar el daño ocasionado al trabajador.” (T-238, 2018)

Finalmente, con relación a la tercera condición, la Corte expresa que “el juez podrá ordenar dicha medida siempre y cuando de su análisis resulte concluyente que el mismo no ocasionará consecuencias más gravosas para el trabajador.” (T-238, 2018). Debe resaltarse como ya se mencionó atrás, que los criterios que determinarán el reintegro del trabajador siempre deberán ser *pro homine*, es decir, buscando la mejor protección y garantía de los derechos humanos conculcados, y en esa medida es incorrecto invertir el análisis, considerando circunstancias relativas a la parte de la cual provino

el ataque al derecho humano afectado, tales como que el reintegro afecte la operatividad de la actividad económica, o la buena marcha de la organización empresarial.

Es posible entonces presentar como conclusión, del cúmulo de aspectos desarrollados en este capítulo, que en el ordenamiento jurídico colombiano se han identificado casos donde existe un abuso del derecho de parte de los empleadores, del sistema de *estabilidad laboral relativa*, adoptado como regla general por el legislador colombiano, consistente en que, a través del pago de la indemnización tarifada en la ley, se pretende el ocultamiento de violaciones a derechos humanos. Debido a lo anterior, la jurisprudencia constitucional y de otras autoridades como la Corte Suprema de justicia, se ha encargado de adoctrinar, que las vulneraciones a los derechos humanos y fundamentales deben ser encaradas a través de la declaratoria de ineficacia de estos actos, ordenando el reintegro laboral sin solución de continuidad a favor de las víctimas de la agresión a sus garantías ius humanísticas.

A manera de conclusión

- Existen internacionalmente dos opciones para proteger el derecho a la estabilidad en el trabajo: la indemnización y el reintegro
- Colombia adopta a través del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, un sistema de *estabilidad laboral relativa*, mediante el cual consagra la posibilidad para el empleador de realizar un despido legal sin justa causa con pago de una indemnización tarifada previamente en la ley.
- La Constitución de 1991 si bien busca proteger la libertad económica, la compagina en el ámbito laboral a través de un sistema de protección al derecho a la conservación del empleo denominado *Estabilidad laboral relativa*, que se erige como la regla general dentro del ordenamiento jurídico vigente.

- La estabilidad laboral relativa es un modo de armonizar la libertad económica y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.
- En Colombia, al ser un Estado Social de Derecho, se busca el desarrollo avanzado de los derechos de todos los asociados, procurando proteger los derechos fundamentales sobre las demás prerrogativas legales. Para garantizar este cometido, dentro del ordenamiento jurídico, la Constitución y los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, se encuentran en una posición de mayor jerarquía frente a las normas-regla, esto en razón de que las primeras llevan dentro de sí la carga axiológica y los mandatos de optimización que determinan la racionalidad a la que el Estado aspira.
- En razón de la primacía de los derechos fundamentales, el Estado puede limitar otros derechos o postulados como por ejemplo la libertad económica, la cual no es absoluta pues esta se encuentra subordinada a la garantía de los derechos humanos dentro de los Estados. Un ejemplo de esto es la *Estabilidad laboral reforzada* a favor de sujetos de especial protección constitucional, o la garantía del fuero sindical.
- Con base en los principios de supremacía constitucional y constitucionalización inmediata, ninguna disposición normativa del ordenamiento jurídico, puede tener efectos contrarios frente a la Constitución.
- Existen casos en que el despido legal, sin justa causa con el pago de la indemnización tarifada, ha sido utilizado por los empleadores para violentar derechos humanos y fundamentales de los trabajadores.
- Los despidos sin justa causa, que hayan estado amparados en el pago de la indemnización tarifada en la ley, y por ende *prima facie* ajustados a derecho, que entrañen la violación de derechos humanos en el ámbito laboral, son ineficaces.

REFERENCIAS

Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de estudios Constitucionales.

Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No 80, Bogotá D.E, jueves 23 de Mayo de 1991.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. (1988) “Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Protocolo de San Salvador.”. San Salvador. Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-747/1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-155/1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032/2007, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-213/2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-697/2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-327 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-415/2012, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-040/2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional, Sentencia T-238/18, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2018). Sentencia, radicado 4510, 17 de octubre. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2018). Sentencia, radicado 4457, 3 de octubre. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2018). Sentencia, radicado 4665, 3 de octubre. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2019), Sentencia, radicado SL 1688, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Isaza, G. (2014) *Derecho laboral aplicado*. Bogotá. Editorial Leyer.

Mejía, M. (2017). El derecho internacional de los derechos humanos, un nuevo concepto. En *Justicia*, 32, 38-63. <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2904> Monroy, M, C. (2018) *Introducción al derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A

Monroy, M, C. (2018) *Introducción al derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A

Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. Recuperado de https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

Papachinni. A (1997) *Filosofía y derechos humanos*. Cali. Universidad del Valle.

Plazas, G. Plazas, V. (2015) *La nueva práctica laboral 2015*. Bogotá: Editorial Independiente.

Restrepo, J. (2018) *Estructura constitucional del estado colombiano*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.

Uprimny. R (2005) El bloque de Constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. 1-35. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/> [Consulta el 22/05/2019]

Valencia, R. (2007) *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Medellín. Comlibros.

CAPÍTULO VIII

MANDATOS POPULARES: PROYECTO POLÍTICO PARA ORDENAR LOS TERRITORIOS DESDE LA AUTONOMÍA Y LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA, EL CASO DEL COMITÉ DE CONCERTACIÓN SOCIAL DE PUEBLORRICO – COCOSOP. (2014- 2017)¹

Juan Diego Restrepo Yepes²

 <https://orcid.org/0000-0003-3208-3712>

Natalia Arenas Gómez³

 <https://orcid.org/0000-0003-3208-3712>

1 Este producto es resultado del trabajo realizado en el semillero Hombre ciencia y razón 2018-2019, adscrito al proyecto de investigación Eco-política, de la línea de investigación en Derecho y políticas públicas, adscrito al grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado.



2 Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho. Docente y Administrativo. Coordinador de investigaciones y trabajos de grado. Perteneció al Grupo de Investigación: Auditorio Constitucional, adscrito a la línea: Derecho y Políticas Públicas de la Institución Universitaria de Envigado.

 juan.restrepo@iue.edu.co

3 Estudiante de Décimo Semestre de Derecho. Integrante del Semillero de Investigación: Hombre, Ciencia y Razón. Institución Universitaria de Envigado. Integrante del Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP) y del Cinturón Occidental Ambiental (COA).

 narenas81@gmail.com

Cita este capítulo:

Restrepo Yepes, J. D. Arenas Gómez, N. y Cardona Luján, M. M. (2021). Mandatos populares: proyecto político para ordenar los territorios desde la autonomía y la participación efectiva, el caso del comité de concertación social de Pueblorrico – COCOSOP. (2014- 2017). En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 269-334). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Díké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.8>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



Mónica Milena Cardona Luján⁴

 <https://orcid.org/0000-0003-3208-3712>

Resumen:

En este capítulo se pretende analizar a través del estudio de casos y el método clínico, las experiencias de comunidades indígenas, campesinas y locales, pertenecientes a organizaciones sociales del Suroeste de Antioquia, en este caso el Cinturón Occidental Ambiental (COA) y el Comité de Concertación Social Pueblorrico (COCOSOP), han construido el concepto de mandatos populares y la posible incidencia de estos en el ordenamiento jurídico y las agendas estatales de Colombia. La finalidad de este instrumento académico es contextualizar sobre los avances en materia de participación social en el Municipio de Pueblorrico y como a través de experiencias comunitarias se ha gestado el concepto de mandatos populares y planes de vida comunitarios, como herramientas primordiales para incidir en la formulación, discusión y elaboración de acuerdos municipales, normas y la incidencia en de los esquemas de ordenamiento territorial, todo ello con el fin de resignificar el derecho a exigir, haciendo énfasis en como la autonomía territorial a través de estas prácticas sociales, debe mirarse como un proyecto político que vigoriza la democracia, participación y el pluralismo consagrado en la cláusula general del Estado Social de Derecho.

Palabras clave:

Mandatos Populares, comunidades locales, resignificar, territorio, autonomía, democracia, participación, pluralismo.

4 Estudiante de Décimo Semestre de Derecho. Integrante del Semillero de Investigación: Hombre, Ciencia y Razón. Institución Universitaria de Envigado.

✉ monicacardona924@gmail.com

Abstract:

This chapter aims to analyze through the case study and the clinical method, the experiences of indigenous, peasant and local communities, belonging to social organizations in the southwest of Antioquia, in this case the Western Environmental Belt (COA) and the Committee of Pueblorrico Social Agreement (COCOSOP), it has built the concept of popular mandates and the possible impact on the legal system and political agendas of Colombia. The purpose of this academic instrument is contextualize on the advances in the matter of social participation in the Municipality of Pueblorrico and how, it through the community experiences, the concept of popular mandates and community life plans has been developed, as essential tools to influence the formulation, discussion and elaboration of municipal agreements, norms and the incidence in the territorial planning schemes, in order to resignify the right to demand, emphasizing how territorial autonomy through these social practices, should be regarded as a project political that invigorates democracy, participation and pluralism enshrined in the general clause of the Social Rule of Law.

Keywords:

Popular mandates, local communities, resignify, territory, autonomy, democracy, participation, pluralism.

El Mandato Popular se constituye en la fuerza que permite la re-significación de pensamientos, lenguajes y prácticas cotidianas en la definición de procesos políticos, diversos, contruidos por campesinos, indígenas, mujeres, hombres, jóvenes y niños, (re)definiendo agendas políticas para el relacionamiento armónico con la naturaleza. Su efectividad se define en el poder de legitimarlo, legibilizarlo, (re)construirlo, potenciarlo, implementarlo y defenderlo con dignidad, desde hoy y para siempre. De esta manera es posible la Justicia Social a partir de la construcción de Territorios Sagrados para la Vida.

Yamid González D. (2017)

INTRODUCCIÓN

En los últimos años es notable evidenciar cómo se han activado mecanismos de participación ciudadana dirigidos a la defensa del ambiente, el agua y los territorios; pero todo esto ha desplegado una lucha directa contra la política de extracción ilimitada de recursos naturales⁵, evidenciando que la puesta en marcha de mecanismos jurídicos y no jurídicos, subyacen en un déficit de la democracia en relación con la limitación de la participación de las comunidades. Defender los derechos del ambiente, implica la defensa, entre otros, de principios constitucionales y derechos colectivos como la autonomía, identidad cultural, democracia, participación, pluralismo y territorio.

Es sabido que entre los derechos fundamentales de toda persona está el de participar en las decisiones políticas, en los procesos

5 COA (2014) citando a Toro (2012) indica que en el suroeste antioqueño ha surgido el Cinturón de Oro de Colombia, zona geológica que hace parte de un ramal de la cordillera Occidental y nace en Marmato (Caldas), localidad que tiene más de 450 años de historia minera, comprendiendo los municipios de Riosucio y Supía (Caldas) y continúa su extensión en Valparaíso, Jardín, Támesis, Jericó, Tarso, Pueblorrico, Caramanta y Andes (Suroeste de Antioquia). Después del Plan Nacional Minero 2006, el Ministerio de Minas y Energía incluyó municipios que nunca tuvieron vocación minera y la riqueza aurífera de este Cinturón despertó el interés de multinacionales.

económicos, sociales y culturales, pero a menudo se ven privados de este derecho, dado que en la actualidad del país las decisiones que se toman en materia de participación ambiental y de -mega proyectos⁶ - evidencian la presión ejercida hacia los gobiernos por multinacionales, que sobreponen los derechos empresariales y privados sobre las garantías *ius fundamentales* de aquellas comunidades que habitan el territorio.

En la realidad fáctica, la democracia para estas comunidades locales⁷ ha demostrado entrar en contradicción con su concepción clásica, dado que cuando se habla de ésta, no necesariamente se hace referencia a la que es coordinada por las instituciones del Estado -v.gr Consejo Nacional Electoral-, y que se utiliza en procesos políticos ordinarios, *contrario sensu*, para estas comunidades, la democracia es un instrumento que les permite participar constantemente en la toma de decisiones con relación a sus territorios, cuestionando al gobierno local y nacional cada vez que se presentan este tipo de procesos⁸.

6 Los megaproyectos se definen como aquellos proyectos de desarrollo económico que trascienden la esfera de lo local y se circunscriben dentro del incremento de las economías de escala, por las cuales los intercambios del comercio internacional se hacen cada vez en mayores magnitudes, en el marco de la lógica económica imperante, y en donde la estructura biofísica, la vida social y cultural se reestructuran en función de intereses que buscan insertarse en las grandes economías globales, por lo general a partir de modelos de extracción de recursos naturales. (Preciado, 2018, p. 274)

7 “El derecho a la participación de los grupos de población potencialmente afectados por causa de un proyecto de tal índole, constituye una de las formas en las que el Estado puede y debe prevenir que visiones generales del “interés general” generen graves afectaciones en los derechos de las personas. Al ejecutar un megaproyecto, el campesino, el jornalero o el tradicional habitante de una región afectada, se encuentra en un verdadero estado de indefensión frente al empresario o dueño del proyecto. Solo con el adecuado ejercicio de la participación podrá evitar que se lesionen sus derechos.” Sentencia T-135 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

8 Ver Sentencias C-395 de 2012, C-123 de 2014, C-035 de 2016, C-273 de 2016, T-445 de 2016.

Por otro lado, existe una colisión entre el ordenamiento jurídico vigente y los intereses de las comunidades, pues el gobierno considera que aplicando las leyes y procedimientos está cumpliendo con los fines del Estado, pero la realidad y la experiencia de las comunidades que se ven afectadas por algunas decisiones, muestran lo contrario; ejemplo de ello, puede ser un proyecto de hidrocarburos, energético o de monocultivos, donde aplicar la ley no es suficiente para garantizar los derechos humanos, la participación efectiva y la protección de la naturaleza⁹.

Sumado a lo anterior, se tiene que la comprensión y la aceptación de los derechos colectivos y del medio ambiente tiene todavía una fuerte resistencia, basado ello en una lógica individualista o el enfoque antropocéntrico de la ley y su origen; pero cada vez surgen por parte de las comunidades tradicionales u organizaciones civiles más propuestas o reivindicaciones del derecho, intentado así conseguir cambios significativos en los instrumentos jurídicos; ejemplo de ello, son los *mandatos populares*, construidos por organizaciones sociales del Suroeste de Antioquia, en este caso el Cinturón Occidental Ambiental (COA) y el Comité de Concertación Social Pueblorrico (COCOSOP), que por medio de la construcción de estos buscan el reconocimiento y la recuperación de la autonomía y

9 La falta de consulta previa a las comunidades indígenas y negras de todo el país para la expedición de la Ley 1021 de 2006, por la cual se expide la Ley General Forestal consideró la Corte en la Sentencia C-030 de 2008 que: “un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones que pretenda regular de manera integral los asuntos forestales, exigía que, como condición previa a su radicación en el Congreso, el gobierno adelantara un ejercicio específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales, que permitiera hacer efectivo su derecho de participación. Dicho proceso habría permitido identificar dificultades, establecer las discrepancias relevantes en las aproximaciones, buscar alternativas, y, en todo caso, propiciar que el debate en el Congreso se enriqueciera con el aporte de posiciones previamente decantadas en las que, si bien no era imperativo el consenso, si permitirían apreciar con nitidez los aspectos que desde la perspectiva de las comunidades podrían resultar problemáticos.”

auto-organización de las comunidades locales, para proteger y garantizar sus derechos y los de la naturaleza. Por otro lado, se busca reconocer y valorar los procesos sociales locales para fomentar la participación efectiva en la discusión de normas, políticas públicas, acuerdos municipales, etc., para que las comunidades tengan posibilidades reales de intervenir en sus contenidos, dado que, para hacer efectiva la autonomía y el pluralismo, se debe reconocer la diferencia de las comunidades campesinas, indígenas y afros, para generar conocimiento.

Con relación a lo expresado, cabe preguntarse si los *mandatos populares*, a través de las experiencias comunitarias, pueden lograr incidir en el ordenamiento jurídico, para lograr mayores márgenes de autonomía territorial y democracia participativa¹⁰ que permitan una adecuada protección de los derechos bio-culturales¹¹.

Se procura invitar a reflexionar sobre las prácticas de las organizaciones sociales, en este caso del Comité de Concertación Social de Pueblorrico – (COCOSOP), como organización articulada al Cinturón Occidental Ambiental – (COA), desde una mirada socio-jurídica, en la que se utilizó un modelo clínico de investigación, en el cual utilizaron elementos de orden cualitativo, por tratarse de una realidad que actualmente viven las comunidades tradicionales del país. Ahora bien, el método clínico supuso una interacción entre lo teórico y lo práctico, es decir, no solo se partió de un conocimiento meramente normativo, sino que se percibió como ese conocimiento puede servir para solucionar problemas reales, problemas que se afrontan desde un campo interdisciplinario.

10 Ver en este sentido la Sentencia C-535 de 1996, C-035 de 2016, C-123 de 2014, C-273 de 2016, T-445 de 2016, C-298 de 2016, C-389 de 2016.

11 El término de Biocultural surge en las Sociedades Internacionales de etnobiología con la declaración de Belén 1988, allí se enmarca la importancia de la relación y unidad entre el concepto de naturaleza y especie humana. El enfoque biocultural en Colombia se puede encontrar en los artículos 7 y 8 de la Constitución Política de 1991.

Se realizó un estudio de casos pertinente a las prácticas de las comunidades campesinas e indígenas del municipio de Pueblorrico (Ant.), dado que desde la experiencia de estas organizaciones, se empieza a promover la participación social y popular, a partir de la construcción de ideas alternativas, como lo son los *mandatos populares* que se han desarrollado de manera reiterada, como una construcción que exterioriza el poder y el sentir de la gente respecto a los procesos políticos, simbolizando un ejercicio de *resignificación del derecho*, definiendo así el horizonte político de esta organización.

El primer acápite busca abordar la problemática que nos ocupa, es decir, el choque entre el ordenamiento jurídico en materia de participación social y ambiental; y la autonomía y participación efectiva de las comunidades desde un enfoque ecocéntrico¹², realizando una recopilación de los casos de participación que se han llevado a cabo en el municipio de Pueblorrico (Ant.) con la construcción de los *mandatos populares*; análisis que se procura hacer desde la relación directa de comunidades campesinas e indígenas y sus modos de vida.

En segundo acápite, se realiza un análisis acerca de la noción de *mandatos populares*, y como estos entran en diálogo con el derecho, para proponer la resignificación de concepciones jurídicas del derecho occidental que, en la actualidad, son insuficientes frente a las problemáticas que afrontan las comunidades que habitan territorios amenazados por proyectos extractivos.

Adicionalmente, el tercer acápite describe como la autonomía territorial que se propuso en la Carta Política de 1991 es un elemento transversal para vigorizar la democracia, la participación y

12 Parte de una premisa básica, según la cual la tierra no pertenece al hombre, y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie. Es precisamente bajo ese marco que se han desarrollado el concepto de derechos bioculturales. Sentencia T-622 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

el pluralismo (Restrepo, 2018, pp 46-50), de tal modo que, estos principios llevan implícitas decisiones de autonomía territorial, que aportan a la comprensión del Estado Social de Derecho, en una apuesta política en el que las comunidades participan en condiciones de igualdad para reconocer el derecho a las comunidades a ser interlocutores válidos en sus proyecto de vida, lo cual les garantice el goce a un medio ambiente sano, en condiciones de dignidad.

Por último, el cierre de este artículo, lejos de ser consideradas conclusivas, plantea retos e inquietudes para continuar con esta reflexión acerca de los mandatos populares y su resignificación a través de la participación social *efectiva* y *afectiva*, concepción que permite la democratización de lo ambiental, y la reivindicación de una verdadera autonomía territorial a través de los planes de vida comunitarios como proyectos que dignifican a las comunidades y la naturaleza; en consecuencia se resalta de manera breve la implementación, defensa y consolidación que actualmente se viene dando con los *mandatos populares* a partir de la puesta en marcha el *Pacto Plan de Vida Comunitario (PPVC)*, para las elecciones a la alcaldía en el año 2019 en el Municipio de Pueblorrico y el Suroeste de Antioquia.

Avances en materia de participación social y ambiental: El caso del Comité de Concertación Social de Pueblorrico – COCOSOP:

El Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP), hace parte del proceso regional que articula y coordina diversas organizaciones del Suroeste de Antioquia, Cinturón Occidental Ambiental (COA)¹³. En el año 2014 el COA y otras organizaciones

13 El COA surge como una respuesta alterna al llamado Cinturón de Oro de Colombia (COC) el cual establece que los municipios de Caramanta, Valparaíso, Támesis, Jericó, Tarso, Pueblorrico, Hispania, Andes y Jardín, del suroeste antioqueño, los cuales constituyen una zona geológicamente homogénea con altas similitudes para la explotación minera. (González, 2013, p.142)

sociales deciden retomar la idea de una consulta popular para el Suroeste Antioqueño, a partir de reflexiones que se venían gestando no solo en esta subregión de Antioquia, sino en el país; dado el avance que se venía desarrollando desde el Gobierno Nacional con la denominada “locomotora” minero-energética en Colombia (Plan Nacional de Desarrollo [PND], 2010; 2014), lo que conlleva a que diferentes organizaciones sociales y comunidades del país activaran los mecanismos de participación ciudadana, incorporados en la Constitución Política de 1991 (Pérez Rincón, 2015; Roa y Navas, 2014).

Diferentes movimientos sociales, comunidades campesinas, indígenas, afros, (etc.), empiezan a reflexionar sobre los mecanismos de participación ciudadana y su importancia: *el por qué, para qué y el cómo*, estos mecanismos han potenciado la defensa y el reconocimiento de los territorios, los procesos de educación popular ambiental y acciones de participación comunitaria, lo que ha conllevado a priorizar la protección de las fuentes de agua, los usos del suelo y las economías indígenas y campesinas (González, 2018), es decir, las comunidades le están apostando a la democratización de lo ambiental desde sus necesidades y contextos, buscando la concertación social como pilar de sus decisiones para la defensa de la vida, el agua y el territorio.

Desde esta perspectiva nace el *Comité de Concertación Social: Pueblorrico por la Defensa del Territorio*, el 29 de junio de 2014, se acoge la propuesta del COA¹⁴, y se propone la construcción de la

14 (...) El reconocimiento, preservación, protección y promoción de la defensa del Suroeste de Antioquia como un Territorio Sagrado para la Vida mediante el diseño de una campaña que promueva la defensa del territorio, implementando acciones estratégicas y participativas para la visibilización, sensibilización e incidencia política en las comunidades y en la opinión pública. (...) La intención de la campaña Suroeste Territorio Sagrado para la Vida, no solo pretende alcanzar un propósito final, sino que a través de su propuesta metodológica de construcción popular le da un sentido de inci-

Consulta Popular para el municipio, sumándose así diversos grupos y actores locales¹⁵; procurando una incidencia política que tenga como pilar axiológico, la concertación social para la protección y defensa de los territorios (González, 2018).

Primeros Mandatos Populares. Por la Vida, el Agua y el Territorio (2014):

El 30 de noviembre de 2014 es una fecha que demarca la historia del Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP) y el Cinturón Occidental Ambiental (COA), un hito que circunscribe las diferentes expresiones *afectivas* y *efectivas*¹⁶ de la participación social para este movimiento, pues a partir de allí se *resignifican los ejercicios de participación social*, no solo para Pueblorrico, sino para el Suroeste de Antioquia. En el marco de un Cabildo Abierto se presentaron los primeros *Mandatos Populares por la vida, el agua y el territorio*¹⁷. (González, 2018)

dencia permanente, cuyo objetivo es lograr la conjunción entre la reflexión y la acción, que contribuya a desarrollar la criticidad de los sujetos –individuales y colectivos- para la toma de posición o incidencia política. (COA, 2014)

- 15 El COCOSOP es la articulación de procesos como Asocomunal, Juntas de Acción Comunal, Asociación Campesina Comunidad en Acción (ACCA), Escuelas Campesinas, Consejo de Cultura, Cabildo del Adulto Mayor, Mesa Ambiental, Periódico La Calle 30, Comité de Cafeteros, Resguardo Indígena Bernardino Panchí, Asociación de Mujeres, Canal Telepueblorrico, Grupos Caminantes Huellas, Centro de Historia, Cinturón Occidental Ambiental COA, profesores y personas naturales. (González, 2018, p.131)
- 16 Entendida desde aquellas acciones cotidianas, colectivas y organizativas que nos permite (re)definir acciones políticas, económicas, sociales y culturales y que se resignifican desde los sentidos del lugar, desde el amor y la solidaridad, aportando a la transformación y democratización del Territorio. (COA, 2018)
- 17 Ver en este sentido cabildo abierto y mandatos populares (2014): Pueblorrico (Antioquia) <https://www.youtube.com/watch?v=4-86POiHTJI&t=910s>

Estos mandatos se convierten en una herramienta política y pedagógica que impulsa la transformación creativa de los conflictos, los cuales se visibilizan con la llegada de la minería o los denominados extractivismos que, según Gudynas (2018), son unos modos particulares de apropiación intensiva de recursos naturales, que en sentido estricto tienen tres características simultáneas: (i) una extracción de recursos naturales en grandes volúmenes o alta intensidad; (ii) donde la mitad o más son exportados a los mercados globales y, (iii) lo son como materias primas o commodities (p. 20).

Siguiendo este concepto de Gudynas (2018), los extractivismos¹⁸ incluyen clásicos emprendimientos como la minería a cielo abierto, la explotación petrolera y también se da en otros sectores como agricultura, ganadería, pesquerías, camaroneras, (etc.) Estos se encuentran en zonas donde el suelo contiene alta fertilidad, siendo explotado con el fin de implantarlo en redes complejas de producción, distribución y comercio que implican una pérdida de patrimonio natural.

Dada la magnitud global de estos proyectos, las comunidades locales se enfrentan a condiciones desiguales en la toma de decisiones, evidenciadas en la exclusión del acceso a la información y la participación local¹⁹. Es así como la construcción y presentación de estas propuestas de mandatos populares, expresan como el discurso de los derechos colectivos y del medio ambiente, pasan de estar limitados a los expertos constitucionalistas o académicos, a una apropiación social, (Zapata & Llano, 2018), donde las comunidades exigen y resignifican los derechos a partir de las relacio-

18 Existen diferentes posturas sobre cuáles y cuántas con las actividades que se entienden como extractivas en el país, debates que se vienen dando desde la academia, movimientos sociales y lo jurídico. El COCOSOP y COA han asumido una postura amplia y abierta respecto a lo que se entiende por extractivismo.

19 Ver en este sentido Corte Constitucional: Sentencia T-135 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

nes sociales, culturales y ambientales de sus territorios. Este primer mandato (2014), (Por la Vida, el Agua y el Territorio) trajo consigo tres propuestas de mandatos:

Primera: Declaramos actores no gratos en Pueblorrico a Anglo Gold Ashanti, Solvista Gold, I´m Gold, Angel Gold, Anglo American Gold, Sociedad Soratama, Mineros de Colombia S.A, Caramanta Conde Mine, i[...] y todas aquellas empresas mineras y aliados que pretenden pasar por encima de la autonomía de este Pueblo que hoy reclama Dignidad!²⁰

Segunda: Prohibimos el uso del Cianuro y el Mercurio en el Municipio de Pueblorrico Antioquia para garantizar nuestros derechos fundamentales y sagrados a la Vida, al Agua y al Territorio²¹.

Tercera: Convocamos a Consulta Popular por la Vida, el Agua y el Territorio. Que la siguiente pregunta se someta a votación popular: *¿Está de acuerdo, sí o no, que en el municipio de Pueblorrico Antioquia, el Derecho a la Vida, al Agua y al Territorio sean decla-*

20 La exposición de motivos de este mandato destaca como la intromisión tanto de particulares, empresas nacionales o transnacionales y diversos actores llegan a estos territorios sin informar sobre los diferentes proyectos mineros, de monocultivos, hidroeléctricas, (etc.) que pretenden realizar. Este hecho genera disputas y conflictos entre quienes habitan los territorios, pues se vulnera la autonomía de las comunidades a decidir sobre sus proyectos de vida, alterando sus costumbres y cultura de forma unilateral por parte del Estado y las Empresas; dado que cuando llegan este tipo de proyectos se generan una amenaza latente en los espacios de identidad cultural, campesina e indígena, cambios en la vocación agrícola, usos del suelo y el agua, patrimonio histórico y cultural.

21 La fundamentación de este mandato popular expone de manera detallada los perjuicios que implica el uso del cianuro y el mercurio en los territorios, citando los siguientes textos: Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina OCMAL, Ecuador, 2010, La cara tóxica del Oro: Una introducción al uso del cianuro en la explotación del oro y el Proyecto de Ley “por medio de la cual se establecen disposiciones para el uso de mercurio y otras sustancias tóxicas en los procesos industriales”, presentado el 20 de julio de 2010.

*rados Derechos Sagrados, Supremos, Autónomos y Colectivos que están por encima de cualquier proyecto minero, energético, tratados comerciales e industria extractiva?*²² (cursiva dentro del texto)

Este ejercicio de participación comunitaria por parte del Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP), se construye a partir del reconocimiento de los territorios y la definición de lo que significa la participación y autonomía para las organizaciones sociales; lo cual permite construir proyectos de vida, acordes a la visión que tiene las comunidades de los territorios, convirtiéndose así, estos instrumentos de participación en proyectos políticos que reconocen y construyen los territorios a través de acciones colectivas para dignificar los planes de vida de las comunidades locales²³, en virtud de la autonomía y autodeterminación territorial.

Precedente histórico de los Mandatos Populares en la inclusión en los Acuerdos Municipales de Pueblorrico (Ant.):

Ahora bien, en tratándose de la incidencia que estos mandatos populares tienen en el aspecto jurídico como proyectos de vida que representan intereses que propenden por la efectividad de la participación de las comunidades que habitan los territorios, se reconfi-

22 La pregunta de consulta popular en Pueblorrico, en el contenido de los conceptos que se planteaba, estaban direccionados en su mayoría a la construcción política del Territorio y lo Sagrado para la Vida, propuesta que el COA empezó a difundir por el Suroeste, de tal manera que en la exposición de motivos que fundamenta la propuesta de consulta popular, se dan aportes valiosos desde la concepción que tienen las comunidades de los territorios que habitan, conceptos que se plasman para darle contenido político al concepto de la Vida en el suroeste de Antioquia (González, 2018, p. 172)

23 Estos mandatos populares se promulgaron con el lema de “publíquese, aplíquese y defiéndase con dignidad desde hoy y para siempre: Pueblorrico Territorio Sagrado para la Vida”.

guran los mecanismos de participación comunitaria, teniendo como principio la autodeterminación y la autonomía de las comunidades para la construcción de proyectos de vida dignos y acordes a la planeación u ordenamiento territorial que acoge las visiones de las comunidades.

Esta situación se traduce en que el primer mandato popular por la vida, el agua y el territorio que declara actores no gratos en Pueblorrico, presentado en el Cabildo Abierto el 30 de noviembre de 2014, fuera acogido por el Concejo Municipal, mediante acuerdo municipal 013 del 2014²⁴, “por medio del cual se crea la declaratoria de actores no gratos en Pueblorrico con el objeto de reclamar y garantizar la participación ciudadana para la protección de la vida, el agua y el territorio” , y el segundo mandato popular, que prohíbe el uso de sustancias tóxicas, fuera acogido por el Concejo Municipal mediante Acuerdo 014 de 2014²⁵ “por medio del cual se prohíbe

24 (...) ARTÍCULO SEGUNDO – DECLARATORIA DE ACTORES NO GRATOS: Acogiendo el mandato popular de los grupos organizados de Pueblorrico, y reconociendo los conflictos socio-ambientales que genera la industria minera, tal como lo menciona la Contraloría General de la República, Declárese como actores no gratos en el Municipio de Pueblorrico a Anglo Gold Ashanti, Solvista Gold, I´m Gold, Angel Gold, Anglo American Gold, Sociedad Soratama, Mineros de Colombia S.A, Caramanta Conde Mine, Cablemas Pueblorrico Televisión, Hernando Calle Arango y todas aquellas empresas mineras y aliados que pretenden pasar por encima de la autonomía de las comunidades. Dado que se han entregado títulos mineros y otros están en proceso de solicitud, en el marco de que nunca se ha acordado, socializado y solicitado licencias sociales en Pueblorrico para la implementación de dichos proyectos, sin consultar previamente a las comunidades, y de aquellos medios de comunicación que reflejan intereses ajenos (...)

25 ARTÍCULO PRIMERO – PROTECCIÓN DE LA VIDA, EL AGUA Y EL TERRITORIO: Prohibir en el municipio de Pueblorrico el uso del Cianuro y el Mercurio con la finalidad de proteger la salud de las personas, la vida, el agua y el territorio. (...) ARTÍCULO TERCERO – INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: Los proyectos auríferos o de características similares que se ejecuten en el Territorio, deberán presentar sus operaciones con tecnología que no utilicen el Cianuro y/o el Mercurio

el uso del cianuro y el mercurio con el objeto de proteger la vida, el agua y el territorio”; acuerdos que rigieron a partir del día 07 de diciembre de 2014 que fue su sanción y publicación legal.

Así las cosas, estos dos precedentes que se ponen sobre la agenda política del Estado de derecho actual, para febrero de 2015, la Secretaría General del Departamento de Antioquia, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto Departamental 1554 de 2012 y por el numeral 10 del artículo 305 Superior y los artículos 119 y 120 del Decreto 1333 de 1986, envía al Tribunal Administrativo de Antioquia el acuerdo número 013 y 014 de 2014 del Concejo Municipal de Pueblorrico, a fin de obtener un pronunciamiento acerca de la validez del mismo. En las Sentencias del 31 de agosto de 2015 de la Magistrada Gloria María Gómez Montoya y del 06 de mayo de 2015 del Magistrado Jorge Iván Duque Gutiérrez, respectivamente, declaran la invalidez de dichos acuerdos²⁶.

Finalmente, el último mandato popular que convoca a Consulta Popular fue acogido por el Alcalde Municipal en el año 2015, y se presentó la propuesta de Consulta Popular ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, siendo tramitada por el Magistrado Zambrano Velandia mediante la Sentencia N° S2 – 36 de 2015, la cual declara inconstitucional la pregunta de consulta popular en Pueblorrico, al argumentar que:

“La Consulta Popular no puede ser adelantada por el alcalde, habida cuenta que desborda las competencias y funciones que constitucional y legalmente se han asignado a autoridades del Orden Nacional. La inconstitucionalidad de la pregunta radi-

y deberá aplicar el principio de precaución como lo establece la ley 99 de 1993, en su artículo primero, numeral 6, para garantizar efectivamente los derechos fundamentales y colectivos a la vida, al agua y al territorio.

26 Ver respectivamente Sentencias del Tribunal Administrativo de Antioquia con Radicado: 05001233300020150014600 y 05001233300020150018800

ca precisamente en la falta de competencia de las autoridades municipales para hacer efectiva la decisión, bajo la hipótesis de que se configure una decisión obligatoria, de tal manera que no resulta ajustada a la Ley la pregunta, por cuanto no puede señalarse que ciertos derechos deben ser **declarados como supremos, sagrados, autónomos**, por cuanto la Constitución Nacional, ya los instituyó como fundamentales y colectivos, los cuales deben ser respetados, protegidos, salvaguardados no solo por las instituciones del Estado –ya sean del orden nacional, departamental, municipal o distrital- sino también por cada una de las personas habitantes en el territorio nacional. Aunado a lo anterior, como se indicó, los estudios de viabilidad de que un suelo del territorio sea utilizado para proyectos de explotación y exploración minera radican exclusivamente en el Estado-Nación, situación ésta que tampoco podría impulsarse a través de una Consulta Popular.” (Negrita fuera de texto)

Respecto a la inconstitucionalidad definida por el Tribunal de Antioquia sobre la pregunta de la Consulta Popular, en mayo del 2015 el Comité de Concertación Social y el COA iniciaron la construcción de la Consulta Autónoma²⁷; como resultado de este ejercicio nace el Plan de Vida Comunitario de Pueblorrico²⁸, puesto

27 La Consulta Autónoma se constituye en un ejercicio permanente de reflexión, que define el porqué y el para qué de la participación social en la construcción de autodeterminación territorial. Ha permitido trascender la perspectiva estado-céntrica y “democrática” de entender y ejercer la participación mediante las urnas. La Consulta Autónoma ha permitido definir que la participación y autonomía territorial se construye desde los procesos de 1) formación, 2) de comunicación y arte, 3) de economías indígenas y campesinas, 4) de cultura, la interculturalidad e identidad, 5) de participación y democracia y, finalmente, mediante 6) de acciones jurídicas bajo el principio de “re-significar para exigir”. La Consulta Autónoma nos permite definir que es la participación. (González, 2018, p. 174)

28 González (2018) Este Plan de Vida podemos concebirlo como un conjunto de prácticas de saberes, como pragmática epistemológica, que nace desde las experiencias vitales de personas y procesos que definen, como lo

que las condiciones que impone los formalismos democráticos son insuficientes respecto a la visión que aquellas comunidades tienen del territorio, pues se sobreponen los intereses económicos de las empresas extractivistas, por encima de las posturas e intereses de las comunidades; anulando otros escenarios de confrontación política, jurídica y epistémica de la participación, con lo que el Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP) gesta:

“Una reflexión política y epistémica -de fondo- sobre qué es la participación y qué necesitamos para construir autonomías en Pueblorrico, frente a esta confrontación político y jurídica, considerando la apropiación de lo político por parte de las comunidades y el cómo emergen concepciones territoriales, así se evidencia en la argumentación de la constitucionalidad de la pregunta de consulta por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia y el contenido político y cultural que le da el Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP) y el Cinturón Occidental Ambiental, una confrontación epistémica por la definición de la Vida y su protección como derecho sagrado” (González, 2018, p. 173).

Siguiendo la línea del tercer mandato sobre la Consulta Popular, con los aportes realizados por los actores, se demuestra como la participación comunitaria, a partir de los mandatos populares, puede ser una herramienta efectiva para la participación local, dado el nivel de conciencia y apropiación que se da por parte de las comunidades, pues implica una autorreflexión sobre la concepción de la participación democrática en políticas que velen por el bien común, transformando la manera de entender éste y el relacionamiento del hombre con la naturaleza, lo que conlleva a entender la participación de manera diferente, de acuerdo a González (2018):

plantea la ecología de los saberes, “la preferencia a las formas de conocimiento que garantice el mayor nivel de participación a los grupos sociales involucrados en sus diseños, ejecución y control, y en los beneficios de la intervención” (Santos, 2010, pp. 38-39)

“Más allá de entrar en el debate de “no a la minería” y toda la industria extractiva, se le apostó a la consolidación del significado de los *Derechos Sagrados* como apuesta política que el COA está construyendo a partir de la campaña “Suroeste de Antioquia: Territorio Sagrado para la Vida”, es decir, que desde el proceso político de reconocimiento territorial se materializa la *resignificación del derecho* para la exigencia de los *Derechos Sagrados a la Vida, al Agua y al Territorio.*” (Cursiva dentro del texto)

Lo anterior, puede dilucidar cómo la construcción de la autonomía territorial y comunitaria se materializa en la participación popular, pues la autonomía no es solo la descentralización, es necesario que las autoridades y comunidades puedan ejercerla de manera autónoma, sin injerencia de otros poderes. El perfeccionamiento de la democracia se logra cuando las comunidades que habitan los territorios pueden implementar medidas que les permitan desarrollar las diversas formas de participación y que, al mismo tiempo se eviten retrocesos en los niveles de protección alcanzados; la participación debe ser comprendida como un derecho de las comunidades para construir sus propios destinos y como eje medular del Estado Social de Derecho.

Segundos Mandatos Populares: Participación y Autonomía para Resignificar el Ordenamiento Territorial (2017):

Como surgimiento a la falta de respuesta por parte del ente administrativo (Departamento de Antioquia), surge la necesidad de establecer una nueva propuesta de mandatos populares a partir de todo un proceso político del Cinturón Occidental Ambiental (COA) y del Comité Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP)²⁹,

29 Para abril de 2017 se reactivan ejercicios de consulta autónoma mediante talleres de participación y autonomía en los que el COCOSOP, el COA,

las cuales pretendieron materializar la participación directa de las comunidades, y es así como en abril de 2017, se retoma de nuevo la idea de una consulta popular para el Municipio de Pueblorrico, “con el propósito de instrumentalizar lo jurídico para potenciar la construcción política del Mandato Popular y el Plan de Vida Comunitario” (González, 2018, p 176).

Para materializar la idea de la consulta popular y hacer efectiva la participación de la comunidad se genera la siguiente pregunta: *-¿Está usted de acuerdo, sí o no, con que, en el municipio de Pueblorrico, Antioquia se ejecuten proyectos mineros y/o energéticos que afecten o transformen los usos del suelo, los usos del agua, la tradición campesina y cultura indígena?*³⁰. El 29 de junio de 2017 el Tribunal Administrativo de Antioquia se pronuncia sobre la segunda propuesta de consulta popular en Pueblorrico, la Magistrada Martha Cecilia Madrid Roldán declara la pregunta inconstitucional al plantear que:

CAJAR y Censat Agua Viva, reflexionan y deciden que, en función del Plan de Vida Comunitario, se retomaría nuevamente el proceso de consulta popular (González, 2018, pág. 176)

- 30 La pregunta de consulta popular que se presentó en Pueblorrico en el 2017, fue producto de reflexiones conjuntas que se realizaron con procesos de la Zona de Reserva Campesina del Municipio de Cabrera, Cundinamarca, a quienes el COA acompañó en la formulación de su propia pregunta de consulta popular, la cual quedó de la siguiente manera: “Está de acuerdo SI o NO, que en el Municipio de Cabrera, Cundinamarca como Zona de Reserva Campesina se ejecuten proyectos mineros y/o hidroeléctricos que transformen o afecten el uso del suelo, el agua y la vocación agropecuaria del municipio?”. Si bien la estructura de la pregunta es la misma de Pueblorrico, variando en algunos conceptos, en Cabrera la pregunta fue declarada constitucional y el 28 de febrero de 2017 se realizó la primera consulta popular del 2017 y la primera en Colombia que posiciona también el rechazo a los proyectos hidroeléctricos, con una participación importante de 1.506 personas, de las cuales 1.465 sufragaron por el NO y 23 por el SÍ, pero más allá del resultado, es clara la legitimidad que adquiere, en la pregunta, su figura de Zona de Reserva Campesina como apuesta política en las disputas jurídicas y constitucionales. (González, 2018, p. 177-178)

“Se evidencia que la pregunta no es neutral y no garantiza la libertad del elector, toda vez que induce a una respuesta [...] la pregunta contiene juicios de valor negativo sobre la minería, que dirigen la voluntad del elector a votar por el NO.”

Si bien es cierto, la declaratoria de inconstitucionalidad de la pregunta por parte la Magistrada, plantea que esta contiene “desventajas”, cuando se incluyen los conceptos de “afectación y transformación”, no se comparte dicha postura, toda vez que las mencionadas palabras tienen más concepciones, tanto negativas como positivas; por otro lado, se evidencia como los Tribunales están llevando la discusión de las Consultas Populares a la dicotomía y reduccionismo del *sí o no* de ciertos proyectos, cuando lo que se está pretendiendo por parte de las comunidades es la protección de prácticas históricas, culturales, políticas y económicas de la tradición campesina e indígena; es decir, proteger todas las formas y concepciones de la vida para quienes habitan los territorios.

Dada la declaratoria de inconstitucionalidad a la consulta popular, el Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP) reactiva las consultas autónomas, es así como del 26 al 27 de agosto de 2017, se realizó un taller de participación y autonomía³¹, que tuvo como resultado la construcción de *nuevos mandatos populares*, que se radicaron como proyectos de acuerdo ante el Concejo Municipal de Pueblorrico el 20³² de agosto de 2017; las siguientes propuestas: (i) acuerdo 022, por el cual se protege la participación social en el Municipio de Pueblorrico³³; (ii) acuerdo 023, por el cual

31 El Comité de Concertación Social de Pueblorrico convoca al COA, CAJAR y CENSAT.

32 Los proyectos de acuerdos municipales, producto del mandato popular, se radicaron desde el 20 agosto que era el plazo máximo para hacerlo en el Concejo Municipal de Pueblorrico. Una vez radicado, durante el 26 y 27 fue nuevamente discutido y ajustado entre las organizaciones sociales para debatirlos con los concejales del municipio.

33 De acuerdo a la exposición de motivos, este mandato posiciona lo siguiente: Proteger, garantizar e implementar mecanismos de participación ciudadana

se protegen los usos del suelo y los usos del agua en el Municipio de Pueblorrico³⁴; (iii) acuerdo 024, por medio del cual se declara como Patrimonio Ambiental y Cultural del Municipio de Pueblorrico las fuentes hídricas, la tradición campesina y la cultura indígena³⁵.

y otros ejercicios de participación social efectiva [...] se reconoce, protege e implementan los Planes de Vida Comunitarios de comunidades indígenas y campesinas como ejercicio de participación social directa que incide en los procesos de democratización del municipio, reconociendo prácticas autónomas, culturales y tradicionales que fortalecen la participación social de hombres, mujeres y jóvenes. En el municipio de Pueblorrico Antioquia, se encuentra la Comunidad Indígena Bernardino Panchí, nombre dado en honor a los primeros fundadores. Dicho resguardo indígena tiene un plan de vida comunitario que se ha construido en el proceso organizativo al interior de la comunidad. Por otro lado, en mayo del 2015 el COCOSOP y el COA iniciaron la construcción de la Consulta Autónoma, la cual produce unos lineamientos claves para que se consolide la matriz del Plan de Vida Comunitario de Pueblorrico, proceso construido desde la articulación local y regional de organizaciones. El Plan de Vida Comunitario recoge un amplio modelo de propuestas que le apuestan a los procesos de soberanía y autonomía territorial a partir de seis ejes centrales: (i) Formación (ii) Comunicación y Arte (iii) Cultura, Interculturalidad e Identidad (iv) Participación y Democracia (v) Economías Campesinas (vi) Acciones Jurídicas para la defensa de la Vida, el Agua y el Territorio y los Derechos Colectivos.

34 De conformidad a la fundamentación de este, se propugna en estos mandatos por: Garantizar que los usos del suelo y los usos del agua en Pueblorrico, Antioquia, estén en función y protección de las economías indígenas y campesinas, la producción agropecuaria, la gestión comunitaria, la participación social y el patrimonio cultural y ambiental del municipio. [...] se reconocen, protegen e implementan prácticas sustentables y formas de participación social que preserven los usos del suelo, los usos del agua, la tradición campesina, la cultura indígena y el patrimonio ambiental y cultural de Pueblorrico. [...] Se reconoce y protege las prácticas sustentables implementadas en procesos agroecológicos, en la gestión comunitaria del agua, los circuitos económicos y solidarios, los planes de vida comunitarios de pueblos indígenas y campesinos, entre otras iniciativas más.

35 Este mandato popular posiciona los siguientes conceptos: (i) Fuentes Hídricas: Se garantiza la protección y recuperación de la red hídrica y los ecosistemas que la rodean, permitiendo su restauración natural y cultural, reconociendo lógicas propias y sustentables de las comunidades que habitan el territorio, valorando el abastecimiento a los sistemas de riego y a los

Si bien, el Comité de Concertación Social presentó ante el Concejo Municipal tres proyectos de acuerdo municipal, existe un cuarto mandato popular que se titula: *“Por el cual se dictan medidas para la defensa del patrimonio ecológico, cultural y económico del municipio de Pueblorrico y se adoptan otras determinaciones”* planteando un debate fuerte sobre la prohibición de proyectos mineros y energéticos. Propuesta que se pretende presentar más adelante, dado las limitaciones en materia de participación y autonomía a las cuales se han visto avocadas las comunidades.

acueductos urbanos y rurales del municipio(...) (ii) Tradición Campesina: Se reconoce y protege al campesinado, hombres y mujeres, su construcción sagrada de la vida, el agua y el territorio que tienen relación directa y especial con la tierra, el agua y la naturaleza a través de las prácticas culturales, la producción de alimentos u otros productos agrícolas. Los campesinos trabajan la tierra por sí mismos y dependen mayormente del trabajo en familia y otras formas de pequeña escala de organización del trabajo. Los campesinos están tradicionalmente integrados a sus comunidades locales y cuidan el entorno natural local mediante sistemas agroecológicos, circuitos económicos y solidarios, y planes de vida comunitarios. Los campesinos y campesinas se refieren a toda persona que practica la agricultura, la ganadería o la trashumancia, que produce artesanías relacionadas con la agricultura o que desarrolla otras ocupaciones similares en zonas rurales. Esto incluye a las personas indígenas que trabajan la tierra. De esta manera se protege y respalda aquellas condiciones de vida digna para los campesinos a partir del reconocimiento del derecho a la Vida y a un nivel de vida adecuado, a la tierra y al territorio, a las semillas criollas y nativas, al saber y la práctica de la agricultura tradicional, a los medios de producción agrícola, a la información, a precios justos, a la protección de valores en la agricultura, a la diversidad biológica, a la preservación del medio ambiente, la libertad de asociación, opinión y expresión y el acceso a la justicia social y ambiental. (iii) Cultura Indígena: Se garantiza el reconocimiento y la protección de los territorios ocupados o poseídos ancestral y tradicionalmente de los pueblos indígenas, la cultura Emberá, su cosmovisión sagrada de la vida, el agua y el territorio, y todas sus prácticas sustentables, culturales, políticas, económicas y sociales. Se respeta la ley de origen, ley natural, derecho mayor o derecho propio de los pueblos indígenas, su identidad territorial ancestral y/o tradicional la cual se relaciona con el sentido de pertenencia que la comunidad o pueblo indígena mantiene con su territorio poseído ancestral o tradicionalmente, en el cual se desarrolla integralmente su vida, cosmovisión, sabiduría ancestral, conocimientos, costumbres y prácticas que sustentan los derechos territoriales ancestrales de dichos pueblos.

En este orden de ideas, estos mandatos populares fueron propuestos como instrumentos que permitieran desarrollar diferentes elementos que desde la autonomía y descentralización³⁶, como principios organizativos del Estado que contribuyan a la regulación de los usos del suelo³⁷ y a la defensa, protección y conservación del patrimonio ecológico y cultural³⁸, dado que al ser el Municipio la entidad fundamental dentro del Estado, es la más cercana al ciudadano y a sus realidades, siendo la responsable del desarrollo de su territorio, y de esta forma promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, entre otras funciones³⁹.

“La omisión de un debate jurídico-político efectivo sobre el balance y equilibrio de competencias entre niveles territoriales a lo largo de este cuarto de siglo, ha permitido que, en cambio, decisiones trascendentales sobre el territorio y sobre sus habitantes hayan sido el resultado de la consolidación de enfoques o visiones de la planeación del espacio físico exclusivamente técnicas. No se quiere con esta afirmación desconocer la importancia de estos conocimientos técnicos aplicados sobre el territorio, como tampoco afirmar que éstos en algunos casos no hayan avanzado considerablemente hacia perspectivas en las que se reconoce la importancia del espacio socialmente construido por los habitantes, como sucede, por ejemplo, con las perspectivas contemporáneas de la planeación para el desarrollo del territorio. Se quiere en cambio, proponer su insuficiencia cuando carecen de debates profundos o descontextualizados de los componentes culturales, políticos, sociales y económicos necesarios para una concepción del territorio en la que no se fragmente el espacio físico de su construcción sociocultural”. (Sánchez, 2018, p. 47).

36 Artículos 1 y 287 Superiores.

37 Artículo 313 #7, Superior.

38 Artículos 313 N°9 y 300 N°2, Constitución Política de 1991.

39 Artículos 311 y 298, Constitución Política de 1991.

Precedentes históricos de los Mandatos Populares en el esquema de ordenamiento territorial de Pueblorrico y el Suroeste de Antioquia:

Los mandatos populares mencionados en el acápite anterior (2017), que fueron presentados como proyectos de acuerdo Municipal en Pueblorrico (Ant.), fueron archivados por la comisión tercera del Concejo Municipal de Pueblorrico, como consta en el acta 057 del 17 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal, excluyendo de esta manera las propuestas del Comité de Concertación Social⁴⁰; en dicha acta no hay soporte jurídico de esta decisión, por lo tanto el Comité de Concertación Social eleva derecho de petición al Concejo Municipal de Pueblorrico, al no existir una respuesta oficial de dicho ente, por lo cual emite una respuesta en términos generales que arguye que dichos temas ya están reglamentados en la ley, y que el Esquema de Ordenamiento Territorial para dicha fecha se encontraba en trámite de concertación, aunado a esto el alcalde en uso de sus facultades constitucionales, legales y administrativas había presentado un proyecto de acuerdo que prohíbe de manera rotunda la minería en el Municipio, por lo que no era oportuno dar trámite a un requerimiento que ya estaba decidido por parte de la administración municipal.

Si bien es cierto, dichos mandatos entran en tensión con la administración municipal, posteriormente inciden en la elaboración de los Esquemas de Ordenamiento Territorial (EOT), a nivel regional, (Suroeste de Antioquia), en los cuales se han trazado lineamientos que han permitido exponer estas propuestas ante los Consejos Municipales de la región⁴¹. Aunado a este esfuerzo, se pone en evi-

40 Ver en este sentido comunicado del COCOSOP: <http://lacalle30.blogspot.com/2017/11/comunicado-la-opinion-publica-mandatos.html>

41 Ver en este sentido movilización en Pueblorrico y Támesis: <http://coaterrioriosagrado.org/hoy-en-pueblorrico-y-tamesis-movilizacion-y-cabildos-comunitarios/>

dencia el trabajo realizado en el Municipio de Pueblorrico por parte del Comité de Concertación Social (COCOSOP) y el Cinturón Occidental Ambiental (COA), los cuales presentan en sus grupos de trabajo la apuesta por la resignificación del ordenamiento territorial; es por ello que el 12 de agosto de 2018, formaliza su participación, y el Concejo Municipal incluye la propuesta sobre los usos del suelo y los usos del agua, la tradición campesina, la cultura indígena, las fuentes hídricas, la participación social efectiva y la educación popular territorial⁴², a partir de representaciones y videos plasmados en mapas *Sueños del territorio*, valoraciones que se llevan a cabo con la implementación de los “*Talleres de Participación y Autonomía para Resignificar el Ordenamiento Territorial*”, que se desarrollaron con varias organizaciones de la articulación del Cinturón Occidental Ambiental (COA, 2018).

Con base en lo antelado, en el municipio de Pueblorrico se desarrolló en el marco de una movilización social un Cabildo Abierto el 25 de noviembre de 2018⁴³, convocado por el Comité de Concertación Social (COCOSOP), donde se ahondó en la propuesta de “*Participación y Autonomía para Resignificar el Ordenamiento Territorial*” las cuales se han construido, en gran medida, desde el Plan de Vida Comunitario de Pueblorrico. Los Planes de Ordenamiento Territorial, desde la perspectiva del COA, son considerados instrumentos por los cuales las organizaciones sociales deben incidir para legitimar el proceso de construcción de *Territorios sagrados para la vida*, propuesta que determina principalmente los aspectos sociales, culturales y políticos de autonomía territorial y comunitaria (COA 2018):

“La función social y ecológica de la propiedad y la prevalencia del interés general en el Territorio COA, se expresa al plantear que los usos del suelo y los usos del agua deben estar en fun-

42 Ver <https://www.youtube.com/watch?v=H5fdb22gCi4>

43 Ver <https://www.youtube.com/watch?v=XSnRGzGFcVI&t=1461s>

ción y protección de las economías indígenas y campesinas, la gestión comunitaria del agua y de la tierra, la tradición campesina, la cultura indígena, las fuentes hídricas, la participación social y el patrimonio cultural y ambiental. Las propuestas para el Esquema de Ordenamiento Territorial se constituyen en una matriz para el debate que está en construcción en el Suroeste de Antioquia y se basan en cuatro puntos: 1) los usos del suelo y los usos del agua; 2) el patrimonio cultural y ambiental; 3) la participación social efectiva y afectiva y, 4) la educación popular territorial. Estas propuestas del COA sobre el “ordenamiento territorial” es producto de nuestra apuesta política de “resignificar para exigir”⁴⁴ (COA, 2018)

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 388 de 1997 a partir de su expedición se convierte en un instrumento que fortalece en Colombia la planeación para el desarrollo territorial; la cual a pesar de los esfuerzos locales fue limitada en la discusión política de los contextos sociales de las comunidades; en la actualidad se encuentra derogada parcialmente⁴⁵. El artículo 5 de la ley 388 de 1997 define el ordenamiento del territorio municipal y distrital como aquel que comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las *estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales*.

El ordenamiento territorial es un instrumento estatal de planifi-

44 <http://coaterritoriosagrado.org/category/territorio-sagrado/>

45 Por la Ley 1801 de 2016, la Ley 1564 de 2012 y la Ley 962 de 2005.

cación y construcción del territorio que permite definir el proceso de ocupación y transformación del Territorio mediante la formulación de planes de ordenamiento territorial⁴⁶, planes básicos de ordenamiento territorial⁴⁷ y esquemas de ordenamiento territorial⁴⁸. Los principios del ordenamiento territorial, se fundamenta, según la ley antes mencionada, en: 1) la función social y ecológica de la propiedad; 2) la prevalencia del interés general sobre el particular y, 3) la distribución equitativa de las cargas y los beneficios.

La ley 1434 de 2011⁴⁹, “por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, materializa un “control desde el centro por medio del Departamento Nacional de Planeación y unos pocos ministerios, con dominio sobre las entidades territoriales, hasta volver a elegir a las autoridades locales como simples agentes del poder central”. (Quinche, 2015, p. 752)

Parece, sin embargo, como si la elaboración de la leyes y los mismos planes de ordenamiento territorial no se realizará conforme a las realidades socioeconómicas de cada localidad y en armonía con el medio ambiente y sus tradiciones históricas y culturales⁵⁰, dado que las comunidades en reiteradas ocasiones están en confrontación con las políticas de planificación del ordenamiento territorial, pues no se acomoda en diversas circunstancias a las visiones que tienen del territorio, de allí la importancia que este mecanismo de planificación estatal tenga como eje de su elaboración la participación democrática que propenda por la concertación social entre

46 Elaborados y adoptados por las autoridades de los distritos y municipios con población superior a los 100.000 habitantes.

47 Elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población entre 30.000 y 100.000 habitantes.

48 Elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población inferior a los 30.000 habitantes.

49 Modificada por la ley 1962 de 2019.

50 Artículo 4, Ley 388 de 1997.

los intereses sociales, económicos y urbanísticos, mediante la participación de los pobladores y sus organizaciones.

Es por ello que los diferentes mecanismos de participación que se han construido e implementado en Pueblorrico por parte del Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP), han sido ignorados por el Estado y en ocasiones por la administración municipal, sin embargo, el mandato popular se constituye como alternativa para reconocer y valorar la cosmovisión de las comunidades tradicionales, una forma de construir autonomía territorial y comunitaria, cuyo principal rasgo es que *“se mantendrán vigentes así el Estado no los reconozca”* (COA, 2016)

Mandato Populares: resignificar el derecho para exigir:

El Mandato Popular, desde la concepción del Comité de Concertación Social de Pueblorrico y el Cinturón Occidental Ambiental (COA), es producto de la construcción política de las comunidades para establecer un marco de exigencias que instrumentalicen y resignifiquen los mecanismos jurídicos que dominan e imponen el actual modelo jurídico que tienen una tendencia hegemónica con respecto al relacionamiento con la vida, el agua y el territorio, por ello las comunidades proponen alternativas que propugnen por el respeto a la diferencias y la diversidad que caracteriza a las comunidades y los lugares que habitan. (González, 2018)

En efecto, para definir el uso dado por el movimiento social⁵¹ a los mandatos populares o ecológicos, debemos entender la historia que demarca este continente, como lo menciona Caballero (2018) “porque aquí, como en toda América, los españoles “entraron por la espada sin oír ni entender” (p.66). La Conquista de América na-

51 Cinturón Occidental Ambiental (COA), Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP). Cumbre Agraria Campesina, étnica y popular, Asamblea Legislativa Popular y de los Pueblos ONIC.

ció de crímenes atroces, que fracturan la identidad cultural, lo que conllevó a la resistencia en un inicio indígena, y es así como los derechos de las comunidades étnicas están marcadas a su vez por la historia de la modernidad occidental y sus encrucijadas, un modelo político -jurídico hegemónico-, que desde su consolidación vulneró la integridad cultural de las comunidades étnicas, lo que conllevó a pérdidas no cuantificables de la diversidad, sus derechos culturales y territoriales.

En el caso de Colombia, se refiere desde los albores del descubrimiento y la conquista, puesto que fue un territorio que empezó a consolidarse de forma aislada del contexto y del derecho propio de las comunidades que lo habitan, una historia que tuvo victorias de papel en la protección de los derechos de las comunidades étnicas, ya que no permeaba la cosmovisión y las formas de vida de las comunidades y su relación intrínseca con la naturaleza, sus recursos y la cultura, como se narra a continuación:

“Convenció Montesinos a Fernando y sus consejeros, y de Burgos salió para América un paquete de nuevas ordenanzas regias según las cuales se reconocía que los indios eran hombres y eran libres, pero que había que someterlos al dominio de los reyes de España para evangelizarlos por medio de la persuasión y el ejemplo si era posible, sino por la fuerza. De ahí la imposición de la leguleya de leerlas, antes de proceder a matarlos y aunque no entendieran el idioma castellano, un astuto documento llamado Requerimiento: la exigencia de que se convirtieran al cristianismo sin resistencia. En las remotas islas del Caribe tampoco el Rey Fernando le hicieron mucho caso. Ya empezaba a regir, por encima de la ley, un aforismo: “Se obedece, pero no se cumple” (Caballero,2018, p. 39).

Lo anterior nos lleva a reflexionar como a lo largo de la historia, las comunidades étnicas han defendido sus derechos, producto de luchas y conquistas que se han gestado en disputas contra un mo-

delo hegemónico de pensamiento occidental, implicando la pérdida de identidad cultural, la fractura del tejido social y el desequilibrio de las comunidades campesinas, indígenas y afros.

Dentro de este contexto, es evidente como el nacimiento del actual modelo jurídico, tanto internacional y nacional, tiende a borrar de la memoria los conocimientos y formas de vida que han caracterizado a las comunidades tradicionales, ya que al pretender estipular instrumentos jurídicos que velan por su “protección”, se delimitan los conceptos o posturas a través del derecho occidental, planteando varias contradicciones: por un lado, se encuentra que al describir a las comunidades tradicionales las concepciones jurídicas son limitadas, cerradas frente a las propias construcciones culturales de las comunidades, y por otra parte, se caracterizan de forma común, contradiciendo su naturaleza diversa pues se genera una apropiación occidental de sus saberes por medio de moldes que la ley les impone. (Caldas, 2004)

Es por ello que se debe entender que la lucha por la participación y la justicia social y ambiental de estas comunidades propende por un enfoque ecocéntrico a través del diálogo, que se gesta entre la tradición jurídica occidental y los saberes diversos, es decir, un cambio de paradigma del relacionamiento antropocéntrico que se ha gestado con la naturaleza. Los mandatos populares⁵², al igual

52 Carmen López (1999), en su libro “Las causas particulares de extinción del mandato: De Roma al derecho moderno” explica que “el mandato tiene su etimología en la palabra latina *mandatum*. Se dice también que viene de *manum dare*, y significa dar o conceder poder”. Más adelante citando a Schulz, (1951, p. 554), manifiesta que viene de *manum dare*, porque siendo un contrato de amistad y confianza, el hecho de darse la mano mandante y mandatario simboliza la conclusión del *contratom* y en el latín vulgar significa “confiar cosa a alguien”, “dar una comisión o encargo”, “autorizar”, “dar una orden o instrucción”. La propuesta del Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP), no se desprende del origen etimológico de la palabra mandato, dado que no se pretende darle cosa a alguien o conceder, por el contrario, se trata de exigir derechos y

que las consultas autónomas, cabildos comunitarios, planes de vida, etc., son mecanismos de participación alternos que entran en la reflexión de «*resignificar el derecho para exigir*», dado que han nacido de contradicciones con el mismo derecho positivista, observando el derecho como un escenario en disputa jurídica, política y epistemológica.

“El Mandato Popular se constituye en la fuerza que permite la re-significación de pensamientos, lenguajes y prácticas cotidianas en la definición de procesos políticos, diversos, contruidos por campesinos, indígenas, mujeres, hombres, jóvenes y niños, (re)definiendo agendas políticas para el relacionamiento armónico con la naturaleza.

Su efectividad se define en el poder de legitimarlo, legibilizarlo, (re)construirlo, potenciarlo, implementarlo y defenderlo con dignidad, desde hoy y para siempre. De esta manera es posible la Justicia Social a partir de la construcción de Territorios Sagrados para la Vida” (González 2017)

Es así, como el mandato popular, se establece como un mecanismo de construcción política para realizar acciones contra hegemónicas de los escenarios dominados por las leyes y el Estado, que permite consolidar un proyecto político que entra en diálogo con la concepción clásica del derecho, que intentan instrumentalizar las fuerzas y mecanismos que dominan las políticas relacionadas con la vida⁵³, el agua y el territorio de las comunidades que lo habitan. Se

construir conjuntamente propuestas que legitimen la autonomía y el pluralismo de las comunidades locales. Es importante mencionar que López menciona en su libro que “en las fuentes jurídico – romanas no aparece ningún texto que formule una definición del mandato propiamente dicho”, pero vemos como esta palabra es frecuentemente usada en el lenguaje jurídico, entendida desde la coercibilidad de las leyes.

53 Para el caso que nos ocupa, se observa la necesidad de preservar la vida como un derecho sagrado para la protección del agua, el territorio y la

busca que a partir de estos mandatos se construyan leyes, políticas públicas y acciones que contemplen la elaboración de los mecanismos jurídicos a través de un enfoque diferencial, que priorice la protección de la naturaleza, de lugares específicos, donde las comunidades a partir de su historia construyen proyectos de vida dignos para ellos y la naturaleza.

Sin embargo, se tiene que la redacción de la Constitución Política de 1991, tuvo presente las preocupaciones respecto a la protección del medio ambiente y la biodiversidad, y es así como la protección a la diversidad cultural y ambiental se convierte en uno de los pilares del Estado Social de Derecho, que irradia todo el ordenamiento jurídico reconociendo un catálogo de disposiciones que consagran una serie de principios, mandatos y obligaciones enfocados en una doble dimensión, dirigida a proteger de forma integral el medio ambiente y las comunidades para garantizar un modelo de “desarrollo sostenible”, sobre los que se ha edificado y trabajado el concepto de “*Constitución Ecológica o verde*”, por el alto contenido de protección a estos derechos, sin olvidar que estos no deben concebirse solamente desde el modelo antropocéntrico de relacionamiento con la naturaleza, sino desde las nuevas formas de concebir los derechos, con altos estándares de participación de las comunidades locales sobre la protección a la naturaleza y la diversidad cultural.

naturaleza, se toma como ejemplo el pueblo indígena UWA (Colombia), que amenazó con el suicidio en masa si avanzaba la exploración petrolera en sus territorios sagrados. Si bien la defensa de la tierra con la vida —y este fue el mensaje también de los guarani-kaiowá— no es lo mismo que considerar la hipótesis de un suicidio en masa, es imposible no establecer una relación, ya que los uwa también luchaban para que sus territorios no acabasen contaminados por la codicia de Occidente. El pueblo uwa logró el apoyo nacional e internacional para detener la operación en los términos que se habían propuesto. El destino de estos y otros pueblos indígenas y cimarrones en la lucha por defender sus derechos colectivos depende de ellos y de nosotros. (Santos, 2014, p.90)

De lo anterior, se colige que los mandatos populares tienen relación con la cláusula general del Estado Social de Derecho, que tiene implícita la democracia participativa, dado que posibilita la toma de decisiones que permitan expresar los derechos colectivos y del medio ambiente, para la adopción de decisiones de carácter político, de allí que las comunidades estén llamadas a activar la fórmula de Estado Social de Derecho, para propender por la eficacia, protección y otorgamiento efectivo de los derechos, a través de la resignificación de los mismos, que se pretende exigir con la construcción colectiva de los mandatos populares.

En relación con la construcción de normas hay un precedente de la cosmovisión propia de los indígenas en relación a la construcción de las normas, pues se busca una conciliación con el derecho occidental, en Colombia encontramos el Decreto Ley 4633 de 2011, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas; en este caso la norma exalta concepciones de los pueblos indígenas con relación al territorio, dado que no solo ellos han sido víctimas del conflicto armado sino también el territorio, todo ello de acuerdo a sus cosmovisiones y vínculos con la madre tierra. Esta norma incluye conceptos y mecanismos para proteger los territorios y sus lugares sagrados; además el daño se mira desde tres dimensiones: una dimensión –individual-, -colectiva-, -individual con efectos colectivos, a la diversidad cultural, al territorio y a la autonomía e integridad política y organizativa-, siendo un claro ejemplo del enfoque diferencial y el derecho a subsistir en medio de la diferencia.

Igualmente, el Decreto 870 de 2014, se convierte en una conquista para el movimiento social del país, dado que después del paro nacional agrario de 2013 y las movilizaciones subsiguientes, se instala una mesa única de participación y concertación entre el Gobierno Nacional y la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular para negociar el pliego unitario de exigencias de las organizaciones

sociales; convergencia política de comunidades étnicas y campesinas. Esta propuesta se afianza con el pliego de exigencias⁵⁴: “*Mandato agrario para el buen vivir, por la reforma agraria estructural, la soberanía, la democracia y la paz con justicia social*”, que pretende la defensa de un proyecto de país justo, incluyente y equitativo.

Dentro de este contexto, es propicio traer a colación, el comienzo del Tratado de los Pueblos (2014), que tuvo su origen en el marco de trabajo de la Red Birregional Europa, América Latina y el Caribe “Enlazando alternativas” que con las sesiones de los Tribunales permanentes de los pueblos se lanzó una campaña para visibilizar a las comunidades que han sufrido violaciones sistemáticas a sus derechos por las empresas transnacionales e identificar la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que vislumbrará estas violaciones de derechos humanos. Después de todo el proceso fue imposible conseguir esta norma jurídica, la cual nacía de las organizaciones civiles, y por lo tanto se opta por construir un “instrumento vinculante de manera alternativa, construyendo la norma desde abajo y desde afuera”, que dio como resultado dicho Tratado⁵⁵ (Guamán, 2018, p. 51).

De otro lado, se evidencia como en la Corte Constitucional hay progresividad en temas relacionados con la protección de la biodiversidad y las comunidades tradicionales, debido a que se ha dado un reconocimiento a la relación de estas con sus prácticas y la biodiversidad, ejemplo de esto son los fallos contenidos en las Sentencias C-123 de 2014, C-449 de 2015, T-766 de 2015, C-035 de 2016, C-077 de 2016, C-273 de 2016, C-298 de 2016, C-389 de 2016, T-445 de 2016, T-622 de 2016, entre otras. Las reseñadas sentencias empiezan a trascender hacia ese enfoque ecocéntrico,

54 Ver en este sentido el pliego de exigencias <https://prensarural.org/spip/spip.php?article13670>

55 <https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2015/02/PeoplesTreaty-ES-dec2014-1.pdf>

pero para entender tal postura, es imprescindible mencionar la Sentencia T-622 de 2016 que desarrolla conceptualmente la importancia del valor de la biodiversidad a partir de la evolución de estos tres enfoques:

“i) **antropocéntrico**: según el cual, la naturaleza no es sujeto de derechos y pertenece al hombre como centro del universo, en tanto su condición unívoca de ser racional, digno y completo del planeta; luego, la protección del medioambiente solo se justifica en tanto la supervivencia del ser humano; ii) **biocéntrico**: donde se aplica el principio de solidaridad global, que a su vez constituye un patrimonio ambiental no exclusivo del ser humano actual, pues se entienden integradas las futuras generaciones; y (iii) **ecocéntrico**: que invierte la relación de pertenencia anterior, para considerar al hombre como un elemento constitutivo de la tierra, sin estatus de dominio sobre la naturaleza.” (Restrepo, J. & Mosquera, V., 2019).

De todo esto es que toma su acento una categoría que se viene desarrollando, los llamados derechos bioculturales, que, en su definición más simple, hacen referencia a:

“Los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente.” (T-622, 2016).

Desde esta perspectiva la conservación de la biodiversidad conlleva necesariamente a la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan en ella, Silva (1999) citado por Caldas (2004, p. 96), menciona que “al analizar las comunidades tradicionales, existe una gama de diferencias entre ellas. Tales diferenciaciones tienen orígenes muy diversos, relacionados con los ríos, el color de las aguas, o las actividades económicas, el origen étnico, entre otras formas”.

Las comunidades étnicas, locales e indígenas que hacen valer sus derechos bioculturales, se fundamentan en los siguientes preceptos de acuerdo con la Corte Constitucional (2016): (i) la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica de las comunidades y, (ii) la forma de vida relevante para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica está vinculada con una tenencia y uso de la tierra. Estas transformaciones que se gestan en el derecho tienen relación intrínseca con la concepción de los mandatos populares, dado que se asocian directamente con la protección de la naturaleza, la cultura, las diversas formas de vida, y su autonomía, ya que son vistos como triunfos de las comunidades para mantener su herencia cultural distintiva y poder perpetuar las generaciones futuras.

Las referencias normativas, los precedentes judiciales sobre los derechos bioculturales⁵⁶ y los antecedentes de los mandatos populares en Pueblorrico, se ponen sobre la agenda política y legislativa del Estado de derecho, la búsqueda de un debate jurídico - político sobre la autonomía y la autodeterminación de las comunidades tradicionales, para que estas puedan incidir de forma directa en la administración del ejercicio tutelar autónomo de sus territorios, de acuerdo con sus propias leyes, costumbres, y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus

56 Sentencia C-501 de 2014, T-622 de 2016 y STC 4360-2018, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, radicado No. 11001-22-03-000-2018-0319-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

tradiciones y sus formas de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad.

De los anteriores pronunciamientos normativos, judiciales y por parte de las comunidades locales, se infiere con claridad que el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica. Por el contrario, es el reflejo del carácter democrático, participativo y pluralista del país y obedece a «la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida, y demás sistemas de comprensión del mundo, que son diferentes de los de la cultura occidental.» (SU-510, 1998).

En ese sentido los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre derechos bioculturales y las experiencias de construcción de mandatos populares son trascendentales para instrumentalizar lo jurídico en una defensa efectiva de los derechos de las comunidades; desde el caso del Cinturón Occidental Ambiental (COA) y el Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP), se reconstruyen a partir de los lineamientos del Plan de Vida Comunitario y desde la construcción política de *“Territorios Sagrados para la Vida”*, vinculándose a una ecología de saberes; «por esta razón, los Mandatos Populares constituyen estas combinaciones complejas y creativas al posicionar, legibilizar, legitimar, potenciar y movilizar prácticas y conceptos, en su proceso de resignificar para exigir, los contenidos en los proyectos de acuerdo municipal que posicionan dichos conceptos” (González, 2018, p.179).

“(…) la configuración territorial colombiana no ha sido nada simple. Por el contrario, la indefinición histórica de muchos aspectos ha sido la causa estructural de múltiples conflictos que hoy persisten y de nuevos que parecen hoy acentuarse bajo el auspicio del modelo de desarrollo predominante y el fortalecimiento de intereses económicos centrales a través de los cuales se han venido privilegiando actividades económicas como la minería o el desarrollo de macroproyectos nacionales, de Pro-

yectos de Interés Nacional Estratégico, aún por encima de intereses locales, municipales y regionales, y en algunos casos, pese a la existencia de una cláusula especial de protección como es la que se reconoce para el caso de los territorios colectivos de comunidades indígenas o de las tierras de las comunidades negras.” (Sánchez, p.47, 2018)

Es por ello que la Corte Constitucional en las Sentencias T-436 de 2016 y T-052 de 2017 ha reiterado la importancia que tiene el territorio para las comunidades que ancestralmente lo han habitado y que lo han configurado desde actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales, dado que en este espacio se hace posible la reproducción cultural de los grupos sociales a partir de sus tradiciones y subsistencia “los derechos culturales se encuentran interrelacionados, el derecho al territorio se complementa con el derecho a la autonomía.” (García & Llano, 2018)

Es decir, la lucha por la pervivencia de las comunidades y los derechos de la naturaleza en todos los casos referenciados sobresale la importancia del territorio como elemento esencial. El reconocimiento a la diversidad y la identidad cultural de las comunidades étnicas como se mencionó tiene una relación intrínseca con el territorio, pues allí pervive su herencia cultural distintiva; para el caso del municipio de Pueblorrico, el Plan de Vida Comunitario se alimenta del *concepto de Territorio* construido en el 2014, por el Comité de Concertación Social, noción que es fundamental en la construcción política de la participación social de las comunidades; entendiendo por territorio:

“Espacio de identidad social, económica, cultural y ambiental donde se tejen relaciones sagradas para la vida. Lo representa el agua, la tierra, la comunidad, los animales, la economía campesina, el saber tradicional, las montañas, la comunicación, la cultura, la vegetación. Es un espacio de vida y sustento, refugio, salud y alimento. Debemos respetarlo, defenderlo y cuidarlo para el bien común.”

Por otro lado, posicionar y defender el concepto de los mandatos populares es valioso en la esfera del lenguaje, dado que por medio de éste se crean categorías lingüísticas para visibilizar a los marginados, pues si en el lenguaje no aparece el marginado, se oculta la situación de explotación; cuando los mandatos populares cuestionan la participación entendida desde la visión occidental del derecho se está incorporando éste en el lenguaje jurídico para que entre en diálogo y reflexión sobre esas realidades que viven las comunidades al no encontrar eficacia en los mecanismos jurídicos, deslegitimar o invisibilizar el concepto de mandatos populares entendido desde el discurso del movimiento social, sería ocultar una realidad que vive el actual modelo de participación en el país, en palabras precisas de Cortina (2017):

“Es imposible indicar con el dedo la democracia, la libertad, la conciencia, el totalitarismo, la belleza, la hospitalidad o el capitalismo financiero; como es imposible señalar físicamente la xenofobia, el racismo, la misoginia, la homofobia, la cristianofobia o la islamofobia. Por eso, estas realidades sociales necesitan nombres que nos permitan reconocerlas para saber de su existencia, para poder analizarlas y tomar posición ante ellas. En caso contrario, si permanecen en la bruma del anonimato, pueden actuar con la fuerza de una ideología, entendida en un sentido de la palabra cercano al que Marx le dio: como una visión deformada y deformante de la realidad, que destilan la clase dominante o los grupos dominantes en ese tiempo y contexto para seguir manteniendo su dominación. La ideología, cuanto más silenciosa, más efectiva, porque ni siquiera se puede denunciar. Distorsiona la realidad ocultándola, envolviéndola en el manto de la invisibilidad, haciendo imposible distinguir los perfiles de las cosas. De ahí que la historia consista, al menos en cierta medida, en poner nombres a las cosas, tanto a las que pueden señalarse con el dedo como, sobre todo, a las que no pueden señalarse porque forman parte de la trama de nuestra realidad social, no del mundo físico.” (pp. 9-10).

Los Mandatos Populares son acciones prioritarias para resignificar el lenguaje, el pensamiento y prácticas cotidianas de las comunidades indígenas, campesinas y afros en la construcción de acuerdos y acciones, que buscan entender la interdependencia de todas las manifestaciones de vida, y la responsabilidad de la defensa de aquella vida amenazada, convirtiéndose así en un proyecto de vida para el Suroeste de Antioquia⁵⁷. De lo anterior se colige, como la participación social y el poder popular son ejemplos de como se resignifica la política y autodeterminación territorial. El Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP) entiende por poder popular⁵⁸, la necesidad de cuestionar figuras municipales como son los Esquemas de Ordenamiento Territorial (EOT), y los mecanismos de partición ciudadana, para dar paso a un proceso de resignificación del derecho.

En efecto, lo antelado es congruente con los postulados que propenden por cotidianizar el concepto de participación efectiva y afectiva para resignificar los mandatos populares, como una figura

57 Toda la consolidación de este proceso político deviene del poder popular, que se construye “no tanto en la cantidad de conquistas que se obtienen sino desde su significado y su construcción de identidad política y cultural, definiendo ciertas formas de autonomía, engrosando raíces de esperanza y resistencia, alimentando los torrentes de vida nueva con que soñamos”. (González, 2018, p. 198)

58 El Poder Popular es un claro ejemplo de como se construye lo político desde los sentidos del lugar, construcciones políticas que emergen de individuos y comunidades a través de su experiencia, memoria y proyectos de vida, se constituye en un ejercicio permanente de reflexión y acción que define el porqué y el para qué de la participación social en la construcción de autodeterminación territorial. Desde el poder popular podemos pensarlos la efectiva lucha por la justicia social a partir del reconocimiento y el respeto a la vida en sus múltiples expresiones, implica deconstruir acciones de violencia que atentan contra los cuerpos, las familias, las comunidades, las tierras, las aguas, los territorios, nuestras culturas y perspectivas de vida. Nos obliga a abordar nuestras historias y entender las causas de los conflictos que han desangrado a la humanidad y a la madre tierra (González, 2018, p. 199).

para la justicia social y ambiental; mecanismo que se conecta día a día con las prácticas tradicionales e históricas de las comunidades, siendo una propuesta alternativa al derecho tradicional para ordenar los territorios y resolver de manera eficaz los conflictos que puedan darse en el ordenamiento territorial. Los mandatos populares son un claro ejemplo de como la diversidad cultural será fuente de nuevas formas de pensar y apreciar las relaciones sociales, culturales y económicas con la naturaleza, pues la crisis del derecho de gentes deviene del triple plano de su “extensión, homogeneidad y estructura” (Arango, 1972, p.19).

“A pesar, de las contradicciones en el marco de un modelo de Estado que, por un lado, reconoce derechos y, por el otro, promueve políticas económicas que van en contravía de esos derechos. Todavía existe la esperanza en que las voces de los oprimidos y los gritos de la naturaleza serán escuchadas, en que los derechos fundamentales serán priorizados, en que la diversidad cultural será fuente de nuevas formas de concebir y valorar las relaciones sociales y con la naturaleza, en que el derecho dejará de servir a los planes de dominación y en cambio, será un instrumento de emancipación.” (Zapata & Llano, 2018, p. 35).

Todo esta construcción política del Comité de Concertación Social (COCOSOP) y del Cinturón Occidental Ambiental (COA), se inscribe en la estrategia de convocar a la academia, a que indague y plantee herramientas que le sean útiles a estas comunidades, entendido, que la proclamación de normas y el simple debate jurídico no son suficientes, dado que las acciones que se deben plantear, van más allá de la distribución justa de la biodiversidad, o el tema legal, es un reconocimiento a estas comunidades ancestrales por la persistencia de sus usos, prácticas y lenguas, a pesar de la violación y desconocimiento que están arraigados en la historia y formación del Estado colombiano.

(...) Los cambios deseados no se hacen realidad en el solitario espacio de una reflexión académica. Si es posible proponer algo, que sea entonces el diálogo. No el diálogo monolítico de los “especialistas”, presos dentro de los límites estrechos del discurso jurídico. Se necesita más. Una comunicación verdaderamente interdisciplinaria que rompa los cercos del derecho para buscar en la antropología, en la historia y en la filosofía sus primeros interlocutores. (Caldas, 2004, p. 201)

Las características propias de las comunidades campesinas, indígenas y afros, debe determinar las acciones realizadas por las instituciones públicas con el fin de proteger sus derechos desde un enfoque diferencial partiendo de sus propias cosmovisiones y necesidades, dado que al analizar la vulneración sistemática de derechos fundamentales se centra en la autonomía, la identidad cultural y el territorio (García & Llano, 2018).

Autonomía Territorial: proyecto político para vigorizar la democracia, participación y pluralismo:

El contexto referido sobre los mandatos populares en Pueblorrico y el Suroeste, representa una pequeña parte del panorama nacional, que contrasta el marco normativo en materia de participación formal y su efectividad; así como lo que se entiende por autonomía territorial y descentralización. Todo esto ligado a la utilización del suelo/subsuelo, de esta forma el desarrollo de estos conceptos y decisiones han avanzado en un marco normativo que tiende a limitar las experiencias de autonomía social y territorial a través de las competencias de los municipios para ordenar sus territorios, se ha podido constatar en gran parte del territorio, que dicha autonomía atenta contra la unidad nacional, lo que ha generado grandes cuestionamientos respecto a las conquistas históricas y triunfos logrados en la Constitución de 1991, hacia esa fórmula de un Estado Social de Derecho, y que a la vez se circunscribe en tres rasgos que le dan identidad como un texto *democrático, participativo y pluralista*, es decir, la Carta magna posee un alto contenido de corte participati-

vo, en el cual se fortalece la institución municipal como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, y se les reconoce autonomía territorial, por ser los más cercano a la realidad de las comunidades para la toma de decisiones, y para la resolución de sus conflictos sociales, culturales y económicos⁵⁹.

Corolario de lo antelado, se tiene que en un Estado *social y democrático* se deben garantizar normas y condiciones de igualdad para la participación de todos los actores a nivel local, regional y nacional, o como lo manifiesta Gudynas (2018) citando a Warren (2005) “cualquier individuo potencialmente afectado por -una decisión debe tener la misma posibilidad de influenciar esa decisión”, lo que implica que “las acciones colectivas deben reflejar los propósitos decididos a través de proceso inclusivos”; de lo cual podría desprenderse que la construcción de una democracia auténtica desde la comprensión de las comunidades campesinas, indígenas y afros, en correspondencia con el diseño normativo de la Constitución Política de 1991, busca que estas logren participar en los procesos o medidas que puedan impactar o afectar directamente sus formas de vida, dado que el carácter universal de la democracia indica que éste no se agota en las elecciones, sino que involucra la vida en colectividad, de allí la importancia de que las comunidades sean tenidas en cuenta como interlocutores válidos, que tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art 40 CP), para hacer efectivos sus derechos y participar en las acciones del país⁶⁰.

59 Ver en este sentido Constitución Política 1991, artículo 287 “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

60 Cortina (1993) indica que en principio la democracia radical revela tres rasgos en quienes las mantienen: (i) que atribuyen una gran importancia para la vida humana en su conjunto a lograr una forma de organización democrática; (ii) que, dada su importancia, les preocupa determinar teórico-prácticamente en qué consiste una «auténtica» democracia, (iii) hacen coincidir a esta última con una democracia radical, en cuya realización

“Porque la experiencia de organizaciones políticas no democráticas hizo nacer la aspiración a la democracia, pero, cuando tal aspiración se convirtió en realidad, nació otra nueva: la de alcanzar una verdadera democracia o, por decirlo con otras palabras, una democracia radical” (Cortina, 1993, p.11).

La democracia radical, implica un proceso reflexivo de los individuos en cada uno de sus grupos sociales, que se va potenciando en su caminar con las nuevas exigencias que garantizan el derecho a la diversidad de pensamientos, es decir, el verdadero respeto por el pluralismo y la autonomía, conllevando esto a vigorizar la democracia, no entendida esta como un dogma, sino como una forma de organización social y política que debe someterse a la crítica. La democracia debe tocar la raíz de los conflictos sociales que garanticen al máximo resultados equitativos para la participación legítima de las comunidades.

“Una democracia radical- necesita ciudadanos críticos y autónomos, dispuestos a enjuiciar las instituciones y prácticas en que han nacido, y a darlas por buenas solo si favorecen al desarrollo de su autonomía, porque las instituciones y prácticas no son fines en sí mismas, sino los medios al servicio de los hombres concretos” (Cortina, p. 47)

Cuando las comunidades campesinas, indígenas y afros son interlocutores válidos en las decisiones que afectan sus modos de

merece la pena comprometerse teórica y prácticamente (p.12).

Sería democracia radical la que, respetando la diversidad de facetas humanas y de esferas sociales, reconociera sus compromisos en el campo político y se empeñara en cumplirlos, abandonando todo afán de colonizar otros ámbitos, porque la solución al economicismo no es el politicismo ni viceversa; pero también la que afrontará el reto de tomar en serio en la teoría y en la práctica que los hombres concretos, raíz y meta, si no de todas las cosas, sí al menos de las que les afectan, son interlocutores válidos y, por tanto, han de ser tenidos dialógicamente en cuenta (p. 19).

vida, se construye una democracia radical, pues la historia ha evidenciado como la poca participación en los asuntos que les compete para decidir sobre sus formas de vida, los ha afectado, los ha relegado, ignorando realidades propias de estas comunidades, por lo cual se hace necesario generar una multiplicidad de exigencias éticas.

“Que se plasman en ese conjunto al que se ha llamado «éticas aplicadas», éticas que tienen en común la necesidad y el deseo de que en los distintos campos sean los afectados por las decisiones quienes tengan no sólo la última, sino también algo más que la última palabra” (Cortina, p. 17).

El actual modelo de Estado colombiano, como se ha reiterado, se funda en la cláusula general de Estado Social de Derecho, puesto que desplazó la condición de Estado de derecho e hizo tránsito a una república democrática, participativa y pluralista, así pues, la Constitución reconoce, promueve y garantiza estos principios que le dan identidad al actual modelo constitucional, bajo el entendido que la democracia participativa y pluralista debe recoger las diferentes opciones ideológicas de las sociedades heterogéneas.

“Cambio que de acuerdo a la Sentencia C- 490 de 2011 indica que la democracia constitucional, (i) amplía las modalidades de participación democrática en instancias que van más allá que la elección representativa ,y (ii) supera la concepción individualista, a través de la previsión de fórmulas que reconocen el pluralismo político, entendido como la necesidad de incorporar al debate democrático las diferentes tendencias ideológicas existentes en la sociedad, al igual que las distintas vertientes de identidad social y comunitaria, entre ellas las derivadas de perspectivas de género, minorías étnicas, juventudes, etc.”

De aquí que, entre la democracia representativa y la democracia directa, se establece por la Constitución un molde de carácter

participativo (Artículo 3 Superior)⁶¹. Fundamental en el ejercicio de la autonomía territorial, para que las comunidades puedan pronunciarse, de decisiones que posiblemente los puedan afectar. Partiendo de la democracia participativa como principio presente en la Constitución y eje medular del ordenamiento constitucional, la Corte Constitucional en la Sentencia C-150 de 2015, entiende que la participación implica:

“(i) El deber del Estado de abstenerse de adoptar medidas de cualquier tipo que impidan el libre ejercicio de la participación por parte de ciudadanos y organizaciones sociales; (ii) el deber de adoptar medidas de todo tipo que eviten que las autoridades públicas o los particulares interfieran o afecten el libre ejercicio de las facultades en cuyo ejercicio se manifiesta la participación y, (iii) el deber de implementar medidas que procuren optimizar el desarrollo de las diversas formas de participación y que, al mismo tiempo, eviten retroceder injustificadamente en los niveles de protección alcanzados⁶².”

61 La democracia que, como principio fundante, instituye el texto constitucional es, además de pluralista, participativa y su especial configuración resulta de la complementación de los modelos de democracia representativa y de democracia directa que aprovecha “las virtudes del sistema representativo” e incorpora “las ventajas de la participación ciudadana” y “expresa un proceso social de intervención de los sujetos en la definición del destino colectivo” (Sentencia C – 230A de 2008).

62 Estos deberes del Estado se concretan en deberes específicos a los que la Corte refiere en esta misma Sentencia como: (i) El deber de abstenerse de estatizar la democracia y, en consecuencia, la obligación de proteger el pluralismo. (ii) Deber de promover formas de participación democrática que comprendan no solo la intervención de partidos o movimientos políticos sino también de organizaciones sociales de diferente naturaleza. (iii) Deber de promover estructuras democráticas en las diferentes formas de organización social. (iv) Prohibición, que vincula a todos los órganos públicos, funcionarios y particulares, de eliminar alguna de las dimensiones de la democracia. (v) Mandato de no sustituir a las autoridades estatales competentes en el desarrollo de actividades de control.

Las diferentes manifestaciones de participación que protege la Constitución, en atención al carácter expansivo de la democracia lejos de desconocer los conflictos sociales de las comunidades, lo dirige a partir del respeto, solidaridad y la constante reivindicación de la democracia y participación, que ha de ampliarse progresivamente de acuerdos a las dinámicas comunitarias (Quinche, 2018).

“La participación se manifiesta en la posibilidad que tienen todos los individuos, así como las minorías de oponerse a las determinaciones de las mayorías cuando tales decisiones tengan la aptitud de afectar los derechos que constitucionalmente les han sido reconocidos y que les permiten expresar su individualidad (...)” (C – 150, 2015)

Reconocer el pluralismo, o la diversidad étnica y cultural⁶³ que caracteriza a Colombia, debe partir de ese diseño normativo que tuvo la Constitución de 1991, donde la diferencia y la aceptación del otro como tal, es un eje necesario para la pervivencia de las comunidades históricamente relegadas en el país⁶⁴; indígenas, afros y campesinos, para que sean reconocidas en el ámbito político y

63 Ver artículos 1, 7, 8, 9 y 70 de la Constitución Política de 1991.

64 En el modelo constitucional vigente a partir de la Constitución Política de 1991, el Estado tiene la obligación de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, por lo tanto, tal como lo plantea la Corte Constitucional en la Sentencia T 479 de 2018, “la Constitución reconoce el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación, en virtud del cual, las comunidades étnicas gozan de una protección especial de su cultura -costumbres, valores, tradiciones ancestrales-, cosmovisión, identidad social, religiosa y jurídica, autonomía, autodeterminación y territorio, correspondiéndole al Estado garantizarla a través de mecanismos adecuados que faciliten la participación libre e informada de los pueblos étnicos, pues lo contrario supondría una amenaza a la pervivencia de los mismo”, este principio es definitorio del estado social y democrático de derecho, dado que admite la aceptación de la coexistencia de muchas formas de vida y cosmovisiones en un mismo territorio, pues “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural” (Sentencia T-349, 1997).

social desde sus contextos y vivencias, esto implica que sus “propuestas alternativas en diferentes campos, como el participativo, productivo, epistemológico y regulatorio, sean tenidos en cuenta, para fortalecer y proteger las culturas diferenciadas y la naturaleza”. (García & Llano, 2018, p. 194).

La Constitución Política anunció en el artículo 1° el contenido de un diseño territorial que se enmarca en la forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales; en este orden de ideas, la descentralización y autonomía son elementos transversales que garantiza la posibilidad de ejercer ciertos derechos en el ejercicio de las competencias de las entidades territoriales, sin interferencia de entidades de orden central, pues, “de lo contrario, la supuesta autonomía sería apenas aparente, pues las autoridades elegidas democráticamente tendrían que obrar no de acuerdo con el mandato del pueblo, sino de conformidad con las órdenes de un poder distinto al popular” (Calle, 2013, p. 284). En Sentencia C-535 de 1996, la Corte Constitucional señala:

“(…) por lo cual «es la concepción de la unidad como el todo que necesariamente se integra por las partes y no la unidad como bloque monolítico». Por ello la autonomía de la que gozan las diferentes entidades territoriales no es un mero traspaso de funciones y responsabilidades del centro a la periferia, sino que se manifiesta como un poder de dirección política, que le es atribuido a cada localidad por la comunidad a través del principio democrático, y en especial al municipio que se constituye en la entidad territorial fundamental de la división político-administrativa del Estado (...)”

El reto que afronta el principio democrático en aquellas disposiciones neurálgicas de la Constitución de 1991, está en afrontar el centralismo que caracterizó el autoritarismo de la Constitución de 1886, dotando a las autoridades centrales de fuertes poderes, que decidían y hacían las leyes alejados de las realidades de las comuni-

dades y por lo tanto generó una gran debilidad y dependencia de las autoridades locales al centro, lo cual impidió el desarrollo de las entidades territoriales, pues este centralismo reprimió cualquier tipo de autonomía.

Sobre la autonomía de las entidades territoriales, son numerosas las competencias que pueden ejercer libremente, pero para el caso *sub examine* citaremos aquellas que le corresponden al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado:

De conformidad con el artículo 311 de la Constitución Política: (i) prestar los servicios públicos que determine la ley, (ii) construir las obras que demande el progreso local, (iii) ordenar el desarrollo de su territorio, (iv) promover la participación comunitaria, (v) el mejoramiento social y cultural de sus habitantes.

Partiendo de la autonomía de los municipios⁶⁵ encontramos que, como órgano de control político de la administración municipal, la Constitución Política en el artículo 313 estableció al Concejo Municipal, múltiples funciones de las cuales solo mencionaremos estas:

“Reglamentar los usos del suelo (...) y dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio

65 En este orden de ideas, la jurisprudencia ha reconocido que los municipios hacen parte del Estado, “con relación a la diferencia conceptual entre los términos Estado y Nación, han sido las altas cortes quienes en Sentencias como la C-221 de 1997, han definido a la luz del texto constitucional la interpretación del término Estado, en especial referencia al reparto de competencias y la titularidad de derechos entre la Nación y las Entidades territoriales, indicando que el término Estado debe acogerse como alusión al conjunto de autoridades y órganos de los diferentes niveles territoriales y no solo a los del orden o nivel central que suelen ser designados con la palabra Nación” (Sánchez, p. 55, 2018)

ecológico y cultural del municipio (...)”⁶⁶ (Art. 313 C.P, N° 7 y 9), desde esta perspectiva se evidencia cómo los Concejos Municipales deben fomentar normas que protejan el patrimonio ecológico, “medidas que deben coordinarse – no subordinarse- con las normas de carácter nacional, en razón de ser de su existencia como entidades territoriales y como ejecutores directos de la política ambiental de sus territorios”. (Sánchez, 2018, p.54).

Un desarrollo equilibrado de las regiones depende de un ordenamiento territorial que redefina las relaciones del espacio construido y habitado por las comunidades, es decir, la protección del contenido esencial de la autonomía territorial se convierte en una garantía institucional que permite un ordenamiento jurídico que da cabida al reconocimiento de la diversidad, pues el respeto al núcleo esencial de la autonomía lleva implícita una regulación que respete el pluralismo real del país, dado que hay comunidades con características muy distintas donde “la homogeneización mata la vida, solo la potenciación de la diversidad de las actividades humanas la vigoriza” (Cortina, p. 19), el respeto al núcleo esencial de la autonomía debe partir de que las comunidades participen a través de sus órganos de administración, en los asuntos que los atañe, pues un tratamiento unificado y general no garantizará el respeto por las dinámicas particulares de cada región.

66 El artículo 3 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, dispone: “**Funciones de los municipios.** Corresponde al municipio: (...)”

3. Promover la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes.
4. Planificar el desarrollo económico, social y ambiental de su territorio, de conformidad con la Ley y en coordinación con otras entidades.
10. Velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del ambiente, de conformidad con la Constitución y la ley. (...)”

La Ex Magistrada María Victoria Calle Correa, en un texto de su autoría recoge un análisis de los límites razonables y proporcionados constitucionalmente a la autonomía territorial, en concreto los límites que surgen de otro derecho constitucional, el derecho a “gozar de un ambiente sano” (artículo 79 Superior). Desde este punto de vista puede considerarse que la autonomía territorial tiene tres clases de límites medioambientales, derivados cada uno de un tipo distinto de deber ligado al apelativo de la “Constitución ecológica”; límites que permiten maximizar o ampliar la autonomía territorial.

“i. En primer lugar, tiene un límite en los *deberes de respeto* por el medio ambiente sano. Así, las entidades territoriales no pueden ejercer las competencias que les asigne el ordenamiento de un modo que suponga atentar directa o indirectamente contra el medio ambiente. El primer límite está entonces en el *deber de no dañar el medio ambiente*.

ii. En segundo lugar, la autonomía tiene un límite en los *deberes de protección* del medio ambiente. Es decir, que las entidades no tienen absoluta libertad al momento de definir cuáles competencias ejercer, pues entre sus obligaciones está la de ejercer aquellas atribuciones que contribuyan a evitar que terceros dañen el medio ambiente. El segundo límite está entonces en el *deber de hacer todo lo posible porque terceros no dañen el medio ambiente*.

iii. Finalmente, la autonomía territorial tiene otro límite en los *deberes de garantía* del derecho al medio ambiente. En consecuencia, las entidades no solo pueden, sino que además tienen la obligación de adoptar todas las medidas a su alcance para conseguir la conservación y el saneamiento ambiental. El tercer límite deriva entonces del *deber de hacer todo lo que esté a su alcance para conseguir colectivamente la conservación y el saneamiento del medio ambiente*” (2018, p. 287).

Cuando la Constitución Política de 1991 pretendía la construcción de una democracia participativa, se instauraba una visión renovada de la democracia, donde es indispensable que se garantice la más básica de las libertades del hombre, que es la de participar y ejercer sus derechos políticos. Asegurar el ejercicio de los derechos políticos y comunitarios, permite lograr una participación política efectiva, teniendo presente que para actuar en una democracia es indispensable contar con un medio ambiente sano, de lo contrario estos derechos políticos se verán afectados.

Los derechos de la naturaleza son la voz que está por encima del legislador, porque si las comunidades están expuestas a una baja calidad del aire o no cuentan con agua potable, no se dan condiciones para una existencia digna. Por ende, las normas y medidas de las autoridades ambientales, en el uso, manejo y aprovechamiento de los llamados recursos naturales, deberá hacerse sucesivamente más riguroso, pero nunca más flexible por la autoridad territorial, todo esto conforme al principio de rigor subsidiario, abrigando siempre el derecho al medio ambiente sano, desde estándares más altos, pero nunca más flexibles, de lo anterior se desprende que estos límites a la autonomía territorial la maximizan. (Calle, 2013)

Concluye en el texto de la Corte Constitucional Colombiana “Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional”:

En conclusión, cuando el derecho político de autogobierno territorial se ejerce en contra del derecho a un ambiente sano, se choca con las restricciones que razonable y proporcionadamente se derivan del orden constitucional vigente. Pero por similares razones constitucionales, cuando el derecho político de autogobierno territorial se ejerce a favor de una mayor protección del derecho a un ambiente sano, los límites y las restricciones propias de las competencias territoriales se desvanecen y se expanden. Las razones que llevaron a la Constitución a limitar las facultades territoriales para impedir que afecten el goce efectivo del derecho a un ambiente sano, son las mismas que llevaron

al Legislador, dos años después, en desarrollo de la Constitución Ecológica, a darle prioridad a la aplicación de un acuerdo municipal, cuando la voz de las regiones supera incluso la de la Ley, en materia ambiental, siempre y cuando se trate de un texto normativo que proteja mejor los derechos involucrados. Es claro entonces, que los límites a la autonomía de las entidades territoriales que provienen del derecho a un ambiente sano *buscan maximizar la autonomía territorial*, no desconocerla o socavarla (p. 295).

La participación social a través de la construcción por parte de las comunidades campesinas e indígenas de los mandatos populares, planes de vida comunitario, cabildos comunitarios, etc., define de manera clara lo que las comunidades entienden por autonomía territorial y democracia en su máxima expresión, dado que estas herramientas de participación son un horizonte político para que las organizaciones sociales consoliden lineamientos clave en su comprensión del territorio y ordenamiento; pues se parte desde una perspectiva respetuosa de las formas de vida y el concepto de dignidad de las comunidades, a partir de un diálogo intercultural. Es indispensable resaltar la protección de la naturaleza y de las comunidades como labor principal del derecho administrativo y ambiental, abriendo espacio hacia el afianzamiento de lo que se denomina como “constitucionalismo ambiental”, en términos de Ortega como “una propuesta para afrontar la crisis ambiental actual, de acuerdo con el desarrollo de diferentes elementos que deben ser tenidos en cuenta para la garantía de los derechos ambientales desde el punto de vista fáctico.” (2017, p.108).

A manera de conclusión

De acuerdo con lo recopilado en el presente capítulo, los mandatos populares y los planes de vida comunitario se convierten en instrumentos que empiezan a crear categorías en el lenguaje jurídico para su debate político - jurídico, pues se pretende crear concep-

tos que resignifiquen lo jurídico a partir de instrumentos contruidos desde un origen comunitario y popular, es decir, una participación entendida desde lo afectivo y lo efectivo, donde las comunidades tengan posibilidades reales de intervenir en los procesos que afectan la cultura, el territorio, y la biodiversidad de sus regiones; mecanismos de participación que permitan una verdadera autonomía , pero no solo de aquella que habla el Estado, sino de esa que nace del sentir y el pensar de las comunidades tradicionales. Autonomía que ha sido conquistada históricamente para defender la vida, el agua y el territorio y enaltecer las luchas y conquistas en materia de derechos colectivos y del medio ambiente.

La participación social de Pueblorrico permite evidenciar como a partir de los diferentes mecanismos de participación se promueve la constante reflexión por parte de las comunidades para consolidar un debate amplio respecto a lo que se entiende por estos, y como se van incorporando contenidos sociales, como lo menciona González (2018) “los argumentos jurídicos encuentren sustento político desde las organizaciones y los lugares donde se construyen.” (p.130). La construcción de los mandatos populares y las diferentes formas de participación alterna en Pueblorrico “han sido importantes para sentar posiciones políticas sobre los usos del suelo y la vocación económica, pero es indispensable iniciar discusiones locales y regionales que legitimen las acciones jurídicas y populares.” (p.130). La puesta en marcha de mecanismos jurídicos y no jurídicos por parte de las comunidades del Suroeste de Antioquia tiene unos objetivos claros: -la resignificación política y jurídica-, -la democratización ambiental- y -la autodeterminación territorial-; los mandatos populares se han convertido en un lenguaje colectivo en el Suroeste de Antioquia para visibilizar las problemáticas en temas socio - ambientales, y alternativas hacia una verdadera autonomía en los territorios.

Para ello resulta imprescindible reconocer y valorar las concepciones propias de estas comunidades locales que crean de alguna

manera un “derecho interno” que les permite discutir, cuestionar, intervenir y formular propuestas para entender el derecho a la participación, la autonomía y el pluralismo desde una perspectiva distinta, que les ofrezca alternativas a las limitaciones que impone el Estado, especialmente por la tensión que se da entre los principios constitucionales de autonomía de las entidades territoriales y la forma de organización unitaria del Estado, que se intensifica especialmente en aspectos macroeconómicos, o la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, sin importar que las decisiones que se tomen sobre estos proyectos en sus territorios afecte directamente temas relacionados con la economía local, la llegada del desplazamiento forzado por actores ilegales, asesinatos a líderes sociales, aumento del costo de los bienes y el impacto ambiental que traen consigo estos nuevos proyectos, dado que en muchas ocasiones los costos ambientales y sociales son mayores a los ingresos económicos que prometen dichos proyectos.

Se entiende entonces que el reconocimiento de la autonomía territorial y comunitaria es ineludible para decidir el presente y el futuro de la organización territorial de las comunidades, aquello que es propio y los identifica; reconocer verdaderamente la autonomía exige el respeto por los sistemas y procesos que crean las comunidades tradicionales para decidir las prioridades concernientes a factores sociales, culturales y económicos, por lo tanto, cualquier actividad que la Nación desarrolle en los territorios genera un impacto en los factores antes mencionados, se debe propender por un “verdadero conceso intercultural” que permita la preservación del ambiente, la cultura y los territorios de las comunidades que lo habitan.

De acuerdo con Murcia (2014), la participación social por parte de las comunidades en el contexto de una política guiada por la economía extractiva permite consolidar instrumentos pedagógicos que cuestionan el papel del Estado y de las comunidades en la toma

de decisiones, generando efectos instrumentales y simbólicos⁶⁷.

La puesta en marcha de mecanismos jurídicos permitió construir los mandatos populares, dado que, a pesar del reconocimiento constitucional a muchos derechos, se ha evidenciado como no han sido suficientes para proteger en debida forma los territorios, la biodiversidad y la cultura de las comunidades. Por lo que las comunidades locales han reflexionado acerca del modelo actual de derecho sobre los siguientes puntos: (i) la limitación de la participación de las comunidades; (ii) cuestionarse el por qué y el para qué de la participación social afectiva y efectiva en la construcción de autonomía territorial y, (iii) las historias y disputas en los territorios tiene causas estructurales que han marcado los conflictos por los recursos naturales.

La presente investigación, no pretende brindar respuestas rápidas y acabadas sobre el problema objeto de estudio, se plantean inquietudes con miras al debate, y retos para continuar construyendo esta reflexión, es importante resaltar que actualmente la implementación, defensa y consolidación de los mandatos populares a partir de la resignificación de los planes de vida comunitarios, se ha puesto en marcha el Pacto Plan de Vida Comunitario (PPVC), para las elecciones a la alcaldía en el año 2019 en el Municipio de Pueblorrico y el Suroeste de Antioquia, herramienta que se constituye en un acuerdo político entre los candidatos a las alcaldías municipales y las organizaciones sociales, con el propósito de incorporar las propuestas políticas del pacto plan de vida comunitario dentro de los programas de gobierno, a partir de propuestas como el acuerdo político de incorporar el Mandato Popular COA y los Planes de

67 El capital simbólico que surge de las iniciativas que se dan en la participación permite encontrar los siguientes elementos (i) la reconstrucción del sentido de territorio a partir de la mirada ambiental, (ii) una pedagogía ambiental en marcha, (iii) la recuperación de espacios democráticos fallidos, (iii) la lucha por el papel garante del Estado y (iv) la desjuridización de las causas (p. 46, 47, 48).

Vida Comunitarios, la conformación de la *Mesa de Concertación Social Plan de Vida Comunitario* en la que se definirán acuerdos fundamentales y prioritarios para la implementación en el Plan de Desarrollo 2020-2023. (COA, 2019)

Las iniciativas en materia de participación social y ambiental que se han gestado en el Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP), y el Cinturón Occidental Ambiental (COA) son iniciativas que se heredan de las luchas campesinas que se han dado históricamente en el Municipio de Pueblorrico (Ant). La movilización social, los cabildos comunitarios, mandatos populares, talleres comunitarios y planes de vida comunitario, son solo el reflejo del enraizamiento de luchas históricas por los derechos de los campesinos, el ambiente y los derechos humanos. El Comité de Concertación Social de Pueblorrico (COCOSOP) ha realizado un reconocimiento histórico al desarrollo de la participación social en el Municipio de Pueblorrico con estrategias que enaltecen la lucha social por los derechos colectivos y del medio ambiente, por encima de los formalismos de los mecanismos jurídicos.

REFERENCIAS

Arango, M. (1972). *Ancestro afro indígena de las instituciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Bochica Ltda.

Boletín Dachi Nawe. (noviembre de 2017). *Sitios Sagrados. Dachi Nawe: La Voz de Nuestra Tierra*, pág. 8.

Caballero, A. (2018). *Historia de Colombia y sus oligarquías*. Bogotá. Editorial Planeta Colombiana S.A

Caldas, A. (2004). *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: La conquista de saberes*. Bogotá: ILSA

Calle, M. (2013). “Cuando limitar la autonomía territorial es maximizarla: derecho al medio ambiente sano como aporte a la optimización de la autonomía territorial”, en: Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional. Bogotá: Corte Constitucional Colombiana, Universidad del Rosario.

COA (09 de 15 de 2018). *MANDATO POPULAR COA: Participación y Autonomía para Resignificar el Ordenamiento Territorial*. Recuperado el 16 de mayo de 2019, de COA Territorio Sagrado para la Vida: <http://coaterritoriosagrado.org/category/eventos/>
COA. (07 de 03 de 2017). *Cartilla COA Territorio Sagrado para la Vida*. Recuperado el 16 de mayo de 2019, de COA Territorio Sagrado para la Vida: <http://coaterritoriosagrado.org/cartilladigital/>

COA. (2014 a). *Resistencias en el suroeste de Antioquia. Su-roeste de Antioquia: Documento Inédito*

COA. (2014). *Mandato Popular: Exposición de motivos para declarar la vida, el agua y el territorio derechos sagrados, supremos, autónomos y colectivos*. Pueblorrico: Documento inédito.

COA. (2014). *Mandato Popular: Exposición de motivos para declarar la vida, el agua y el territorio derechos sagrados, supremos, autónomos y colectivos*. Pueblorrico: Documento inédito.

COA. (2015). *Suroeste de Antioquia: territorio sagrado para la vida fase 1*. Suroeste de Antioquia: Documento inédito.

Congreso de Colombia. (06 de enero de 2011). *Ley 1434 de 2011*. Diario Oficial No 47.944, Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1434_2011.html

Congreso de Colombia. (18 de julio de 1997). *Ley 388 de 1997*. Diario Oficial No. 43.091, Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997.html

Cortina, A (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona, España: Paidós.

Cortina, A. (1993). *Ética aplica y democracia radical*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

Escobar, A. (2014). *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*. Medellín: Ediciones UNAU-LA.

Fundación Heinrich Böll. (2018). *La Corte Ambiental: Expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales*. Bogotá: Fundación Heinrich BÖLL.

González, Y. (2013). *Ambua kurisiadayú: organizaciones, conflictos y resistencias en Pueblorrico Antioquia*. Medellín: Universidad de Antioquia.

González, Y. (2018). *Ambua Kurisiadayu: Poder Popular, Contraespacios y Justicia Espacial: Pueblorrico, Antioquia*. Tesis Maestría Estudios Socioespaciales, Instituto de Estudios Regionales, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia

Gudynas, E. (2018). *Extractivismos y corrupción. Anatomía de una íntima relación*. Bogotá: Ediciones desde abajo

La Calle 30. (08 de 12 de 2014). *Mandatos Populares Acogidos por el Concejo Municipal de Pueblorrico*. Recuperado el 04 de 12 de 2017, de Periódico La Calle 30: <http://lacalle30.blogspot.com/2014/12/mandatos-populares-acogidos-por-el.html#WRcw54abG5Pb3mip.99>

La Calle 30. (16 de junio de 2014). *Pueblorrico: Encuentro Regional para la participación Popular*. Recuperado el 11 de Julio de 2019, de Periódico La Calle 30: <http://lacalle30.blogspot.com.co/2014/06/pueblorrico-encuentro-regional-para-la.html>

Llano, F., & Velasco, C. (2018). *Globalización Hegemónica y alternativas locales de justicia por las comunidades étnicas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Murcia, D. (2014). *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios*. Bogotá: Censat Agua Viva.

Perdomo, J. (2016). *Cauca, rio de Oro: espacios extractivos en el suroeste de Antioquia*. Medellín: INER - Universidad de Antioquia.

Presidencia de la República. (08 de mayo de 2014). *Decreto 870 de 2014*. Diario Oficial No 49.145, Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80396>

Presidencia de la República. (09 de diciembre de 2011). *Decreto Ley 4633 de 2011*. Diario Oficial No 48.278, Recuperado

de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4633_2011.html

Quinche, M. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis S.A

República de Colombia. (1996). Corte Constitucional. Sentencia C-535. *Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero*

República de Colombia. (1997). Corte Constitucional. Sentencia C-221. *Magistrado Ponente: José Rodrigo Correa Salazar*

República de Colombia. (1997). Corte Constitucional. Sentencia T -349. *Magistrado Ponente: José Rodrigo Correa Salazar*

República de Colombia. (1998). Corte Constitucional. Sentencia SU 510. *Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes*

República de Colombia. (2008). Corte Constitucional. Sentencia C 230 A *Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil*.

República de Colombia. (2008). Corte Constitucional. Sentencia T-436. *Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos*

República de Colombia. (2011). Corte Constitucional. Sentencia C-490. *Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva*.

República de Colombia. (2012). Corte Constitucional. Sentencia C-395. *Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*.

República de Colombia. (2013). Corte Constitucional. Sentencia T-135. *Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio*

República de Colombia. (2014). Corte Constitucional. Sentencia C-501. *Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez*

República de Colombia. (2014). Corte Constitucional. Sentencia C- 123. *Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos*.

República de Colombia. (2015). Corte Constitucional. Sentencia C- 449. *Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.*

República de Colombia. (2015). Corte Constitucional. Sentencia C-150. *Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo*

República de Colombia. (2015). Corte Constitucional. Sentencia T- 766. *Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*

República de Colombia. (2016). Corte Constitucional. Sentencia C- 273. *Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz*

República de Colombia. (2016). Corte Constitucional. Sentencia C- 389. *Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa*

República de Colombia. (2016). Corte Constitucional. Sentencia C-035. *Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz*

República de Colombia. (2016). Corte Constitucional. Sentencia T-298. *Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos*

República de Colombia. (2016). Corte Constitucional. Sentencia T-077. *Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.*

República de Colombia. (2016). Corte constitucional. Sentencia T-445. *Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio*

República de Colombia. (2016). Corte Constitucional. Sentencia T-436 *Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa*

República de Colombia. (2016). Corte Constitucional. Sentencia T-622 *Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.*

República de Colombia. (2016). Corte Suprema de Justicia Sentencia. 4360. *Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa.*

República de Colombia. (2017). Corte Constitucional. Sentencia T-052. *Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza*

República de Colombia. (2017). Corte Constitucional. Sentencia T-052 *Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*.

Restrepo, J. & Mosquera, V., (2019) *Los Derechos Bioculturales: tres casos de reivindicación ecocéntrica en la jurisprudencia constitucional colombiana*.

Restrepo, J. (2018) *Estructura constitucional del estado Colombiano*. Medellín: Sello editorial de la Universidad de Medellín.

Roca, D., & Palacio., L (2019). 'Sí a la vida, al agua y al territorio': *Relaciones hidrosociales alternativas en Colombia*. Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe. pp. 117-138

Santos, B. (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia.

Toro, L. (2018) *Drwa Wârrara. Hijos de la tierra defendiendo un Territorio Sagrado para la Vida. Construcción de Buen Vivir en el Cinturón Occidental Ambiental como una expresión de Decolonialidad*. Monografía para optar al título de Socióloga. UdeA.

Urrea, D., & Maldonado, T. R. (2014). *Gran minería y conflicto: una perspectiva socio-ambiental del modelo de desarrollo en Colombia*. En Censat, Extractivismo, conflictos y resistencias (págs. 90 - 91). Bogotá: Difundir Ltda.

CAPÍTULO IX

A CRISE MIGRATÓRIA VENEZUELANA NO NORTE DO BRASIL COMO UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE UM MODELO CONSTITUCIONAL DIALÓGICO

*The Venezuelan migratory crisis in the North of Brazil
as an Unconstitutional State, and the need for
a constitutional dialogical model*

Fernando César Costa Xavier¹

 <https://orcid.org/0000-0001-5199-8876>

1 Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará e Doutor em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Brasília. Professor Adjunto IV no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima – UFRR, e Professor Doutor I do Curso de Direito da Universidade Estadual de Roraima – UERR. Professor Permanente do Mestrado em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania da UERR.

✉ fxavier010@hotmail.com

Cita este capítulo:

Costa Xavier, F. C. (2021). A crise migratória venezuelana no norte do Brasil como um estado de coisas inconstitucional e a necessidade de um modelo constitucional dialógico. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 335-373). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.9>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



Resumo:

Tramita atualmente no Supremo Tribunal Federal brasileiro uma ação judicial (ACO 3121) em que o governo do Estado de Roraima alega que o quadro criado pela imigração desordenada de cidadãos venezuelanos deveria ser caracterizada como um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Em um primeiro momento, comparando as doutrinas colombiana e brasileira sobre ECI, indica-se que, no Brasil, desde que foi declarado o primeiro caso, relativo à crise nacional do sistema carcerário (ADPF 347), a delimitação dos contornos conceituais desse instituto não estaria observando os limites fixados pela corporação da qual a doutrina jurisprudencial do ECI se originou, isto é, a Corte Constitucional da Colômbia. À vista disso, sustenta-se que, embora se possa dizer que a maior parte dos fatores enumerados pela jurisprudência colombiana para a declaração de um ECI esteja presente na crise migratória no norte do Brasil, ainda assim não é certo que o STF venha a declará-lo, em decorrência da falta de responsabilidade que os doutrinantes e mesmo os legisladores brasileiros vêm manifestando ao abordar a matéria, sem qualquer interação efetiva com o direito comparado – principalmente, o direito colombiano. A fim de evitar o risco de uma abordagem internacional fragmentada e dissonante sobre uma doutrina que vem sendo exportada para muitos países da América Latina, o artigo propõe que deve ser fomentado um diálogo entre as cortes constitucionais, tomando como modelo dialógico a abordagem da *fertilização constitucional cruzada* de Anne-Marie Slaughter.

Palavras-chave:

Estado de Coisas Inconstitucional, crise migratória, Roraima, diálogo constitucional transjudicial, fertilização constitucional cruzada.

Abstract:

The Brazilian Supreme Court is currently pursuing a lawsuit (ACO 3121) in which the government of the State of Roraima claims that the framework created by the disorderly immigration of Venezuelan citizens should be characterized as an Unconstitutional State (ECI). First, comparing the Colombian and Brazilian doctrines on ECI, it is indicated that in Brazil, since the first case, concerning the national crisis of the prison system (ADPF 347), has been declared, the delineation of the conceptual contours of that institute by the local analysts would not be observing the limits set by the corporation from which ECI's jurisprudential doctrine originated, that is, the Colombian Constitutional Court. In light of this, it is argued that, although it can be said that most of the factors enumerated by Colombian jurisprudence for the declaration of an ECI are present in the migratory crisis in the north of Brazil, it is still not certain that the STF will declare because of the lack of responsibility that Brazilian doctrinators and even legislators have been expressing in addressing the matter without any effective interaction with comparative law, especially Colombian law. In order to avoid the risk of a fragmented and dissonant international approach to a doctrine, that has been exported into many countries in Latin America, the article proposes that a dialogue between the constitutional courts should be promoted, taking as a dialogical model the approach of 'constitutional cross-fertilization' by Anne-Marie Slaughter.

Keywords: Unconstitutional State, migratory crisis, Roraima, transjudicial constitutional dialogue, constitutional cross-fertilization.

INTRODUÇÃO

Em um futuro possível e não muito distante, o Supremo Tribunal Federal brasileiro pode vir a julgar se a grave crise causada pelo intenso fluxo migratório de venezuelanos no Estado de Roraima poderia ser compreendida como um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Desde abril de 2018, tramita nesse tribunal uma Ação Civil Originária (ACO 3121) ajuizada pela Governadora de Roraima contra a União federal, na qual se alega, dentre outras coisas, que a situação crítica vivida pelo Estado desde fins de 2016 poderia ser subsumida à doutrina constitucional importada da jurisprudência colombiana.

Na petição da ACO 3121, é apresentado um “estado de emergência social devido ao intenso processo de imigração de venezuelanos” e, por conta disso, é requerida do governo federal a implementação de medidas de apoio voltadas à priorização de políticas de proteção social, atenção à saúde, oferta educacional e garantia de direitos fundamentais.

Em suas disposições finais, a ação pede que a União federal seja obrigada (a) a promover medidas administrativas na área de controle policial e sanitário, (b) a transferir com urgência recursos financeiros adicionais para compensar os gastos com saúde e educação dos imigrantes e (c) a determinar o fechamento temporário da fronteira Brasil-Venezuela, a fim de impedir o fluxo migratório desordenado. Este último tópico, a propósito, foi objeto de inúmeras críticas, tendo alguns juristas classificado essa Ação Civil Originária como uma ação judicial “contra os seres humanos” (Vedovato e Baeninger, 2018), a qual violaria, segundo os críticos, tanto a legislação brasileira para os refugiados (Lei 9.474. de 1997) quanto a própria Constituição.

Em réplica à contestação da União, o Estado de Roraima voltou a insistir na necessidade de caracterização do ECI, referindo que estariam presentes no caso, cumulativamente, (i) uma clara situação de violação generalizada de direitos fundamentais, tanto em relação a brasileiros residentes no território de Roraima quanto em relação aos próprios imigrantes; (ii) uma situação de inércia ou incapacidade (gerencial ou política) do governo federal, enquanto responsável pela política migratória e, (iii) uma demanda por um conjunto de medidas a serem adotadas por diversas autoridades no âmbito da saúde, vigilância sanitária, educação, direitos humanos, segurança pública, justiça etc.

A ação segue tramitando, porém, até hoje, não houve qualquer posicionamento antecipado do STF sobre a caracterização, ou não, do ECI. Se viesse a declará-lo, seria a segunda vez que o tribunal admitiria a ocorrência desse importante instituto criado e desenvolvido nas últimas décadas pela Corte Constitucional da Colômbia².

Sem embargo, o que se assevera aqui é que, caso a conjuntura representada pela crise migratória contenha os elementos indispensáveis ao reconhecimento de um ECI, conforme os enumera e descreve a jurisprudência e a doutrina colombianas, não seria adequado que o STF discricionariamente optasse por não declará-lo. Como corretamente disse o Estado de Roraima na mencionada réplica, “Entende-se que a recepção incompleta e seletiva da referida tese [do ECI], restringindo-se ao tema da crise carcerária, não honraria apropriadamente o direito comparado”.

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia e no Brasil:

Para os propósitos deste artigo, são inicialmente resumidos os aspectos considerados os mais relevantes sobre ECI, tanto na literatura colombiana quanto na brasileira, a fim de se refletir se seguem na mesma marcha, apontando assim para uma conceituação confluyente sobre a matéria no direito comparado. Em seguida, analisando os fatores destacados pelos dois contextos doutrinários, examina-se se o caso da migração venezuelana no norte do Brasil poderia conformar-se, em alguma medida, aos pressupostos do ECI, considerados os elementos fáticos relativos, principalmente, à realidade atual de Roraima.

O ECI na doutrina colombiana:

O chamado Estado de Coisas Inconstitucional é descrito pelos doutrinantes colombianos ora como uma “técnica” (Vargas Hernández, 2003), ora como uma “ferramenta ou mecanismo” (Lyons, Monterroza e Meza, 2016), ora mesmo como uma “doutrina” (Jaramillo, 2011), que teria como base normativa o artigo 113 da Constituição colombiana, o qual trata do dever de colaboração harmônica entre os diversos ramos do poder público.

A Corte Constitucional da Colômbia é a matriz onde surge, ainda nos anos 90, a doutrina do ECI. Considera-se como seu marco o caso abordado na histórica sentença SU-559, de 1997, em que foi discutida a omissão dos municípios colombianos quanto à obrigação de afiliar os seus docentes no *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, porquanto descontasse deles os valores previstos na lei para a seguridade social. Nesse precedente, em relação aos fatos apresentados na ação de tutela proposta por um grupo de professores dos municípios de María La Baja e Zambrano, em Bolívar, a Corte Constitucional fez referência a um “estado de cosas [que] resulta violatorio de la Constitución Política”, um “estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional”.

A partir sentença SU-559/97, uma extensa literatura começou a se formar sobre o ECI, sua definição, seus fatores e seus efeitos. E isso veio coincidir com a ampliação do novo instituto, que a Corte Constitucional foi estendendo, ainda na segunda metade dos anos 90, para outros casos que também considerou causadoras de lesões jusfundamentais – cabe citar, *inter allia*, os casos da ineficiência administrativa para resolver os pedidos de aposentados junto à *Caja Nacional de Previsión Social* (T-068, 1998), o da crise nos centros de reclusão e estabelecimentos carcerários do país (T-153 e T-606, 1998; T-847, de 2000 *et alli*), o da falta de convocatória para a nomeação de notários públicos (SU-250, de 1998) e o da falta de proteção estatal aos defensores de direitos humanos (T-590, 1998; T-558, 2003; T-1191, 2004), o da mora reiterada para realizar os pagamentos de aposentados do Departamento de Bolívar (T-525, 1999), dentre tantos outros que se sucederam nos anos seguintes³.

Na sentença T-153/98, a Corte havia já estabelecido uma definição bem elaborada do ECI, tratando-o como uma figura a ser usada:

“con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general – en tanto que afectan a multitud de personas –, y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.”

Em uma seminal dissertação publicada em 2003, a magistrada da Corte Constitucional da Colômbia Clara Inés Vargas Hernández buscou ressaltar que, desde o início, o ECI deveria ser compreendido como um esforço do juiz constitucional de ampliar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais previstos na Constituição colombiana de 1991. Segundo ela, a Corte, assim agindo, complementava os propósitos da Assembleia Nacional Constituinte de proteger a dimensão subjetiva dos direitos constitucionais por meio da ação de tutela. Conforme registrou a magistrada, o interesse da Corte foi o de ir mais além e reconhecer os direitos fundamentais como princípios constitucionais que imporiam deveres de prestação positiva às autoridades públicas, responsabilizando-as pela eficácia de políticas públicas em “situaciones estructurales” (Vargas Hernández, 2003, p.214).

Embora a Corte Constitucional tenha reconhecido a incidência do ECI em variadas situações, que vão desde o pioneiro caso do *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio* (SU-599, 1997) até os casos relativos às garantias de proteção dos defensores de direitos humanos (T-590, 1998; T-558, 2003; T-1191, 2004), Michelle Calderón Ortega (2014) afirma que a Corte teria sido “tímida” nas determinações feitas na maioria desses casos, limitando-se em suas sentenças declaratórias a fazer exortações gerais. Exceções a isso, segundo ela, seriam o caso da ação de tutela em face do *Consejo Superior de la Carrera Notarial*, ou ainda o caso dos deslocamentos forçados internos, nos quais a Corte teria determinado claramente às partes demandadas obrigações de fazer ou não fazer, com prazos estipulados. No primeiro caso, exigiu que, no prazo máximo de três meses, houvesse a abertura de concurso para a carreira notarial (T-1695/00), e, no segundo, determinou exigindo ao *Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* que, no prazo máximo de pouco mais de três meses, fossem definidos os valores orçamentários (correspondentes aos entes territoriais e supranacionais) necessários para

cumprir com a política de proteção dos direitos fundamentais dos deslocados (T-025, 2004).

Tomando em conta o repositório de casos oferecido pela Corte, os doutrinantes colombianos (v.g: Cárdenas, 2011; Páez, 2012) enunciaram o que seriam os seis fatores a serem observados para a definição ou caracterização do ECI: (i) vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, a afetar um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir aqueles direitos; (iii) adoção de práticas inconstitucionais; (iv) falta de adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades e, (vi) o recurso excessivo das pessoas afetadas a ações de tutela em busca da proteção de seus direitos, produzindo um maior congestionamento judicial. Na sentença T-025/04, conforme destacam Lyons, Monterroza e Meza (2016), todos esses fatores já estariam bem delineados.

É verdade que a disposição dos fatores pode variar conforme os autores que os sintetizam. Os requisitos de (i) presença de “una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas, que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos” e de (ii) “vulneración [que] no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa em factores estructurales”, teriam sido reconhecidos tardiamente (Toro e Nevado, 2005). Cesar Rodríguez-Garavito sustenta que esses fatores todos, à luz da mesma sentença T-025/04⁴, poderiam ser resu-

4 Conforme a Corte, “cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, esta corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional” (Sentença 025/04).

midos em dois ou três principais, a saber, “condiciones de proceso” (falhas estruturais da política pública nacional) e “condiciones de resultado” (violações massivas e sistemáticas dos direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas), além da “necesidad imperiosa del trabajo en conjunto de diversas autoridades públicas para la modificación de una realidad que resulta contraria a la Constitución” (Rodríguez-Garavito, 2009).

Em alguns julgamentos mais recentes, envolvendo a promoção de direitos da etnia indígena Wayuu, do Departamento de La Guajira (T-302, 2017; T-359 & T-415, 2018), aqueles seis requisitos (i a vi) foram reafirmados, tendo a Corte ainda pontuado (T-425, 2018) que os direitos fundamentais a serem resguardados incluiriam o direito à alimentação, saúde, água potável, à igualdade, à proteção cultural e à participação de meninos e meninas indígenas, e que deveria ser constituído um mecanismo especial para acompanhar a implementação das políticas públicas para a superação do ECI. Essa possibilidade de participação dos afetados na formulação de medidas capazes de fornecer soluções para os problemas enunciados, seria, no dizer de Sergi Vidal Parra (2019), uma “janela de possibilidades” que então se abria.

O ECI na doutrina brasileira:

O Estado de Coisas Inconstitucional foi reconhecido pela primeira vez no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal⁵, em 2015, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade⁶, essa ADPF discutia o estado crônico de falência es-

5 Diferentemente da Colômbia e de outros países, o Brasil não possui, como órgãos separados, uma Corte Constitucional e uma Corte Suprema de Justiça. O Supremo Tribunal Federal, tal como a Supreme Court dos Estados Unidos, desempenha o papel duplo de tribunal constitucional (com competência originária em alguns casos) e de instância máxima recursal.

6 A petição inicial, conforme Caio César Bueno Schinemann, foi redigida pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), sob a coordenação do Prof.

trutural do sistema penitenciário nacional e requeria a adoção de providências capazes de “sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos”⁷.

Ao julgar o pedido de medida cautelar na ADPF, o órgão plenário do STF deferiu parte dos pedidos formulados, dos quais convém destacar, como medida mais importante, a instituição, nos tribunais nacionais, no prazo máximo de 90 dias, de uma audiência prévia de apresentação das pessoas custodiadas (audiência de custódia), atendendo aos ditames da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Schinemann, 2016).

O ministro⁸ Luis Roberto Barroso foi um dos julgadores que reconheceu o cabimento da doutrina do ECI: “Trata-se de um conceito importado da Corte Constitucional colombiana, em uma situação muito parecida com a brasileira. [...] Existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema”⁹.

O ministro Luiz Fux, a seu turno, ressaltou a postura interventiva que deveria assumir o Judiciário em situações de inconstitucionalidade como a que se apresentava:

“Senhor Presidente, hodiernamente, o que se tem verificado

Dr. Daniel Sarmiento. Cf. Schinemann, C. C. B. (2016). Estado de Coisas Inconstitucional e Dialogo no Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 119.

7 ADPF 347. Petição inicial, p.1. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: fevereiro de 2016.

8 Os juízes dos tribunais superiores no Brasil (o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar) são chamados de “ministros”.

9 Para este e outras citações sobre a ADPF 347, cf. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>

em várias cortes constitucionais é exatamente esse ativismo judicial-dialógico que visa a implementar esses direitos fundamentais previstos na Carta dos respectivos países. Então, aqui, cita-se como exemplo a corte colombiana, que efetivamente é uma corte que tem dado ênfase a essa implementação de políticas públicas. Entendo que cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, interferir. E me recordo, por exemplo, que na Índia, na África do Sul, na Colômbia, enfim, em todos esses países, as cortes supremas, elas, digamos assim, determinam a prática de uma política pública e acompanham e coordenam essas práticas.”

O relator do caso, ministro Marco Aurélio de Mello, chegou a citar livro de Rodríguez-Garavito e Diana Rodríguez Franco – *“Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia”* – ara destacar o papel de “coordenador institucional” que tribunais como o STF deveriam desempenhar nos casos envolvendo inconstitucionalidades estruturais.

O julgamento teve grande repercussão entre os constitucionalistas brasileiros. Em seu trabalho publicado ainda em dezembro de 2015, Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior sintetiza o modo como os desafios trazidos pela decisão do STF, no âmbito do equilíbrio dos Poderes, foram compreendidos à época:

O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” foi decisivo para que o STF determinasse a adoção de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários para o equacionamento da situação do sistema carcerário nacional, numa guinada jurisprudencial de grande impacto que está a suscitar a preocupação de parlamentares, juristas e agentes públicos sobre a necessidade de essa nova linha jurisprudencial ser balizada, com o claro estabelecimento de limites normati-

vos, sob pena de as competências específicas dos demais Poderes – Executivo e Legislativo – serem usurpadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

Em verdade, ainda em 2014, antes do julgamento da ADPF 247, autores como Luciana Silva Garcia já cogitavam que a técnica do ECI, a ser emprestada da jurisprudência colombiana, poderia servir como um instrumento evolutivamente preferível à intervenção federal para resolver o problema estrutural relacionado ao falido sistema prisional brasileiro (Garcia, 2014).

A partir da definição do precedente na ADPF, a produção bibliográfica sobre o tema cresceu enormemente, e de modo curioso, mas não raro nesses casos, muitos analistas empolgados traçaram comparações apressadas, enquanto outros ensaiaram aplicações aos mais variados âmbitos daquilo que acreditavam representar a recém-chegada doutrina colombiana.

Autores como Helena Maria Pereira dos Santos, José Ribas Vieira, Luana Regina D’Alessandro Damasceno e Tayná Tavares das Chagas (2015), em trabalho coletivo, buscaram analisar os pontos de contato entre o que fora decidido na ADPF 347 e na sentença T-53, chamando a atenção o teor de sua conclusão: “A ADPF 347 ao requerer a declaração do estado de coisas inconstitucional e a promoção de políticas, que efetive direitos aos encarcerados e aos indiretamente envolvidos nesse sistema, de uma forma cooperativa e dialógica, *pretende não repetir os erros da T-153 Colombiana*” (p. 2610) (destaquei).

Os “erros” apontados pelos autores – a partir da leitura de Rodríguez-Garavito (2011) – seriam, principalmente, a falta de efetividade das medidas expedidas, em razão da falta de mecanismos de supervisão da Corte. Essa falta poderia ser contornada, segundo eles, por um “ativismo dialógico”, nos moldes defendidos por Rodríguez-Garavito, no qual as sentenças judiciais “proporcionariam o

uso de mecanismos mais participativos, como audiências públicas, discussões entre sociedade e governo, sociedade e tribunal” (Santos, Vieira, Damasceno e Chagas, 2015, p. 2606).

Além dos esforços comparativos, não tardou para que aparecessem também análises defendendo a caracterização do ECI em outros domínios, como, por exemplo, nas falhas em relação aos direitos das crianças no escopo de algum município brasileiro (Felicício e Santos, 2017) ou nas falhas em âmbito nacional nas áreas ambiental (Caúla e Rodrigues, 2018) e de saúde (Pinto, 2016).

A migração venezuelana em Roraima como um ECI:

Um dos objetivos deste texto é examinar as possibilidades de caracterização, por critérios tidos como objetivos, da crise migratória no norte do Brasil como um ECI, a partir de elementos extraídos da jurisprudência constitucional colombiana. Isso, aliás, é algo curioso porque, ainda que o êxodo venezuelano também afete de modo significativo a Colômbia (inclusive, muito mais que o Brasil, em termos quantitativos), tal tema ainda não foi incorporado ao extenso acervo de casos de ECI registrados na Corte colombiana¹⁰. De todo modo, isso não deve inibir a análise a seguir, que contrasta cada um dos fatores determinantes do ECI com informações e características do cenário estabelecido principalmente em Roraima.

a) vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais, a afetar um número significativo de pessoas

Iniciado no ano de 2016, o boom imigratório no Estado de Roraima registrou desde então casos variados de vulneração de direitos fundamentais tanto de migrantes quanto de nacionais, estando esses casos ligados ao incremento demográfico descontrolado. Em-

10 Não se considera que o tema dos deslocamentos internos e o cenário crítico que ele envolve possa ser considerado estritamente comparável ao da crise provocada pela migração internacional transfronteiriça.

bora tenham surgido inicialmente em Roraima, as situações consideradas críticas se estenderam para outros Estados da região norte brasileira, como o Amazonas e o Pará.

O aumento populacional provocou um abalo na capacidade estatal de oferecer serviços públicos básicos, em especial saúde e educação. Na petição na ACO 3121, o governo de Roraima alegou que, já em dezembro de 2017, havia estado de emergência social no Estado e posto em alerta as Secretarias de Saúde, Trabalho e Bem Estar Social, Justiça e Cidadania e de Comunicação.

Um relatório recente da ONG *Human Rights Watch* (2019) informa que “O impacto da crise venezuelana na saúde pública transnacional evidencia-se de forma dramática em Roraima” (p.15). Mesmo considerando que o acesso abrangente aos cuidados de saúde seriam maiores no Brasil do que na Colômbia, a entidade propõe como recomendação comum aos dois países que contínuem “a garantir que os venezuelanos em seus territórios tenham acesso a serviços de saúde adequados, de acordo com a obrigação internacional de proteger o direito à saúde de migrantes e refugiados). A diminuição de oferta e acesso no sistema de saúde também teria prejudicado os nacionais, tanto na capital de Roraima quanto na fronteira (Odorissi, Hermany, 2018).

No município fronteiriço de Pacaraima, de pouco mais de 12 mil habitantes, foi também verificada uma redução drástica de vagas nas escolas. Em 2017, foram atendidos nas três únicas escolas da sede cerca de 1.338 alunos, entre brasileiros e venezuelanos; em 2018, foram 2.030 estudantes matriculados na pré-escola e no ensino fundamental, dos quais 530 migrantes¹¹. O direito à educação básica universal não pôde ser promovido de forma integral às crianças de Pacaraima nesses anos.

11 Cf. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-08/escolas-de-pacaraima-tem-superlotacao-com-entrada-de-venezuelanos>.

Outros direitos sociais considerados fundamentais também não lograram uma realização satisfatória. A constatação de muitos migrantes em situação de rua em Boa Vista evidenciou a falta de habitação e alimentação em larga escala entre 2017 e 2018. A implementação da Força Tarefa Logística Humanitária (um esforço cooperativo entre as Forças Armadas do Brasil e agências internacionais), com estratégias de abrigo, atenuou a falta de assistência e recursos básicos, mas até hoje há pessoas que não conseguem vagas nos abrigos e vivem pelas ruas da capital, conforme o *Relatório sobre as Violações de Direitos contra Imigrantes Venezuelanos no Brasil*, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, publicado em 2018¹².

Também são registrados casos de violações de direitos fundamentais individuais a relacionados a atos de violência motivados por xenofobia, como o incêndio intencional ao abrigo de refugiados no município de Mucajaí (RR) e a investida contra grupos de venezuelanos em Pacaraima, em março e em agosto de 2018, respectivamente.

A interseção de condições raciais, sociais e de gênero tornariam alguns grupos migrantes especialmente vulneráveis a situações de exploração (sexual e laboral), como as crianças, as mulheres, os indígenas Warao e E'ñepa, as pessoas com deficiência e os idosos.

O modo persistente e expressivo como esses direitos fundamentais todos têm sido denegados pelas autoridades permitiria apontar para uma vulneração de direitos generalizada e massiva, a afetar milhares de migrantes, como também centenas de nacionais. Não haveria qualquer inconveniente no fato de que a vulneração de direitos afetaria de modo dramático apenas um dos Estados no Brasil,

12 Cf. <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatriosobreViolaesdeDireitosHumanoscontraImigrantesVenezuelanos.pdf>.

uma vez que, do acervo de casos da Corte colombiana, pode-se anotar casos de ECI com repercussão apenas em nível local, como aquele envolvendo as crianças Wayuu, adstrito ao Departamento La Guajira (principalmente as alcaldias de Riohacha e Uribía).

b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir aqueles direitos

Desde os primeiros momentos em que o fluxo migratório tornou-se crítico, é possível afirmar que o Estado respondeu ativamente aos desafios impostos pela migração, embora nem sempre com medidas satisfatórias do ponto de vista assistencial.

Ainda em outubro de 2016, foi instituído pela então governadora de Roraima, em caráter extraordinário, o Gabinete Integrado de Gestão Migratória – GIGM¹³. Com atuação centrada em Boa Vista e Pacaraima, esse Gabinete tinha o objetivo de “planejar e executar ações de controle e assistência econômica aos imigrantes venezuelanos que adentram ao estado de Roraima” (art. 1º).

Sua administração, conforme o art. 2º, ficava a cargo da Defesa Civil estadual, mas contava com a participação de representantes de dezenas de secretarias e órgãos estaduais (Casa Civil, do Trabalho e Bem-Estar Social, Extraordinária de Relações Internacionais, da Saúde, da Segurança Pública, da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros, da Polícia Civil, da Justiça e Cidadania, da Educação e Desporto, da Cultura, do Índio, de Articulação Municipal e Política Urbana, da Infraestrutura, do Planejamento e Desenvolvimento, de Comunicação Social, bem como, da Procuradoria-Geral do Estado, Companhia de Água e Esgotos de Roraima e da Companhia de Desenvolvimento de Roraima).

13 Decreto estadual nº 21.871, de 17 de outubro de 2016, publicado no Diário Oficial do Estado de Roraima (DOE-RR) de 17 de outubro de 2016, p.3.

Dentre as primeiras ações do Gabinete, conforme recordam Odorissi e Hermany (2018), está a implantação, em Pacaraima, de um Centro de Atendimento ao Migrante. Também foi responsável pela instalação do primeiro esquema de abrigo de refugiados, com apoio da entidade Fraternidade – Federação Humanitária Internacional (Vasconcelos, 2018).

A partir do início de 2018, o compromisso com políticas de assistência humanitária passou a ser assumido pelo governo federal. A Medida Provisória 820¹⁴, de 15 de fevereiro de 2018, proposta sob medida para a crise em Roraima, prevê, em seu art. 1º, a adoção de “medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária”. Ainda em 15 de fevereiro daquele ano, foram editados outros dois decretos: o Decreto nº 9.825, vem, oficialmente, reconhecer a situação de vulnerabilidade decorrente do fluxo migratório provocado pela crise humanitária na Venezuela, e o Decreto nº 9.826 vem criar o Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade ligada à crise migratória.

A edição desses atos normativos coincide com o início da conhecida “Operação Acolhida”, uma ação capitaneada pelas Forças Armadas brasileiras e entre órgãos de âmbito federal, apoiados por governos estaduais e municipais, e em parceria com agências internacionais e organizações não-governamentais. A experiência que se vem acumulando com a operação tem sido apresentada como uma das mais bem-sucedidas de atuação de forças militares em uma crise humanitária (Oliveira, 2018).

Não seria justo considerar que houve, pelo menos de forma prolongada, omissões das autoridades competentes no que se refere às suas obrigações prestacionais, de modo que este segundo requisito não se verificaria presente.

14 Posteriormente convertida na Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018.

c) adoção de práticas inconstitucionais

Em 1º de agosto de 2018, a Governadora de Roraima faz publicar o Decreto 25.681-E¹⁵, pelo qual determinava uma “atuação especial” das forças de segurança pública e demais agentes públicos do Estado de Roraima, em decorrência do fluxo migratório. Esse decreto parecia atender aos anseios do segmento conservador da sociedade roraimense, e pode ser lido como uma tentativa desesperada da governadora, que buscava a reeleição, de atrair apoio popular para a sua campanha; quer dizer, a xenofobia de Estado passava a ser adotada como estratégia eleitoral.

A despeito de atender aos clamores da população conservadora anti-imigração, o decreto foi intensamente criticado entre juristas por conta das disposições claramente inconstitucionais (Farias, 2018), como medidas de restrição de acesso aos estrangeiros aos serviços públicos de identificação civil e saúde, incluindo a exigência de apresentação de passaporte válido aos estrangeiros, como condição de acesso aos serviços. Embora não fizesse referência aos venezuelanos, o decreto claramente os tinha em vista.

No dia seguinte à recomendação (02 de agosto), Procuradores da República lotados no Ministério Público Federal em Roraima emitiram uma recomendação (Recomendação 20/2018/MPF/RR¹⁶) à autoridade estaduais para que elas revogassem o decreto, uma vez que este conteria “vícios ululantes e insanáveis de inconstitucionalidade, ofendendo a um só tempo diversos princípios constitucionais, convencionais e legais”. A reação nas redes sociais contra os Procuradores foi virulenta, o que pode ter encorajado os órgãos estaduais a seguirem aplicando, nos dias seguintes, as determinações do decreto.

15 Cf. http://www.tjrr.jus.br/legislacao/phocadownload/Decretos_Estaduais/2018/25681_e.pdf

16 Cf. <http://www.mpf.mp.br/rr/sala-de-imprensa/docs/recomendacao202018>.

Desde logo, a Defensoria Pública da União em Roraima buscou reverter o decreto na Justiça Federal, por meio de uma Ação Civil Pública com pedido de liminar. O juiz responsável pelo caso considerou que o ato normativo trazia consigo “aparente oportunismo eleitoral”, mas, de outra parte, afirmou que “de nada adianta acolher os imigrantes venezuelanos se eles vão ser submetidos a condições tão ou mais degradantes, tais como mulheres e crianças mendigando comida, jovens e velhos arrastando cartazes pedindo trabalho, muitos residindo em praças e calçadas”¹⁷. Agravando o quadro de inconstitucionalidades, a decisão do juiz federal, de 05 de agosto, determinou o fechamento da fronteira por tempo indeterminado, até que fossem adotadas medidas efetivas de desinchaço do Estado de Roraima.

Com a comoção causada pela medida extrema, no dia 06 de agosto, o Supremo Tribunal Federal finalmente apreciou o pedido liminar na ACO 3121. A relatora do caso, ministra Rosa Weber, aproveitou para afirmar que a competência para julgar os incidentes com relevância constitucional relacionados à crise migratória em Roraima, incluindo o fechamento da fronteira, era do Supremo Tribunal. Ressaltou que, ainda que não se pudesse reconhecer um direito subjetivo de ingresso no país, uma análise constitucional da questão apontava para medidas de acolhimento:

“A utilização indiscriminada de medidas voltadas a restringir migrações irregulares pode acabar privando indivíduos não apenas do acesso ao território, mas do acesso ao próprio procedimento de obtenção de refúgio no Estado de destino, o que poderia, a depender da situação, configurar, além de descumprimento do dever de proteção assumido internacionalmente, ofensa à cláusula constitucional asseguradora do devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CF).

17 Cf. <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/8/art20180806-03.pdf>.

“Presente, pois, situação de fluxo migratório irregular, as medidas de gerenciamento de migrações que vierem a ser adotadas não podem contrariar os compromissos assumidos nos tratados internacionais de que o Brasil é parte, no sentido de permanecer disponível à efetiva proteção dos refugiados, caso a situação o exija¹⁸.”

A fronteira foi então reaberta, embora o Decreto 25.681-E ainda continuasse vigente. Foi apenas no dia 08 de agosto, em decisão separada, que a ministra Rosa Weber suspendeu o decreto, ao deferir requerimento da Advocacia-Geral da União formulado na ACO 3121. Embora, nessa outra decisão, ela não tenha expressamente consignado que o decreto continha normas inconstitucionais, referiu que havia indícios de que o seu teor poderia inviabilizar garantias individuais da população migrante¹⁹.

Poderiam ainda ser referidos outros casos que suscitaram alegações de inconstitucionalidade, como uma ação da Polícia Federal, no final de 2016, que buscou deportar coletivamente cerca de 450 indígenas venezuelanos em situação irregular, mas que foi impedida por decisão da justiça federal.

Contudo, aqueles incidentes reportados, de restrição do acesso a serviços públicos universais aos venezuelanos e de fechamento da fronteira, que marcaram uma fase tensa no debate sobre os efeitos da migração em Roraima, seriam suficientemente eloquentes para contabilizar práticas inconstitucionais adotadas pelo Estado (Poder Executivo estadual e Poder Judiciário federal) na gestão da crise migratória, embora tenham sido posteriormente invalidadas pelo STF.

18 Cf. <https://www.conjur.com.br/dl/rosa-weber-nega-fechamento-fronteira.pdf>.

19 Cf. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3121decreto.pdf>.

(iv) falta de adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos

É possível afirmar que equívocos eventualmente praticados pelo Estado brasileiro na condução da sua política migratória não decorreria da falta de legislações diretivas, mas talvez da forma mais adequada de implementá-las ou custear as medidas que elas exigem.

Embora o Brasil não tenha, até hoje, ratificado o tratado de direitos humanos da Organização das Nações Unidas, que aborda de modo específico os direitos de migrantes²⁰, isso é compensado pelo fato de que sancionou, em 2017, uma lei altamente protetiva dos direitos de migrantes, a saber, a Lei n° 13.445. O fato de não estabelecer qualquer discriminação entre migrantes “regulares” e “irregulares” para fins de fruição de direitos e garantias, assegurando a todos assistência social ampla, colocaria a legislação brasileira à frente, em termos de proteção, da Convenção da ONU.

Porém, como se viu, mesmo essa lei não impediu que autoridades brasileiras praticassem inconstitucionalidades, através de decretos e decisões. Não se pode deixar de reconhecer que o Brasil ainda não possui uma Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia, a despeito da Lei de Migração prevê-la em seu art. 120 como uma importante medida. Recorde-se que um dos pedidos nucleares do Estado de Roraima na ACO 3121 é que a União federal seja obrigada “a promover medidas administrativas na área de controle policial, saúde e vigilância sanitária, sob pena de se manter o abalo indesejado do Pacto Federativo e um estado crítico de coisas inconstitucional”.

20 Trata-se da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela Resolução da Assembleia Geral n° 45/158, de 18 de dezembro de 1990.

Uma política nacional dedicada ao tema migratório, definindo responsabilidades e estimulando um regime de cooperação entre os vários entes públicos e privados talvez permitisse que instrumentos orçamentários e fiscais fossem mais efetivos. Um outro requerimento delineado na ACO 2131 é que “seja determinada a transferência de recursos adicionais para suprir os custos suportados pelo Requerente [Estado de Roraima], especialmente com saúde e educação dos venezuelanos estabelecidos em território roraimense”.

A falta de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias *integradas* entre os entes, possibilitando uma gestão coordenada da questão migratória, permite sustentar que este requisito também se encontra devidamente configurado.

(v) a existência de um problema social de cuja solução depende da intervenção de várias entidades

A propósito do que foi dito acima, é necessário que haja, como resposta estatal a uma vulneração massiva e sistemática de direitos fundamentais, uma “colaboração harmônica” entre os diversos ramos do poder público. Não se pode registrar, senão episodicamente, situações de trabalho colaborativo no caso sob exame. O quadro mais recorrente seria o de “embate” entre os entes federativos²¹, e isso poderia estar ligado a um problema de natureza estrutural, a saber, a insuficiência de mecanismos de implementação para um federalismo cooperativo.

A propósito, talvez em razão da falta de convergência entre os entes estatais, instalaram-se em Roraima, à semelhança de como ocorreu na Colômbia no caso dos deslocados forçados, organizações internacionais e organismos não-governamentais como o Alto

21 Embate entre União e Roraima agrava crise migratória. Deustsch Welle. Recuperdo de <https://www.dw.com/pt-br/embate-entre-uni%C3%A3o-e-roraima-agrava-crise-migrat%C3%B3ria/a-45297184>.

Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, a Organização Internacional para as Migrações (OIM), o Conselho Norueguês para Refugiados (CNR) e o Serviço Jesuíta para Refugiados.

Enfim, mesmo o sucesso da Operação Acolhida como medida de promoção de direitos básicos poderia ser relativizado, à medida que a política de interiorização planejada e executada pelos comandantes da operação, pela qual se pretende distribuir geograficamente os migrantes pelo país, não têm logrado resultados animadores pela falta de compromisso de Estados e municípios dispostos a recebê-los. Por suas amplas consequências (políticas, econômicas, sociais etc.), é evidente que uma crise migratória como a vivida por Roraima reclama a atuação sinérgica de vários entes, e talvez mesmo ela esteja se estendendo pelos anos porque uma tal atuação não tem sido alcançada. Este requisito também está presente.

(vi) o recurso das pessoas afetadas pelo problema a ações de tutela em busca da proteção de seus direitos, produzindo um maior congestionamento judicial.

Ao longo dos anos, como dito anteriormente, muitas medidas foram judicializadas, em favor e mesmo contra direitos de imigrantes – embora, nesta segunda hipótese, a alegação tenham sido, ciniicamente, a de que as ações judiciais estariam visando ao bem-estar geral.

Em todo caso, felizmente, têm prevalecido as ações de tutela que buscam a promoção dos direitos de todos, mas mais especialmente dos migrantes venezuelanos, que são invariavelmente os mais vulneráveis na crise instalada no norte do Brasil.

Ainda no final de 2016, foi determinada *ex officio* pela 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Boa Vista que o Estado de Roraima fornecesse almoço e jantar diários e atendimento médico e odontológico e local para alojamento para as crianças migrantes,

e que a Prefeitura municipal fornecesse desjejum, internação hospitalar e funcionários para a administração do alojamento, de modo a retirá-las da situação de risco em que se encontravam pelas ruas.

A despeito de ações emblemáticas como essa, não há publicada, até hoje, qualquer pesquisa exploratória que contenha dados exatos sobre a quantidade de ações judiciais com demandas em prol dos migrantes venezuelanos em Roraima. É provavelmente exagerado afirmar que o Poder Judiciário local (estadual e federal) estaria congestionado com ações de tutela. Ainda assim, é razoável supor que houve qualquer aumento, ainda que pouco significativo, em relação ao número de ações coletivas e individuais ajuizadas em favor dos migrantes.

E vale registrar que o número pode ser ainda inexpressivo em razão do desconhecimento dos direitos constitucionais pela população migrante, ligado a fatores estruturais, à semelhança do que ocorria com a população forçadamente deslocada da Colômbia (cf. A-373, 2016).

Este requisito, portanto, é de difícil aferição, dada a subjetividade que poderia estar contida na afirmação do que o incremento na quantidade de ações judiciais em favor de migrantes ou mesmo nacionais afetados pela migração constituiria um “congestionamento”.

Conforme se vê, por uma análise superficial se poderia sustentar que alguns dos requisitos – não todos – definidos pela Corte Constitucional da Colômbia para a caracterização do ECI estariam presentes no caso da crise migratória em Roraima.

Poderia o STF reconhecer e declarar um ECI no caso analisado na ACO 3121, estando presentes apenas alguns dos fatores que essa técnica compreende na Corte Constitucional que a criou? Aparentemente sim, mas isso porque a própria Corporação colombiana

assim dispôs, ao tratar do caso das crianças da etnia Wayuu: “Por supuesto, no es necesario probar simultáneamente que se verifican los seis factores para poder identificar un estado de cosas inconstitucional. En un determinado caso pueden concurrir algunas de forma clara, grave y evidente, pero no todas las circunstancias allí señaladas” (T-302, 2017).

Nessa mesma sentença T-302, também disse a Corte que o índice de fatores não seria taxativo e o juiz responsável pelo caso (*juex de tutela*) poderia identificar outros novos tipos de “circunstâncias relevantes” para a caracterização do ECI. A dúvida que advém é se o juiz constitucional brasileiro, ou qualquer outro juízo estrangeiro para onde se exportou o ECI, teria essa discricionariedade judicial de reinterpretar e eventualmente expandir o seu conceito e os seus requisitos.

A dúvida é tanto mais relevante quando se percebe que, no Brasil, o ECI começa a ser, como se verá, “brasilizado”, seja pelos legisladores, seja pela doutrina doméstica. Cabe então questionar a legitimidade de interpretações extensivas que, “nacionalizando” o instituto estrangeiro, avance na sua aplicação em temas ainda não abordados na doutrina-matriz (neste caso, a colombiana). Há dúvidas sobre o quanto deveriam os intérpretes manter-se fieis à fonte doutrinária estrangeira, ou o quanto eles poderiam sentir-se livres para recriá-la *on demand* e sob novos contornos.

Esse processo de reformulação teórico-conceitual não é, de modo algum, algo incomum no direito comparado. O que se defende neste artigo, no entanto, é que deveria haver qualquer diálogo entre as Cortes constitucionais – entre as quais se transplantam conceitos e ideias – de modo a assegurar um suporte de legitimidade ao processo de reformulação que venha a ser realizado de doutrinas compartilhadas. Como dizia a ex-Juíza da Suprema Corte do Canadá Claire L’Heureux-Dubé, a influência judicial transnacional não deve significar simples recepção, mas sim diálogo ou “polinização

cruzada” (*cross-pollination*). Algo semelhante é defendido pela jurista estadunidense Anne-Marie Slaughter, conforme se verá.

A necessidade de diálogo entre as Cortes constitucionais e a abordagem da fertilização constitucional cruzada:

Tão logo o STF declarou um Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema carcerário brasileiro na ADPF 347, uma iniciativa do Senado Federal, de novembro de 2015, fez transparecer o interesse legislativo de tomar nota da inovação trazida da Colômbia. Proposta pelo então senador Antônio Carlos Valadares, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 736 de 2015²² se apresentou com a proposta de “estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, [e] dispor sobre o *estado de coisas inconstitucional* e o compromisso significativo”.

No caso específico do ECI, o PLS se propunha a alterar a lei federal que trata do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei 9.882, de 1999), acrescentando a ela o novo seguinte artigo:

“Art. 9º-A. O Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso verificados, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

I – constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado,

22 <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4232374&ts=1559244409207&disposition=inline>.

por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana;

II – falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;

III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.”

Como se vê acima, o PLS não apenas encurta o rol de requisitos necessários para a configuração do ECI, como ainda dispõe que esses (requisitos) que subsistem deveriam estar presentes *cumulativamente* para que o STF possa reconhecê-lo.

Na justificação de seis laudas feitas pelo senador, não há sequer menção às origens colombianas do ECI, menos ainda qualquer fundamentação que buscasse aproveitar a construção da doutrina jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia.

Não bastasse isso, também os doutrinantes brasileiros sentiram-se à vontade para, unilateralmente, desenvolver os limites a serem observados pelo ECI, tal como Carlos Alexandre de Azevedo Campos: “[...] a fim de tornar mais clara e objetiva a tarefa de identificação e afirmação do ECI, penso ser melhor falar-se na presença de *quatro* pressupostos em vez dos seis elencados na Sentencia T-25 de 2004” (Campos, 2016, p.179).

O risco representado por isso, do ponto de vista hermenêutico, é bem exposto por Daniel Dore Lage e Andrey da Silva Brugger (2017), ao explicarem que Campos, um dos primeiros autores a abordar no Brasil o ECI, defendia em 2015 a necessidade de se considerar três fatores, e somente nos anos seguintes passou a defender quatro. Apesar disso, “a doutrina nacional que se dispôs

a analisar o instituto seguiu sua primeira versão, a divisão tripartida. Divergimos do autor quando ele apresenta um ‘quarto pressuposto’” (Lage e Brugger, 2017, p.207).

Não seria demasiado imaginar que o STF também poderia seguir por uma trilha de independência interpretativa. E quais os problemas decorreriam disso? O mais evidente é que, assim agindo, poderia contribuir para disseminação de abordagens dissonantes de um mesmo conceito. E quando se pensa que outras Cortes constitucionais também importaram o ECI e o estão aplicando em casos nacionais, o problema assume maior grau de complexidade. Com várias concepções de um mesmo conceito disponíveis no direito comparado, qual delas teria autoridade diretiva? Daí porque seria necessário um diálogo, e que este fosse realizado, principalmente, entre as instituições que diretamente aplicam as teses constitucionais; ou, mais propriamente, entre os juízes que compõem os tribunais constitucionais.

O diálogo entre juízes constitucionais de distintas cortes nacionais aparece bem delineado no modelo de *fertilização constitucional cruzada* (*constitutional cross-fertilization*) descrito por Anne-Marie Slaughter (2004). Segundo ela, “juízes com jurisdição constitucional [...] estão se engajando em um diálogo crescente com seus homólogos em todo o mundo sobre as questões que surgem inesperadamente” (pp. 69-70, tradução livre). O modo como se desenvolve esse diálogo “interprofissional” é relativamente simples: citações mútuas dos trabalhos, ou mesmo interações cada vez mais diretas, inclusive por plataformas eletrônicas.

Neste caso, poder-se-ia imaginar ministros do STF e magistrados da Corte colombiana fazendo uso de citações uns dos outros nos seus acórdãos e sentenças, compartilhando precedentes e argumentos (Maus, 2009), de forma cada vez mais recorrente (assumindo ao mesmo tempo a consciência de “credores” e “devedores”, como diria Slaughter), e com isso forçando os comentaristas a leva-

rem em conta as duas corporações. Em um cenário cada vez mais cosmopolita, a interação poderia ainda expandir-se como uma rede até envolver outros tantos tribunais interessados.

Nesse processo *top-down* – que Mark Tushnet (2009) apresenta como uma mostra da inevitável globalização do direito constitucional –, Slaughter (2004, p.70) enxerga um quadro heurísticamente estimulante:

“[...] ambos [os juízes constitucionais de cada país] contribuem para uma jurisprudência global nascente sobre questões específicas e melhoram a qualidade de suas decisões nacionais, às vezes importando ideias do exterior e às vezes resistindo a elas, insistindo em uma abordagem nacional idiossincrática por razões culturais, históricas ou políticas específicas.”

Esse modelo poderia ser aperfeiçoado à medida que o diálogo direto entre os representantes de tribunais, no âmbito de reuniões bilaterais ou multilaterais entre órgãos judiciários, evoluísse até formalizar-se como um “diálogo [horizontal] genuíno entre tribunais” (Maus, 2009).

As bases dessa abordagem teórica estão longe de serem intangíveis. Slaughter (2004) cita como exemplos de jurisdições que passam a servir como fontes de doutrinas constitucionais, além dos Estados Unidos (com seu constitucionalismo bicentenário), os tribunais constitucionais da África do Sul e do Canadá, embora também faça referência a estudos que incluem as cortes de Israel, Austrália, Índia, Nova Zelândia, Zimbábue e Irlanda. No caso sul-africano, conforme a autora, o interesse por tornar-se parte de um diálogo constitucional global tornou-se um “emblema de legitimidade” (Slaughter, 2004, p. 74).

Considerações finais

Se o futuro da exportação integrada do ECI depende de um processo de diálogo constitucional transjudicial, deve-se atentar a que isso não estaria imune a críticas. Frederick Schauer (2000) diz que mesmo a *recepção* de ideias constitucionais estrangeiras é algo mais problemático, do ponto de vista político, do que tomar de empréstimo do direito estrangeiro normas sobre direito falimentar.

Em primeiro lugar, é importante que o diálogo transjudicial ocorra, efetivamente, em via de mão dupla, e que cada sistema constitucional proponha adaptações razoáveis de precedentes alheios quando necessário. As ressalvas do ex-juiz da Suprema Corte da Noruega Carsten Smith quanto ao perigo de uma uniformização jurídica internacional – que equivaleria a uma fertilização constitucional cruzada levada a efeito indiscriminadamente –, sem se pesar as desvantagens de sua aplicação na proteção da base jurídica das culturas nacionais e locais, mantêm-se pertinentes (Smith, 1998).

Deve-se ter em conta também que o papel diretivo das Cortes no diálogo interconstitucional não deve apagar a importância de outros atores estatais ou extra-estatais, que também podem se engajar na rede de doutrinantes. Dito de outro modo: o diálogo entre as Cortes não exclui o ativismo dialógico de que fala Rodríguez-Garavito (2011), a ser travado entre os tribunais e a sociedade. Isso é importante porque a impressão de que se tratasse de um projeto exclusivamente judicial poderia aumentar ainda mais as críticas à inflação do papel democrático das cortes constitucionais. No caso da Colômbia, Germán Alfonso López Daza diz que “En muchas sentencias de constitucionalidad, la Corte ha manipulado sus decisiones lo que [...] ha generado la acusación de que Colombia haya pasado a tener un *gobierno de los jueces*” (2011, p.178).

Há também que se ressaltar que a fertilização constitucional cruzada, como modelo de diálogo, parece estar funcionando es-

pecialmente bem em países anglófonos. O sentimento comunal de pertencimento à *Commonwealth* talvez necessitasse de uma base equivalente para o contexto pós-colonial da América Latina, isto é, de uma rede de solidariedade que promovesse uma cultura jurídico-constitucional compartilhada entre seus países.

Ao que tudo indica, o cenário para isso é favorável. Ao recorrer à jurisprudência constitucional colombiana em busca de uma doutrina adequada para lidar com a inconstitucionalidade estrutural do sistema carcerário nacional, o STF parece haver incorporado a premissa de que “decisões tomadas em outros lugares [passam a ser vistas] como dignas de consideração em relação aos problemas constitucionais internos” (Tushnet, 2009, p.989). Mais que isso, o tribunal legitima-se regionalmente ao buscar integrar-se à rede invisível de tribunais que, nos últimos anos, movidos por semelhantes inquietações, tomaram de empréstimo a doutrina do ECI.

Ainda não há qualquer precedente das cortes constitucionais quanto à caracterização de cenários afetados pela imigração venezuelana como um Estado de Coisas Inconstitucional. Há, inclusive, a possibilidade de que seja celebrada uma solução amistosa entre o Estado de Roraima e a União federal na ACO 3121, o que faria com que o STF não enfrentasse as questões de mérito. Tanto seja, isso não invalida, absolutamente, as considerações aqui feitas, uma vez que o ECI (ou qualquer outra doutrina constitucional) pode vir a ser ainda suscitado em outras oportunidades, para as quais os tribunais devem estar preparados

REFERÊNCIAS

Calderón Ortega, M. A. N. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5 (8). (71-97), enero-junio.

Campos, C. A. A. (2016). *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm.

Cárdenas, B. R. (2011). *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Caúla, B. Q.; Rodrigues, F. L. (2018). O Estado de coisas inconstitucional ambiental. *RDPC – Revista de Direito Público Contemporâneo*. Instituto de Estudos

Conselho Nacional de Direitos Humanos. Relatório sobre as violações de direitos contra imigrantes venezuelanos no Brasil, maio 2018.

Corte Constitucional, Sentencia SU-559 de 1997.

Corte Constitucional, Sentencia T-068 de 1998.

Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998.

Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 1998.

Corte Constitucional, Sentencia SU-250 de 1998.

Corte Constitucional, Sentencia T-590 de 1998.

Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal de Rural do Rio de Janeiro do Brasil, a. 2, v. 1, n. 2, julho/dezembro.

Farias, M. L. Recepção e integração social dos refugiados no Brasil: preconceito social. In: *III Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ENPE-JUD*, 2017, Maceió (AL).

Felício, C. M.; Santos, B. C. P. (2017). Da violação dos direitos das crianças e dos adolescentes na Comarca de Ubá ao Estado de Coisas Inconstitucional. *Revista Científica Fagoc Jurídica*, vol. 2, n. 2.

Garcia, L. S. (2014). Reflexões sobre o instituto da intervenção federal e a questão do sistema prisional brasileiro. *ARACÊ – Direitos Humanos em Revista*, ano 1, n. 1, Junho.

Human Rights Watch. Emergência Humanitária na Venezuela: Resposta da ONU em grande escala é necessária para enfrentar a crise de saúde e alimentos Tradução de capítulos selecionados para o português, 2019.

Jaramillo, L. G. (2011). Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del estado de cosas inconstitucional. *Estudios de derecho*, v. 58 (152). Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/11380>.

Lage, D. D.; Brugger, A. S. (2017). Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 193-240. Recuperado de <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> DOI: 10.12957/publicum.2017.29042.

LHeureux-Dubé, C. (2013). The importance of dialogue: Globalization and the international impact of the Rehnquist Court, *34 Tulsa Law Journal* 15.

López Daza, Germán Alfonso. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?. *Cuestiones constitucionales*, (24), 169-193. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100005&lng=es&tlng=es.

Lyons, J. Q.; Monterroza, A. M. N.; Meza, M. I. (2016). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 69-80. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>.

Maus, D. (2010). Application of the case law of foreign Courts and dialogue between Constitutional Courts. *Constitutional Law Review*, n. II. Recuperado de www.constcourt.ge/en/ajax/downloadFile/1770.

Odorissi, L.; Hermany, R. (2018). Federalismo cooperativo em xeque: o desequilíbrio financeiro local frente ao fenômeno migratório no tocante ao atendimento básico de saúde do município de Pacaraima – RR. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 28.

Oliveira, G. A. (2018). A Utilização do componente militar brasileiro frente à crise migratória da Venezuela. *Military Review*, novembro.

Páez, N. A. R. (2012). La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 1, pp. 243-264, octubre.

Pinto, É. G. (2016). *Estado de coisas inconstitucional na política de saúde brasileira*. Futuros do Brasil: textos para debate. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, n. 10, jun.

Rodríguez-Garavito, C. (2011) *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. *Texas Law Review*. Texas, v. 89.

_____. (2009). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Santos, H. M. P.; Vieira, J. R.; Damasceno, L. R. D.; Chagas, T. T. (2015). *Quaestio Iuris*, v. 08, n. 04, Rio de Janeiro. DOI: 10.12957/rqi.2015.20941.

Schauer, F. (2000). *The Politics and Incentives of Legal Transplantation*, *CID Working Papers*, 44A, Center for International Development at Harvard University.

Schinemann, C. C. B. (2016). *Estado de Coisas Inconstitucional e Dialogo no Supremo Tribunal Federal*. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 7, p. 119.

Slaughter, A-M. (2004). *A new world order*. Princeton. New Jersey: Princeton University Press.

Smith, C. (1998). *The Supreme Court in Present-day Society*. In *The Supreme Court of Norway*, ed. by Stephan Tschudi-Madsen. Oslo: H. Aschenhoug and Co.

Supremo Tribunal Federal. Brasil. *Aguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 / Distrito Federal, Medida Cautelar*, 2015.

Toro, B. L.; Nevado, R. P. (comp.). (2005). *Derechos Humanos de la Población Desplazada en Colombia. Evaluación de sus mecanismos de protección*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Tushnet, M. (2009). The Inevitable Globalization of Constitutional Law. Hague Institute for the Internationalization of Law; *Harvard Public Law Working Paper*, n. 09-06. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317766>.

Vargas Hernández, C. I. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado “Estado de cosas inconstitucional”. *Estudios Constitucionales [en línea]*, 1 (1). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>.

Vasconcelos, I. S. (2018). Receber, enviar e compartilhar comida: aspectos da migração venezuelana em Boa Vista, Brasil. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 26(53), 135-151. <https://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880005309>.

Vedovato, L. R.; Baeninger, R. (2018). *A Ação Civil Originária contra os seres humanos*. Jota. Recuperado de https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-acao-civil-originaria-contra-os-seres-humanos-19042018.

Vidal Parra, S. (2019). The Water Rights-Based Legal Mobilization of the Wayúu against the Cercado Dam: An effective avenue for Court-Centered lawfare from below? *Revista Antípoda*, 34, Bogotá, enero-marzo.

CAPÍTULO X

LA CONSTITUCIÓN DE 1991: EL GIRO COPERNICANO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA¹

Mary Luz Tobón Tobón²

© <https://orcid.org/0000-0002-1713-5820>

INTRODUCCIÓN

El “eforato espartano” es la figura más antigua que conocemos sobre el estado de excepción. El Senado romano, dada su labor dilatoria y conservadora ha sido considerado como un auténtico “de-

1 Este artículo es producto del proyecto de investigación titulado “estados de excepción y derechos humanos en Colombia y en el derecho comparado”, adscrito al grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Facultad de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

2 Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín, Abogada de la Universidad de Antioquia. Profesora de Derecho Constitucional de la Institución Universitaria de Envigado.

✉ maryltobon@gmail.com

Cita este capítulo:

Tobón Tobón, M. L. (2021). La constitución de 1991: el giro copernicano de los estados de excepción en Colombia. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 375-397). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Díké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.10>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



fensor de la Constitución romana”, lo cual ha ejercido una enorme influencia en el pensamiento constitucional de los pueblos europeos (Martínez Cuevas, 1997, pp. 37-38). En este contexto, el dictador romano tenía que “hacer la guerra” o “reprimir una rebelión interna”. En definitiva, tenía que contener el orden o la situación de crisis que había dado lugar a su nombramiento. El cargo de dictador no podía durar más de seis meses, aunque si cumplía su labor antes de ese plazo cesaba voluntariamente en su cargo. Era “una especie de rey, con poder ilimitado sobre la vida y la muerte” (Martínez, 2002, p. 44).

Más adelante, el estado de sitio fue usado por primera vez en Francia de 1791, de la forma como ha sido usado en las Constituciones de los siglos XX y XXI en Europa y de manera particular en los países de Latinoamérica. En efecto, en el siglo pasado la utilización de los poderes excepcionales fue trágica por el abuso desmedido de estas facultades por parte del Presidente de turno. Con el paso del tiempo, este mecanismo siempre ha servido para ejercer la dictadura, contrariando el principio de separación de poderes que existe en un sistema democrático como el nuestro.

En Colombia, durante la Constitución de 1886 se acudió al uso de los poderes excepcionales, para dar respuesta a las situaciones de crisis y de emergencias que ponían al país en una situación de riesgo y de inseguridad, dados los permanentes conflictos a los que era sometido el territorio nacional, por distintas causas como el narcotráfico, el terrorismo, las guerrillas, los paramilitares y el actual delictivo de civiles que accionaban fuera de la ley. De esta forma, el uso del estado de sitio no fue excepcional, sino que se convirtió en la regla (Gallón, 1979).

Con la promulgación de la Constitución de 1991 se estableció una nueva regulación de los estados de excepción, consagrando un sistema de límites y controles que deberá ser tenido en cuenta por el Ejecutivo para llevar a cabo la declaratoria del estado de excepción. Estos controles son dos: uno jurídico y otro político, el primero

desarrollado por la Corte Constitucional y el segundo por parte del Congreso de la República. Este mecanismo está regulado en el la Constitución de 1991, y en la Ley estatutaria 137 de 1994, que reglamenta los estados de excepción.

La metodología utilizada en esta investigación se ubica en un enfoque cualitativo porque se busca analizar la figura de los estados de excepción a la luz de la Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional colombiana que regula el tema. Por lo tanto, en este artículo se dará respuesta a la pregunta: ¿cómo se regula el mecanismo de los estados de excepción en Colombia a la luz de la Constitución Política de Colombia de 1991?

Para dar respuesta a esta pregunta, la estructura de este capítulo se desarrolla en dos apartados: en el primero se abordará el origen, naturaleza, límites, clases y presupuestos comunes de los estados de excepción en Colombia en el marco constitucional y legal de la Constitución Política de Colombia de 1991; y en el segundo, se abordará el control político y el control jurídico de los estados de excepción, haciendo énfasis en el juicio de constitucionalidad que deberá realizar la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad o no de los decretos legislativos emitidos durante los estados de excepción; finalmente se darán algunas conclusiones sobre el tema objeto de estudio.

Los estados de excepción en la Constitución de 1991:

La regulación del estado de excepción en Colombia es el punto de partida de una tradición histórica en la que los ciudadanos han visto menguar sus derechos y libertades a raíz de las declaratorias de los estados de excepción. En efecto, uno de los debates más trascendentales que se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, fue el que giró sobre los estados de excepción, y estuvo caracterizado con un rechazo profundo al uso abusivo que se hizo

de este mecanismo durante el antiguo régimen del estado de sitio. Por ello la Constitución de 1991 reguló los poderes excepcionales estableciendo un sistema de límites y controles efectivos para el ejercicio de los mismos. Pero además, la Constitución fue enfática al establecer un sistema de controles que busca preservar los derechos de los asociados, aun en las situaciones de anormalidad, tal como se analizará más adelante, porque primero se abordará el estudio de las clases de estados de excepción que existen en Colombia, de conformidad con los artículos 212 al 215 de la Constitución de 1991.

Clases de estados de excepción:

La Constitución Política de 1991 en su capítulo VI establece el régimen de los estados de excepción en Colombia, regulando tres clases de estados de excepción, y son las siguientes:

Estado de guerra exterior: es atribución del Gobierno declarar el estado de guerra exterior, pero para que tal declaración pueda hacerse, es indispensable que se llenen los siguientes requisitos:

a) *Que exista guerra exterior.* Es indudable que, si el país está en guerra con otra Nación, este hecho por sí solo produce perturbación del orden público, en cuanto, por lo menos, el ambiente psicológico nacional se altera y ello puede conducir a que se produzcan situaciones incontrolables con las solas atribuciones normales de policía que tiene el Gobierno. Se deberán tomar medidas inmediatas que restrinjan ciertas libertades de algunos extranjeros, por ejemplo, la libertad de circulación. Conforme al inciso 3 del artículo 22 de la Ley 137 de 1994 «en ningún caso se podrá declarar el estado de guerra exterior, para afrontar causas internas de grave perturbación»

b) *Autorización del Senado de la República.* Conforme al inciso 2o del artículo 212 Superior, el Gobierno solo puede declarar el estado de guerra exterior cuando haya recibido autorización del

Senado para tal declaratoria, salvo que el Presidente lo considere necesario para enfrentar una agresión. En este sentido, el hecho habilitante del estado de guerra exterior es una agresión a Colombia por parte de otro Estado, o la agresión de Colombia a un Estado extranjero, poniendo en riesgo los principios fundamentales del Estado, tales como su independencia, su soberanía, su integridad territorial y el orden legal establecido.

c) Decreto del Gobierno en virtud del cual se haga la declaración del estado de guerra exterior. Para su validez se requiere que este decreto lleve la firma de todos los Ministros. Es un acto eminentemente político. Además, el inciso 2o del artículo 22 de la Ley Estatutaria 137 exige que el decreto exprese los motivos que justifican la declaración.

d) Duración del estado de guerra exterior. Conforme al numeral 4 del artículo 214 constitucional, tan pronto como haya cesado la guerra exterior, el Gobierno debe levantar el estado de excepción, y las facultades del Presidente rigen hasta ese momento.

Facultades del Gobierno en virtud del estado de guerra exterior:

A. Facultades constitucionales. Dicha declaratoria tiene como único objeto aumentar excepcionalmente las atribuciones policivas del Gobierno como medio para lograr el delicado manejo de la situación que con el conflicto bélico se presenta, por eso la Constitución le otorga al Gobierno las siguientes facultades:

1) La de dictar decretos con fuerza de ley, denominados decretos legislativos: estas normas se caracterizan porque pueden suspender las leyes que sean incompatibles al estado de guerra, y rigen hasta que se declare restablecida la normalidad. Sin embargo, “el Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara” (Artículos. 212, inc. 4° y 214-1 Superiores).

2) “Los decretos legislativos “llevarán la firma del Presidente de la República y las de todos sus ministros” (Artículo 212 Superior), y “solo podrán referirse a materias que tengan *relación* directa y específica con *las causas que provocaron la declaratoria*”. (Artículo 214-1 Superior).

3) Conforme a lo dispuesto en el inciso 1o del artículo 350 Superior, la declaratoria del estado de guerra exterior le da al Gobierno la facultad de no darle prioridad al gasto público social.

4) Según el inciso 1o del artículo 338 Superior: «en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y para- fiscales

5) Conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la Carta, «en caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización” (Artículo 59 Superior).

6) Dispone el artículo 212 Superior, que el Gobierno tiene «las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad»

B. Facultades legales. Estas facultades son las que la ley 137 de 1994 que regula los estados de excepción, le otorgan al Gobierno para prevenir la agudización del conflicto. Entre estas facultades se encuentran la posibilidad de restringir algunos derechos como son: la libertad de expresión que tienen los medios de comunicación; la libertad de movimiento, de residencia y poder decretar la movilización de las personas y la movilización militar (Artículo 29, ley 137, 1994).

El estado de conmoción interior: conforme a lo dispuesto en el artículo 213 Superior “en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la república o parte de ella por término no mayor de noventa días...». Según el mandato constitucional para declarar la conmoción interior deben existir los siguientes requisitos (Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 2002):

- a) Que haya grave perturbación del orden público: La perturbación del orden público debe tener las características de grave. La gravedad excluye toda perturbación del orden que pueda ser reprimible por los medios ordinarios de los que dispone el poder constitucional. Los actos subversivos, las manifestaciones públicas y los desórdenes sociales no podrán justificar la declaratoria de la conmoción interior.
- b) Que la grave perturbación atente de manera inminente contra el orden público, la estabilidad institucional, la convivencia pacífica o la seguridad del Estado.
- c) Que no se pueda enfrentar la crisis del orden público, mediante el uso del ius puniendi de las autoridades de policía.
- d) Que el Presidente y todos los Ministros firmen el decreto legislativo que declara la conmoción interior.
- e) Que la norma establezca un término de duración que no podrá ser mayor de noventa días, aunque este plazo puede ser prorrogado por dos veces más, la última de ellas requiere concepto previo favorable del Senado.

Facultades del Gobierno durante la declaratoria de conmoción interior:

A. Facultades constitucionales. La Constitución de 1991 determinó los siguientes requisitos para poder declarar el estado de conmoción interior (Artículo 213 Superior):

1) La Constitución indicó que la conmoción puede declararse en todo el territorio nacional o en una parte de él.

2) Limitó las facultades del Gobierno a conjurar los motivos que dieron lugar al rompimiento del orden público, impidiendo que sus efectos sean extendidos.

3) Los decretos que emanan de esta declaratoria no pueden derogar las leyes, sino que únicamente se pueden limitar o suspender las que le sean incompatibles.

4) Estos decretos pierden su vigencia cuando se restablezca el equilibrio. Sin embargo, el Gobierno puede prorrogarlos hasta por noventa días más.

5) Los decretos legislativos están sometidos al control automático de la Corte Constitucional que realiza la Corte Constitucional y al control político que realiza el Congreso de la Republica (Artículo 214 #6 Superior).

6) Conforme a lo dispuesto en el artículo 338 Superior, «en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales.» *Contrario sensu*, en tiempos de no paz, o sea durante el estado de guerra exterior o de conmoción interior además del Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, las autoridades gubernamentales también podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. El Gobierno Nacional mediante decreto legislativo puede establecer

dichas contribuciones, pero los gobiernos departamentales, distritales y municipales requerirán de autorización legal del Gobierno: las asambleas departamentales, conforme al numeral 4 del artículo 300 Superior, solo pueden decretar tributos y contribuciones de conformidad con la ley; lo mismo sucede con los concejos al tenor de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 313 Superior.

La norma anterior fue reglamentada por el numeral 1 del artículo 38 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, el cual dispone que el Gobierno con la declaratoria del estado de conmoción interior puede «imponer contribuciones fiscales o parafiscales para una sola vigencia fiscal, durante la vigencia de la conmoción»(Ley 137, 1994, art. 38, # 1).

B. *Facultades legales.* Durante la declaratoria de conmoción interior, la Ley 137 de 1994 en su artículo 38 le confiere al Gobierno Nacional facultades para restringir el uso y el disfrute de los siguientes derechos: *las libertades de circulación y de residencia*, sin que se afecte su núcleo esencial (Ley 137, 1994, art. 38, lit. a.), *la libertad de información de la prensa, la radio y la televisión* cuando éstas emitan información que pueda afectar o incidir de manera directa en la perturbación al orden público. Pero de ninguna manera podrá someterlas a censura previa (Ley 137, 1994, art. 38, lit. c.); la libertad de reunión y de manifestarse *públicamente*, pudiendo disolver aquellas reuniones o manifestaciones que puedan perturbar o agravar el orden público (Ley 137, 1994, art. 38, lit. d.), *interceptar el registro de las comunicaciones*, siempre que exista una orden emitida por la autoridad judicial competente (Ley 137, 1994, art. 38, lit. e.); *aprehensión preventiva de personas*, si hay indicios de su vinculación con las causas de la crisis (Ley 137, 1994, art. 38, lit. f.), el Gobierno tiene la facultad de *utilizar temporalmente los bienes* de los particulares, pero deberá responder mediante indemnización plena por los daños causados (Ley 137, 1994, art. 38, lit. b.).

El estado de emergencia social y ecológica o de grave calamidad pública:

La Sentencia C-135 de 2009 fue quien recopiló las características del estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública (artículo 215 Superior), utilizando los precedentes emanados por la Corte Constitucional en las siguientes Sentencias: C-004 de 1992, C-447 de 1992, C-179 de 1994, C-366 de 1994, C-122 de 1997, C-122 de 1999 y C-216 de 1999. Según el Constituyente de 1991 en Colombia existen distintas modalidades del estado de emergencia, las cuales de conformidad con el artículo 215 Superior, son: (i) la emergencia económica; (ii) la emergencia social; (iii) la emergencia ecológica y, (iv) la emergencia por grave calamidad pública. Al respecto, la Corte Constitucional señaló que estas modalidades se pueden congregar cuando las causas sobrevinientes perturban simultáneamente varias modalidades de la emergencia (Corte Constitucional, Sentencia C-135 de 2009).

La declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica supone verificar los siguientes requisitos:

1) “Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública” (Artículo 215 Superior). En consecuencia, si el hecho habilitante lo constituye la perturbación o amenaza en forma grave e inminente del orden económico, social y ecológico del país, o una grave calamidad pública, debemos preguntarnos qué debe entenderse por grave perturbación del orden económico, social y ecológico del país, es decir, qué es la emergencia económica, social y ecológica. Para Pérez Escobar se entiende por emergencia económica, social y ecológica:

“un desequilibrio de los factores de la vida económica, social y ecológica del país capaz de producir una alteración de tal mag-

nitud que la comunidad se vea alterada en los elementos que aseguran su propia existencia y la armonía social. Lo contrario a este fenómeno es el orden económico, social y ecológico, que implica estabilidad de las condiciones consideradas normales dentro de una comunidad en cuanto a su vida económico-social y ecológica” (Pérez Escobar, 2010, p. 619).

Para establecer cuándo hay desorden económico o social debe tenerse en cuenta el contexto de Colombia, el cual durante las últimas décadas frecuentemente ha enfrentado graves problemas de índole económico, social y ecológico que deben considerarse como hechos ordinarios en el país. De aquí que no basta cualquier perturbación del orden económico o social, sino que ésta debe ser calificada de «grave» para que pueda dar lugar a la declaratoria de emergencia. Pero tampoco basta cualquier calamidad pública, como son las epidemias, inundaciones y terremotos, sino que ésta debe ser también «grave», es decir, que ponga en peligro evidente la existencia actual y futura de la vida de la comunidad colombiana (Pérez Escobar, 2010).

2) La declaratoria de emergencia, deberá tener la firma de todos los ministros. También es un acto eminentemente político. Este decreto debe ser motivado, es decir, expresar los hechos que han causado o amenazan causar el desorden económico, social y ecológico del país (Artículo 215, inc 1, Superior).

3) “las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente” (Artículo 215, inc 3, Superior).

4) La emergencia “será declarada por períodos de 30 días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días al año calendario” (Artículo 215, Superior). Los noventa días durante los cuales puede declararse el estado de emergencia no son *necesariamente* continuos, porque el Gobierno puede declarar en un año varias ve-

ces el estado de emergencia con la sola condición de que sumados los diversos períodos no excedan de dicho término (Corte Constitucional, Sentencia C-216 de 1999 y Sentencia C-135-2009). Para Tobón y Mendieta no es posible prorrogar el estado de emergencia, social y ecológica, o de grave calamidad pública, por las siguientes razones:

“En consecuencia, el decreto de prórroga en los estados de emergencia en cualquier modalidad de alteración al orden es improcedente, a pesar de que muchos autores piensan que la emergencia se puede prorrogar por tres periodos, hasta 90 días. Al respecto, el artículo 215 Superior señala que estos se pueden declarar “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. Esta disposición es clara al establecer que se pueden declarar varios estados de emergencia en un mismo año, siempre y cuando no superen la limitación temporal de los noventa días que se estableció como restricción temporal por el Constituyente de 1991” (Tobón & Mendieta, 2017, p. 20)

5) El Gobierno podrá establecer nuevos tributos o modificar los existentes (Artículo 215, inc 3, Superior).

6) Como una garantía para los trabajadores el artículo 50 de la ley 137 de 1994³, prescribe que “los derechos sociales de los trabajadores no se podrán desmejorar”. En cambio, interpretando a *contrario sensu* la norma, el Gobierno sí puede mejorar por medio de dichos decretos los derechos sociales que por leyes anteriores tengan los trabajadores, siempre y cuando que la medida guarde relación directa con la causa de la crisis económica o social.

3 LEY 137 DE 1994, ARTÍCULO 50. Derechos sociales de los trabajadores: “De conformidad con la Constitución, en ningún caso el Gobierno podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos dictados durante el Estado de Emergencia”.

7) Finalmente, en dicho decreto deberá convocarse al Congreso para que realice el control político de los decretos legislativos según la oportunidad y la conveniencia de tales medidas para dar respuesta a la crisis en forma adecuada. De igual manera, “El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno” (Artículo 215, Superior).

Características comunes a las tres clases de estados de excepción en Colombia:

a. Desarrollo legal de los estados de excepción en Colombia. Según la Constitución Política de 1991, las facultades que le asisten al Gobierno durante los estados de excepción serán reguladas por ley estatutaria. Por lo tanto, para dar respuesta a la norma constitucional, se promulgó la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción en Colombia (Ley 137 de 1994). En ella se regulan los derechos intangibles, las limitaciones y garantías de los derechos y la responsabilidad del Gobierno derivada del abuso de tales declaratorias.

b. Sobre la discrecionalidad del Presidente. El Magistrado Eduardo Cifuentes señala que:

Se le debe reconocer al Presidente un margen necesario –la Corte lo califica de *discreto*– de apreciación e interpretación de la realidad subyacente, pese a que no puede ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse a un escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama (Cifuentes Muñoz, 2002).

Conforme a lo anterior, el Presidente deberá actuar con un margen discrecional que atienda los principios de proporcionalidad, actualidad e inminencia del peligro. Pero si se rebosa ese margen, de conformidad con el artículo 214-5 Superior, tanto el Presidente, como sus Ministros, responderán por la extralimitación de sus funciones durante las declaratorias del estado de excepción⁴.

c. Imposibilidad de suspender la Constitución Política. Durante los estados de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” (Artículo 214 # 2 Superior). Éste, a mi juicio, es el límite más importante que estableció el constituyente de 1991 para proteger los derechos de los ciudadanos durante los estados de excepción, por lo que la supremacía constitucional no cesa por el hecho de la declaratoria del estado de excepción.

d. Sobre los límites de los estados de excepción. Según Pedro Pablo Vanegas Gil: “la posibilidad de declarar el estado excepción, se traduce no solo en las facultades extraordinarias que asume el Ejecutivo, sino también en la posibilidad de restringir o suspender determinados derechos individuales”⁵. Algunos de ellos son consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Constitución de 1991, y son: a) el “*principio de necesidad*” (Artículo 213, inc. 2 Superior); “*principio de especificidad*” (Artículo 214, inc. 1 Superior); “*principio de la intangibilidad de derechos*” (Artículo 214, inc. 2 Superior); “*principio de proporcionalidad*” (Artículo 214, inc. 2 Superior); “la obligación de no interrumpir el funcio-

4 Para ampliar el tema de la discrecionalidad del Presidente ver las Sentencias C-004 de 1992; C-300 de 1994; C-466 de 1995; C-027 de 1996.

5 VANEGAS GIL, Pedro Pablo. Los Estados de excepción en el régimen constitucional latinomericano, una perspectiva comparada, Tesis de grado para optar por el título de Abogado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho. 1996. p. 64.

namiento de las demás ramas del poder público, ni de los órganos del Estado” (Artículo 214, inc. 3 Superior); “la no investigación, ni juzgamiento de civiles por la justicia penal militar”. (Artículo 213, inc. 5 Superior).

e. Coexistencia del estado de emergencia con otros estados de excepción. Los estados de excepción no son incompatibles, por lo que, si se dan las causas exigidas por la Constitución para declararlos, el Gobierno puede hacerlo sin que con ello contravenga ninguna norma constitucional, ni nuestro régimen político. Así lo autoriza expresamente el artículo 17 de la ley 137 de 1994, al decir que la independencia y las medidas separadas de los estados de excepción no impiden que puedan declararse varios de ellos simultáneamente. Por ejemplo, si se ha declarado el estado de guerra exterior y al mismo tiempo se produce una grave calamidad pública, o un grave desequilibrio económico o social, el Gobierno, si necesita dotarse de poderes jurídicos que le permitan conjurar la crisis del orden económico o social, o hacer frente a un grave desequilibrio ecológico, podrá igualmente decretar el estado de emergencia. Las medidas que tome el Gobierno para restablecer el orden público material o policivo serán distintas a las que tome para conjurar la crisis económica o social o hacer frente a las consecuencias del desequilibrio ecológico e impedir la extensión de sus efectos.

Sistema de controles de los estados de excepción en Colombia:

Según la Constitución de 1991, existen dos tipos de controles: uno jurídico y otro político. Valga resaltar que estos controles no resultan excluyentes, pues tal como lo afirma la Corte Constitucional en la Sentencia C-802 de 2002 “los actos emitidos con base en el derecho constitucional de excepción, como todos los actos del poder público, son actos jurídicos, solo que se proyectan política-

mente. Como actos jurídicos, están sometidos a controles jurídicos. No obstante, en virtud de su proyección, pueden estar también sometidos a controles políticos”.

Control político. Supone que el Congreso realice un análisis de los decretos legislativos, tanto de declaratoria, como de desarrollo, “verificando la oportunidad, viabilidad, conveniencia, e interés público de estas normas, siendo un contrapeso frente a la magnitud de prerrogativas concentradas en el Poder Ejecutivo durante los estados de excepción” (Hernández Galindo, 2001, p. 151). Para materializar este control en el Congreso se instauran sesiones sui generis denominadas “sesiones especiales”. Sobre el control político, la Corte Constitucional ha dicho:

“resulta apenas natural que el cuerpo representativo de elección popular sea el que por derecho propio, y también como una función que justifica su existencia, fiscalice, desde las perspectivas de la *conveniencia, la oportunidad, la viabilidad política y el interés público*, la actividad del Jefe del Estado cuando, por su propia determinación, asume un mayor cúmulo de facultades que pueden implicar restricciones a los derechos y libertades públicas y que de suyo –en los estados de excepción– representan un desplazamiento de las atribuciones del Congreso hacia el Ejecutivo (...)” (C – 565, 1996).

En este orden de ideas, si el Congreso es el foro natural de un sistema democrático, el debate que se le dé en éste órgano sobre las medidas excepcionales adoptadas por el Gobierno, constituye una garantía básica para la protección de los derechos humanos durante los estados de excepción en Colombia. No obstante, este control ha sido poco efectivo, y el Congreso ha olvidado de manera reiterada el cumplimiento de este deber constitucional y legal.

Control jurídico. El debate respecto al control jurídico se centra en la posibilidad o imposibilidad por parte de la Corte Constitucio-

nal para llevar a cabo el control constitucional integral de los decretos legislativos producidos durante los estados de excepción. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia bajo la vigencia de la Constitución de 1886 siempre sostuvo que ella no tenía competencia para llevar a cabo el control íntegro sobre los decretos legislativos, realizando solamente un control frente al procedimiento para realizar los mismos, sin que tuviera en cuenta, analizar las razones de fondo que llevaron al Gobierno a decretar la emergencia o la conmoción interior. En una de sus Sentencias, de fecha 15 de octubre de 1974, la Sala Plena de la Corte Suprema dijo que:

“El decreto inicial que declara el estado de emergencia económica es un acto conjunto del jefe del Estado y los ministros, sometido al control de la Corte en los términos del artículo 214 y del párrafo del artículo 122, y cuya revisión no puede comprender el estudio de los motivos que se hayan tenido para declararla, pues tomar esa decisión es potestativa del gobierno, de modo discrecional. (...) corresponde a la Corte, en armonía con el párrafo del artículo 122, comprobar, de modo objetivo, su cumplimiento, *sin que le sea permitido adentrarse en consideraciones de orden económico, social o fiscal*” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 15 de octubre de 1974).

No obstante, el constituyente de 1991 cambió esta posición, adoptando un modelo de control integral de constitucionalidad sobre el decreto que declara el estado de excepción, y los decretos de desarrollo, los cuales adoptan las medidas para restablecer el equilibrio. Y es que no puede existir ningún poder que escape a la necesidad de controlar el mismo. En efecto, mediante Sentencia C-004 de 1992, el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz con respecto al control integral dijo:

“El ejercicio de un control integral sobre los actos de los poderes constituidos asegura la primacía de la Constitución como Norma de Normas que manda la regla 4a. del Estatuto Máximo y la misión confiada a su guardiana de preservar su suprema-

cía e integridad por el constituyente en el artículo 215 superior. Dicho de otro modo, si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían “supraconstitucionales” (C-004, 1992)⁶.

Conforme a lo anterior, el artículo 241 Superior, en su numeral 7, establece que a la Corte Constitucional le corresponde: “7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución”. Esta competencia ha sido reiterada durante las últimas décadas, no solo por parte de la Corte Constitucional sino por la Corte Suprema de Justicia⁷.

Cabe señalar que según el artículo 214.6 Superior “el Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad.” Pero si el Gobierno incumple con este deber, la Corte Constitucional “aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.” Nótese que esta disposición se refiere a los decretos legislativos, sin excepción alguna —es decir, decretos madre y decretos de desarrollo —que el Ejecutivo haya dictado al amparo de las facultades señaladas en los citados artículos constitucionales.

En resumen, en Colombia, existen dos tipos de decretos legislativos: *Los decretos “declarativos”* y los decretos de *“desarrollo”* del estado de excepción, en los que se adoptan las medidas para controlar la crisis (Reales, 2007). Con respecto a ello, la Corte ha expresado que:

6 En Sentencias C-300/94 del y C-466/95, esta última proyectada por el M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte reiteró la anterior doctrina.

7 Ver Sentencia C-556 de 1992 y los fallos de mayo 7 y julio 9 de 1992 de la Corte Constitucional.

“Existe además una inescindibilidad indiscutible entre el decreto declaratorio del estado de conmoción y los decretos expedidos a su amparo. Uno y otros forman el régimen jurídico de los estados de excepción. El decreto declaratorio no es de menor jerarquía normativa; por el contrario, constituye el parámetro de control de los decretos que con fundamento en él dicte el Gobierno Nacional. Si uno y otros decretos legislativos forman un mismo régimen jurídico, es lógico entender que su control de constitucionalidad no podía difuminarse en dos órganos distintos y, menos aún, pertenecientes a la misma jurisdicción” (Sentencia C-802, 2002).

Por todo lo anterior, se concluye que el control ejercido por el Congreso y la Corte Constitucional es la mejor fórmula proteger los derechos humanos de los ciudadanos y el principio democrático, porque tal como señala Uprimny, citando a Benjamín Barber:

“La democracia sólo puede sobrevivir como democracia fuerte, asegurada no por grandes líderes sino por ciudadanos responsables y competentes. Las dictaduras efectivas requieren grandes líderes. Las democracias efectivas requieren grandes ciudadanos. La democracia, más que grandes jueces, requiere entonces de grandes ciudadanos. La realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales” (Uprimny, 2001, p. 68).

A manera de conclusión:

En la Constitución de 1991 existen mecanismos y formas para responder de manera oportuna a las crisis que dan lugar a la utilización de los poderes excepcionales. Sin embargo, y a pesar de que esta figura debe utilizarse de manera temporal, las autoridades estatales no lo han usado de manera excepcional, sino que lo han

usado para resolver problemas que podrían ser resueltos con los poderes ordinarios de policía que posee el Gobierno. Al respecto, Alfredo Molano dice que:

“Tenemos un Estado tan débil y tan vulnerable que no resiste la oposición. Y es débil porque es excluyente y es vulnerable porque no alberga ni defiende los intereses que constituyen la colectividad [...]. Con los estados de excepción que buscan – teóricamente- sacar al país del mal paso, lo que de verás se ha conseguido es mantenerlo allí.” (Molano, 1995, p. 3).

REFERENCIAS

Alzate Ríos, L. C. (2012). Derechos humanos y estados de excepción-5657571 (1). *Inciso*, 62–76. Retrieved from <http://repositorio.ugca.edu.co/jspui/handle/123456789/170>

Cepeda Espinosa, Manuel José (1985). Estado de Sitio y Emergencia Económica, Bogotá, Contraloría General de República.

Cifuentes Muñoz, E. (2002). Los estados de excepción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 117–146. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122002000100009>

Congreso de Colombia. (2 de junio de 1994) Ley sobre los estados de excepción en Colombia. [Ley 137 de 1194]DO: 41379.

Gallón Giraldo, Gustavo (1979). Quince años de estado de sitio en Colombia, 1958-1978. Bogotá, Peru: Librería y Editorial América Latina.

García Villegas, Mauricio; Uprimny, R. (2005). ¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción. *Documentos de Discusión de “DJS.”* Retrieved from <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2005/12/Controlando-la-excepcionalidad.pdf>.

Hernández Galindo, José Gregorio. “*Poder y Constitución*”. Bogotá Editorial Legis S.A. 2001.

Martínez Cuevas, María Dolores (1997). *La suspensión individual de los derechos y las libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: Un instrumento de defensa de la*

Constitución de 1978. Tesis para la obtención del grado de Doctora en Derecho Constitucional. Granada: Universidad de Granada.

Molano, Alfredo. (22 de octubre de 1995) El país no se cae. *El Espectador*. Bogotá. p. 3^a.

Pérez Escobar, J. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano* (Octava). TEMIS.

Reales Gutiérrez, Clara Elena (2007). *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Santafé de Bogotá, D.C. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Uprimmy, Rodrigo & García, Mauricio (2009). *El control judicial de los estados de excepción en Colombia*, en *Dejusticia*, Documentos de Discusión, No. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Tobón-Tobón, M. L., & Mendieta-González, D. (2017). Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. *Opinión Jurídica*, 16 (31), 67–88. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>

Valencia Villa, H. V. (1987). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. (U. N. de Colombia, Ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Vanegas Gil, Pedro Pablo. Los Estados de excepción en el régimen constitucional latinomericano, una perspectiva comparada, *Tesis de grado para optar por el título de Abogado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho. 1996.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena (15 de octubre de 1974). Sentencia N° 59. [Magistrados Ponentes: José Gabriel de La Vega y Eustorgio Sarria].

Corte Constitucional. (7 de mayo de 1992) Sentencia C-004.
[Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (9 de julio de 1992) Sentencia C-447.
[Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (13 de abril de 1994). Sentencia C-179.
[Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (1 de julio de 1994). Sentencia C-300.
[Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (18 de agosto de 1994). Sentencia C-336.
[Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (18 de octubre de 1995). Sentencia
C-466. [Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (6 de noviembre de 1996). Sentencia
C-565. [Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (11 de marzo de 1997) Sentencia C-122.
[Magistrados Ponentes: Dr. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo
Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (1 de marzo de 1999) Sentencia C-122.
[Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional. (14 de abril de 1999) Sentencia C-216.
[Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (2 de octubre de 2002). Sentencia C-802.
[Magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (25 de febrero de 2009). Sentencia
C-135). [Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto].

CAPÍTULO XI

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO: EL CONSTITUCIONALISMO A DEBATE

Andrés Felipe Roncancio Bedoya¹

 <https://orcid.org/0000-0002-1257-3813>

Mariana Restrepo²

 <https://orcid.org/>

INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más inquietantes para el constitucionalismo contemporáneo, parte por enfrentar a los sistemas jurídicos con las condiciones políticas de los Estados, en este supuesto la relación con el Estado colombiano supone una interrelación directa con el

1 Candidato a Doctor en Derecho, magíster en Derecho Público, abogado, docente investigador de la Institución Universitaria de Envigado, líder de la línea en Derecho Administrativo, Estructura y Funcionamiento del Estado del Grupo de Investigación de Auditorio Constitucional. Investigador Asociado- Colciencias.

✉ afroncancio@correo.iue.edu.co

2 Auxiliar de investigación. Estudiante del programa de Derecho. Miembro del semillero auditorio constitucional.

✉ mrestrepo@correo.iue.edu.co

Cita este capítulo:

Roncancio Bedoya, A. F. y Restrepo, M. (2021). La constitucionalización del conflicto armado interno: el constitucionalismo a debate. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 399-431). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.11>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



conflicto armado interno [CAI], el cual infiere una relación directa no solo con las cláusulas pétreas constitucionales, sino con las dinámicas de interpretación del texto constitucional.

En este sentido para la tradición constitucional colombiana, ha sido complejo entender como entonces las acciones legislativas, y las modificaciones constitucionales resultan inquietantes a la tradición jurídica contemporánea, en la medida que superan las condiciones formales y pasan a ser analizadas bajo el paradigma de un nuevo orden constitucional, que entiende la construcción dogmática de la Constitución en su dimensión política y su dimensión jurídica (Restrepo & Castaño, 2019)

El punto estructural de este análisis, plantea entonces una construcción teórica y metodológica de los argumentos estructurales que dan cuenta si en efecto el constitucionalismo soporta todas las modificaciones constitucionales y legales que se derivaron de la finalización del conflicto armado interno, como un nuevo margen de comprensión de las instituciones constitucionales,

La constitucionalización:

La constitucionalización, a pesar de no contener un significado permanente al cual recurrir para su comprensión, puede de manera aparente, ser entendida como aquel fenómeno o proceso bajo el cual un ordenamiento incorpora un carta fundamental que contendrá elementos materiales y axiológicos tales como, valores y principios que a su vez, harán de criterios de validez de las normas que jerárquicamente se encuentran en un nivel inferior, a partir del reconocimiento de una norma suprema como lo es la Constitución, en tanto esta “presupone un cuerpo político articulado y complejo formado por cuerpos distintos, por equilibrios y proporcionalidad entre los distintos poderes que coexisten al mismo tiempo.” (Fiorevanti, 2009, p. 18). Es decir, la ley y su posición en la estructura

piramidal se ve transformada, de ese modo, se ve en la necesidad de cederle paso a la Constitución para que esta se convierta en el elemento central del sistema jurídico y sea la que condicione la validez e interpretación de lo que se encuentre jerárquicamente por debajo de ella.

Sin embargo, la definición anterior, puede resultar bastante extensa, y no permite entender la constitucionalización desde su complejidad, pues de acuerdo con Guastini, la constitucionalización, concretamente, es cuando el ordenamiento se deja empapar por las normas constitucionales y por ello encaminará cualquiera de sus actuaciones en razón las disposiciones constitucionales, caracterizadas por condicionar “tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.” (2009).

En consecuencia, para hablar de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, habrá que analizar las condiciones propuesta por Guastini, de dichas condiciones, la número 1 y número 2, son necesarias para hablar de constitucionalización, en tanto se convierten en condiciones inherentes para la existencia de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, las demás (3-7) tendrán un grado diferente, y por lo general al cumplirse una, otra lo hará subsecuentemente.

En primer lugar, se tiene la Constitución, esta deberá ser rígida y escrita, además deberá tener una especie de blindaje que la proteja de la legislación ordinaria, de modo que estará protegida de cualquier modificación infundamentada que pretenda dejar sus disposiciones sin vigor, puesto que la Constitución, como ya se dijo, pasa a tener una posición predominante sobre las leyes ordinarias, de manera que generar cualquier cambio en las normas constitucionales, solo podrá hacerse mediante un procedimiento más complejo que el de la misma creación de las leyes. En ese sentido no solo se sigue la idea de que la Constitución es en sí misma un conjunto de nor-

mas, sino que además se entiende como barrera al abuso del poder político, así lo expresa (Guastini, 1999) “el término “Constitución” denota no ya una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista. La Constitución es concebida aquí como límite al poder político” (p. 163).

De esa condición se deriva lo que se entiende por supremacía constitucional, de modo que esta “determina la existencia política y jurídica del Estado, fija de manera formal y material el alcance de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico (Restrepo, 2018, p.47) al ser un agregado de principios y de valores que inspiran el contenido constitucional y al convertirse en el referente perfecto para desarrollar los derechos fundamentales y garantizar su efectiva realización, por ello ya no solo se estaría hablando de una supremacía formal de la Constitución, sino que también se está en presencia de una supremacía material, en tanto “la Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales solo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución (Amaya, 2013, p. 75)” (citando a García De Enterría)

La segunda condición consiste en la existencia de un Tribunal Constitucional que haga las veces de protector y custodio de la Constitución en su integralidad, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, de manera general y a raíz del artículo 241^o, será la Corte Constitucional la que asegurará la supremacía de la Constitución, y tendrá como una de sus atribuciones esenciales, “realizar control constitucional rogado, formal y material sobre todos los actos reformativos de la Constitución” (Restrepo, 2018, p. 166); ese control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional toma como modelo el control de constitucionalidad en el caso estadounidense, derivado de la Sentencia Madison vs Marbury, de modo que “a partir de los postulados de la Sentencia es que cualquier juez que se enfrente a una norma constitucional debe inaplicarla, estableciéndose de esta manera el control “difuso” de la constitucionalidad” (Carbonell, 2006).

Así, a partir del modélico caso, se puede extraer lo siguiente: (1) el poder normativo y la supremacía de la Constitución; (2) la aplicabilidad directa del texto constitucional por todos los jueces y tribunales y, (3) la posición del Tribunal Supremo como el guardián y el máximo intérprete de la Constitución (Amaya, 2013). Por ello, dicho control que es por medio de vía de excepción se trata esencialmente de un control a posteriori, que lo que permite es que a una disposición que resulte incompatible con la Constitución se le reconozca su legitimidad o su contenido inconciliable con la Constitución aun después de haber entrado en vigor.

Las siguientes condiciones (3, 4, 5) están estrechamente relacionadas; la tercera, por un lado, habla sobre la fuerza vinculante de la Constitución, proveniente del contenido de i) los principios generales y ii) además las disposiciones programáticas que intrínsecamente contienen derechos sociales, dicha condición con sus respectivos elementos será analizada con más detenimiento más adelante; la cuarta condición refiere a la sobreinterpretación de la Constitución, de manera que lo que busca es subsanar los vacíos que pueden resultar de una interpretación literal, dirigiéndose a una interpretación extensiva, en ese sentido se pronuncia la Corte Constitucional en Sentencia C-034 de 2006 al contemplar lo siguiente:

“A través de este tipo de interpretación, a la que se refiere también Guastini en otros de sus trabajos se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, no explícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y político, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional , 2006).

Por otra parte, la condición número 5 contempla el deber de *aplicación directa de las normas constitucionales*, en tanto estas regulan relaciones de diversas índoles que le otorgan tal carácter de vinculatoriedad que hace que, en efecto, la aplicación de estas sea

de naturaleza directa, esta condición, a su vez está directamente relacionada con la condición 3°. En ese sentido, la Corte Constitucional expresa:

“Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio” (Corte Constitucional , 2005)

Por último, se encasillan las condiciones 6° y 7°, siendo la primera; *la interpretación conforme a las leyes*, esta tiene que ver con el deber hermenéutico de la ley, que lo que pretende es encontrar la correcta armonización entre la ley y la Constitución para así fundar un sistema de decisiones que atienden a criterios de coherencia que serán atendido por un juez en ejercicio de sus funciones. La condición última pero no menos importante es la 7° y consiste en la *influencia de las Constitución sobre las relaciones políticas*, esta es una de las condiciones más complejas en tanto dependen de varias condiciones: “el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces (sobre todo del tribunal constitucional, cuando existe tal tribunal), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos.” (Guastini, 1999, p.163).

Como ya se dijo, las condiciones planteadas anteriormente, son necesarias, y un ordenamiento que no las satisfaga no podrá ostentar la calidad de ser un ordenamiento jurídico constitucionalizado, frente a las demás condiciones, tales como; la sobreinterpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a las leyes, y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas; no se ahondará, puesto que las que se pretendían identificar gracias a su carácter de obligatoriedad para hablar de constitucionalización eran la 1) Constitución rígida;

la 2), garantía jurisdiccional de la Constitución, y posteriormente la 3), la fuerza vinculante de la Constitución. Las demás se irán cumpliendo progresivamente, pero irán desprendiéndose de las 2 primeras y como se dijo, se irán perfeccionando subsecuentemente.

Ya esbozadas las condiciones de la constitucionalización planteadas por (Guastini, 2003), del proceso de constitucionalización como una transformación, se puede ver claramente un cambio en el sistema de fuentes, de manera que la clásica pirámide normativa kelseniana ya no será la estructura determinante para entender el ordenamiento jurídico, sino que ya, y gracias a las dinámicas que trae consigo un proceso de constitucionalización, lo relevante será la existencia de un compendio de derechos, principios, valores y reglas, que convergerán entre sí y estarán en función de darle razón de ser y un sentido al ordenamiento, para que este en sus dinámicas atienda y se ajuste a las realidades sociales, situación que no era del todo posible bajo un sistema legalista, pues este atendía las circunstancias únicamente en la medida de que la ley así lo contemplara, dejando un amplio margen de insatisfacciones en diversos escenarios.

Por último, otra manera de entender las complejidades del constitucionalismo sería a partir de la influencia que logran los derechos fundamentales (Restrepo, 2018, p. 57) dentro el cuerpo normativo de un ordenamiento y la manera en cómo confluyen entre sí, brindando la posibilidad de entender a la Constitución misma como un conjunto de derechos fundamentales, en ese sentido, la Constitución entendida como un integrado de normas fundamentales, normas que se diferenciarán de las demás, al ser en ese sentido “normas que disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, por ejemplo, las eventuales normas que reconocen a los ciudadanos derechos de libertad.” (Guastini, 1999). Por ello, y relacionado con lo que se ha venido hablando, especialmente a partir de las condiciones planteadas por (Guastini, 2003), los derechos fundamentales cobran relevancia a partir de lo que ya se mencionó

como el control de constitucionalidad a cargo de una jurisdicción encargada de velar por preservar la supremacía constitucional, en virtud de que este es considerado como una fuerza antimayoritaria que viene del constitucionalismo norteamericano, pues de allí viene “el poder de interpretar u aplicar la Constitución, en asuntos de la mayor trascendencia, contra los deseos de una mayoría legislativa, la cual a su vez es impotente para modificar la decisión judicial (Villa, 2012, p. 68)

Así, los derechos fundamentales cobran importancia puesto que actúan como una forma de blindaje del peligro que puede conllevar las decisiones de la mayoría, por ello es pertinente citar a Robert Alexy, y su definición de derechos fundamentales como aquellos que poseen “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria” (p. 406), por esto, los derechos fundamentales van adquiriendo connotaciones políticas y empiezan a guardar una estrecha relación, de ahí, la sujeción de los derechos fundamentales al concepto de la democracia, garantizando con esto la manera con la que “los derechos fundamentales se anclan a la teoría política.” (Rivadeneira, 2012, p. 32).

Por eso se sigue insistiendo en la tesis de que los derechos fundamentales, en últimas se presentan como el escudo protector a los abusos de las mayorías, contraponiendo la manera tradicional en como se ha venido entendiendo el concepto de democracia, pues esta, la *democratía*, del latín, y a su vez del griego *dēmokratía*, según la RAE, significa una “*forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos*” sin embargo esta definición resulta demasiado amplia y deja numerosos vacíos, por eso y frente a esas definiciones que no resuelven en sí mismas el problema de la democracia, al entenderla como la voz de las mayorías, es que entran los derechos fundamentales a perfeccionar el sentido de la democracia y a buscar el equilibrio entre las decisiones mayoritarias y minoritarias. Esto se sustenta en lo siguiente:

“La democracia no se define como el poder omnímoto de la mayoría, sino como el compromiso constitucional y cultural con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria” (Amaya, 2013, p. 125)

De ese modo, los derechos fundamentales se vuelven vitales en los procesos de constitucionalización, en tanto el ordenamiento se ve enriquecido por la existencia de dichas concesiones fundamentales que se extraen de las normas jurídicas, se estaría hablando de concesiones normativas en el sentido de que “su exigencia y exigibilidad está condicionada a que una norma jurídica así lo declare y le conceda la titularidad a un sujeto determinado” (Restrepo, 2018, p. 57). Los derechos fundamentales se vuelven en un elemento inherente a los cuerpos normativos de determinado Estado, que, junto con otros elementos, le darán tal carácter de integralidad que harán palpable la idea de hablar de Constituciones con fuerza vinculante. (Guastini, 2003).

En ese orden de ideas, respecto a lo aquí dedicado a los derechos fundamentales, se concluye diciendo que a pesar de estos atender a criterios de diversas naturalezas, la tesis que se defiende aquí es la de los derechos fundamentales como un mecanismo de protección, en el que ese margen de protección llega cada vez y con más fuerza a espectros más amplios, con la ayuda de un Tribunal Constitucional proactivo que dirija su ejercicio en función de la satisfacción de los derechos fundamentales de los asociados, sin desconocer que en un Estado habrá minorías que requerirán una especial protección, por ello deberá en su pensar institucional reconocer “el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia.” (Ferrajoli, 2016, p.118).

Finalmente, y frente al contenido político de los derechos fundamentales y su vital relevancia al momento de hablar de constitucionalización, se reitera su importancia, pues a partir de la instauración de un nuevo orden constitucional en Colombia, “las autoridades estatales dejan de cumplir una función pasiva y pasan a ocuparse de la realización de los derechos fundamentales en tanto condición de legitimidad del sistema” (Restrepo & Castaño, 2019, p. 39), esto también permite una lectura diferente, a través de los fallos de la Corte Constitucional, donde empiezan a tener relevancia no solo los derechos fundamentales, sino a su vez los derechos sociales fundamentales, la Corte Constitucional en Sentencia T-205/1997, expresa que: “los derechos a prestaciones en sentido estricto o derechos sociales fundamentales son aquellos en los cuales el titular del derecho fundamental tiene competencia para exigir judicialmente la efectividad de ese derecho” en esa medida, los márgenes de eficacia del Estado también se miden atendiendo a los derechos sociales fundamentales que tiene que ver con el deber prestacional del Estado, y que en Colombia, a partir de la instauración de un nuevo orden constitucional, se materializa en Colombia a modo de un Estado interventor -cuantitativo- y un Estado Constitucional y democrático -cualitativo- bajo el manto del Estado Social de Derecho.

El constitucionalismo en Colombia:

En Colombia, y a través de su historia constitucional atravesada por diversos momentos claves tales como; la guerra de la independencia contra España, hasta la promulgación de la actual Constitución de 1991, donde se establece la organización política del Estado como una república unitaria y democrática bajo el amparo del Estado Social de Derecho, es que se teje “la idea del constitucionalismo como artesanía jurídica y de las instituciones como instrumentos de gobiernos y partidos para imponer el orden político y la paz social a los contenciosos pero virtuosos colombianos (Villa, 2012, pp. 52, 53)”

Son varios los conceptos que pueden decirse han contribuido a tejer las dinámicas del constitucionalismo en Colombia, y que han sido a su vez elementos constantes del mismo, (Villa, 2012) las expone en su libro ‘cartas de batalla’, exponiendo en primer lugar el *republicanismo*, debido a la prevalencia de una soberanía nacional que imperó incluso en la Constitución de 1886, así lo consagraba el artículo 2º, y que además, era propia del ejercicio de una democracia representativa en la que “–al haber delegado el elector mediante el sufragio su voluntad política a quien lo representa– el centro de gravedad del poder reside inevitablemente en los representantes y en los partidos que los reagrupan, y ya no en el pueblo (Benoist, 2016)”, en este sentido el republicanismo en Colombia va a la par con la época liberal en tanto

“el valor fundamental que anima al constitucionalismo es el de la conservación del orden social y político del que todo deriva, incluidos los derechos, que solo pueden encontrar una tutela eficaz en la ley del Estado soberano representativo de ese orden” (Fioravanti, 2009)

De ese modo, como ya se dijo, en Colombia, partiendo de la constante del republicanismo como elemento que junto a otros han estructurado la construcción del constitucionalismo, se derivan otros tales como *el centralismo*; siendo “una herencia del periodo colonial, caracterizado por un sistema político burocratizado y jerarquizado impuesto como una camisa de fuerza a la realidad heterogénea y volátil de las colonias (Villa, 2012) citando a Claudio Veliz”. Además, de manera sucinta, de este puede decirse que consistía en que las funciones propias de un Estado estaban reservadas exclusivamente a las autoridades nacionales, desatendiendo que el Estado posee una estructura dispersa, en tanto la división del territorio estaba dada en departamentos y provincias, sin embargo y muy a pesar de esto, no les era reconocida ningún tipo de autonomía, puesto que todo ejercicio por parte de estos se encontraba limitado por un deber de sujeción al gobierno central. Por esto, este elemento re-

presenta un elemento contradictorio al significado mismo de lo que conlleva la constitucionalización, puesto que permite la concentración de poderes sobre la cúpula central, restringiendo el alcance que tiene la constitucionalización de servir de límite a los poderes públicos, pero a su vez de garantizarle márgenes de autonomía que serán garantizadas mediante normas constitucionales (referencia a Maurizio Fioravanti).

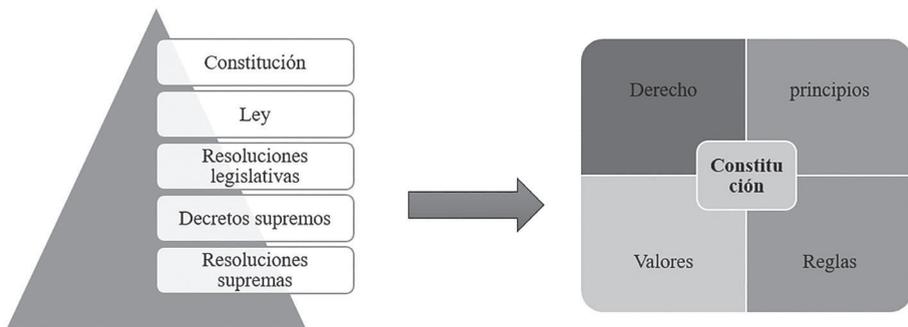
Y finalmente, siguiendo el estudio de (Villa, 2012), se toma a *las libertades públicas*, no como un momento en específico, sino como un elemento que como se ha venido diciendo, ha contribuido a la confesión del constitucionalismo en Colombia, las libertades públicas tienen su antecedente formal en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, como resultado de la Revolución francesa (1789), de dicha declaración se extraen una serie de derechos y libertades que eran tan limitados en el caso colombiano, que solo pertenecía a un margen reducido de ciudadanos, y es solo posteriormente que se van consolidando, y van haciéndose propios de cada individuo sin distinción alguna, ese momento es hasta 1957, por tanto la conquista de los derechos en Colombia sin discriminación de diversas índoles, ha sido largo y complejo, al respecto (Villa, 2012) afirma:

“las libertades políticas e individuales del siglo XIX, reconocidas únicamente a la población masculina, letrada y propietaria de tierras o rentas, se complementa con los derechos sociales y económicos del siglo XX, otorgados ahora desde (1957) a todo nacional colombiano o extranjero residente sin discriminación formal alguna” (p. 61).

En ese sentido, y tras un breve recuento de cómo se ha venido incorporando el constitucionalismo en Colombia, se evidencia la manera en que todo el ordenamiento se ha venido impregnando de normas constitucionales que han contribuido en gran manera a servir como contra poder a las quizás exorbitantes atribuciones

en cabeza de los diferentes órganos que conforman la estructura del Estado, y a su vez , es claro cómo este ha servido a modo de herramienta para encontrar las soluciones a la resolución de temas constitucionales sumamente complejos, esto ha hecho que a simple vista el constitucionalismo en Colombia, que si bien no es perfecto, sí se vaya consolidando sobre bases sólidas que permitan en un futuro abordar las mismas discusiones constitucionales en temas de diferente naturaleza.

Por eso, a partir de la Constitución Política de 1991 y a partir de lo expresado en el artículo 230º que expresa lo siguiente: “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, atenerse a lo que contempla este artículo sería insuficiente, puesto que habrán temas constitucionales tan álgidos que con la simple recurrencia a la ley no será suficiente, por eso deberá valerse del cuarteto ya mencionado -derechos, principios, valores, reglas-, y deberá moverse en ese sentido, representando así una reconfiguración, de lo que antes se tenía como una pirámide normativa a un cuadro constitucional que orientarán el devenir constitucional y a la luz de la interpretación, servirá para condicionar la validez de las normas de carácter infraconstitucional.



Es entonces como a través de la impregnación del ordenamiento jurídico de elementos tales como los principios, valores, reglas y

derechos, que se acentúa la idea de un orden jurídico constitucionalizado. La anterior gráfica, muestra el tránsito del clásico sistema normativo piramidal a lo que ahora puede llamarse como un cuadro constitucional que, a diferencia de la pirámide, no posee jerarquías, es decir, cada uno de los elementos que en él convergen poseen la misma importancia.

Siguiendo la línea del cómo se manifiesta la constitucionalización en el ordenamiento colombiano, y siguiendo lo planteado por Guastini (2003), en su condición número 3º o mejor, según el carácter vinculante de la Constitución, en Colombia, como se evidencia con la breve contextualización de esta corriente, los cambios han sido variantes, pues frente al caso particular de la jurisprudencia se evidencia cómo “la función del tribunal se introducía en el centro del sistema, en el sistema de las fuentes y en la propia forma de gobierno, cambiando de alguna manera su estructura (Fioravanti, 2009, p. 100)”, dicha cuestión, resulta de vital importancia en tanto el importante papel de un cuerpo colegiado que haga las veces de guardián de la Constitución evidentemente hace parte de las dinámicas constitucionales, y surge como el camino a superar el principio de estricta sujeción a lo que establece la ley, que ya no se limita exclusivamente a esa sujeción, sino que se extiende al dar paso a otras construcciones, mismas construcciones de las que no se ha visto exento el ordenamiento colombiano, dichas dinámicas se sustentarán a continuación.

Tradicionalmente, se tenía como premisa predominante la posición bajo la cual la jurisprudencia era tenida meramente como aquella que osaba de un uso exclusivamente conceptual, es decir, no se contemplaba la idea de que esta adquiriera un peso jurídico tal que se convirtieran sus aportes, -materializados en el precedente-, en el equivalente de fuente del derecho, que fuera capaz de limitar el poder y la autonomía de los jueces y que se convirtiera en un punto de partida para aplicar e interpretar el derecho

Sin embargo, a la luz del Estado de Derecho, y su característica de una casi que estricta legalidad, darle paso a la jurisprudencia como algo innovador, sería admitir que la idea de Estado de Derecho se extiende y va más allá que la mera sujeción a lo que contempla la ley; pero a pesar de todo esto, lo que quiere decirse no es que el precedente se oponga radicalmente al principio de legalidad, sino al contrario, ambos pueden complementarse para dar lugar a escenarios de diversas interpretaciones razonables que se traducirán en seguridad jurídica. Es como a partir de todo esto, se van consolidando nuevas ideas y las concepciones tradicionales van nutriéndose de más sentido en tanto atiende a contextos que antes desconocía.

Así, en el caso colombiano, a través de las manifestaciones de la Corte Constitucional, se extraen nuevas tendencias que permiten dar cuenta de la relevancia jurisprudencial, por ello, se tiene, por parte de los jueces y particulares, un deber de derecho objetivo de aplicar normas y basar sus decisiones conforme a la interpretación que frente a casos análogos ya hayan hecho los jueces; por otro lado está la configuración de un deber de derecho subjetivo, que se sustenta en el principio de la igualdad, en tanto los particulares tienen el pleno derecho a obtener un trato igualitario en sus casos, es decir, a que sus controversias sean decididas de conformidad con los casos que sean fácticamente similares y que hayan sido resueltos de manera uniforme por los jueces, todo esto atendiendo a unos altos niveles de coherencia.

Es entonces como frente a este deber de sujeción de los jueces, al precedente, sea horizontal o vertical, se da una contraposición entre la autonomía judicial y el deber de coherencia y obediencia frente al ya mencionado precedente, sin embargo y a pesar de esa autonomía judicial de que gozan, se ve limitada porque el apartamiento injustificado del precedente por parte de un juez, lo lleva a incurrir en una vía de hecho, sea de defecto sustantivo o por desconocimiento del precedente constitucional, siendo el primero aquel

distanciamiento del precedente judicial ordinario sin justificación, y por último siendo el segundo, y a juicio propio el más grave, la desatención de los precedentes fijados por la Corte Constitucional, violando así la supremacía constitucional y negando su evidente superioridad (López, 2017).

Es por esto, que a la luz de materia jurisprudencial, en Colombia, especialmente la Corte Constitucional se ha esforzado por construir bases sólidas que den cuenta del peso jurídico que posee el precedente constitucional, sin que sea demeritado su valor, y propendiendo porque cada vez el apartamiento de este por parte de los jueces sea aminorado y sea únicamente cuando hayan argumentos de peso y suficientes que demuestren que el problema jurídico puede ser resuelto de otra manera, pues un apartamiento del precedente sin motivos conlleva a una incoherencia decisional que se traduce en inseguridad jurídica, y una clara contradicción a la premisa de que las decisiones constitucionales son vinculantes e incluso una agresión al principio de la supremacía constitucional.

Esto a la luz de la interpretación, demuestra que la labor silogística por parte de los jueces es superada, pues ahora se hablará de una interpretación judicial estabilizada que por regla general deberá prevalecer sobre cualquier otra opción de interpretación (López, 2017), además, esto demuestra a la luz de la constitucionalización, un derecho que se acopla más a las pretensiones sociales, en tanto está integrando una amalgama de principios, que serán concretizados no solo por el legislador y el juez, sino por otros órganos del Estado, y que resultarán de suma utilidad puesto que “el contenido normativo constitucional se complementa con dos nuevas instituciones: los valores y los principios constitucionales” (Restrepo, 2018, p. 40).

Por eso, siguiendo la línea de la interpretación judicial y la sujeción de esta al precedente constitucional, si se recalca el valor de los principios es porque estos “le permiten al juez constitucional

inaplicar una regla cuando esta pueda lesionar de forma ostensible un principio constitucional (Restrepo, 2018 , p. 40)”. Por ello el correcto ejercicio del derecho en cabeza del poder judicial, asegura la salvaguarda de las libertades individuales y representa un límite al desbordamiento del poder estatal.

Con todo lo anterior, se está nuevamente frente a una contraposición, pues a la luz del ya citado artículo 230º, la jurisprudencia se presenta como criterio auxiliar, y no corresponde con el esfuerzo labrado por la Corte Constitucional por otorgarle la importancia y el valor que en verdad merece, y es por ello que esta labor no ha sido fácil, pues “la jurisprudencia en Colombia había sido señalada como una fuente secundaria del derecho, y aunque se reconocía su importancia en el desarrollo de la interpretación de algunas normas jurídicas, su posición era, en términos generales, marginal (Medina, 2017, p. 19)” es decir, predominaba la interpretación acorde al tenor literal de la ley, y pretender la adecuación de los jueces a las discusiones ya resueltas en casos anteriores con contenidos fácticamente similares, se traduce en una complejidad y en una carrera de largo aliento.

Conflicto armado interno y constitucionalización

El conflicto armado en Colombia, ha sido una dura batalla, que gracias a sus dinámicas adelantadas por sus actores -regulares e irregulares conforme al DIH- ha dejado numerosas víctimas, frente a esto se va dando la necesidad de hablar del deber de protección en cabeza del Estado como una de sus funciones primigenias y con ello, la iniciativa de buscar salidas negociadas para llegar así al cese del conflicto, para el caso específico, y a pesar del conflicto haber tenido antecedentes de hace más de 50 años, es solo hasta las iniciativas de negociación con el entonces grupo armado al margen de la ley, FARC-EP y el Gobierno Nacional en cabeza del presidente Santos, que puede hablarse de la constitucionalización del conflicto armado en Colombia.

Así, constitucionalmente, y conforme a la estructura del Estado es la rama ejecutiva la que por excelencia ha sido llamada para promover acciones contundentes hacia la búsqueda de la paz, de ese modo en Sentencia C- 047 de 2001, se entiende que es el legislador quien delega en el Presidente de la República el “preservar el orden público, por lo que resulta congruente que el legislador le atribuya facultades en torno al manejo de la paz en el conflicto armado interno” (Corte Constitucional, 2001). En esa línea y a partir de cómo “la Presidencia de la República y el poder ejecutivo han tenido un rol protagónico en lo que tiene que ver con las políticas de paz desde 1982 hasta hoy.” (Tawse-Smith, 2008)”, que ese papel activo y las iniciativas dirigidas por el ejecutivo, además de sus contribuciones por buscar soluciones a las acciones de conflicto, que puede empezar a hablarse de un reconocimiento constitucional del CAI, precisamente porque esas acciones de buscar salidas negociadas al CAI por parte del ejecutivo, implica de suyo un reconocimiento del mismo -CAI-, que para algunos sectores no era más que una amenaza terrorista.

De ese modo, y gracias a las dinámicas adelantadas por el ejecutivo, resulta otra arista importante y lo son los derechos sociales, relacionados con el deber prestacional del Estado, que van cobrando importancia, especialmente cuando se trata de atención a las víctimas que haya dejado el conflicto, esto en conexidad con la constitucionalización resulta importante en tanto ahora con un reconocimiento del CAI, los derechos y en especial los de las víctimas se verán impregnados de las disposiciones constitucionales, lo que no solo permitirá que los derechos sean efectivamente garantizados, sino que también se extrae que “el orden social justo que preconiza la Carta pueda servir de elemento socio-integrador, para que los conflictos, fenómenos normales de una sociedad, no trasciendan a generar o reforzar reacciones armadas que resquebrajen el poder legítimo del Estado.” (Contreras, 2003).

Por ello y con la atención que se le está dando aquí al concepto de derechos sociales, (Arango, 2012) afirma que “lo que distingue a los derechos sociales fundamentales de otros derechos fundamentales es que son derechos de prestación en sentido estrecho, es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado” (pp. 37-38). Con esa relación entonces y frente al CAI, la carga de obligaciones en cabeza del Estado se vuelve mayúscula, en el sentido de que, a partir de la Constitución Política de 1991, el constitucionalismo en Colombia y como venía siendo entendido se transforma, de modo que se pone “en manos del Estado la prestación de servicios satisfactorios de necesidades individuales no realizables por el individuo.” (Landwerlin, 1984, p. 216).

Por último, resultaría poco acertado afirmar que todas las víctimas están en condiciones de hacer exigible el cumplimiento de los derechos que comprenden el deber prestacional del Estado para restaurar la calidad de víctimas, puesto que se entiende que respecto a la colectividad, las víctimas resultan en una posición de exclusión, y es por ello que a la luz del constitucionalismo, lo que se busca es confiar su protección en un tribunal que sirva de portavoz para la satisfacción de sus derechos, que se evidenciará en los programas de reparación, sea judicial o administrativa; esto atiende entonces a márgenes que aseguren la autodeterminación, la dignidad y la supervivencia de las víctimas, fundamentales para el desenvolvimiento dentro de un Estado, que lo que hará es equilibrar, gracias a la exigencia judicial de la prestación de los derechos sociales, las relaciones frente a los que no han sopesado las consecuencias del CAI, y así, asegurar escenarios de restauración en un plano integral. Lo anterior soportado en la siguiente cita:

“El reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del dere-

cho” (Courtis & Ávila, La protección judicial de los derechos sociales , 2009)

Momentos clave para hablar de constitucionalización del CAI:

Frente a lo que se ha venido hablando, y la relación que aquí se ha pretendido esbozar del concepto de constitucionalización, derechos sociales y CAI, es necesario observar bajo qué diligencias se han adelantado cambios que han hecho posible el poder hablar de la constitucionalización del CAI. De ese modo, las acciones adelantadas por el entonces Presidente de la República Juan Manuel Santos y su Gobierno, correspondían a su voluntad de negociar una solución al CAI.

Es así como inicia acercamientos con las FARC-EP, en los cuales “entre septiembre de 2010 y febrero de 2011 se discutieron las condiciones para llevar a cabo la primera reunión preparatoria del Encuentro Exploratorio entre plenipotenciarios de las delegaciones del Gobierno Nacional y las FARC-EP.” (Oficina del Alto comisionado para la paz- Presidencia de la República, 2018). A raíz de esos encuentros secretos y sostenidos con las FARC-EP, en lo corrido del año 2012, se anuncia como propósito de las partes -Estado Colombiano y FARC-EP- establecer una Mesa de conversaciones, en ese sentido, la paz ya no se presentaba como mero ideal, sino que se representaba ahora como un fin y un medio, para la construcción de la misma, en un país que tanto ha sufrido las consecuencias sociales, económicas y ambientales de dichas confrontaciones, y esto en efecto, resulta importante al hablar de constitucionalización.

En ese orden de ideas, mientras se adelantaban conversaciones exploratorias con las FARC-EP, “en paralelo el Gobierno Nacional se dotaba de instrumentos jurídico-políticos que tramitaba el Congreso de la República para darle piso al proceso que se había

iniciado.” (Villamizar, 2017). Así comienza el camino complejo por darle nacimiento jurídico a los acuerdos de paz, pues no “solamente son pactos políticos, sino que también son –o deberían ser– documentos jurídicos, en aras de asegurar jurídica y políticamente su cumplimiento, en tanto se entienden un compromiso del Estado” (Uprimny & Gómez, 2016, p. 2). El Gobierno Nacional parte del esfuerzo por definir actos legislativos que establecieran lineamientos para el tratamiento que debía seguirse frente a la solución del conflicto y la construcción hacia una paz estable y duradera.

A pesar de las iniciativas legislativas, incluso los decretos expedidos por el ejecutivo que surgen de los acuerdos de paz, lo que nos concierne son los actos legislativos, que son aquellos que reforman y modifican el texto constitucional, así, según la MOE, los actos legislativos consisten en ser “una norma expedida por el Congreso de la República que tiene por objeto modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales”, dichos actos legislativos en tanto su pretensión es modificar la Constitución y su estructura, llevan un procedimiento más complejo que el de una ley ordinaria, esto en perfecta consonancia con lo expuesto por Guastini y su tesis de rigidez de la Constitución, pues que sea rigurosa su aceptación dentro del ordenamiento jurídico, defiende la norma suprema de modificaciones arbitrarias, y hace efectivo el principio de supremacía constitucional.

De igual manera, constitucionalmente, el artículo 375º, inciso 1 Superior, expresa quiénes están facultados para presentar proyectos de actos legislativos, estos son: “el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.” Es entonces como en esa concesión dada constitucionalmente al Gobierno para presentar proyectos de ley, que este, específicamente el Gobierno de Juan Manuel Santos, aprovecha para realizar acciones proactivas manifestadas en los actos legislativos que encierran elementos esenciales tales como

las conversaciones, los acuerdos, el cese al conflicto, los actores del conflicto, las víctimas y otros.

Precisamente con lo dicho, el primer avance en materia de constitucionalización del conflicto y sus dinámicas se evidencia en el Acto Legislativo 01 de 2012, conocido como el marco jurídico para la paz, bajo el cual “se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” en este se dispone, en el apartado de disposiciones transitorias, el artículo 66° y 67°, donde se establecen los instrumentos y la finalidad de la justicia transicional, así como la distinción entre quienes hayan hecho parte del conflicto sean grupos armados al margen de la ley o agentes del Estado, a su vez exige la creación de una Comisión de la Verdad, y establece que será una Ley estatutaria la encargada de regular cuáles son los delitos conexos al delito político respecto a la posibilidad de participación política.

Se sigue el Acto Legislativo 01° de 2016, “por medio del cual se establecen los instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” este es de gran importancia pues “adopta una fórmula de valor jurídico del acuerdo de paz que es razonable porque, al mismo tiempo, dota de seguridad jurídica la implementación normativa de la paz y preserva los elementos medulares de la Constitución de 1991” (Uprinny & Gómez, 2016), al incorporar en el ordenamiento jurídico los instrumentos para alcanzar la paz, y al atender coherentemente con los fines del Estado. A partir de éste se consagra en la Constitución en sus disposiciones transitorias, un artículo que contendrá el procedimiento legislativo especial para la paz y las reglas según bajo las cuales se regirá el mismo.

Este Acto Legislativo al consagrar los instrumentos para facilitar el cumplimiento del acuerdo final, resulta importante en la medida

que como procedimiento hay que entender que las autoridades al actuar “deben hacerlo cumpliendo las reglas de procedimiento o trámite que la ley establece para ello” (Rodríguez, 2017). De esta manera, el ser un procedimiento permite el conocimiento y sujeción de las autoridades al mismo, y más aún, en consonancia con lo que se predica de un Estado constitucionalizado, y es el cómo las disposiciones constitucionales son vinculantes.

El Acto Legislativo 01 de 2016, consagra las facultades presidenciales para la paz. Un plan de inversiones para la paz y la vigencia del presente acto en los artículos 2º, 3º, y 5º respectivamente, siendo así, resignificaría el cómo se le venía dando tratamiento al CAI y representa un avance en materia de constitucionalización, al plantear disposiciones que podrán ser exigibles. “El Acto Legislativo 1 de 2016 fue creado a través de un procedimiento especial con el objetivo de buscar la paz, la estabilidad y seguridad jurídica para todos los colombianos.” (Durán & Ochoa, 2016).

Seguidamente, se encuentra el Acto Legislativo 01 de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, este según la Sentencia C-647 de 2017, “introdujo un cambio sustantivo en la arquitectura institucional del Estado.” (Corte Constitucional, 2017), en su capítulo 1º, contempla el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), acá se toma como preocupación central a las víctimas y su garantías, y por tanto proporciona medidas restaurativas y reparadoras que subsanen las condiciones de exclusión social a las que pudieron estar expuestos.

En el capítulo 2º se encuentra lo relativo a la “Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia, la no repetición y la unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado”, en este, la Comisión para

el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, se entiende como un ente autónomo, administrativa, presupuestal y técnicamente, tendrá personería jurídica y además será de carácter temporal y extra-judicial y otras disposiciones. El capítulo 3° trata todo lo relativo a la Jurisdicción Especial para la Paz, su forma de organización dentro de la estructura del Estado, así como lo atinente a su conformación y asuntos que se atribuyen a su competencia, el procedimiento y reglamento bajo el cual se registrá, el inicio de su funcionamiento y el pazo de su vigencia.

Este Acto Legislativo contempla un capítulo dedicado a la extradición, y su no aplicación que alcanza a todos los integrantes de las FARC-EP que se sometan al SIVJRN, por delitos amnistiables o no, delitos políticos y conexos, independientemente de si ocurrieron dentro del territorio colombiano o extraterritorialmente; el capítulo 6° establece la participación en política, que no será limitada respecto de las sanciones impuestas por la JEP, este resulta importante en tanto deja abierta la posibilidad de participación en los diferentes escenarios políticos, derecho que en razón de este Acto Legislativo 01 de 2017, no se verá limitado. Finalmente, contiene otras disposiciones que perfeccionan la idea del Acto Legislativo 01 de 2017 como aquel que “preserva el deber del Estado de imponer una sanción efectiva.”

También está el Acto Legislativo 02 de 2017 “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Donde se decreta, en virtud del procedimiento legislativo especial para la paz, que las autoridades deben cumplir con lo establecido en el Acuerdo Final, preservando el espíritu y el contenido del acuerdo, tampoco podrán desconocer los principios contenidos en él. Este Acto Legislativo 02 de 2017 da luces alentadoras en relación con lo que se ha venido defendiendo de la constitucionalización, en razón de que lo integrado por el Acuerdo Final:

“que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales” (Congreso de la República, 2017).

Finalmente, está el Acto Legislativo 03 de 2017 “por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, bajo el cual, terminado el proceso de dejación de armas, será reconocida la personería jurídica del movimiento político que surja de las FARC-EP, se define la realización de una operación para asignar las curules correspondientes a dicho partido y demás; este Acto Legislativo 03 de 2017 es importante, pues en el marco de un Estado Social de Derecho, los escenarios de participación en la vida política deben ser garantizados; los que alguna vez fueron actores directos del CAI, se abren camino para hacerse partícipes en la vida política del Estado y así, ejercer sus derechos políticos evidenciados en la toma de decisiones.

Acto Legislativo 01 de 2012	“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”
Acto Legislativo 01 de 2016	“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”
Acto Legislativo 01 de 2017	“Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”

Derechos fundamentales y sociedad

DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959>

Acto Legislativo 02 de 2017	“Por medio del cual se adiciones un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”
Acto Legislativo 03 de 2017	“Por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.”

REFERENCIAS

Abramovich, V., & Courtis, C. (2003). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. La protección judicial de los derechos sociales.

ACNUR. (2017). *Migrantes en situaciones de vulnerabilidad. Perspectiva del ACNUR*. Ginebra: ACNUR. Recuperado el 16 de Junio de 2019, de <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rw-main/opendocpdf.pdf?reldoc=y&dclid=5979dcfa4>

Amaya, J. A. (2013). *Marbury vs. Madison: sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*. Argentina: Rosario Ediciones .

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1951). *Convencion sobre el Estatuto de los refugiados*. Recuperado el 3 de abril de 2019, de <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

Asamblea general de las Naciones Unidas. (1951). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Recuperado el 17 de mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1954). *Estatuto de los Apátridas*. Recuperado el 3 de mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/5b43cea54.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1961). *Convención para reducir los casos de Apatridia*. Recuperado el 3 de mayo de 2019, de <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0007.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado el 27 de Mayo de 2019, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 6 de mayo de 2019, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Nueva York: Naciones Unidas.

Asamblea General de Naciones Unidas. (1990). *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Recuperado el 28 de Mayo de 2019, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

Benoist, A. d. (2016). Democracia representativa y democracia participativa . *El manifiesto*, 2.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL. (2017). *Reunión regional latinoamericana y caribeña de expertas y expertos en migración internacional preparatoria del Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular*. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado el 17 de Junio de 2019, de https://refugees-migrants.un.org/sites/default/files/eclac_america_del_sur_resumen_ejecutivo.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991). *Observación general No. 4 El derecho a una vivienda adecuada*

(párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 29 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). *Observación General No. 12 El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 29 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). *Observación General No. 13 El derecho a la educación (artículo 13)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 29 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2005). *Observación general No. 15 El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 29 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2005). *Observación General No. 18 El derecho al trabajo (artículo 6)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 30 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2007). *Observación general No. 19 El derecho a la seguridad social (artículo 9)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 30 de Mayo de 2019, de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Congreso de la República. (2012). *LEY 1588 DE 2012*. Bogotá: Diario Oficial.

Congreso de la República de Colombia. (1968). *Ley 74*. Bogotá: Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1996). *Ley 319*. Bogotá: Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Consejo Económico y Social. (2000). *OBSERVACION GENERAL 14*. Ginebra: Naciones Unidas.

Corte Constitucional . (2005). *C-1040* . Bogotá : Gaceta Oficial.

Corte Constitucional . (2006). *C-034* . Bogotá: Gaceta Oficial.

Courtis , C., & Ávila, R. (2009). La protección judicial de los derechos sociales . 10.

Courtis, C., & Abramovich, V. (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (págs. 283-350). Argentina: Editores del Puerto. Recuperado el 18 de Junio de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=617886>

Duran, Y., & Ochoa, C. (2016). ¿cuál es el alcancde jurídico de los criterios de conexidad y de carga argumentativa, que se han

establecido por parte de la Corte Constitucional, en lo que refiere a la interpretación del Acto Legislativo 01 de 2016 y el Fast Track ? ?
Universidad Santo Tomás , 3.

ECOSOC. (2000). *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Recuperado el 19 de mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Ferrajoli, L. (2016). *Sobre los Derechos Fundamentales . Cuestiones Constitucionales*, 118.

Fioravanti, M. (2009). *constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales* . Madrid: Trotta.

Guastini, R. (1999). *Sobre el concepto de la Constitución . Universidad de Génova* , 164.

Medina, D. L. (2017). *Eslabones del Derecho* . Colombia: Legis.

oficina del Alto comisionado para la paz- Presidencia de la República . (2018). *Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP*. 82.

Moe: recuperado de: <https://moe.org.co/home/doc/Reforma%20Politica/02%20Acto%20legislativo.pdf>

DEJUSTICIA: recuperado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_904.pdf

Organización de Estados Americanos. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, «Protocolo de San Salvador». San Salvador. Recuperado el 2 de mayo de 2017

Organización de las Naciones Unidas-ONU. (2014). *Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación*

irregular. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas-ONU. Recuperado el 26 de Mayo de 2019, de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (1949). *Convenio sobre los trabajadores migrantes*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado el 2 de mayo de 2019, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C097

Organización Internacional del Trabajo. (1949). *Convenio sobre los trabajadores migrantes*. Recuperado el 2 de mayo de 2019, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C097

Organización Internacional del Trabajo. (1975). *Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975*. Recuperado el 3 de mayo de 2019, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2006). https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf. Recuperado el 21 de junio de 2019, de https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

Rivadeneira, R. A. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Colombia: Legis.

Rodríguez, L. (2017). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.

Sandoval Terán, A., & de la Torre, C. (2010). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: exigibles y justiciables. Preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Mé-

xico D.F: Espacio DESC & ONUDH México. Recuperado el 20 de enero de 2017, de <http://www.equipopueblo.org.mx/descargas/Protocolo%20interiores%20ok.pdf>

Restrepo, J. & Castaño, D. (2019). *Ciro Angarita Barón y el nuevo orden Constitucional en Colombia. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, 39.*

Restrepo, J. (2018). *Estructura constitucional del Estado Colombiano* . Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín3 .

Tawse-Smith, D. (2008). *Conflicto armado colombiano . desafíos* , 288.

Unión Interparlamentaria. (2015). *Migración, derechos humanos y gobernanza*. París: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Recuperado el 26 de Mayo de 2019, de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

Uprimny, R., & Gómez, D. I. (2016). *Comentarios al proyecto de acto legislativo 01 de 2016 senado “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la. Dejusticia, 6.*

Villa, H. V. (2012). *Cartas de Batalla una crítica del constitucionalismo colombiano* . Colombia: Panamericana Editorial .

Villamizar, D. (2017). *Las guerrillas en Colombia: una historia desde los orígenes hasta los confines*. Colombia: DEBATE.

CAPÍTULO XII

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL PARA LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD CON OCASIÓN DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO A LA LUZ DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL MÍNIMO VITAL¹

Víctor Julián Moreno Mosquera²

 <https://orcid.org/0000-0002-1257-3813>

Catherine Volcy Gómez³

 <https://orcid.org/>

-
- 1 El presente producto de investigación es derivado del trabajo de maestría en derecho realizado por la co-autora Catherine Volcy, e igualmente, con aportes que impactan los desarrollos realizados por el co-autor Víctor Julián Moreno, en sus estudios doctorales en derecho ante la Universidad de Medellín, los cuales han sido financiados por la Institución Universitaria de Envigado.



- 2 Magister en Estudios Políticos y abogado, líder del Grupo de Investigación Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado, donde funge como docente de tiempo completo de dicha institución.

 vjmoreno@correo.iue.edu.co

- 3 Abogada, especialista en Derecho Administrativo y Seguridad Social, Magister en Derecho de la Universidad de Medellín. Coordinadora de la especialización en contratación estatal y profesora de tiempo completo de la Institución Universitaria de Envigado.

 cathvolcy@gmail.com

Cita este capítulo:

Moreno Mosquera, V. J. y Volcy Gómez, C. (2021). Las medidas de protección social para las personas en condición de discapacidad con ocasión del conflicto armado colombiano a la luz del derecho fundamental al mínimo vital. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 433-475). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.12>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



Resumen:

El presente artículo estudiará las acciones de protección social dispuestas en el modelo de atención propuesto por la *Ley de víctimas*, especialmente, en lo que se refiere a la indemnización administrativa y la prestación humanitaria periódica como medidas que incluyen un reconocimiento económico que mitigue las condiciones de amenaza y vulnerabilidad de este grupo poblacional. Así, sucesivo análisis de las disposiciones expuestas por el bloque de constitucionalidad, se logró establecer que, de las medidas de protección social, es la prestación humanitaria periódica la única que cumple con la finalidad de mitigar las necesidades básicas de tracto sucesivo que constituyen el derecho al mínimo vital para las víctimas en situación de discapacidad.

Por lo demás, aquí se pudo establecer que existe una omisión legislativa de amparo económico frente al grupo de víctimas en condición de discapacidad que no alcanza el umbral legal de calificación en merma laboral, existiendo así, una falta de aplicación del enfoque diferencial que ordenan los instrumentos normativos del Derecho Internacional Humanitario, y los Derechos Humanos; pues no existen razones suficientes que justifiquen el tratamiento diferencial cuando, a raíz del conflicto armado, se genera discriminación laboral para individuos en condición de protección especial, lo que, necesariamente, justifica una intervención constitucional.

Palabras clave:

Víctimas en condición de discapacidad, conflicto armado colombiano, indemnización individual administrativa, prestación humanitaria periódica, mínimo vital.

INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo XX la sociedad colombiana padeció un conflicto armado interno que logró desangrar su tejido social hasta la actualidad, amén de ubicarla en el escenario mundial, como un país atrasado, dependiente y violento. Sumado a ello, uno de sus efectos directos se ve reflejado en la ingente cantidad de víctimas del conflicto, que ve agravado su panorama en términos de población vulnerable⁴ ante la ausencia de instituciones estatales fortalecidas en las regiones donde, se aspira, sean restituidos sus derechos y garantías.

En Colombia el conflicto armado no tiene una modalidad de violencia distintiva, toda vez que los actores armados enfrentados han usado y conjugado todas las modalidades que encarnan atroces violaciones de Derechos Humanos, tales como: secuestro, extorsión, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, tortura, violencia sexual, amenazas y persecuciones -por mencionar algunas-, con el fin de demostrar su dominio ilegal, convirtiendo a la población civil en la principal víctima del conflicto. (GMH, 2013, 20)

Esta situación de conflicto ha afectado el andamiaje político-social de orden institucional, en tanto no existe una relación armónica entre los postulados normativos de principios y valores que buscan garantizar el cumplimiento de los Derechos Humanos; y la cruda realidad de millones de asociados en situación de vulnerabilidad que terminan revictimizados por las omisiones de amparo del Estado. (Corte Constitucional, 2004)⁵ Por ello, el *Acuerdo Final*

⁵ Al respecto puede ampliarse el recuento jurisprudencial que realiza la Corte Constitucional (2004) en la Tutela T-025, que a su vez integra la línea

suscrito el 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno nacional y el grupo armado *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo* (FARC-EP) tuvo como uno de sus más grandes retos la disminución de las desigualdades sociales, económicas y territoriales de la población víctima del conflicto armado. Dicho texto consagra las garantías de implementación que harían viable el cumplimiento de los compromisos de ambas partes.⁶

Luego, con miras al logro de una paz estable y duradera no solo se necesitan medidas de seguridad en todo el territorio; así lo requieren otros procesos de pacificación en el orden internacional que recuerdan la indispensable y real participación ciudadana⁷. Se requiere, además, un gran esfuerzo de la institucionalidad para brindar garantías y unas condiciones mínimas para la reconstrucción del tejido social más afectado, de modo que le facilite a la población afectada la reincorporación en la vida nacional sin desventajas competitivas (Corte Constitucional, 2017); de lo contrario, habría lugar a la proclamación misma del Estado como Constitucional de Derecho, afianzado en principios que vinculen a las instituciones y a la sociedad a la solución de los problemas que las afecten. (Corte Constitucional, 2002)

de precedentes en esta materia, para la población desplazada, declara un estado de cosas inconstitucional en atención al problema humanitario que debe ser afrontado solidariamente (Corte Constitucional, 1997; 2000), que constituye un trágico fenómeno social que da lugar a la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales (Corte Constitucional SU-1150 de 2000).

- 6 Para una ampliación al respecto de los postulados expresados en el Acuerdo Final para el Establecimiento de una Paz Estable y Duradera entre el Gobierno Colombiano y las FARC, véase: Restrepo & otros (2017) y Moreno, Roncancio, Lopera & Carvajal (2018)
- 7 Para ampliar el concepto de participación ciudadana, consultar (Restrepo, 2016, p.11-19). Igualmente, consultar la Participación ciudadana como uno de los principios rectores del Estado Colombiano. (Restrepo, 2018).

Si se considera que los territorios más afectados por el conflicto armado son altamente rurales, donde convergen altos niveles de pobreza, con desarrollos económicos menores, en una realidad sin garantías suficientes para el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, por las brechas en el acceso a bienes y servicios públicos (Departamento Nacional de Planeación, 2016) se hace indispensable que el sistema de distribución de corresponsabilidades sociales sea congruente con las prerrogativas constitucionales personales, nacionales y cosmopolitas de las víctimas del conflicto armado interno. (Arango, 2011)

El andamiaje normativo internacional, la consagración de los derechos sociales a nivel supranacional y el desarrollo jurisprudencial del mínimo vital como derecho fundamental constitucional, imponen al Estado la obligación de adoptar medidas efectivas en favor de grupos discriminados o marginados, en especial aquellos que por su condición física o mental se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. La tendencia mundial de garantizar los derechos sociales en dos vertientes nodales, a saber, por un lado, el papel activo de los tribunales y cortes constitucionales y, por otro, el derecho internacional de los Derechos Humanos en su vertiente social (Carpizo, 2012, p. 1083), ordena exponer el sistema de protección de las personas que, con ocasión del conflicto armado, han perdido su capacidad laboral para determinar si finalmente se encuentra garantizado su mínimo vital para vivir en condiciones de dignidad.

Por lo anterior, la Ley 1448 de 2011 dispone la obligación del Estado de amparar a las víctimas del conflicto, a través de la implementación de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, conservando un adecuado enfoque que permita acciones afirmativas especiales para aquella población afectada con graves secuelas en su salud física y mental como consecuencia de los hechos victimizantes cuyo impacto es complejo, de diverso orden, magnitud, naturaleza y depende de los eventos

violentos sufridos, el tipo de victimario, las modalidades de violencia, las particularidades y los perfiles de las víctimas -entre otros-. En este sentido, los resultados de la Primera Encuesta Nacional de Víctimas para efectos del monitoreo en el acatamiento de la *Ley de víctimas y restitución de tierras* evidenciaron la grave situación en que se encuentran los hogares de esta población vulnerable a partir de los insatisfactorios indicadores socioeconómicos en razón a los altos niveles de desempleo y pobreza. (Contraloría General de la República, 2015)

De las variables registradas se resalta el predominio en esta población las personas adultas, con una concentración mayor en el rango de 29 a 60 años: 2.922.006 de personas, para ambos sexos. Los jóvenes de 18 a 28 años: 1.821.002 personas, develando que gran parte de la población víctima del conflicto armado puede estar inmersa en el mercado laboral, de ahí la importancia en el desarrollo e implementación de políticas que faciliten su inserción efectiva al trabajo (Contraloría General de la República, 2015). A ello se suma que las posibilidades de las personas mayores víctimas del conflicto para acceder al derecho de pensión son escasas (Correa, & otros, 2015), entre otras razones, porque no cotizan al sistema de pensiones, quedando afectado así su ingreso mínimo vital. Respecto de las víctimas en condición de discapacidad, las cifras dimensionan el daño sufrido en la salud que las descarta del mercado laboral. (Contraloría General de la República, 2015)

Con todo, en las presentes líneas se indagará al respecto de si acaso el sistema de protección legal para las víctimas en condición de discapacidad, con ocasión del conflicto armado colombiano, garantiza el derecho constitucional al mínimo vital; para lo que se analizarán las medidas de protección legal para las personas en situación de discapacidad en contextos de conflicto armado, a la luz de las garantías contenidas en el derecho fundamental al mínimo vital.

Para esto, en primer lugar, se realizará una contextualización de

las víctimas directas del conflicto armado que poseen alguna condición de discapacidad, así como su mandato de protección. Luego se presentarán los instrumentos normativos para la protección social de las víctimas del conflicto en condición de discapacidad consignados en la Ley 1448 de 2011. Así, finalmente, se contrastarán dichas medidas de protección legal, con la garantía de salvaguarda constitucional fundamental establecida en el mínimo vital.

El Conflicto armado interno en Colombia y sus víctimas en condición de discapacidad:

Mandato de protección para las víctimas del conflicto. La determinación del alcance, características y definición del concepto “víctima” ha sido fruto de una larga evolución⁸ en el derecho internacional público y obra fundamentalmente de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos (C-250 de 2012). Se ha considerado como víctima a aquella persona “*que ha sufrido un daño en el disfrute de un derecho subjetivo reconocido en un determinado tratado internacional, imputable, por acción u omisión, a un Estado Parte en el mismo*” (Corte Constitucional, 2012) pero que se ha extendido no solo a aquellas personas que sufrieron directamente un daño, sino a determinados parientes y personas a cargo, de conformidad con los principios generales del derecho.⁹

8 La Corte Constitucional (C-250 de 2012), presenta al menos cinco fases en la precisión histórica del concepto de víctima, a saber: “I. confusión entre el daño ocasionado al ciudadano con aquel padecido por el Estado del cual es originario; II. Reconocimiento internacional de la calidad de víctima a determinadas minorías étnicas; III. Surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su relación con el concepto de víctima; IV. Los avances en cuanto al concepto de “víctima” por creación jurisprudencial, doctrinal y del soft law; V. Reconocimiento por un tratado internacional de legitimación activa de la víctima en caso de conflicto armado internacional para acceder directamente a una instancia internacional”. (Corte Constitucional; 2012)

9 En Colombia, en materia constitucional, el concepto de víctima de hechos punibles y de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, también se ha hecho extensivo, no sólo a las víc-

No obstante, para la implementación del modelo de atención y asistencia de las víctimas del conflicto armado, se expidieron una serie de normas tales como: las leyes 387 de 1997, 418 de 1997, 975 de 2005, y 782 de 2002 que con el fin de ofrecer especial protección acudieron a diferentes criterios en la definición del concepto de víctima. Conforme a ello, la Ley 1448 de 2011 para determinar su marco de aplicación, incorpora un concepto operativo de víctima que no desconoce la condición fáctica de las mismas, pero sí delimita material y temporalmente el universo de destinatarios de las medidas especiales de protección, sin que de ello se desprenda que las que no son cobijadas por el supuesto legal dejen de ser reconocidas o pierdan su condición de víctimas (C-253 de 2012).

Con todo, la jurisprudencia colombiana acoge el mandato de protección que los tribunales internacionales¹⁰ refieren frente a las víctimas de un conflicto armado, como es el caso del reconocimiento de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición (Corte Constitucional, 2014), con un aditamento especial, que vie-

timas directas sino a sus familiares como el caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia; logrado importantes reconocimientos “con la adopción, por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de la Resolución núm. 687 del 3 de abril de 1991” facultándolas a presentar directamente reclamaciones internacionales (C-250 de 2012)

- 10 La Jurisprudencia Interamericana relativa al derecho a la justicia, a la investigación y conocimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y a la no repetición, establece también una serie de derechos de las víctimas y correlativos deberes en cabeza del Estado por la violación de los derechos humanos, entre otros, inadmisibilidad de las leyes de amnistía y excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. (Corte Constitucional, 2013). Sumado a ello, los instrumentos jurídicos internacionales más significativos se destacan en: las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 2, num.3, lit. a) conforme a la Observación General 31 de 2004 del Comité de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, arts. 1.1, 2, 8 y 25); la Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951); entre otros. (Corte Constitucional, 2014)

ne de los artículos 13, 43, 46 , 47 y 54 Superiores, considerando a las víctimas como parte de la categoría de sujetos de especial protección, lo que implica que requieren acciones afirmativas de igualdad material en atención a las particularidades que afectan su condición social, física, y/o psicológica. (T-486 de 2010; C- 609 de 2012; T-376 de 2013).

Dentro de esta categoría de sujetos de especial protección, por su notoria situación de indefensión también están, los niños, adolescentes, adultos mayores, disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia; miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza, que obliga a las autoridades a velar porque se respeten y promuevan los derechos de estas personas; deberes que se acentúan en situaciones de emergencia en las cuales sus derechos fundamentales estén expuestos a un nivel significativo de riesgo, y mucho más cuando ello es consecuencia del conflicto armado (Corte Constitucional, T-719 de 2003; T-486 de 2010).

Para la Corte Constitucional las víctimas del conflicto armado interno constituyen uno de los fragmentos más vulnerables de la sociedad¹¹; por la violación masiva de sus derechos constitucionales se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad, por lo que

11 Por ejemplo, dentro de la lista de las víctimas de la masacre de Trujillo (1987-1994), departamento de Valle del Cauca, incluye a diez personas víctimas que murieron por pena moral debido a la desaparición, tortura y asesinato de sus seres queridos. Todas ellas están reconocidas en el Parque Monumento de Trujillo, que honra la memoria de las víctimas de la masacre, y recordadas en los relatos de los sobrevivientes. “Así, los relatos evocan los lugares y las personas con el fin de marcar y describir los escenarios y la topografía del terror, y también para contar cómo se transformaron en lugares que contenían el sufrimiento y registraban la desolación: se trata de calles, plazas, canchas, caminos, ruinas, enramadas y ríos que también guardan la historia de lo que “sobre o dentro de ellos” pasó y que se traen al recuerdo para trazar los horizontes del dolor vivido y evocado.” (GHM, 2013, p. 336)

adquieren el estatus de sujetos de especial protección constitucional, que conlleva el deber del Estado de darles un trato especial, para que recuperen sus condiciones mínimas de subsistencia y salvaguardar su dignidad humana. (C-370 de 2006; T-1094 de 2007; C-609 de 2012)

De las víctimas en condición de discapacidad:

En términos generales, las víctimas del conflicto armado son sujetos de especial protección constitucional, pero existen subgrupos que, debido a sus circunstancias particulares, se encuentran más desprotegidos, lo que expresa la necesidad de un enfoque diferencial que permita una reparación conforme a los principios de gradualidad y progresividad (Corte Constitucional, 2015). A este respecto, la jurisprudencia constitucional colombiana enfatiza en la necesidad de amparo reforzado para las personas con alguna circunstancia de discapacidad, al ser reconocidos como:

“(...) una población históricamente invisibilizada y excluida, debido a la falsa idea de que no pueden realizar aportes a la sociedad (...). Por consiguiente, es necesario que los estados y las sociedades reconozcan la importancia de que el entorno responda a las necesidades de todas las personas, teniendo en cuenta a aquellas con diferentes tipos de discapacidades para lograr su integración social y garantizar plenamente el ejercicio de todos sus derechos”. (T-551 de 2011)

Acorde con esta interpretación existen las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y expresadas por la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (CDPD), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006 y ratificada por Colombia en 2011, en tanto que, al considerar la discapacidad como una manifestación de la diversidad humana, el Estado debe promover y garantizar la autonomía, la independen-

cia, la vida en comunidad y la libertad en la toma de decisiones¹². Así, se impone la comprensión de un nuevo modelo que reformule las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales para incluir la discapacidad como una manifestación valiosa de la dignidad humana. (A-173 de 2014)

“En este escenario, la discapacidad va más allá de un problema de salud individual; resulta ser un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social, que afecta al individuo en relación con su familia y en su integración social.” (Rodríguez & Rico, 2009, p. 18)

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), al estudiar el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, serie C-No.257, señaló que “la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva” (CIDH, 2012, p.23). Así, la persona que se vea en esta situación de vulnerabilidad debe ser acogida por el Estado, para que se le satisfagan las prerrogativas generales de respeto y todas las garantías derivadas de sus Derechos Humanos. (Corte Constitucional, 2017)

En tal sentido, otro instrumento jurídico internacional de los Derechos Humanos que hace alusión a las garantías de este grupo poblacional es la *Convención Interamericana de la OEA para la*

12 Así las cosas, con la ratificación de los compromisos adquiridos a nivel internacional por parte del Estado colombiano ante la CDPD, es imperativo inscribirse en el cambio de paradigma que apunta al reconocimiento de la persona en situación de discapacidad, más allá de la enfermedad. Es así que se constituye en una manifestación de la diversidad humana que merece la toma de “las medidas idóneas para garantizar por una parte, el acceso a tratamientos en salud y a rehabilitación integral y por otra parte, medidas dirigidas a remover las barreras que impiden la plena inclusión social de esta población” (Corte Constitucional, A-173; 2014)

eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporada al derecho interno mediante la Ley 762 de 2002¹³, amén de la Ley 1346 de 2009, aprobatoria de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Estatutaria 1618 de 2013 con la que se busca el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Estas normas, a su vez se armonizan con el *Artículo 13 Superior*, en tanto en la búsqueda de la igualdad social no es factible homogenizar situaciones que por naturaleza son diversas, de ahí la necesidad del enfoque diferencial para evitar que las diferencias supongan, en sí mismas, un tratamiento discriminatorio.

Por motivo de lo anterior existen hoy los artículos 47, 54 y 68 Superiores, que fijan obligaciones para el establecimiento y en favor de la población en situación de discapacidad, con el ánimo de prever políticas preventivas, de rehabilitación e integración social; así como, propiciar el derecho al trabajo y a la educación, acciones afirmativas de inclusión social en la vida cotidiana de estas personas, y con mayor atención, si han sido víctimas del conflicto armado. Sin embargo, después de la ratificación de la Convención en el año 2011, se mantiene el paradigma sobreprotector de índole paternalista que desconoce la condición de sujetos con capacidad de autodeterminación limitada, pues son pocos los cambios introducidos en materia legislativa¹⁴ y menos aún, su impacto en la sociedad.

13 También se encuentran, entre otras, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas de 1948, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación, aprobada por la Resolución 3447 de la ONU del 9 de diciembre de 1975. (Corte Constitucional 2011).

14 En materia de implementación normativa para la población con discapacidad, ha existido mayores avances en materia penal, laboral y seguridad social, que en asunto relacionados con el derecho civil y familiar; por ejemplo la Ley 361 de 1997, en su art. 26, fue de las fundamentales en protección

“Mientras la sociedad no cambie el imaginario colectivo se seguirán cercenando los derechos y libertades de las personas con discapacidad, pues no se les permitirá decidir libremente como corresponde a cualquier persona, sobre el derecho a conformar una familia “... celebrar actos “jurídicos, acceder a un trabajo digno, adquirir derechos pensionales, participar activamente como víctima o como acusado en el proceso penal, obtener beneficios del sistema penitenciario, entre otros.” (Vallejo; Hernández; & Posso; 2017, p. 7).

Concomitante con lo dicho, García & Fernández (2005, 240), afirman que la inclusión social no implica, necesariamente, la inserción en el mercado laboral o el plano educativo, pues la participación en estos escenarios depende del interés del sujeto. Luego, la efectiva inclusión demanda el reconocimiento de la población en situación de discapacidad como agentes protagónicos del andamiaje social. Esto significa una *resignificación* del poder político y democrático, en términos de autodeterminación y empoderamiento de los grupos más allá del mero desarrollo legislativo.

Instrumentos normativos para la protección social de las víctimas del conflicto en condición de discapacidad:

Entendiendo, pues, que además de los derechos de las víctimas al debido esclarecimiento de los delitos que las han afectado, con miras a sancionar a los agresores, se consagra también el derecho

laboral para garantizar la estabilidad en el trabajo de las personas con discapacidad. Igualmente, incorporó aspectos de accesibilidad, educación y trabajo, e incluso introdujo incentivos tributarios para el sector empresarial; esto último en armonía con la Ley 1429 de 2010 y su decreto reglamentario No.4910 de 2011, con miras a la promoción y creación empleos para esta población. Sumado a ello, la Ley 1306 de 2009, en su art.13, estableció el derecho a la trabajo para esta población como una oportunidad de ganarse la vida mediante un contrato de trabajo estable, libremente elegido o aceptado en un mercado, en un entorno laboral inclusivo y accesible. (Vallejo; Hernández; & Posso, 2017).

a ser reparadas de manera integral. La finalidad de este restablecimiento de garantías apunta a mitigar la acentuada situación de vulnerabilidad inherente al desarraigo, y que se describe en las pretensiones contempladas en la ruta de reparación¹⁵, especialmente concebidas para las víctimas en condición de discapacidad. (Corte Constitucional, 2017)

Vale la pena decir que la *Ley de víctimas* en sus decretos reglamentarios diseñados bajo estándares internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad desarrolló, en el marco de la justicia transicional, un cuerpo normativo relativo a la reparación, que se concreta en garantías de no repetición, indemnizaciones económicas, reparación moral, medidas de rehabilitación, medidas de reparación colectivas y reconstrucción psicosocial de la población afectada. (Corte Constitucional, 2013; Corte Constitucional, 2018).

Ahora bien, a pesar de las acciones afirmativas institucionales contenidas en este instrumento normativo, es imperativo precisar que ante la magnitud de los hechos de barbarie y terrorismo sistemático desplegado en el marco del conflicto armado, se han generado descomunales afectaciones a los Derechos Humanos que, desde una perspectiva analítica, advierten insuficientes los mecanismos para reparar efectivamente a las víctimas.

“El país cuenta con cerca de 7 millones de víctimas, que representan el 14% de la población, lo que demuestra la magnitud, la

15 El derecho a la reparación es una prerrogativa compleja que posee una naturaleza fundamental amparada por las normas internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de los organismos internacionales y la Constitución Política, en tanto el Estado debe procurar el restablecimiento de los derechos afectados y así, mitigar la acentuada situación de vulnerabilidad que usualmente produce el desarraigo. Luego, esta garantía superior implica el deber estatal de materializar el restablecimiento de la dignidad de las víctimas a través de la verdad y la justicia. (Corte Constitucional, 2013; Corte Constitucional, 2017)

duración y la degradación de nuestro conflicto armado. Según estos investigadores de Harvard, “para proporcionar un número tan amplio y sin precedentes de reparaciones, el país debe pensar de manera más amplia la forma de integrar la política de reparación en su economía política. Para reparar al 14% de la población colombiana, el Gobierno, en su conjunto, deberá incorporar la política de reparación en su política macroeconómica. En los próximos años, las reparaciones deberán estar en el centro de cualquier discusión de economía política en Colombia”. (Villa & Insuasty; 2015, p. 425)

Lo dicho pone sobre la mesa el requerimiento de un Estado solvente en términos políticos y económicos, para que las medidas de protección no terminen siendo un saludo a la bandera, esto es, normas de papel que al ser trasplantadas de otras legislaciones de justicia transicional, devienen en ineficaces por la complejidad de la realidad colombiana. De ahí que el éxito del proceso de reparación esté atado a una interpretación asertiva del contexto, donde se tenga en cuenta a las víctimas como sujetos centrales, procurando una genuina satisfacción de las necesidades propias de esta población vulnerable.

De las Medidas Generales:

En relación con las medidas generales de reparación es factible afirmar que la Ley de víctimas retomó varios de los instrumentos legales en materia de reparación incluidos en la Ley 975 de Justicia y Paz, para transformarlos y aplicarlos de manera consistente en el marco de una política pública institucional de amparo a las víctimas; para ello, se ha logrado su registro mediante la sistematización y control en la atención en múltiples regiones del país, desarrollando una importante capacidad técnica que abarca desde “la atención psicológica hasta la asesoría en la inversión de los recursos de la reparación en las diversas comunidades que lo requieren. Más notable, quizás, es la decisión política de no hacer depender la re-

paración de la verificación de los hechos victimizantes”. (Rettberg, 2015, p. 186)

En este orden de ideas, las medidas generales se pueden evidenciar en los instrumentos de restitución, restablecimiento, rehabilitación y, por último, asistencia y ayuda humanitaria. Derivado del estudio comprensivo de estas medidas se logró establecer una relación particular entre las dos primeras medidas, de un lado; y, de otro, frente a las medidas restantes. La restitución y el restablecimiento son medidas que están encaminadas, en términos generales, a reivindicar las garantías capitales que soportan y edifican el acuerdo de paz, habida cuenta que apuntan a difundir la verdad sobre lo sucedido preservando la memoria histórica y garantizando la no repetición de los hechos *victimizantes*, ayudando así a mitigar el dolor de la población afectada y procurando su bienestar efectivo a partir de la materialización del restablecimiento en Derechos Humanos, tales como: la libertad, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía.

Vale destacar la medida de restitución, en tanto se estructura en un pilar fundamental de la reparación integral, pues implica devolver garantías como el regreso al lugar de residencia, la reintegración en el empleo y la devolución de los bienes, conforme la situación existente antes de que se presentaran las violaciones sufridas con ocasión del conflicto armado interno. Así, conforme los artículos 128 y 130 de la Ley de víctimas, se consagran estas medidas para la restitución jurídica y material de las tierras de víctimas despojadas y desplazadas; planes y programas de vivienda que toman en consideración las especiales necesidades de la población desplazada y de los subgrupos de especial protección. (Corte Constitucional, 2006) ¹⁶

16 En este orden de ideas, se dan las acciones de estabilización para un retorno o reubicación voluntaria de las víctimas del desplazamiento forzado; subsidio familiar en las modalidades de mejoramiento, construcción en sitio

La relación existente entre las medidas de rehabilitación, asistencia y ayuda humanitaria¹⁷ radica en su acción directa de satisfacer la dimensión física, emocional, psíquica y social de las víctimas, sea en forma individual o colectiva, a través de un conjunto de medidas encaminadas al restablecimiento integral de la dimensión de la salud afectada. Por tanto, su carácter asistencial, está articulado al principio constitucional de solidaridad social, que busca mejorar las condiciones mínimas de existencia de las víctimas al socorrer y proteger sus necesidades básicas. Estas acciones cobran especial relevancia en el caso de la población en condición de discapacidad, pues al garantizar sus derechos fundamentales se las habilita en el desempeño visible de su rol familiar, cultural y laboral (Congreso de la República, 2011).

La crítica que se formula frente a estas medidas generales de reparación, gira en torno a la real viabilidad física del cumplimiento

propio y adquisición de vivienda para las víctimas cuyas viviendas fueron afectadas por despojo, abandono, pérdida o menoscabo; medidas en materia de crédito para financiar la reposición o reparación de vehículos, muebles y enseres afectados o reconstrucción de inmuebles destinados a locales comerciales de por razón de atentados terroristas, combates y ataques en el marco del conflicto armado interno y finalmente para destacar, se proponen acciones para que las víctimas del conflicto armado accedan a los programas de formación y capacitación técnica del SENA y proyectos especiales para la generación de empleo rural y urbano con el fin de apoyar su autosostenimiento. (Corte Constitucional, T-585, 2006).

- 17 Como consecuencia de ello, la asistencia humanitaria ha sido una prestación asistencial de carácter temporal, toda vez que no es un derecho al que se tenga derecho de manera indefinida, sino que su otorgamiento está limitado a un plazo flexible (Corte Constitucional, 2009) , hasta salir de la vulnerabilidad que atosiga a la población afectada, particularmente en esa primera etapa de atención, por ello pensada para suplir las necesidades más urgentes Y tal como lo tipifica el inciso 2, del parágrafo 1, del artículo 25 de la Ley de Víctimas, estas medidas no constituyen reparación, las ni subrogan. Por tanto, los gastos que incurra el Estado en la prestación de los servicios de asistencia, en ningún caso serán descontados de la indemnización administrativa o judicial a que tienen derecho las víctimas. (Congreso de la República; 2011)

de la *Ley de víctimas* y el límite temporal para su reconocimiento, toda vez que la demanda de amparo excede el ritmo y la capacidad instalada del establecimiento, pues conforme “[...] el universo presente de víctimas, más del 90% está pendiente de reparación. Sin importar cuán bien dotadas estén las oficinas y cuán calificados los equipos [...] se incrementa la impaciencia con respecto a las promesas formuladas y las expectativas generadas.” (Rettberg, 2015, p. 187)

En este sentido, los costos de la implementación de los acuerdos y el mantenimiento de una política pública institucional de paz dependen de las perspectivas de crecimiento económico en los próximos años y la voluntad permanente de la ciudadanía mayoritaria que, vía impuestos, verá gravado su patrimonio para que exista disponibilidad de recursos en el cumplimiento de la agenda pacificadora. Esto expone la naturaleza intrínsecamente política de la construcción de paz y la condición limitada de los recursos patrimoniales que confrontarán en las urnas partidos políticos que acusan no solo la inviabilidad de las medidas de reparación sino, también, el oportunismo de algunas víctimas que no cumplen con el espíritu del sistema de protección, haciendo así que esta población vulnerable tenga que competir con otras agendas económicas (Rettberg, 2015). Así, es menester que las víctimas se reconozcan como actores políticos que deben organizarse para hacer efectivas sus reclamaciones de bienestar, más allá de los subsidios o prebendas coyunturales, y se logre visualizar su instalación en el andamiaje productivo del país.¹⁸

18 Para un mayor acercamiento a la necesidad manifiesta de las formas de reconocimiento que deben tener las víctimas del conflicto, véase: Roncancio (2018).

De las Medidas especiales para las víctimas en situación de discapacidad:

En la ruta de reparación y protección social de la población en condición de discapacidad y ajustando el mandato de los artículos 3 y 13 de la ley 1448 de 2011¹⁹, que permite visualizar este grupo de personas como una población expuesta a mayor riesgo frente a las vulneraciones de los agentes agresores y que requiere una atención especial por parte del Estado, se contemplan dos medidas adicionales, en la misma *Ley de víctimas*, conocida como indemnización administrativa; y el Decreto 600 de 2017, sobre la prestación humanitaria periódica, así:

a. Indemnización administrativa. Es una reparación pecuniaria individual que cuantifica el daño sufrido en términos económicos, aspirando a regresar las condiciones patrimoniales que tenía la víctima con anterioridad a la vulneración sufrida (Corte Constitucional, 2004; 2017; 2018). La pretensión indemnizatoria por vía administrativa fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1290 de 2008, con un fondo público exclusivo para los delitos de homicidio, desaparición forzada, secuestro, lesiones personales, tortura, delitos sexuales, reclutamiento ilegal y desplazamiento forzado. Posteriormente, los decretos reglamentarios 4800 de 2011 y 1377 de 2014, establecieron que el fin resarcitorio de la indemnización no aspira a garantizar la subsistencia y estabilización de las víctimas, sino a

19 Estas dos normas hablan sobre el enfoque diferencial de ciertos grupos poblacionales de víctimas tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de Derechos Humanos y víctimas de desplazamiento forzado. Luego, en atención al artículo 148 (Congreso de la República; 2011) y por asuntos fiscales y presupuestales, para la indemnización por vía administrativa se cuenta con un presupuesto limitado, en tanto se indemniza anualmente tantas víctimas como el presupuesto lo permita y unos rangos de montos que dependerán de acuerdo a la naturaleza y el impacto del hecho victimizante, el daño causado y el estado de vulnerabilidad actual de la víctima, desde un enfoque diferencial.

restablecer su dignidad, compensando económicamente el daño sufrido, para así fortalecer o reconstruir su proyecto de vida (A-206 de 2017). Por tanto, el dinero recibido por concepto de indemnización se descontará de la reparación recibida por vía judicial, pues el mismo hecho de victimización no puede causar un doble reparo patrimonial. (Congreso de la República, 2011)

Para el caso de víctimas por lesiones personales que generaron incapacidad permanente o discapacidad se tiene prevista una indemnización administrativa individual de hasta cuarenta (40) S.M.L.M.V, mientras que para las víctimas por lesiones que no causen incapacidad permanente, hasta treinta (30) S.M.L.M.V.; sumas que se suministran por una sola vez y a cargo de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las víctimas (Congreso de la República, 2011)

En los casos donde convergen condiciones especiales que agravan el estado de vulnerabilidad de las víctimas²⁰, la indemnización administrativa, se avoca para proteger derechos fundamentales como la dignidad humana y el mínimo vital, por ejemplo, cuando existe demora en el pago, hay desempleo, minoría de edad, situación de discapacidad, entre otros tipos de factores (A-206 de 2017). Estas circunstancias permiten un trato prioritario en el acceso a esta medida, en armonía con lo ordenado en el artículo 151 del Decreto 4800 de 2011, al disponer que la orden de entrega de los dineros se realizará a partir de los principios de priorización, ante la identificación de carencias, y la medición del goce de subsistencia mínima. (T- 028 de 2018)

20 Para el efecto, podrán tenerse en cuenta, entre otros, la naturaleza del hecho victimizante, el daño causado, el nivel de vulnerabilidad basado en un enfoque etario del grupo familiar, características del núcleo familiar y la situación de discapacidad de alguno de los miembros del hogar, o la estrategia de intervención territorial integral. (Unidad de Víctimas, R-090, 2015)

Como si fuera poco, el Decreto reglamentario No. 1084 de 2015, no establece un plazo definitivo para el pago indemnizatorio y bajo la premisa de ponderar, entre otros, los principios de reparación efectiva, grado de vulnerabilidad y sostenibilidad fiscal que fundamentaron a su vez las resoluciones No. 0223 de 2013 y 0090 de 2015, sobre la ruta de priorización de las víctimas, no se tiene en cuenta la antigüedad en la solicitud, situación que, en sí misma, con el paso del tiempo, convierte al Estado en un agente *revictimizador*, pues no existe mayor injusticia que una justicia tardía.

“Es decir, pese a la extensa *normatividad* y a que se diseñó una ruta de priorización para dar prelación a casos que así lo requieren, “no son claros ni los pasos ni los tiempos que debe cumplir una persona desplazada para acceder a la indemnización administrativa, ni el ritmo ni las condiciones bajo las cuáles se va a indemnizar” (CCC, 28 de abril de 2017, p. 62). Estas molestias se ven reflejadas en el desbordado número de derechos de petición, recursos y acciones de tutela que diariamente se interponen en contra de la Uariv. Solo entre los años 2015 y 2016 se interpusieron en contra de la Uariv 1.382.676 peticiones y 304.405 acciones de tutela... (Vargas, 2018, p. 120)

b. Prestación humanitaria periódica. Es una medida económica equivalente a 1 S.M.L.M.V., de naturaleza especial²¹ y de tracto sucesivo, a través de la cual el Estado se obliga a solventar las graves consecuencias que padecen las víctimas con pérdida de capacidad laboral, dada la imposibilidad de adquirir una pensión (T-463 de 2012) fuera del marco ordinario establecido por el Régimen General de Pensiones; pues su fuente obligacional descansa en el reconocimiento de los Derechos Humanos y demás normas de raigam-

21 En principio fue propuesta como una pensión especial de invalidez (Congreso de la República; Ley 104, 1993); pero hoy es conocida como prestación humanitaria periódica. Conceptualmente esta medida está al margen del Sistema de Seguridad Social, pues su génesis no parte de una relación laboral, sino de la garantía estatal para aquellas víctimas que han perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

bre superior integradas por el Bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, 2012; Corte Constitucional, 2013). Así, esta prestación particular está regulada por disposiciones propias y exclusivas, que liberan a las víctimas de la rigidez del Sistema de Seguridad Social.

No obstante, esta prestación no fue desarrollada por un único cuerpo normativo. Se expidieron una serie de normas²² sobre las cuales recayeron discusiones alrededor de su vigencia, ante la omisión de prórroga en ley. Esto condujo a la integración constitucional de la pensión especial en el ordenamiento jurídico²³, pues recortar esta medida constituiría una revictimización de esta población vulnerable, al violar el principio de no regresividad. Igualmente, por

22 Después de que el inciso 2 del artículo 45 de la ley 104 de 1993 consagrara la pensión de invalidez para aquellas víctimas que perdían el 66% o más de su capacidad laboral, el artículo 15 de la Ley 241 de 1995 amplió el nivel de protección de la pensión especial consagrada en la ley 104 de 1993 al disminuir a un 50% la pérdida de capacidad laboral; condiciones de acceso que también fueron reguladas por el artículo 46 de la Ley 418 de 1997 y las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 que prorrogaron la vigencia de dicha disposición, la primera por un período de 3 años y la segunda por un período de cuatro años. Así, en principio la vigencia de dicha prestación fue hasta el 23 de diciembre de 2006. Posteriormente, el artículo 1 de la Ley 1106 prorrogó por el término de cuatro años la vigencia de algunos artículos de la Ley 418 de 1997, a partir del 22 de diciembre de 2006, pero omitió hacerlo frente al artículo 46 de la Ley 418 de 1997 que precisamente consagraba el derecho pensional. Esto mismo ocurrió con la Ley 1421 de 2010, que también amplió por 4 años más la vigencia de varias normas de la misma Ley 418 de 1997 hasta 21 de diciembre de 2014. (Congreso de la República, 1993; 1995; 1997; 2002; 2010)

23 La Corte Constitucional estudió si la Ley 1106 de 2006 había derogado tácitamente, el art. 46 de la ley 418 de 1997 y concedió la continuidad del derecho pensional a través de una Sentencia integradora que insertó en el orden legal la medida de protección, olvidada por el legislador; pues de lo contrario “desconoce los postulados constitucionales, en especial la obligación de ampliación progresiva de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, los deberes impuestos por el Estado Social de Derecho y el mandato de igualdad material.” (Corte Constitucional, 2014)

vía de tutela, fue reconocida esta prestación solo para las víctimas que accionaron y cumplieron con los requisitos de ley. (Sentencia T-463 de 2012; Sentencia T-469 de 2013)

Con todo, desde una perspectiva crítica, si se pregunta por la eficacia de este derecho, se tiene que desde 1997 hasta 2014 ninguna víctima fue beneficiada con esta medida económica “[...] Por el contrario, han sido las entidades responsables de su garantía, las que han intentado que se derogue o se transforme en otro tipo de derecho asistencial de emergencia o que sea pagado por una sola vez” (Huertas & Pérez, 2017, p. 14), lo que evidencia la vocación nominal de las medidas económicas para las víctimas en condición de discapacidad que no materializan sus derechos y necesidades básicas. Sumado a ello, frente al financiamiento de esta medida se abrió debate legal que fue resuelto por la Corte Constitucional (SU-587 de 2016), al ordenar al gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público disponer las estrategias económicas necesarias para asegurar la existencia de un capital que permita cubrir el pago de esta prestación periódica de invalidez.

En consecuencia, el gobierno nacional a través del Ministerio del Trabajo expidió el Decreto 600 de 2017, que complementa el Decreto 1072 de 2015 al reglamentar la fuente de financiación prescricional humanitaria para las víctimas en condición de discapacidad. Así las cosas, para acceder a esta medida de protección social, es indispensable tener en cuenta que es otorgada *intuitu personae*, es decir, no es transmisible a los herederos y su periodicidad es de 12 mesadas. De otro lado, la víctima beneficiaria no debe percibir ingresos por ningún concepto y/o mensualidades iguales o superiores a un S.M.L.M.V., tampoco debe ser titular de otro tipo de ayuda periódica para subsistencia por ser víctima, entre otros requisitos (T- 209, 2018).

Requisitos:

Condición de víctima. La Ley 1448 de 2011 no definió la condición de víctima desde una perspectiva fáctica, sino que incorporó un concepto operativo (Corte Constitucional, 2016), para delimitar el universo de los destinatarios de las medidas especiales. Con todo, no quedan por fuera del espectro de protección aquellas personas que no fueron incluidas en la hipótesis fáctica legal, pues la condición de víctima descansa en una realidad objetiva, que supera la visión legalista y debe complementarse con los criterios dispuestos en instrumentos internacionales, además de las glosas interpretativas contenidas en la jurisprudencia constitucional.

La visión operativa y práctica del concepto de víctima es compleja, porque deviene improbable precisar a ciencia cierta si el hecho violento que generó la incapacidad realmente ocurrió a causa del conflicto armado. Además, de la población de víctimas con graves afectaciones en su integridad física, se alcanza un total de 214.960 registros en la base de datos de la RNI-UARIV de las cuales resulta difícil saber “el grado de afectación de su discapacidad que les impida trabajar y en su defecto, acceder a la reparación vía pensión de invalidez para víctimas de la violencia” (Huertas & Pérez, 2017, p. 8)

Para efectos del pago retroactivo de esta prestación, se consideró el momento a partir del cual se da la exigibilidad de la prestación, a partir de la ley 418 de 1997, no solo por las prórrogas legales de las normas que le sucedieron, sino por manifestación expresa de la Corte Constitucional (2014) cuando declara exequibles los artículos 1 de la Ley 1106 de 2006 y 1 de la Ley 1421 de 2010. Luego, en atención al criterio legal de irretroactividad de esta medida, se generó una afectación del derecho fundamental al mínimo vital de las víctimas con pérdida de capacidad laboral que existieron desde el 1 de enero de 1985, pues quedaron en el olvido del legislador. Por tal motivo, no tuvo dificultad la Corte Constitucional en reconocer

la prestación por hechos anteriores al 26 de diciembre de 1997, al considerar acreditado el requisito de condición de víctima.

De lo dicho puede afirmarse, entonces, que el gobierno nacional con la expedición del Decreto 600 de 2017 confunde dos momentos distintos descritos en la ley 418 de 1997: por un lado, la adquisición del derecho (cumplimiento o consolidación de requisitos), y, por otro lado, la exigibilidad (momento a partir del cual se reconoce el pago), afectando así a las víctimas que se encuentren en el marco temporal anterior delimitado por la ley 1448 de 2011, generando una situación de revictimización que, en la aplicación normativa, solo ha sido resuelta por vía de acción de tutela.

Pérdida de la capacidad laboral (PCL). En este caso se debe probar la relación de causalidad entre el conflicto armado como hecho victimizante constitutivo de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos y su nexo con la pérdida de la capacidad laboral, igual o superior al 50%, conforme los criterios del Decreto 600 de 2017.

En relación con el proceso de calificación se resalta que a partir del Decreto 600 de 2017 fue radicada la competencia de manera directa en las *Juntas Regionales de Calificación* que, en calidad de perito, determinan fecha de estructuración, porcentaje de pérdida de capacidad laboral y origen o nexo causal de la merma de capacidad laboral; este procedimiento resolvió el vacío normativo que al respecto generó la ley 418 de 1997. Con todo, la Corte Constitucional consideró que esta competencia en manos de las Juntas Regionales hace más gravoso un requisito que ya existía en la antigua normativa, razón por la cual, en varios casos de tutela, amparó los principios de progresividad y de condición más beneficiosa, al atender la calificación que había realizado una de las entidades descritas en el Decreto 19 de 2012 (T-463 de 2017). La problemática con esta nueva competencia estriba en que el dictamen de la Junta

Regional de Calificación, en calidad de perito, no admite recursos, lo que implica acudir a la justicia ordinaria, haciendo nugatorio el reconocimiento al imposibilitar el derecho fundamental al debido proceso en clave de contradicción.

Carencia de probabilidades pensionales y atención en salud. Este requerimiento apunta a la ausencia de expectativa razonable para una pensión, dado que la prestación especial periódica tiene por objeto garantizar la subsistencia de los afectados por el conflicto y, eventualmente, de sus familias. Luego, si una persona es beneficiaria de esta prestación y, por algún motivo, accede a una prestación de carácter pensional (una pensión de sobreviviente, por ejemplo) o algún beneficio estatal que le permita garantizar su mínimo vital, las entidades encargadas del reconocimiento y pago de la prestación podrán suspender el reconocimiento. Ahora, en lo referente a la salud, carecer de otras posibilidades en esta atención humanitaria no significa su exclusión de afiliación al régimen subsidiado, pues en razón de su condición de población vulnerable esta medida asistencial es válida.

Por último, con miras a regular la fuente de financiación a los responsables del reconocimiento y pago de la prestación, existe la pérdida de esta cuando se presenta uno de tres casos particulares, a saber, i) la recalificación de la pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, ii) la desatención al llamado de revisión de pérdida de capacidad laboral o iii) la exclusión del Registro Único de Víctimas-RUV (SU-587; 2016), siendo todas circunstancias que no fueron contempladas en la ley 418 de 1997.

Análisis comparativo de estas medidas de protección a luz del derecho constitucional al Mínimo Vital:

Definición del derecho al mínimo vital. Esta garantía se refiere a la libre disposición de contar con una cantidad mínima de recursos para enfrentar las necesidades básicas humanas, bien sea derivada

del pago de un salario o una prestación periódica estatal para los ciudadanos que no realizan un trabajo remunerado (desempleados, ancianos, enfermos, discapacitados, entre otros). En este último caso, el derecho al mínimo vital responde a las necesidades prescacionales elementales para sobrevivir. Por tanto, esta prerrogativa procura evitar la marginación económica del ser humano ante la carencia patrimonial que le impide disfrutar una existencia digna pues se pretende superar cualquier degradación de la persona.

El reconocimiento del derecho al mínimo vital está estrechamente ligado a la dignidad, en su dimensión axiológica y normativa constitucional²⁴. En consecuencia, sin esta garantía no existe piso para el goce efectivo de los derechos fundantes de la condición social de un Estado de Derecho, porque la existencia de un mínimo de subsistencia digna y autónoma abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano.

Para Colombia, la consagración de este derecho no partió de la Constitución de 1991, sino por vía jurisprudencial en la interpretación sistemática y finalista de los principios contenidos en el Bloque de Constitucionalidad, al que la Corte Constitucional ha dado vida bajo la modalidad de derecho fundamental innominado cuyo anclaje conceptual parte de los principios de solidaridad y justicia social en conexidad a las prerrogativas de la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social (T-426 de 1992).

Posteriormente, ante la ineficacia del sistema judicial ordinario, se ampararía el pago de acreencias laborales como garantía inalienable de los trabajadores por constituir una afectación al mínimo vital que es integrado por requerimientos primarios como la alimentación, el vestuario, la vivienda y la seguridad social en tanto son

24 Para una ampliación en torno a las dimensiones de la dignidad, véase: Hachem (2014) y Carpizo (2012).

“factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano” (T-011 de 1998; SU-995 de 1999). Este derecho innominado, va más allá de la simple valoración numérica de las necesidades mínimas de subsistencia, habida cuenta que comporta la apreciación material del valor del trabajo y el respeto por las particularidades y circunstancias vitales de cada sujeto.

Para Oberarzbacher, por ejemplo, comprender el concepto de mínimo vital, implica reconocer su estrecha relación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de orden constitucional, pues implica la creación de oportunidades reales que eviten la marginación y la vulneración respecto de las metas y programas de acción estatal que se traducen a su vez en prestaciones de orden económico, social y cultural.

“Con ello, se pretende conseguir que, con base en una igualdad social, se impida que la libertad real y el pleno desarrollo se encuentren solamente al alcance de una fracción mínima de la población... y considerando, por una parte, la interdependencia y la unidad de todos los derechos humanos y, por la otra, la fundamental noción de dignidad humana, es deber de las autoridades asegurar, mediante prestaciones públicas, un mínimo de condiciones sociales materiales a todas las personas.” (Oberarzbacher, 2011, p. 381)

En palabras de Restrepo & Zárate (2016, p. 6) existe una doctrina sólida sobre la justiciabilidad de los derechos sociales enmarcada en el derecho fundamental al mínimo vital, en razón a que las omisiones jurídicas y políticas del Estado colombiano atentan en forma grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población. En este sentido, ha sido tanto la evolución de este derecho fundamental que no se limita a las concesiones económicas, como el hecho de que también reivindica garantías esenciales que integran el mínimo vital como lo es

el derecho al agua, por vía jurisprudencial constitucional (Restrepo & Aguilar, 2019, pp. 5-16). Luego, la solidificación de precedentes constitucionales en favor del mínimo vital de agua potable a personas especialmente protegidas, constituye una forma de visibilizar la condición de indignidad que sufren las familias de escasos recursos y pone en discusión los deberes de un Estado que ha declarado la condición social en su Constitución.

En este orden de ideas, se requiere una visión compleja e integral del mínimo vital como derecho fundamental, en tanto su contenido se relaciona de forma estrecha, sin perder su autonomía, con otras prerrogativas, tales como la igualdad y el debido proceso, por la vía del desarrollo sustancial de los Derechos Humanos contenidos en el Bloque de Constitucionalidad.

Al respecto el derecho de igualdad, desde la perspectiva de garantizar estatalmente un trato diferente a pesar de las diferencias (Corte Constitucional, 2006), debe ofrecer las medidas de diferenciación positiva en favor de las personas débiles, vulnerables o excluidas, con el fin de promover una igualdad de oportunidades real.

Cotejo de las medidas legales respecto al mínimo vital:

En primer lugar es imperativo afirmar que la situación general de la población víctima del conflicto armado, especialmente los desplazados, ha sido de vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital por parte del Estado colombiano cuando las autoridades no reconocen la ayuda humanitaria o la prorrogan aduciendo requisitos, formalidades y, en ocasiones, realizando apreciaciones al margen de la ley; o cuando se limitan a responder formalmente a una solicitud de ayuda humanitaria; o cuando se expide un acto administrativo pero no se hace su entrega efectiva de la prestación pecuniaria con pretextos tales como “que la entidad competente se encuentra limitada en materia presupuestal por hacer parte de una política nacional de reestructuración de competencias y racionalización de gastos” (Jaramillo, 2016, p. 8). Esto evidencia que cuando

se trata del derecho al mínimo vital de la población desplazada no existe acompañamiento estatal para ofrecer a las víctimas rutas de acceso y salidas efectivas frente a su situación de emergencia. Contrario a ello, la vocación de vulnerabilidad se mantiene sin solución de continuidad por la intermitencia y fraccionamiento en el cumplimiento de las medidas económicas de reparación.

Con estas claridades, corresponde revisar la suficiencia de estas medidas de protección social legal en relación con la garantía del mínimo vital, concretamente con las víctimas en condición de discapacidad.

Restitución. Las diversas medidas de restitución, entre ellas, el restablecimiento de la libertad, la ciudadanía, el regreso al lugar de residencia, la reintegración en el empleo y la devolución de los bienes, no conllevan un reconocimiento económico periódico que les permita a las víctimas solventar su existencia y disponer de unos recursos básicos para hacer frente a sus requerimientos vitales para superar y cubrir efectivamente su condición de vulnerabilidad. Por esto, las acciones contempladas por la *Ley de víctimas* no resultan, por sí mismas, una garantía del derecho al mínimo vital, en tanto no proporcionan de manera definitiva y contundente condiciones materiales de existencia necesarias para disfrutar una vida digna y alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas del individuo.

Rehabilitación. A este respecto, se tienen las medidas de satisfacción y no repetición contempladas en el modelo de atención para las víctimas del conflicto armado. Estas tienen como propósito garantizar una atención adecuada a los padecimientos psicológicos y morales sufridos por las víctimas, la reivindicación de la memoria, la dignidad de las víctimas y, claro, la garantía de no repetición de las vulneraciones a los Derechos Humanos de estas personas. Esta prestación tampoco constituye, en sí misma, una precaución que salvaguarde el mínimo vital pues las necesidades básicas de existencia siguen descubiertas dado que el daño solo recibe reparo inmaterial a través de medidas de carácter no pecuniario.

Indemnización administrativa. Esta prestación económica, que puede alcanzar una cuantía no superior a los 40 S.M.L.M.V., tampoco cumple con el requerimiento del mínimo vital, habida cuenta que esta indemnización individual se concreta en una suma de dinero recibida en forma única, a fin de procurar devolver a la víctima a la situación que tenía antes al hecho que originó tal condición. Con todo, esta prestación no permite cumplir con los valores y principios superiores que implican un goce efectivo y constante de los derechos, en clave de justicia social y de tracto sucesivo y cotidiano, impidiendo a las víctimas la atención ininterrumpida de las exigencias más elementales como seres humanos en condición de dignidad.

Prestación humanitaria. La condición periódica y sucesiva de esta prestación constituye una garantía del sustento básico y sostenimiento familiar de las víctimas en condición de discapacidad, en la medida que se constituye en el soporte pecuniario de manutención, impactando positivamente en las condiciones de vida del beneficiario y protegiendo su autonomía en términos de subsistencia. Luego, esta es la manera de atender el derecho innominado al mínimo vital, acorde con los postulados constitucionales de la igualdad material, que reconocen que la población en condición de discapacidad es susceptible de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la plena satisfacción de sus derechos. De ahí la importancia de otorgar una especial protección a esta población en clave de protección del mínimo vital.

Ahora bien, con todo y lo dicho, existe otro grupo de ciudadanos en condición de discapacidad con ocasión del conflicto que no alcanza este *status*: las víctimas calificadas con merma de capacidad laboral inferior al 50%; estos no alcanzan el umbral legal de invalidez formal tipificado tanto en la Ley 418 de 1997 como en el Decreto 600 de 2017. Lo anterior, es problemático pues su condición de discapacidad física, sensorial (auditiva o visual) mental o múltiple, evidentemente les impide acceder al mercado laboral en condicio-

nes paritarias con la población en general y convirtiéndose así en lo que bien se ha dado en llamar *víctima no integrada*, si se piensa desde la perspectiva de la construcción de un relato del conflicto.

“Las víctimas no integradas en el relato son quienes posibilitan la concepción del relato abierto. En tanto elementos excluidos que disputan un lugar dentro de la representación del pasado, ellas no son sujetos pasivos, pues su mera presencia, sus voces y testimonios, rompen con la coherencia del régimen de memoria; pulsan constantemente por confrontar ese código que no les permite decirse en los términos en que ellas quisieran dar cuenta de sí [verbigracia, el trabajo en iguales condiciones de posibilidad de acceso]” (Castaño, Jurado & Ruiz, 2018, p. 11)

Es por ello que, en últimas, la falta de una medida de protección económica igual o similar a la prestación humanitaria periódica para las víctimas con discapacidad laboral inferior al 50% las expone a un riesgo de mayor vulnerabilidad, exclusión y discriminación, ante la imposibilidad fáctica de proveerse su propia manutención y el sostenimiento de su familia. En consecuencia, esta situación de desprotección y omisión legal resulta incompatible con los principios y valores consagrados en la Constitución colombiana y el Bloque de Constitucionalidad, pues se compromete la efectividad de los derechos políticos y civiles de esta población desamparada, ante la falta de un respaldo pecuniario en las condiciones de vida mínimas que permitan su verdadero disfrute y ejercicio, lo que, en última instancia, termina por castrar esa fuerza integradora que deberían tener los relatos del conflicto con miras a su finalidad de ponerse del lado del más débil.

En idéntico sentido, la falta de amparo legislativo, en tanto no se incluye una prestación humanitaria periódica para esta clase de víctimas, genera lagunas interpretativas que entorpecen el adecuado desempeño de la administración de justicia pese a existir razones constitucionales para amparar el derecho fundamental al mínimo

vital. Así, la ausencia de integración de este tipo de medidas económicas, en el sistema de protección social, conlleva a una omisión legislativa que lesiona en forma directa el goce efectivo de los derechos y libertades de una población vulnerable.

A manera de conclusión

El conflicto armado interno colombiano es un fenómeno multicausal y complejo de interpretar, más aún cuando se mira bajo el plano de protección y amparo sobre el que ha puesto a las víctimas. Por tanto, el ordenamiento jurídico vigente reconoce en las víctimas condiciones reales y objetivas de atroces afectaciones a sus Derechos Humanos, que trascienden las lógicas del legalismo formal, validadas por el Bloque de constitucionalidad. Conforme a ello, existe un modelo de reparación integral para las víctimas, en su calidad de sujetos de especial protección al atender sus condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta que justifica un trato preferente para reivindicar sus derechos básicos afectados.

Dada la complicada realidad que entraña el sostenimiento fiscal de los acuerdos de paz, sumado a la *polarizante* situación política que generó el proceso de paz, las condiciones de viabilidad económica y voluntad política para garantizar una aplicación efectiva de las medidas de protección para las víctimas requieren estar en la lista de prioridades de la agenda institucional, para que en los territorios rurales y sus poblaciones, que sufrieron en carne propia el conflicto armado, puedan tener efectivas condiciones de bienestar en términos de dignidad, que trasciendan las productivas acciones de bienestar patrimonial derivadas de las prebendas o los subsidios.

En el caso particular de las víctimas del conflicto armado en situación de discapacidad, de todas las prestaciones asistenciales y económicas, solo la prestación humanitaria periódica constituye una efectiva garantía de su derecho al mínimo vital, habida cuenta que las demás, incluida la indemnización administrativa, no conllevan un reconocimiento económico sucesivo y cotidiano que habilite

la manutención ordinaria de las víctimas. Vale decir que esta medida pecuniaria se configura, siempre y cuando, la víctima haya sido calificada con una merma de la capacidad laboral igual o superior al 50%, situación que deja por fuera del amparo a las víctimas por debajo del umbral legal. Esto, en últimas, revela la existencia de un trato diferencial legal no justificado, en lo atinente a la garantía constitucional del mínimo vital, pues no existen medidas de amparo económico de tracto sucesivo para quienes no alcanzan la condición legal de invalidez, aunque de facto no puedan competir en términos de paridad con el público general en el mercado laboral, lo que los mantiene en estado de abandono y vulnerabilidad por parte del Estado, a pesar de ser, igualmente, sujetos de especial protección constitucional.

La reglamentación dispuesta por el Decreto 600 de 2017, que excluye el amparo en estos términos para el grupo de víctimas antes referido, sin un principio de razón suficiente que justifique el trato discriminatorio, constituye una inobservancia de un mandato constitucional impuesto al legislador y genera desigualdad negativa respecto de las demás víctimas en condición de discapacidad que sí se encuentran amparadas por el ordenamiento.

No existe una definición de la condición de discapacidad, para acceder a la prestación humanitaria periódica. No se encontraron en los resultados de este análisis los adecuados criterios de diferenciación establecidos legalmente para impedir el reconocimiento de la prestación económica a víctimas que presentan situaciones análogas para atribuirles consecuencias jurídicas radicalmente distintas a partir del *status de invalidez* causal del conflicto armado, que no les permite competir laboralmente en términos de igualdad material.

Con lo anterior, se tiene que entre las personas en condición de discapacidad con ocasión del conflicto, sin entrar a diferenciar la intensidad o gravedad de la limitación, se comparten más elemen-

tos comunes que disímiles, como es el hecho de la discriminación y el rechazo en términos laborales. Por tanto, se considera que debe existir un tratamiento legal equitativo, acorde con la principalística superior derivada de la interpretación más favorable, máxime si se entienden estos derechos como *derechos inherentes a la salvaguarda de la dignidad de las personas*, conforme se deduce de las normas que integran el Bloque de Constitucionalidad, que establecieron la obligación de adoptar medidas para lograr una igualdad real de trato, condiciones, protección y oportunidades de todas las personas, con un especial interés en la promoción, protección y garantía de quienes se encuentran en condición de discapacidad, independientemente de las diversidades funcionales.

Al existir una omisión legislativa que afecta a una población vulnerable, es factible acudir a la acción pública de constitucionalidad contra el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, reglamentado por el Decreto 600 de 2017, para que se adecúe el sistema de protección en medidas sociales, integrando la prestación humanitaria periódica o una medida similar para las víctimas en condición de discapacidad que no alcanzan el umbral de invalidez legal pero acreditan discapacidad que, materialmente, los inhabilita para trabajar. Sobre esta opción la Corte Constitucional también podría exhortar al legislador, para que complete el vacío existente y expida la regulación que contemple la protección del derecho al mínimo vital de esta población especial. Para el caso de los requerimientos individuales de esta clase particular de víctimas, se puede acudir por vía de acción de tutela, alegando la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, para que le sea extendida la prestación a las demás víctimas en condición de discapacidad, más aún cuando existe una responsabilidad innegable por parte del Estado, en tanto se expresa el carácter de víctima del conflicto armado.

REFERENCIAS

Arango R. (2011). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. En: Armin von Bongandy y otros, coord. Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un iusconstitutionale commune en América Latina, pp. 17-34. México: U. N. A. M. Disponible en: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/justiciabilidad.pdf>

Carpizo, J. (2012). Los derechos de la justicia social: su protección procesal en México. Boletín mexicano de derecho comparado. Vol. 45. No. 135, pp. 1079-1110. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300006&lng=es&tlng=es.

Castaño, D., Jurado, P. & Ruiz, G. (2018) La memoria como relato abierto. Retos políticos del trabajo de los centros de la memoria y las comisiones de la verdad. Análisis político. No. 93. Mayo – Agosto. Bogotá. Pp. 3 – 19.

Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 1941.

Congreso de la República de Colombia. (2013). Ley 1618.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1448.

Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1421.

Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1346.

Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1145.

Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1106.

Congreso de la República de Colombia. (2005). Ley 975.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 782.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 762.

Congreso de la República de Colombia. (1999). Ley 548.

Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 418.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 104.

Constitución Política Colombiana (1991)

Contraloría General de la República. (2015). Primera encuesta nacional de víctimas cgr-2013. Bogotá. Disponible en: [https://campusvirtual.contraloria.gov.co/campus/memorias16/postconflicto/Libro_ENV_CGR-2013_\(16-01-2015\).pdf](https://campusvirtual.contraloria.gov.co/campus/memorias16/postconflicto/Libro_ENV_CGR-2013_(16-01-2015).pdf)

Corte Constitucional. (2018). M.P: Carlos Bernal Pulido. Sentencia. T-028.

Corte Constitucional (2018) MP: Luis Guillermo Guerrero. Sentencia T-386.

Corte Constitucional (2018). M.P: José Fernando Reyes. Sentencia T-106.

Corte Constitucional (2017). M.P. Antonio José Lizarazo. Sentencia C-630.

Corte Constitucional. (2017). M.P: Diana Fajardo Rivera. Sentencia C-565.

Corte Constitucional. (2017). M.P: Gloria Ortiz Delgado, Auto No. 206.

Corte Constitucional (2016). M.P. María Victoria Calle. Sentencia C-699.

Corte Constitucional (2015). M.P: Gloria Stella Ortiz. Sentencia C 458

Corte Constitucional (2013) M.P: Alberto Rojas Ríos. Sentencia C-438.

Corte Constitucional. (2011). MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T-551.

Corte Constitucional (2009) M.P: Luis Ernesto Vargas. Sentencia T-690

Corte Constitucional (2007) M.P: Humberto Antonio Sierra. Sentencia T-1094.

Corte Constitucional (2006). M.P: Manuel José Cepeda. Sentencia T-198.

Corte Constitucional. (2004) M.P: Manuel José Cepeda. Sentencia T-025.

Corte Constitucional. (2004). Auto No. 206, seguimiento T-025.

Corte Constitucional. (2002) M.P: Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-215.

Corte Constitucional. (2000) M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia SU -1150.

Corte Constitucional (1999). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-207.

Corte Constitucional. (1997) M.P: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-227.

en: https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/9086.

Jaramillo, R. (2016). Análisis de la ayuda humanitaria para víctimas del conflicto armado en Colombia. *Saber, Ciencia y Libertad*. Vol. 11, No. 2, Julio – Diciembre, pp. 31-38. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5880882>.

Moreno, V.; Roncancio, A; Lopera, D.; & Carvajal, S. (2018). Población LGBTI como víctima invisible en el conflicto armado colombiano: recomendaciones para el posconflicto. En: Auditorio Constitucional: Resultados y avances en investigación jurídica. Enviado: Fondo Editorial IUE. pp. 51 – 73.

Oberarzbacher, F. (2011). La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC: teoría y práctica en Colombia. *Medellín: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas*. Julio- Diciembre. Vol. 41, No. 115 / p. 363-400. Recuperado en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862011000200005&lng=en&tlng=.

Red Nacional de Información de la Unidad de Víctimas (2019). Reporte general del país. Disponible en: <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/Home/General?vvg=1>.

Restrepo, J & Aguilar, J. (2019) El derecho al agua como derecho fundamental. En: *Revista nuevo derecho*. Institución Universitaria de Envigado. Vol 15. Num 24. Pp 5-16.

Restrepo, J. (2018). Estructura del Estado colombiano. *Medellín: Universidad de Medellín*.

Restrepo, J. (2016). ¿Constitución democrática en la versión de 1991?: relato sobre la participación ciudadana en el proceso constituyente. Tesis Doctoral. *Medellín: Universidad de Medellín*.

Restrepo, O.; Restrepo, A.; Molina, C.; Molina, C.; Giraldo, D.; Ramírez Diego A. Carrasquilla, D.; Restrepo, J.; Restrepo, J.; Rivera, J.; Bedoya, L.; Bocanument, M.; Zapata, M.; Rojas, M.; Betancourt, R.; Moreno, V. (2017). Seguridad alimentaria y derecho a la alimentación en escenarios de posconflicto. Análisis, para determinar estándares de política pública, del acuerdo Política de desarrollo agrario integral, logrado entre el Gobierno nacional de Colombia y las FARC-EP, en la mesa de negociación de La Habana. Medellín: Editorial Universidad de Medellín

Restrepo, E.; & Zárate, C. (2016). El mínimo vital de agua potable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Medellín: Opinión Jurídica, vol. 15, núm. 29, enero-junio, pp. 123-140. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/945/94545771007.pdf>.

Rettberg, A. (2015). Ley de víctimas en Colombia: un balance. Bogotá: Revista de Estudios Sociales, No.54, Oct.-Dic., pp.185-188. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.7440/res54.2015.14>

Rodríguez, C.;& Rico, L. (2009). Discapacidad y Derecho laboral. Bogotá: Uniandes. Disponible en: http://www.saldarriagaconcha.org/images/fsc/pdf/biblioteca_virtual/discapacidad/empleo_y_productividad/02_discapacidad_y_derecho_al_trabajo.pdf.

Roncancio, A. (2018). Deliberación y conflicto en tiempos de hacer la paz: análisis de las protestas populares (2012-2015) en Colombia desde el constitucionalismo democrático-popular. Medellín: Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. No.17. Vol. 35, pp.147-170. Disponible en: <https://doi.org/10.22395/ojum.v17n35a6>

Unidad para la atención y reparación integral de las Víctimas (2015). Resolución No. 090

Vallejo, G.; Hernández M.; & Posso, A. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos.

Vargas, L. (2018). La reparación integral a las víctimas del conflicto armado en el sur del departamento del Huila en el marco de la Ley de Víctimas. Bogotá: Universidad Libre. Revista Diálogos de Saberes, enero-junio, No. 48, pp. 109-131. Disponible en: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.48.2018.4717>.

Villa, J., & Insuasty, A. (2015). Significados en torno a la reparación, la ayuda humanitaria, la indemnización y la restitución en víctimas del conflicto armado en el municipio de San Carlos. Medellín: Universidad San Buenaventura. El Ágora. V.15 No.(2), pp. 419-446. <https://doi.org/10.21500/16578031.1623>

CAPITULO XIII

LOS EMPLEOS PÚBLICOS SIN CLASIFICACIÓN: UN LIMBO JURÍDICO VIOLATORIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES- Caso del Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial

Lady Juliana Guevara Flórez¹

 <https://orcid.org/0000-0001-5778-799X>

María Alejandra Restrepo Escobar²

 <https://orcid.org/0000-0003-1362-4069>

Resumen

El Congreso de la República de Colombia tiene reservada la competencia para la clasificación de los empleos públicos en las

1 Abogada. Magíster en Diseño, Gestión y Dirección de Proyectos. Especialista en Derecho Administrativo Laboral. Docente de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado adscrita al grupo de investigación Auditorio Constitucional.

✉ ljguevara@correo.iue.edu.co

2 Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Docente de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado.

✉ marestrepo@correo.iue.edu.co

Cita este capítulo:

Guevara Flórez, L. J. y Restrepo Escobar, M. A. (2021). Los empleos públicos sin clasificación: un limbo jurídico violatorio de los derechos fundamentales de los trabajadores - Caso del Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 477-511). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.13>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



diferentes ramas del poder establecidas por la Constitución Política. La Rama Judicial regulada por la Ley Estatutaria de Justicia trae la clasificación de los empleos de aquella; no obstante, dicho cuerpo normativo no clasifica el cargo de Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial lo que por regla general y de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política implica que es un empleo de carrera. Sin embargo, el Consejo Superior de la Judicatura y su Dirección Ejecutiva de Administración Judicial le ha dado el tratamiento de empleo de libre nombramiento y remoción, cercenando los derechos fundamentales y constitucionales de quienes ocupan dichos cargos.

Palabras claves: Rama Judicial, Empleados Públicos, Director Seccional Ejecutivo de la Administración de Justicia, Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales.

Abstract

The Congress of the Republic of Colombia has reserved the competence for the classification of public jobs in the different branches of power established by the Political Constitution. The Judicial Branch regulated by the Statutory Law of Justice brings the classification of its jobs; nevertheless, the normative body does not classify the position of the Sectional Executive Director of Judicial Administration, which as a general rule and in accordance with article 125 of the Political Constitution implies that it is a career job. However, the Superior Council of the Judiciary and its Executive Directorate of Judicial Administration have given it the treatment of employment of free designation and removal, cutting off the fundamental and constitutional rights of those who occupy those positions.

Keywords: Judicial Branch, Public Employees, Executive Sectional Director of the Administration of Justice, Fundamental Rights, Constitutional Rights.

INTRODUCCIÓN

La Asamblea Nacional Constituyente con la expedición de la Constitución Política de 1991, determinó el funcionamiento y estructura del Estado colombiano a partir la denominada tridivisión de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como el establecimiento de órganos de control (Ministerio Público y Contraloría General de la República) y otros denominados autónomos (Comisión Nacional del Servicio Civil, Comisión Nacional Electoral, Autoridad Nacional de Televisión y Banco de la República); todos aquellas personas que trabajen dentro de dicha estructura son considerados servidores públicos.

En efecto, de acuerdo con el artículo 123 Superior, son servidores públicos los empleados públicos y los trabajadores del Estado; también lo son aquellos que están al servicio de las entidades del sector descentralizado tanto territorialmente como por servicios y los miembros de corporaciones públicas. No obstante, regulaciones previas a la Constitución colombiana de 1991 que aún se encuentran vigentes, hicieron la clasificación de los servidores del Estado en empleados públicos y trabajadores oficiales.

Al respecto, el Decreto 3135 de 1968 consagró en su artículo 5° las diferencias entre el empleado público y el trabajador oficial, estableciendo que “Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos”, en tanto que, las personas que trabajen en estas mismas entidades, en labores de sostenimiento y construcción de obras públicas son consideradas trabajadores oficiales; y en el mismo sentido, aquellas que trabajen al servicio de empresas industriales y comerciales del Estado.

Seguidamente, el Decreto 1848 de 1969 trae la definición generalizada de “empleados oficiales”, que incluye tanto a trabajadores oficiales como a empleados públicos, y además establece que los empleados oficiales, tienen una relación legal y reglamentaria o, están vinculados a través de un contrato de trabajo. Este Decreto reitera lo ya contemplado en el Decreto 3135 de 1968 en relación a las entidades a las cuales están vinculados unos y otros.

Actualmente, existen unas normas generales que regulan a los empleados oficiales; para el caso de los trabajadores oficiales se profirió la Ley 6ª de 1945 reglamentada por el Decreto 2127 del mismo año, en tanto que la carrera general de los empleados públicos es regulada hoy por la Ley 909 de 2004; esta última contempla en su artículo 1º la clasificación de los empleos públicos en: empleos de carrera, empleos de libre nombramiento y remoción, empleos de período fijo y empleos temporales. No está de más decir que, el régimen general de carrera es administrada y vigilada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Cosa distinta ocurre con las carreras especiales de origen constitucional. A estos regímenes de carrera la Constitución Política de Colombia por su expreso mandato, les otorga a determinadas entidades u órganos del Estado, la potestad de administración y vigilancia de sus propias carreras. Es el caso de las universidades del Estado (Constitución Política, artículo 69), las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Constitución Política, artículos 217 y 218), la Fiscalía General de la Nación (Constitución Política, artículo 253), la Rama Judicial del poder público (Constitución Política, artículo 256-1), la Contraloría General de la República (Constitución Política, artículo 268-10) y, la Procuraduría General de la Nación (Constitución Política, artículo 279). (Corte Constitucional, Sentencia C-285, 2015)

Cada una de estas carreras administrativas especiales han sido reguladas por leyes y decretos que, a su vez, han clasificado sus cargos en empleos de carrera, empleos de período fijo, empleos de

libre nombramiento y remoción y excepcionalmente, empleos temporales de acuerdo a sus especiales particularidades.

Pese a la claridad que ofrece la regulación normativa en su integridad, concretamente frente a la naturaleza de los empleos públicos y su clasificación, el Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en particular, han desconocido la naturaleza del empleo de Director Seccional de Administración Judicial, excediendo su ámbito de competencia, al usurpar la función constitucionalmente encomendada de forma exclusiva al Legislador, cual es la de establecer la naturaleza jurídica de los empleos públicos; y no solo eso, sino que dicho exceso, redundando en el desconocimiento y transgresión de derechos y garantías consolidadas en cabeza del ciudadano destinatario de la norma, esto es, el titular del empleo público.

De forma reciente, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, expió actos administrativos con el fin de proveer a nivel nacional los cargos de Director Seccional de Administración Judicial en las 20 Seccionales existentes en el país; decisión que dejó en un limbo jurídico a quienes para el momento de la convocatoria, venían desempeñando dichos cargos en propiedad por haber superado años atrás concurso público de méritos para dicho fin.

De manera tal, que este texto hace un análisis desde el ordenamiento jurídico vigente que, permite concluir la real naturaleza del cargo de Director Seccional Ejecutivo de Administración Judicial y evidenciar, si con tales decisiones el Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, han transgredido los derechos constitucionales y fundamentales de quienes han sido retirados del servicio, con ocasión de los recientes nombramientos realizados después del concurso público de méritos producto de la reciente convocatoria.

1. Naturaleza jurídica del cargo de Director Ejecutivo Seccional de Administración de Justicia

1.1. De la carrera administrativa como régimen general de acceso al empleo público

El artículo 125 de la Constitución Política establece que la carrera administrativa es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público. De la lectura de la Sentencia C-553 de 2010 de la Corte Constitucional, se extraen las siguientes reglas en concordancia con el mencionado artículo:

- (i) Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera;
- (ii) Se exceptúan de la carrera administrativa los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales “y los demás que determine la ley”;
- (iii) Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público;
- (iv) El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes;
- (v) El retiro del servicio se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y por la demás causales previstas en la Constitución y la ley y, en ningún caso la filiación política podrá determinar el nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

En consecuencia, se resalta que con la simple lectura del artículo 125 de la Carta Política, enmarcada en el modelo Constitucional propio del Estado Social de Derecho, la regla general de los cargos

públicos del Estado, es la carrera administrativa. Si bien, la Constitución y la ley contemplan algunas excepciones, la Corte Constitucional en la precitada Sentencia C-558 de 2009, precisó que,

(...) la Corte ha reivindicado el carácter de regla general que le corresponde a la carrera y llamado la atención acerca de la necesaria limitación del legislador al fijar los cargos exceptuados, para evitar que el ordenamiento constitucional resulte alterado por una multiplicación de las excepciones que reduzca a extremos marginales el ámbito de la carrera administrativa, pues esta, en cuanto regla general, está llamada a predominar cuando se trate de la provisión de los empleos estatales, de la permanencia en el cargo, de los ascensos y del retiro.

De acuerdo a lo expresado por la Corte, queda claro que en aras de preservar el ordenamiento jurídico y con ello proteger los derechos y garantías de los empleados es fundamental tener claridad sobre las excepciones a la regla general, es decir, que es la carrera administrativa la que está llamada a predominar en la planta de cargos de las entidades del Estado.

Sumado a esto la Sentencia de Unificación de la misma Corporación, SU- 539 de 2012, se refirió a la carrera administrativa como un principio constitucional, manifestando que articula los objetivos del Constituyente de 1991, puesto que:

1. Permite el reclutamiento de personal óptimo y capacitado para el ejercicio de la función pública.
2. Materializa el derecho a la igualdad de los ciudadanos que aspiran al ejercicio de un cargo público (Constitución Política, artículo 13) y,
3. Proporciona estabilidad laboral a los servidores que cumplen sus funciones con sujeción a la Constitución y a la ley

(Constitución Política, artículo 53). En efecto, como ya se indicó, el artículo 125 superior prevé que el retiro de la carrera administrativa se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley. Desde esta perspectiva, se entiende que los trabajadores que cumplan sus funciones con apego al ordenamiento jurídico, adquieren el derecho de permanecer en el ejercicio de su cargo.

Consideradas estas precisiones, la sentencia advierte, que el carácter de principio constitucional de la carrera administrativa “implica que el artículo 125 superior constituye una norma superior de aplicación inmediata que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional” (Corte Constitucional, SU- 539 de 2012); en consecuencia, esta regla debe ser observada tanto en la carrera administrativa general, como en las especiales y específicas, y con ello cumplir con la finalidad del mérito como criterio de ingreso al empleo público, garantizar los derechos y garantías fundamentales y, los derechos mínimos de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.

1.2. De la clasificación de los empleos en la Rama Judicial

De acuerdo con el numeral primero del artículo 256 de la Carta Política, la carrera judicial es un régimen especial de carrera administrativa, y como tal, tiene unas regulaciones propias que están consagradas en la Ley Estatutaria 270 de 1996 de Administración de Justicia y, las que la modifican. El artículo 158 del mismo cuerpo normativo consagró:

Son de Carrera los cargos de Magistrados de los Tribunales y de las Salas de los Consejos Seccionales de la Judicatura,

jueces y empleados **que por disposición expresa de la ley no sean de libre nombramiento y remoción.** (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Con la simple lectura de la norma transcrita, se puede inferir dos reglas en lo relativo a la carrera en la rama judicial: (i) que son de carrera los cargos que por disposición expresa de la ley no sean de libre nombramiento y remoción, siendo esta la regla general y, (ii) que los cargos de libre nombramiento y remoción deben ser definidos así por el legislador de manera expresa.

En consecuencia, el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, con total observancia de lo establecido en la Constitución Política consagró la clasificación de los cargos de la Rama Judicial en empleos de período fijo, empleos de libre nombramiento y remoción y empleos de carrera en los siguientes términos:

Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.

Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los

Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicesfiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho de Fiscal General, del Vicesfiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.

No se debe perder de vista que si bien el quinto inciso del precitado artículo, establece determinados cargos como empleos de carrera administrativa, no debe entenderse taxativa la enunciación, puesto que son esos y todos aquellos que no sean clasificados expresamente como de periodo fijo o libre nombramiento y remoción, los cobijados por la regla general establecida por la Constitución Política y el artículo 158 de la Ley 270 de 1996, esto es, la carrera administrativa.

Al respecto la Sentencia SU- 539 de 2012 de la Corte Constitucional llamó la atención en el sentido de indicar que en el régimen especial de la Rama Judicial es competencia exclusiva del Legislador (Reserva de Ley) definir los cargos cuya naturaleza es del libre nombramiento y remoción estando prohibido a cualquier otra autoridad administrativa, más aún por vía de reglamento, asignar dicha naturaleza a los empleos de su respectiva de cargos.

Habría que decir también, que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece los fundamentos de la carrera adminis-

trativa en consonancia con lo ya dicho en la Norma Superior, en los siguientes términos:

La carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio. (Artículo 156)

En este sentido el Legislador acogiendo los postulados del Constituyente de 1991 evidenció la importancia del mérito como criterio determinante de acceso y permanencia en los empleos públicos, para el caso concreto de la Rama Judicial, toda vez que dicho criterio materializa los derechos fundamentales mínimos de los trabajadores, revistiendo especial preponderancia el principio estabilidad en el empleo.

Conviene subrayar, que el artículo 130 de la misma disposición normativa, establece el empleo de Director Ejecutivo de Administración Judicial como un cargo de período; y en el mismo sentido, el artículo 98 *ibidem* en su último inciso, contempla una duración de 4 años para el mismo, además de ser elegido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de tres (3) candidatos postulados por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, sin que nada se diga respecto del Director Seccional Ejecutivo de Administración Judicial.

1.3. Del cargo de Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial

Como se viene indicando, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), regula lo pertinente a la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 98. DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL. La Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial es el órgano técnico y administrativo que tiene a su cargo la ejecución de las actividades administrativas de la Rama Judicial, con sujeción a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

El Director Ejecutivo será elegido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de tres (3) candidatos postulados por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

De la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, dependerán las Unidades de Planeación, Recursos Humanos, Presupuesto, Informática y las demás que cree el Consejo conforme a las necesidades del servicio.

El Director Ejecutivo de Administración Judicial, será el Secretario General del Consejo Superior de la Judicatura y Secretario de la Sala Administrativa del mismo.

El Director tendrá un período de cuatro (4) años y sólo será removible por causales de mala conducta. (Negrilla fuera de texto).

La norma ilustra con claridad dos aspectos importantes frente a la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, a saber: i) El periodo de cuatro (4) años aplicable al cargo de Director Ejecutivo de la Administración Judicial, y ii) La condición de inamovilidad del titular del cargo durante ese periodo, salvo ocurrencia de causal de mala conducta.

Diferente situación se presenta tratándose de los cargos de Directores Seccionales de la Administración Judicial, de quienes vale decirlo, no se les definió periodo de duración del cargo dentro de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, ni tampoco se ha

hecho a través de reglamentación alguna por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

Y es que, en efecto, tratándose de Directores Seccionales de Administración Judicial, el Acuerdo No. PSAA12-9433, calendado 17 de mayo de 2012, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, reglamentó el procedimiento para la elaboración de las ternas de candidatos a Directores Seccionales de Administración Judicial, sometiendo la postulación y elección de los mismos al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 270 de 1996³, pero absteniéndose de efectuar pronunciamiento sobre la limitación temporal para el ejercicio del cargo.

Al respecto ha de indicarse que, si se tratara de un vacío de la Ley 270 de 1996, ha dicho la Corte Constitucional que el mismo debe ser interpretado favorablemente al afectado, no pudiendo el legislador o el administrador llenar vacíos con base en interpretaciones sesgadas o amañadas como lo desvela la actuación del Consejo Superior de la Judicatura en este caso.

Respecto del cargo de Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial, la Ley solo establece que:

- 1) Será nombrado por Director Ejecutivo de Administración Judicial, de ternas preparadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. (Ley 270 de 1996, Artículo 99, numeral 5)

3 Dispone el párrafo del artículo 103 de la ley 270 de 1996: “**PARÁGRAFO.** El Director Seccional de Administración Judicial deberá tener título profesional en ciencias jurídicas, económicas, financieras o administrativas, y experiencia no inferior a cinco (5) años en dichos campos. Su categoría, prerrogativas y remuneración serán las mismas de los magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura”.

- 2) Deberá tener título profesional en ciencias jurídicas, económicas, financieras o administrativas, y experiencia no inferior a cinco (5) años en dichos campos. (Ley 270 de 1996, artículo 103, parágrafo)

Si bien, el Acuerdo No. PSAA12-9433 del 17 de mayo de 2012 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, reglamenta el procedimiento para la elaboración de ternas de candidatos a Directores Seccionales de Administración Judicial, al igual que las normas precedentes, no establece el período ni la calidad del cargo objeto de regulación. Tampoco le sería dable esta competencia, puesto que como ya se ha hecho alusión, ésta está reservada exclusivamente al legislador.

Hechas estas consideraciones, y de acuerdo a las reglas esbozadas por la Corporación de cierre en materia constitucional en lo que concierne a la carrera administrativa, se establecen las siguientes características respecto del cargo de Director Seccional de Administración Judicial:

- 1) El nombramiento para el cargo, es competencia del Director Ejecutivo de Administración Judicial, el cual se hará de terna propuesta por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
- 2) El procedimiento para la elaboración de la terna está contemplado en el Acuerdo No. PSAA12-9433 del 17 de mayo de 2012 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
- 3) El cargo, al no ser considerado por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), ni por ninguna otra norma de igual superior jerarquía, como un empleo de libre nombramiento y remoción, es un empleo de carrera.

- 4) De acuerdo a la regla general establecida por el artículo 125 de la Constitución Política, el retiro del servicio se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley.

Es pertinente indicar que a la fecha no se cuenta con decisión alguna emanada de la Judicatura que analice la naturaleza del cargo de Director Seccional de Administración Judicial y, la situación que a continuación se planteará.

2. **Violación de Derechos Fundamentales y Constitucionales**

El Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PCS-JA18-11118 de 2018, realizó la convocatoria para la conformación de ternas con el fin de proveer veinte (20) plazas de Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial en todo el país. En relación con el Acuerdo que realiza la convocatoria, vale la pena anotar que a pesar de que la Ley 270 de 1996 establece que es competencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (Artículo 99, numeral 5), el acto administrativo en este caso fue expedido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, lo que representa un vicio de ilegalidad en el acto administrativo de la convocatoria.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-539 de 2012, analizó la competencia de la Sala Administrativa para administrar la carrera judicial, considerando:

7.6 En el ámbito de la función de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura relativa a la administración de la carrera judicial, el artículo 157 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, prevé que su tarea en este sentido consiste en *“atraer y retener los servidores más idóneos, a procurarles una justa remuneración, programas adecuados de*

bienestar y salud ocupacional, capacitación continua que incluya la preparación de funcionarios y empleados en técnicas de gestión y control necesarias para asegurar la calidad del servicio, exigiéndoles, al mismo tiempo, en forma permanente conducta intachable y un nivel satisfactorio de rendimiento.”

En relación con la función transcrita, el artículo 174 de la misma Ley dispone:

COMPETENCIA PARA ADMINISTRAR LA CARRERA. La Carrera Judicial será administrada por las Salas Administrativas de los Consejos Superior o Seccionales de la Judicatura, con la participación de las Corporaciones Judiciales y de los Jueces de la República en los términos de la presente ley y los reglamentos.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentará y definirá, conforme a lo dispuesto en esta ley, los mecanismos conforme a los cuales habrá de llevarse a efecto la administración de la carrera y la participación de que trata el inciso anterior.

Sobre el particular, en la sentencia citada anteriormente (C-037 de 1996), la Corte admitió que la descripción de la tarea aludida se ajusta a los mandatos superiores, pues en concordancia con el artículo 125 de la Carta el legislador tiene la facultad de imponer *“el deber de lograr que quienes sean vinculados a la rama judicial mediante el sistema de carrera, reúnan las mejores condiciones personales y profesionales”*. Además, indicó la Corte, al legislador también le asiste la atribución de comprometer a las autoridades competentes a otorgar a los trabajadores las correspondientes prerrogativas de orden laboral y profesional, así como de bienestar personal y social.

Igualmente, la Sala Plena estimó que frente al artículo 174 en mención no cabe objeción de constitucionalidad alguna, toda vez

que se ajusta a las facultades que constitucionalmente se le han asignado a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, según lo ha sostenido esta Corporación, previstas en los artículos 256 y 257 de la Carta Política.

Por tanto, se reitera, es competencia exclusiva de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de cualquier convocatoria relacionada con la integración de ternas para la provisión del cargo de Director Seccional Ejecutivo de Administración Judicial, y no de la Presidencia de dicha Corporación como ocurrió en este caso.

Lo anterior, sin perjuicio de considerar que el Acto Legislativo No. 2 del 1º de julio de 2015, “Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”, en nada modificó estructura, funciones, organización u otro aspecto, respecto de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que es ajustado a derecho concluir, que dicha Sala se mantiene incólume, para el caso concreto, en funciones, competencias y/o atribuciones.

Ahora bien, admitiendo en gracia de discusión que la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, si fuera competente para expedir la convocatoria para la provisión de cargo de Director Seccional Ejecutivo de Administración Judicial, se hace imperioso advertir que la misma, resulta inconstitucional e ilegal como pasa a analizarse.

Como bien quedó establecido al analizar la naturaleza jurídica del cargo de Director Seccional Ejecutivo de la Administración Judicial, se llegó a la conclusión de que el mismo es de carrera administrativa, puesto que el legislador no le asignó expresamente otra categoría.

En este sentido, la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura con la expedición del Acuerdo No PCSJA18-11118 de 4 de octubre de 2018, “Por el cual se realiza una convocatoria pública para conformar ternas para los cargos de directores seccionales de administración judicial”, extralimitándose en las atribuciones conferidas a ella por el legislador, le ha dado tratamiento de empleo de libre nombramiento y remoción al cargo en cuestión; pues, establece la ley que solo podrá sacarse a convocatoria un empleo de carrera si éste estuviese vacante, o quien lo ostentase, estuviese inmerso en una causal de mala conducta, próximo a pensionarse o en edad de retiro forzoso, supuestos que no era aplicables a quienes ocupaban dichos cargos al momento de la convocatoria.

Si bien, la Ley 270 de 1996 en su artículo 85 otorga a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura las atribuciones de:

- (i) Determinar la estructura y las plantas de personal de las corporaciones y Juzgados;
- (ii) Precisar las funciones de los cargos en la rama judicial y señalar los requisitos para su desempeño cuando éstos no hayan sido fijados por la ley;
- (iii) Dictar los reglamentos relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos;
- (iv) Dictar los reglamentos sobre seguridad y bienestar social de los funcionarios y empleados de la rama judicial;
- (v) Establecer indicadores de gestión para el control y evaluación de los empleados y funcionarios judiciales; y
- (vi) Elaborar y desarrollar el plan de formación para quienes prestan sus servicios a la rama judicial.

La Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996 analizó la exequibilidad del artículo 85 de la Ley 270 de 1996, especialmente a lo relativo a las funciones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concluyendo que pertenecen a ella las funciones de administración y reglamentación de la carrera administrativa en la Rama Judicial, sin que pueda entenderse que dentro de estas se encuentran asuntos de competencia exclusiva del legislador en los términos previstos en los artículos 125 y 150 numeral 23 de la Constitución Política como es la clasificación de los cargos de la Rama Judicial.

Esta conclusión es reiterada por la misma Corporación en Sentencia SU-539 de 2012, en la que indica:

De este punto, se concluye anticipadamente que (i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad, el Consejo Superior de la Judicatura no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial.

Se aviene de lo hasta aquí expuesto que el contenido de la actuación administrativa contentiva de la convocatoria, deviene en ilegal e inconstitucional al invadir la órbita de competencia exclusiva del legislador, toda vez que, de un lado se expide por una autoridad no competente y, en segundo lugar, se le da tratamiento de empleo de libre nombramiento y remoción, a un cargo de carrera administrativa que al momento de la convocatoria no se encontraba vacante.

Posteriormente y una vez se surtieron todas las etapas establecidas en la convocatoria, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, emitió la Resolución

No. 4104 del 13 de mayo de 2019 “Por medio de la cual se adelantaron unos nombramientos en empleos de libre nombramiento y remoción”, haciendo el nombramiento de los Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial de once seccionales y reiterando el erróneo tratamiento que se le ha venido dando a dicho cargo, esto es, como empleo de libre nombramiento y remoción.

Esta situación, ha desembocado en el menoscabo de los derechos fundamentales y constitucionales tales como el derecho al trabajo, el mínimo vital y al debido proceso; así como también los principios de legalidad, seguridad jurídica y carrera administrativa de quienes ostentaban los cargos de Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial como se ha se analizará a continuación.

En primer lugar, vale la pena anotar que a partir de la Constitución Política de 1991 se le ha dado una especial protección al derecho al trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público; no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que:

cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito in-

dispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad. (Corte Constitucional, Sentencia C- 593 de 2014)

Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” (1991). También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo y por tanto, el desconocimiento del cargo de Director Seccional de Administración Judicial como empleo de carrera, afecta el derecho al trabajo de quienes accedieron a él a través de un concurso público de méritos.

En segundo lugar, el derecho al Mínimo Vital y Móvil ha sido concebido por la jurisprudencia constitucional como:

un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna. (Sentencia T-199 de 2016)

Inicialmente la Corte Constitucional se refirió al mínimo vital como subsistencia, esto es, que los trabajadores recibieran un mí-

nimo de ingresos con los cuales pudieran obtener todo aquello que necesitan para subsistir, en otras palabras, que pueda atender sus necesidades básicas y del grupo familiar que depende del empleado, de manera que permita preservar el principio de dignidad humana.

Es necesario precisar que no es lo mismo mínimo vital y salario mínimo, pues de acuerdo con la sentencia T-1049 de 2003 el primero se refiere a “una valoración cualitativa que permita la satisfacción congrua de las necesidades, atendiendo a las condiciones especiales en cada caso concreto”; mientras el segundo de acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo es “la cuantía mínima de remuneración que un empleador está obligado a pagar a sus asalariados por el trabajo que éstos hayan efectuado durante un período determinado, cuantía que no puede ser rebajada ni en virtud de un convenio colectivo ni de un acuerdo individual.”

Por lo tanto, quienes ilegal e intempestivamente fueron retirados del servicio del cargo de Directores Seccionales Ejecutivos de Administración Judicial mediante la Resolución No. 4104 del 13 de mayo de 2019, han visto menoscabado su derecho fundamental al mínimo vital toda vez que, quedaron en una situación de vulnerabilidad manifiesta al no contar con los medios económicos para su congrua subsistencia y la de su grupo familiar.

En tercer lugar, el artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el debido proceso es el conjunto de garantías previstas en

el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes:

- a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia;
- b) el derecho al juez natural;
- c) el derecho a la defensa;
- d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable;
- e) el derecho a la independencia del juez y
- f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario. (Sentencia C-248 de 2013)

El debido proceso en las actuaciones administrativas opera en tres momentos específicos: (i) En la formación de la decisión administrativa (acto administrativo), (ii) En la notificación o publicación de esa decisión administrativa, y (iii) En la impugnación de la decisión (recursos).

Frente a los titulares retirados del cargo como resultado de los nuevos nombramientos hechos en virtud de la convocatoria, se evidencia la transgresión de la garantía fundamental al debido proceso, atendiendo a que a pesar de tratarse de funcionarios que fueron nombrados en los cargos como titulares, en propiedad, luego de superar todo el proceso reglado para ello, hoy han sido excluidos del cargo sin un acto administrativo previo, motivado, esto es, que exponga las razones fácticas y jurídicas que viabilicen esa decisión, sino que en su lugar, con total arbitrariedad, se realiza el retiro del servicio de manera ilegal como se estudiará en el último capítulo de este texto.

Es así como de lejos, la actuación surtida por el Consejo Superior de la Judicatura es trasgresora de todos y cada uno de los componentes del derecho al debido proceso, dado que evidencia ampliamente la actuación temeraria que esconde la mencionada corporación, al proceder de forma irregular, soterrada y afanosa, frente a una situación jurídica consolidada y ajustada plenamente a derecho, como lo es el nombramiento y desempeño los Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial.

En cuarto lugar, ha señalado la Honorable Corte Constitucional que el principio de legalidad tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial o administrativa, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder estatal y en su materialización participan, los principios de reserva de ley y de tipicidad. Cualquier procedimiento adelantado por la Administración, debe sujetarse entonces a dicho principio, lo que de paso garantiza la conservación de la seguridad jurídica en los administrados.

Ahora bien, para el caso sometido a estudio, la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia, ha desconocido abiertamente la naturaleza del cargo de Director Seccional de la Administración Judicial, y sin motivo legal válido, ni competencia asignada por la ley como ampliamente se analizó, procede no solo a expedir convocatoria sino además a disponer la provisión del cargo por persona en libre nombramiento y remoción, lo que redundaría en la violación del principio analizado.

Otro de los principios constitucionales violados con el desconocimiento de quienes ocupan u ocupaban los cargos de Director Seccional de Administración Judicial es la seguridad jurídica. Sobre este principio la Corte Constitucional en su sentencia C-250 de 2012, se pronunció así:

La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas.

Es evidente pues, que la seguridad jurídica materialmente justa, se ve violentada por los actos administrativos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, toda vez que cercena la expectativa legítima que válidamente tienen quienes ostentaban el cargo de Director Seccional de Administración Judicial, a no ser removidos de un cargo de carrera administrativa, al cual accedieron a través de un concurso público de méritos.

3. Retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción y los empleados de carrera administrativa

Continuando con el análisis del artículo 125 constitucional, su inciso segundo contempla como regla general que “El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.”

A su vez, la Ley 270 de 1996 en el artículo 149 establece las causales del retiro del servicio de aquellos empleados pertenecientes a la Rama Judicial, entre las cuales se encuentran: edad de reti-

ro forzoso, supresión del cargo, la renuncia regularmente aceptada, invalidez absoluta, vencimiento del período para el cual fue elegido, revocatoria del nombramiento, declaración de insubsistencia del nombramiento, retiro por derecho a la pensión, destitución y muerte del empleado. No obstante, el régimen general de carrera administrativa establece otras causales adicionales para el retiro, tal como se observa a continuación:

Tabla 1. Causales del retiro del servicio en la Constitución Política de 1991, la Ley 270 de 1996 y Ley 909 de 2004.

Causal	Constitución Política de 1991 Art. 125	Ley 270 de 1996 art. 149	Ley 909 de 2004 art. 41
Destitución resultado de proceso de disciplinario	Inc. 3	10.	h
Por declaración de insubsistencia del nombramiento		9.	a
Renuncia regularmente aceptada		1.	d
Supresión del empleo		2.	l
Retiro con pensión de jubilación		6.	e
Invalidez, cuando fuere absoluta		3.	f
Destitución		10.	
Revocatoria del nombramiento (por no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo)		8.	j
Declaratoria de vacancia por abandono del cargo		7.	i
Muerte del empleado		11.	m
Insubsistencia por (dos) calificaciones no satisfactorias en el año	Inc. 3		b
Edad de retiro forzoso		4.	g
Vencimiento del período para el cual fue nombrado o elegido		5.	
Por orden o decisión judicial			k
Las que determine la Constitución y la Ley	Inc. 3		n

Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo con la Constitución y la ley, se debe resaltar que para la remoción de quienes ostenten los cargos de Director Seccional de Administración Judicial es necesario dicha separación esté enmarcada en las causales ya establecidas, con el fin de garantizar los derechos de quienes ocupan tales cargos, toda vez que la omisión de las mismas deviene en un retiro del servicio viciado de inconstitucionalidad y por demás, ilegal.

Además, el retiro del servicio no solo debe obedecer al menos a una de las causales establecidas por la Constitución y la ley, sino que también deberá estudiar la situación particular del funcionario que será retirado, toda vez que no podrá contrariar además de derechos fundamentales, los principios mínimos de los trabajadores contemplados por el artículo 53 de la Constitución Política, aplicables tanto a empleados del sector público como del sector privado.

Vale la pena traer a colación la Sentencia STP7891 del 6 de junio de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, donde la Corporación se pronuncia respecto de una acción de tutela interpuesta por el otrora Director Seccional de Administración Judicial de la seccional de Villavicencio, que se vio inmerso en la situación ampliamente expuesta en este texto. Entre otros derechos fundamentales cuya protección invocó la protección, se encontraba el de la estabilidad laboral reforzada puesto que, al momento del retiro padecía una enfermedad catastrófica.

En esa ocasión el órgano de cierre, no realizó un estudio juicioso de la violación de los derechos fundamentales que se invocaron como transgredidos, y contrario a eso, se limitó a expresar que el accionante no se encuentra frente al perjuicio irremediable y que existe otro mecanismo jurídico idóneo y eficaz para controvertir los actos administrativos que sustentaron la solicitud de amparo, desconociendo abiertamente la especial protección constitucional que le asisten a este grupo de personas. Resulta entonces evidente, que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial no estudió la si-

tuación particular de este empleado a la hora de realizar el retiro del servicio y de paso, el alto tribunal tampoco reconoció su situación de vulnerabilidad.

No se debe perder de vista que, el retiro de los empleados en carrera administrativa no se puede dar a través de la declaratoria de insubsistencia tácita contemplada en el artículo 2.2.11.1.2 del Decreto 648 de 2017, puesto que esta modalidad de retiro solo opera para los empleos de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, el acto administrativo que retira a los empleados nombrados en propiedad en carrera administrativa, debe invocar las causales expresamente contempladas en la Constitución o la Ley a las que previamente se aludió.

Ahora, admitiendo en gracia de discusión que el empleo de Director Seccional de Administración Judicial es de libre nombramiento y remoción, es claro que se desconoce abiertamente el precedente constitucional establecido en la Sentencia SU 448 de 2011 de la Corte Constitucional, que consagró que aunque la estabilidad de los empleos de libre nombramiento y remoción es precaria, si el empleado hace parte de un grupo de especial protección, debe ser tratado de manera diferente a la luz de la Constitución Política y esto conlleva, a que la regla general de la discrecionalidad para el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción por parte del empleador (Ley 909 de 2004, artículo 41, parágrafo 2), no aplica en estos casos, debiendo motivarse el acto administrativo de retiro.

Con todo, las consideraciones de los órganos de cierre para casos como el planteado, en el sentido de exhortar al ciudadano a acudir a la vía judicial ordinaria para la reclamación de sus derechos, so pretexto de entender que lo que se propone es únicamente discutir sobre la ilegalidad del acto administrativo que dispone su retiro del servicio, y concluir por tanto la improcedencia de la acción de tutela, conlleva a la denegación de administración de justicia para el afectado.

Y se dice lo anterior, toda vez que la ilegalidad de la actuación administrativa ventilada por el ciudadano en este tipo de solicitudes de amparo constitucional, es apenas la causa de la trasgresión de los derechos y principios fundamentales invocados, y en virtud de ello, sería obligadamente competente la Corte como Juez Constitucional para analizar el agravio de los derechos y garantías del tutelante desde su situación legal laboral.

Indicar lo contrario, esto es, avalar la improcedencia de la acción de tutela, es desconocer toda una línea jurisprudencial emanada de la Honorable Corte Constitucional con base en la cual no sólo se permite, sino que es además debida la intervención del juez de tutela en supuestos que involucren incluso el estudio de legalidad de actos administrativos, estudio que si bien está supeditado a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es obligación del juez constitucional analizar la acreditación de dichos requisitos, y no limitar su intervención a expresar la improcedencia del análisis puesto a su consideración.

De otro lado, no puede olvidarse que la decisión contenida en los actos administrativos invocados como causa de la trasgresión de las garantías fundamentales del tutelante, al ser contrarios al ordenamiento jurídico conllevan verdaderas vías de hecho de sus autores, y así como jurisprudencialmente se admite la acción de tutela contra sentencias cuando eventualmente se desconozcan derechos fundamentales, resulta lógico en un Estado Social de Derecho, que la acción de tutela pueda ser utilizada frente a un acto administrativo, cuando este haya incurrido en “Vía de Hecho” por violación de los mismos derechos ya anotados.

¿O es que acaso la usurpación de las funciones del legislador por parte de los hoy tutelados al disponer sobre la naturaleza de un cargo que no está expresamente designado como de libre nombramiento y remoción por la ley, no constituye una vía de hecho?, máxime cuando esa usurpación fue la patente de curso utilizada

para legitimar la decisión de retiro de los 20 Directores Seccionales de Administración Judicial.

Se insiste, por tanto, en la necesidad de que los jueces constitucionales, analicen el contenido de los derechos fundamentales y principios constitucionales invocados por vía de acción de tutela, en cumplimiento de su rol de juez constitucional, absteniéndose de limitar su intervención a una decisión de improcedencia, pues ello desconoce el latente y acreditado agravio de derechos, así como también la irremediabilidad del perjuicio causado.

4. Conclusiones

La carrera administrativa es por regla general la manera de acceder al empleo público, tanto en la carrera general para las entidades de la rama ejecutiva del Estado, en el sector central o descentralizado, así como también en las carreras especiales que fueron creadas a partir de la Constitución Política de 1991, incluyendo la carrera judicial.

Los cargos en la rama judicial del poder público están clasificados en la Ley 270 de 1996 estableciendo, además, que aquellos que no estén clasificados como empleos de libre nombramiento y remoción y de período fijo, serán de carrera. El cargo de Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial no fue clasificado en el artículo 130 de la mencionada ley, sobreentendiéndose que de acuerdo con la Constitución Política de 1991 y la Ley 270 de 1996, es un cargo de carrera, al que se accede a través de un concurso público de méritos.

No obstante, el Consejo Superior de la Judicatura está usurpando una competencia exclusiva del legislador, como lo es la clasificación de los empleos públicos, al darle al cargo de Director Seccional de Administración Judicial el tratamiento de empleo de libre nombramiento y remoción, siendo en realidad un cargo de carrera, como se evidenció a lo largo de este texto.

Tal tratamiento, ha devenido en un limbo jurídico que afecta derechos fundamentales y constitucionales para aquellos que han ostentado el cargo de Director Seccional de Administración Judicial y, que fueron removidos del cargo por ser considerados de libre nombramiento y remoción, lo que por demás, es un retiro del servicio abiertamente ilegal e inconstitucional por no cumplir los requisitos establecidos en la Constitución Política y las leyes, para el retiro de quienes ostentan un empleo de carrera en propiedad.

Finalmente, esta controversia que actualmente está siguiendo su curso en la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control ordinario, es posible que tenga que llegar hasta la Corte Constitucional para que fije un precedente en términos de seguridad jurídica para los afectados y que, oriente la actuación tanto de las autoridades administrativas como de las autoridades judiciales en Colombia en materia de estabilidad laboral.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de 1991. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (1996). Ley 270 de 1996. “*Estatutaria de Administración de Justicia*”. Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 909 de 2004. “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”. Diario Oficial 45.680 de septiembre 23 de 2004. Bogotá, Colombia.

Consejo Superior de la Judicatura. (2012). Acuerdo No. PSAA12-9433. Sala Administrativa. “*Por el cual se realiza una convocatoria pública para conformar ternas para los cargos de directores seccionales de administración judicial*”. Bogotá.

Consejo de Estado. (2019). Sentencia STP7891 del 6 de junio de 2019. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Bogotá.

Consejo Superior de la Judicatura. (2018). Acuerdo No. PCS-JA18-11118. “*Por el cual se reglamenta el procedimiento para la elaboración de las ternas de candidatos a Directores Seccionales de Administración Judicial*”. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C- 037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia T-1049 de 2003. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C- 553 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia SU- 448 de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia SU- 539 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-250 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-248 de 2013. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C- 593 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-199 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-248 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá.

Presidencia de la República de Colombia. (1968). Decreto Ley 3135 de 1968. *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*. Bogotá, Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1969). Decreto 1848 de 1969. *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*. Diario Oficial No. 32937 de 1969. Bogotá, Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (2017). Decreto 648 de 2017. *“Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública”*. Bogotá.

Organización Internacional del Trabajo. (2019). Salario mínimo. Recuperado el 31 de mayo de 2019 de: <https://www.ilo.org/global/topics/wages/minimum-wages/lang--es/index.htm>

CAPÍTULO XIV

POVOS INDÍGENAS E O “SILENCIOSO” PROCESSO GENOCIDA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO GUARANI E KAIOWÁ

Rosely Aparecida Stefanos Pacheco¹

 <https://orcid.org/>

Resumo:

Neste artigo, discuto alguns aspectos da violência praticada pelo Estado brasileiro, contra os povos indígenas, em especial com os Guarani e Kaiowá. A violência contra os povos indígenas é um dos mais graves problemas a ser enfrentado nesta contemporaneidade, pois, não obedece a fronteiras, princípios ou leis e, no caso apresentado tem conduzido a um processo genocida. O Estado age em desacordo com os princípios de proteção de seus cidadãos e se

1 Doutoranda em Direito, linha de Pesquisa Direito Socioambiental e Sustentabilidade, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Doutoranda em História, linha de Pesquisa História Indígena, pela Universidade Federal da Grande Dourado); Professora efetiva Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Membro afiliada Rede Latino-Americana de Justiça de Transição; Membro do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental PUC PR.

✉ roselystefanes@gmail.com

Cita este capítulo:

Stefanos Pacheco, R. A. (2021). Povos indígenas e o “silencioso” processo genocida: uma análise a partir do caso Guarani e Kaiowá. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 513-). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.14>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



destaca como “agente violador”, que autoriza o *aniquilamento da vida indigna de ser vivida* em total desconsideração com os estatutos de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Violência Estatal, Povos Indígenas, Guarani e Kaiowá, Genocídio

Abstract

In this article, I discuss some aspects of the violence practiced by the Brazilian State, against the indigenous peoples, especially with the Guarani and Kaiowá. Violence against indigenous peoples is one of the most serious problems to be faced in contemporary times since it does not obey borders or legislation and leads to a genocidal process. The State acts in disagreement with the principles of protection of its citizens and stands out as a “violating agent”, which authorizes the annihilation of life unworthy of being lived in total disregard for the human rights statutes.

Keywords: State Violence, Indigenous Peoples, Guarani and Kaiowá, Genocide

1. Considerações Iniciais

Se compreender é impossível, conhecer é necessário, porque o que aconteceu pode retornar, a consciência pode ser novamente enganada e obscurecida: mesmo a nossa (Se isto é um Homem, Levi, 2010). “O genocídio do povo Guarani e Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul, é incontestável” (Câmara dos Deputados, 2016).

Esta frase foi proferida por representantes do Parlamento Europeu e representantes da (CDHM) Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em dezembro de 2016, logo após visitarem as reservas indígenas Guarani e Kaiowá localizadas no sul do Estado de Mato Grosso do Sul, Brasil.

Destaca-se que a “visita” de membros do Parlamento Europeu, foi fruto da resistência dos Guarani e Kaiowá, que denunciaram diante dos organismos internacionais o extermínio a que são submetidos em seus territórios de ocupação tradicional. O tema provocou debates no âmbito daquele Parlamento, que é composto por 751 membros (todos eleitos de forma direta) e que resultaram em uma resolução do Parlamento que condenou os atos de violência contra os integrantes destas etnias, e, solicitou às autoridades brasileiras para que tomassem medidas imediatas de preservação de direitos humanos e de um plano de trabalho que priorizasse a conclusão da demarcação de todos os territórios reivindicados pelos Guarani e Kaiowá, uma vez que muitos dos assassinatos de indígenas, segundo as denúncias, estão relacionados com a ocupação de territórios tradicionais por fazendeiros e empresas do agronegócio, algumas delas de caráter transnacional (Resolução do Parlamento Europeu, de 24 de novembro de 2016, sobre a situação dos Guarani-Kaiowá no estado brasileiro de Mato Grosso do Sul (2016/2991(RSP), 2016).

Sobre o tema da violência, é de se destacar que ao longo dos anos, muitos estudiosos focaram seus estudos sobre este tema. Alguns inclusive, definiram e conceituaram o termo. Outros apenas detiveram-se a estudar suas consequências e implicações. Dentre esses autores, encontram-se nomes como Hannah Arendt, Martin Heidegger, Michael Foucault, Pierre Bourdieu, Zygmunt Bauman, Marilena Chauí, dentre outros.

A tarefa de conceituar a violência é complexa, pois, a realidade que transborda das inúmeras expressões não consegue ser apreendida em um único conceito. No entanto, em busca da unificação do conceito, a Organização Mundial de Saúde (OMS), definiu violência como:

O uso intencional de força física ou poder, através de ameaça ou agressão real, contra si mesmo, outra pessoa ou **contra um grupo ou comunidade**, que resulta ou tem grande probabilidade de resultar em ferimentos, morte, prejuízos psicológicos, problemas de desenvolvimento ou privação (Krug, Mercy, Zwi, & Lozano, 2002, pág. 5).

Percebe-se, a partir do conceito apresentado, que a violência tem um foco individual e outro foco coletivo. E, o conceito de violência estatal pode ser visualizado quando se constata a presença do Estado como agente da violência. Esta construção não é apenas teórica, pois, o mesmo Estado que deveria ser responsável pela segurança e “pacificação” social em muitos casos se mostra como um protagonista da violência. Como exemplo deste tipo de violência, apresentamos os casos em que foram vítimas as lideranças indígenas das etnias Guarani e Kaiowá Nizio Gomes e Rolindo Vera, em processos de retomada de territórios ancestrais², cujos corpos até hoje não foram encontrados.

2 Os processos de retomadas de territórios ancestrais empreendidos pelos Guarani e Kaiowá são formas de mobilizações que estes povos têm colocado em marcha desde o início da década de 1980. É uma das estratégias para que o Estado brasileiro reconheça seus territórios, pois, foram obrigados por meio de deslocamento forçado, a abandonarem em um passado recente, grande parte em meados do século XX. Nesse sentido ver (Stefanes Pachecho, 2004).

2. A violência estatal e os povos indígenas

Para compreender a violência contra os povos indígenas no Brasil contemporâneo, faz-se necessário partir de uma análise sistêmica e de longa duração, levando-se em consideração que ela incide fundamentalmente sobre a territorialidade de povos, seja nas disputas por territórios, seja no impedimento de manifestarem-se livremente a partir de seus pressupostos culturais.

Assim, uma das perspectivas para compreender essa questão é pensar a violência a partir da colonialidade do poder, conceito proposto por Aníbal Quijano, analisando que mesmo com as independências das colônias dos impérios ibéricos, o poder colonial se manteve. Nesse processo, a violência se configura por meio do “extermínio”, pela tentativa de eliminação das práticas e saberes indígenas (Brighenti, 2015).

Na contemporaneidade, pode-se observar que esta violência é marcadamente institucional, seja na ação do Estado brasileiro que reduz direitos, tais como a não demarcação dos territórios indígenas, o não cumprimento dos acordos estabelecidos entre segmentos da sociedade, seja na implantação de obras desenvolvimentistas que afetam esses povos³, seja na omissão, imiscuindo-se e permitindo assassinatos por terceiros ou mesmo milícias armadas e invasão dos

3 Exemplo são as violações praticadas contra os indígenas Waimiri-Atroari. Este povo, que também se autodenomina povo Kinja sofreu um massacre sem precedentes durante a ditadura civil-militar (1964-1985). Segundo relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), entre os anos 1960 e 1980 pelo menos 90% da população indígena de cerca de três mil pessoas morreu em consequência da ação direta das Forças Armadas, da construção da BR-174 (Manaus-Boa Vista) e da hidrelétrica de Balbina e da política do governo da época de abrir a área a mineradoras e produtores rurais. No entanto, o Estado brasileiro continua violando os direitos destes povos, no caso com a tentativa da construção do “linhão” de energia elétrica que atravessará toda a área habitada por eles, podendo gerar um processo de violência contra os mesmos.

territórios indígenas. Portanto, a violência é institucional, praticada pelo Estado pela seja pela ação ou pela omissão. A omissão revela-se ao não cumprir os ditames legais. Além do que, demonstram as consequências de uma política indigenista praticada ao longo dos séculos pelo governo Estado brasileiro que os desconsiderou.

Os dados do relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil referentes ao ano de 2017 evidenciam que a política indigenista praticada pelo Estado brasileiro é omissa no que tange ao cumprimento das diversas obrigações constitucionais e da efetivação dos direitos dos povos indígenas. A total paralisação dos processos de demarcação de terras indígenas, os altos índices de mortalidade infantil, suicídios, homicídios dolosos, casos de racismo e de desassistência nas áreas de saúde e educação indicam uma atitude de extremo descaso do governo em relação às populações indígenas (Conselho Indigenista Missionário, 2018).

O extermínio dos povos indígenas revela também um tipo de violência que muitas vezes se apresenta sob um aspecto silencioso. Estigmatizados como “selvagens”, muitos são assassinados, explorados, perseguidos. É uma agressão que esconde o preconceito de um país que não assume sua pluriétnica e não aceita que as pessoas possam viver com costumes e culturas diferenciadas dentro de um mesmo espaço territorial. Nesse sentido, não há como desconsiderar os processos utilizados ao longo dos tempos para exterminar estas sociedades. Ademais, nestes processos de violências, o que nos chama a atenção é justamente a “naturalização”, a qual podemos associar ao conceito de *banalidade do mal*, apresentado pela filósofa e socióloga alemã Hannah Arendt (1999).

Além do que, é de se considerar que o processo colonizador está impregnado de diretrizes orientadas por um tipo de pensamento que não tomaram forma ao acaso. Existia uma estrutura epistêmica, política, cultural, para que essa perspectiva colonizadora pudesse se tornar realidade. A esta estrutura, Quijano (2000) nomeia

como *colonialidade*. Entende-se que a colonialidade é uma condição estruturante de grande parte dos Estados e das sociedades contemporâneas. Uma colonialidade que enseja um território monocultural, monolinguístico, jurídico, administrativo, dentre outros aspectos, sempre atrelada a um Estado-nação que restringe e enclausura qualquer possibilidade que vá além de seus pressupostos, e, que condiciona a concepção de um espaço pensado sob a forma dominante imposta colonialmente.

Como bem argumenta Castro-Gómez (2007), seguindo orientações de Quijano, (Quijano A. , 2000; Quijano A. , 2009), o poder colonial não tratou apenas de reprimir fisicamente àqueles considerados dominados, mas sim de conseguir que se naturalizasse o imaginário cultural europeu como a única forma possível de relacionamento com a natureza, com o mundo social e com a própria subjetividade.

Nesse contexto, se somam os componentes do racismo, pois, há um esforço constante do colonizador que consiste em explicar, justificar e manter, tanto pela palavra quanto pela conduta, o lugar e o destino do colonizado. Corroborando a este tema, Albert Memmi (1989), diz que o racismo é inerente ao colonialismo porque no racismo reside o princípio dos privilégios do colonialista, por esse motivo, afirma: “É significativo que o racismo faça parte de todos os colonialismos em todas as latitudes. (Memmi, 1989, pág. 69). Portanto, o racismo não é um pormenor mais ou menos acidental, ao contrário, é um elemento consubstancial do colonialismo (Balandier, 1976, págs. 70-71).

3. Os Guarani e Kaiowá e os processos de violências

Com relação aos povos Guarani e Kaiowá, povos referenciais neste trabalho, se observa que as violências que sofrem hodiernamente não representam fatos isolados, mas fazem parte de uma política levada às últimas consequências por um Estado que tem como

objetivo reprimir os direitos indígenas, especialmente de acesso aos territórios tradicionais.

Denota-se que a violação dos direitos territoriais contra estes povos perpetua-se até os dias atuais a partir da omissão do Estado brasileiro em não concluir a demarcação das terras indígenas,⁴ em razão de priorizar unicamente o direito à propriedade privada, o que se supõe ser a consumação de interpretações jurídicas que privilegiam o direito de propriedade baseado unicamente na concepção civilista da terra em prol dos interesses econômicos locais e transnacionais, em detrimento do direito territorial indígena que tem como fundamento a tradicionalidade da ocupação. Desta forma, um povo que efetivamente perde o seu território não pode em tese disfrutar da gama de direitos fundamentais e humanos garantidos em diversos diplomas legais, tanto a nível nacional quanto internacional, o que os leva a uma situação de extrema vulnerabilidade, ficando a mercê de processos genocidas.

Corroborando com este cenário, de exclusão e omissão por parte do Estado brasileiro, é importante destacar a questão da “noção de sujeito” construída ao longo do processo histórico para com estes povos. Neste sentido, Eremites de Oliveira (2012), esclarece que no Estado de Mato Grosso do Sul, os indígenas são constantemente vistos por grande parte da população não-indígena regional como seres “diferentes”, e não como “iguais”. Tem-se a imagem do indígena enquanto um ser em “atraso”, que obstaculiza o “progresso”. Isto, segundo o autor, poderia explicar o porquê de serem frequentemente chamados de “bugres”⁵. O referido autor considera que

4 A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco na conquista e garantia de direitos pelos indígenas no Brasil. E, conforme o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias Art. 67. A União deveria concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da data da promulgação da Constituição, o que seria em 05 de outubro de 1993. Fato que até o momento não se concretizou.

5 Bugre é a denominação dada a indígenas de diversos grupos do Brasil, por

este termo racista é altamente etnocêntrico, pejorativo e discriminatório, pois não reconhece a humanidade e a identidade étnica que possuem, muito menos valoriza seus usos, costumes e tradições.

Portanto, estas são algumas tentativas apresentadas por parte do Estado e da sociedade para justificar tais violências - se é que existe justificativa. Percebe-se que é necessário para alguns grupos que compõem o poder, relegar os povos indígenas a categorias consideradas de menor importância, consideradas sub-humanas, estigmatizadas e, assim, os reduzir ao *status de escória do mundo*⁶.

Este é um mecanismo de controle, utilizado pelo poder para seguir naturalizando a violência e a expropriação das populações tradicionais, pois, levando-se em consideração que a cidadania é uma *espécie de roupa que veste a vida nua*⁷, primeiro estas pessoas são despidas do *status* de cidadãos, são “des-nacionalizados”, “sub-cidadanizados”, a partir de então, não têm mais sobre si a guarda protetora que é a pertença a um Estado de Direito enquanto cidadãos que integram o corpo de uma nação, de um povo em um território, portanto, passíveis de serem exterminados.

Corroborando com este tema, Agambem (2010), evidencia que os atos de violência e desumanidade, praticados durante o regime nazista, só foram possíveis pelo fato de os judeus, dentre outros grupos imaginados como inimigos do regime, terem sido considerados

serem considerados sodomitas pelos europeus. A origem da palavra vem do francês bougre, que de acordo com o dicionário Houaiss possui o primeiro registro no ano de 1172 e significa “herético”, que por sua vez vem do latim medieval (século VI) bulgàrus. Como membros da igreja greco-ortodoxa, os búlgaros foram considerados heréticos, e o emprego do vocábulo para denotar a pessoa indígena liga-se à ideia de “inculto, selvático, não cristão” – uma noção de forte valor pejorativo. (Eremites de Oliveira, 2012).

6 Palavras, frases que foram proferidas, a partir de diálogos que estabelecemos com alguns regionais.

7 Com referência em (Agamben, 2010).

como *vida nua*, ou seja, terem sido reduzidos à mera existência biológica, perdendo seu valor humano, e, portanto, suscetíveis ao extermínio. Esse pensamento também é compartilhado por Bauman (1998), quando destaca que muitos dos atos de violência, realizados durante o nazismo, se deram, pelo fato de as vítimas terem se tornado “invisíveis” para seus algozes. Assim, ao tornar as vítimas “invisíveis”, conseguiu-se um melhor resultado, pois, no caso da grande “solução final” era muito mais fácil para um soldado acreditar que estava apenas colocando compostos químicos em uma abertura e apertando um botão, do que exterminando outros seres humanos.

Alguns dados sobre povos indígenas e a constituição do Estado brasileiro

Segundo o *Relatório da Organização das Nações Unidas de 2016*, a população indígena é de aproximadamente 370 milhões de pessoas, o que significa uma cifra em torno de 5% do total da população mundial.

No Brasil, até meados dos anos 1970, acreditava-se que o desaparecimento dos povos indígenas seria algo inevitável, pois, existia um discurso de que estes povos seriam assimilados pela sociedade envolvente. Entretanto, se verificou a partir dos anos 1980, uma tendência de reversão da curva demográfica e, desde então, a população indígena no país tem crescido de forma constante, indicando uma retomada demográfica por parte da maioria desses povos, embora seja necessário considerar que, alguns grupos específicos tenham diminuído demograficamente e alguns estejam até ameaçados de deixarem de existir.

Segundo os dados do último Censo, realizado no ano 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil conta com uma população indígena de aproximadamente 896.917 pes-

soas⁸. Enfatiza-se o termo “aproximadamente”, haja vista a inegável existência de povos isolados. A própria FUNAI (Fundação Nacional do Índio), órgão tutelar dos povos indígenas, trabalha com a hipótese de existirem ainda 69 grupos indígenas não contatados. Do total da população autodeeterminada como indígena, 324.834 vivem em cidades e 572.083 em áreas rurais. Os indígenas que não vivem em cidades, em sua maioria estão alocados em 695 áreas reconhecidas como terras indígenas. No entanto, muitas etnias ainda demandam por seus territórios. No caso dos Guarani e Kaiowá que não tiveram suas terras demarcadas, ainda vivem acampados a beira das rodovias, nos fundos de fazendas, aguardando o processo demarcatório, que pode acontecer ou não, e esta espera em alguns casos se prolonga por décadas.

Há de se considerar que estes povos, seja os que vivem nas cidades, em áreas demarcadas ou naquelas que estão aguardando os processos demarcatórios, têm em comum uma história de exploração econômica, social e cultural.

No tocante ao Estado de Mato Grosso do Sul, a população indígena é significativa, estimada em aproximadamente 71 mil pessoas. Dentre estes povos estão: Terena, Ofayé, Kadiwéu, Guató, Guarani, Guarani Nandeva, Kaiowá, Kinikinou, Chamacoco e os Kamba. Dentre os grupos indígenas destacam-se os Kaiowá e Guarani e os Terena que se apresentam com o maior contingente populacional, cerca de 68 mil pessoas, e constituem em termos quantitativos duas das mais importantes populações do país.⁹

No “desenvolvimento” do processo de ocupação e colonização do Estado-Nação, os povos indígenas foram desconsiderados. As

8 Enfatizo que o (IBGE) é apenas um dos indicadores de dados da população indígena. Escolhemos por ser um indicador oficial.

9 Cf. dados da FUNASA-2010 (www.funasa.gov.br). Dados que também podem variar de acordo com indicadores.

políticas para estes povos foram pensadas e efetivadas no sentido de anulação de todo o sistema cultural, político e jurídico indígena já existente (Souza Filho, 1999; Stefanos Pachecho, 2004). O enquadramento do tempo e a ordenação do espaço seguiram uma lógica externamente imposta, cujos efeitos ainda podem ser sentidos no período pós-colonial. Não se admitia a existência de grupos sociais com identidades e culturas próprias. Nada de específico poderia haver. Todos deveriam, mesmo que forçosamente, assimilar e viver segundo uma só identidade genérica, integrados à “comunhão” nacional, como se toda a diferença étnica e cultural deixasse de existir e se transformasse numa única cultura homogeneizada.

Para um melhor entendimento sobre a formação do estado-Nação, deve-se considerar que no século XIX, fundou-se as bases de um Estado unitário, monista, que supõe entre outras coisas, o reconhecimento inicial de que todos os habitantes da nação são cidadãos, formalmente iguais e com uma única nacionalidade. Os Estados latino-americanos seguirão este modelo de organização política como resultado da urgente necessidade para centralizar a autoridade e pôr fim aos poderes locais, ou seja, acabar com a dispersão feudal-colonial. Há nisto uma racionalidade ocidental que correspondeu, séculos atrás, a criação dos grandes Estados nacionais europeus¹⁰.

Importante destacar que os Estados nacionais modernos não se organizaram a partir da cultura nacional já existente. Ocorreu o processo inverso. Os Estados criaram uma cultura comum nacional entre as diversas nacionalidades já existentes, para abranger os que consideravam “diferentes” com base em um imaginário passado e

10 Nas últimas décadas surgiram diversos autores, que passaram a rever os enfoques de Estado e Nação e conceitos implícitos ou decorrentes, como nacionalismo, identidade, linguagem, etnia, e suas diversas interpretações e significados sob múltiplas conjunturas. Benedict Anderson, Eric Hobsbawm e Bourdieu estão entre os inspiradores de novas pesquisas em busca de novas explicações históricas.

futuro comum. E, o Brasil não fugiu a esta regra. Entende-se que neste ponto reside a grande dificuldade que Estado-nação brasileiro têm em aceitar que os povos indígenas, pois, estes não pactuam dos mesmos ideais dessa comunidade imaginada (Anderson, 1991), porque possuem cultura, direitos e temporalidades diversas.

Neste sentido, pode-se perceber que desde seu nascimento, os Estados nacionais carregam uma contradição interna. De um lado temos um poder estatal que busca impor uma unidade, como por exemplo, a de que “todos são iguais perante a lei”. De outro, temos uma diversidade de povos que lutam para manterem suas identidades coletivas enquanto povos etnicamente diferenciados.

Reconhecidamente a nação brasileira tem uma composição pluricultural e que também possui profundas raízes nas culturas de outros povos que a habitam. Entretanto, muitos desses povos, dentre eles os indígenas, vêm sofrendo sistematicamente processos de violências. Primeiro foi uma violência declarada, facilmente percebida, depois uma violência que, muitas vezes, encoberta pelo manto do silêncio, passa a fazer parte do cotidiano de uma sociedade, em um país que insiste em desconsiderar a existência das diferenças culturais, agravando, com isso, o seu aspecto cruel e devastador (Stefanes Pacheco, 2009).

A violência do Estado, o Relatório Figueiredo e a (CNV) Comissão Nacional da Verdade.

Ao investigar os processos de violências contra os povos indígenas no Brasil, identificamos que se trata de processos de longa duração, que perpassam desde o período colonial até os dias atuais. Entretanto, é necessário considerar que a década de 1960 foi particularmente significativa para a história dos direitos destes povos.

Primeiro por conta das denúncias e comprovações das violências que sofreram com a atuação do órgão tutelar, o Serviço de

Proteção ao Índio (SPI), criado pelo Estado brasileiro em 1910. Apesar deste órgão tutelar ter sido formado com o intuito de proteger os povos indígenas, ocorreram várias denúncias, que podem ser observadas no Relatório da Comissão de Investigação do Ministério do Interior, conhecido como Relatório Figueiredo, apresentado em 1968, que trouxe à tona a crise do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), pois, revelou as violências cometidas contra os povos indígenas muitas vezes praticadas pelos próprios agentes do órgão indigenista.

Consta do Relatório Figueiredo, nas palavras do seu relator, de que a realidade dos indígenas no Brasil era de total desprezo para com os direitos desses povos. Em certo trecho, o Relator enfatiza: “o índio passou de espoliado a escravo; de escravo a liberto, confortado pela catequese, mas sem condições de subsistência; de liberto e catequisado ao protegido de nossos dias” (Relatório Figueiredo, 1968, pág. 6, *apud* Moraes, 2015, pág. 12).

Também de acordo com a palavras do relator da Comissão de Inquérito de 1967:

[...] de maneira geral, não se respeitava o indígena como pessoa humana, servindo homens e mulheres, como animais de carga, cujo trabalho deve reverter ao funcionário. No caso da mulher, torna-se mais revoltante porque as condições eram mais desumanas. [...] O trabalho escravo não era a única forma de exploração. Muito adotada também era a usurpação do produto do trabalho. [...]. Tudo – repetimos sempre – como se o índio fosse um irracional, classificado muito abaixo dos animais de trabalho, aos quais se presta, no interesse da produção, certa assistência e farta alimentação (Relatório Figueiredo, 1968:4913-4914, *apud* Moraes, 2015, p.13).

Sobre o Relatório Figueiredo, é importante salientar que ele consiste em um conjunto documental produzido, majoritariamente,

a partir das investigações da Comissão de Inquérito Administrativo do Ministério do Interior (CI), presidida pelo procurador Jáder de Figueiredo Correia no início da década de 1960. A documentação, que teve grande repercussão em 1968 quando divulgada, foi considerada durante muito tempo como perdida devido a um incêndio ocorrido em 1967 no Ministério da Agricultura, órgão ao qual o SPI era subordinado.

É de se evidenciar que, na época, tal incêndio foi considerado suspeito, exatamente por causa da Comissão de Inquérito instaurada pelo então Ministro do Interior, General Albuquerque Lima, sendo o “incêndio” considerado por alguns como uma estratégia de «queima de arquivo», uma vez que lá estavam - além de filmes, fotografias, mapas e artefatos - os arquivos administrativos que continham processos que podiam ser usados como prova contra funcionários do SPI que no momento eram investigados pela Comissão de Inquérito, presidida por Figueiredo. (Friere, 2011, p.11).

Por fim, o Relatório não “se perdeu”, conforme haviam anunciado e quase 50 anos depois, no ano de 2012, esse conjunto de documentos foi encontrado pelo pesquisador Marcelo Zelic, membro do Grupo Tortura Nunca Mais, no Museu do Índio, no Estado do Rio de Janeiro. Esse “encontro” aconteceu no contexto da demanda de grupos indígenas por documentações acerca das violações de DDHH cometidas pelo Estado brasileiro durante a ditadura civil-militar e também como parte das pesquisas da CNV (Comissão Nacional da Verdade) que havia acabado de criar um Grupo de Trabalho (GT) voltado às questões centradas nas violências contra os povos indígenas e do campo.

Pode-se apontar que alguns trabalhos acadêmicos foram realizados tendo como referência a documentação produzida pelo Relatório Figueiredo da década de 1960. Dentre eles destacamos o próprio Relatório da CNV (Comissão Nacional da Verdade). O

texto elaborado pela pesquisadora Maria Rita Kehl¹¹ com a colaboração do Grupo de Trabalho da Comissão Nacional da Verdade sobre Graves Violações de Direitos Humanos no Campo ou contra Indígenas, faz um levantamento das relações do regime ditatorial civil e militar com os povos indígenas¹².

De acordo com Lima (Lima & Pacheco, 2017), o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), publicado no final de 2014, é um passo inicial no reconhecimento pelo Estado brasileiro de que praticou uma política de extermínio contra os povos indígenas. As conclusões do Relatório da CNV, ao considerá-los “vítimas” na narrativa oficial sobre a última ditadura vivida no Brasil representa um avanço histórico, pois, reconhece o ideal de “integração” e “assimilação”, promovido pelo Estado brasileiro, como uma das formas de perseguição política e a dimensão coletiva das violações, estabelecendo um marco para a construção de uma Justiça de Transição para os povos indígenas, considerada em sua especificidade (Lima & Pacheco, 2017, pág. 2).

Para Resende (2015, pág. 495), o Relatório Figueiredo constitui um documento importantíssimo sobre o que aconteceu em território brasileiro com os povos indígenas antes e durante a ditadura civil e militar (1964-1985). De acordo com a autora, a partir deste Relatório espera-se que muitas lacunas da história dos povos indígenas no Brasil sejam preenchidas, não apenas com relação às violações “físicas e morais” sofridas, mas também no que diz respeito ao esbulho/expropriação de suas terras, pois, várias são as denúncias que constam neste Relatório.

11 <Disponível em http://200.144.182.130/cesta/images/stories/CAPITULO_INDIGENA_Pages_from_Relatorio_Final_CNV_Volume_II.pdf>, acesso em 25 de novembro de 2017.

12 Sabe-se que este estudo sobre a violência contra os povos indígenas que compõem o Relatório da CNV foi insuficiente. É necessário que novas investigações sejam realizadas.

Assim, conforme destaca Fernandes (Fernandes, 2018, pág. 154), documentos oficiais, levantados pelas Comissões da Verdade comprovam as graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas durante o processo de ocupação e colonização brasileira, tais como os genocídios levado a cabo no período ditatorial civil e militar contra os Waimiri-Atroari, pelos povos Avá-Canoeiro no Araguaia, Cinta Larga em Mato Grosso, Xetá no Paraná (Brasil, Comissão Nacional da Verdade (CNV), 2014). Como exemplos cita-se os esbulhos, remoções forçadas, bombardeios de comunidades inteiras pelas Forças Armadas na Amazônia com uso de napalm, além da criação de campos de concentração, cadeias clandestinas, proibição de falar o próprio idioma nativo, dentre outras violências que se prolongaram no tempo.

4. Os Guarani e Kaiowá e a violência que continua...

Há pelo menos duas décadas, a tragédia do povo Guarani e Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul tem sido anunciada por intelectuais, órgãos não-governamentais, dentre outros setores de apoio à causa indígena. As projeções de uma grande população em explosão demográfica vivendo em pequenas porções de terra apontavam o caminho de um silencioso genocídio em curso. Aldeados e submetidos a um sistema que se impõe, reprimindo violentamente qualquer tipo de organização, os Guarani e Kaiowá se encontram diante de uma série de infortúnios que têm sido denunciados, sistematicamente, por diversos órgãos e entidades de apoio à causa indígena.

Recentemente, o Relatório da Anistia Internacional Informe 2016/2017, denunciou, a partir de uma visita realizada em março de 2016 em áreas indígenas, pelo Relator Especial da ONU sobre o direito dos povos indígenas, a incapacidade de o Brasil demarcar as terras indígenas e o enfraquecimento de instituições estatais responsáveis por proteger os direitos desses povos.

Também o Relatório *Brief Report on the violations of the Human Rights of the indigenous Kaiowá Guarani peoples in Mato Grosso do Sul – Brazil*, produzido pelo CIMI (Conselho Indigenista Missionário) (2014)¹³, em que um dos objetivos é o de informar a comunidade internacional sobre a realidade de violência vivida por estes povos, ao citar dados do Ministério da Saúde, destaca que entre os anos de 2000 a 2013, mais de 662 pessoas indígenas se suicidaram no Estado de Mato Grosso do Sul, totalizando um caso a cada 7,7 dias. Também enfatiza que nos últimos 12 anos houve um assassinato a cada 12 dias, totalizando 361 pessoas. Fatos estes ocorridos em um ambiente que registrou mais de 150 conflitos por disputas territoriais. Destaca que pelo menos 16 lideranças Guarani e Kaiowá, foram assassinadas nesta última década, quer por ruralistas, ou por seus encarregados, sob as “vistas” do Estado.

Sobre este tema, o antropólogo e liderança indígena Tonico Benites (2015), em artigo publicado em um destacado jornal de circulação nacional, também denunciou as violências contra os Guarani e Kaiowá neste Estado e menciona alguns *Tekoha*¹⁴ que foram atacados, destacando os nomes dos líderes indígenas assassinados, nas últimas décadas. Segundo o autor, estes assassinatos foram cometidos por agentes de grupos criminosos que estão se organizados desde os anos 2000. Benites (2015), acrescenta que “os atos se repetem igualmente nesses últimos anos. Sem nunca terem sido punidos pela Justiça Federal, que é a competente para julgar e punir esses crimes”.

13 Aponta-se que este Relatório é apenas um dos indicadores do processo de violência no Estado de Mato Grosso do Sul.

14 *Tekoha* significa o lugar onde é possível reproduzir o modo de ser Guarani e Kaiowa. O prefixo *Teko* representa um conjunto de normas e costumes, enquanto o sufixo *Ha* dá conotação de lugar. Assim, se o *Tekoha* é o lugar onde é possível a reprodução do modo de vida Guarani e Kaiowa, é necessário considerar que sem *Teko* não há *Tekoha*, mas também, que sem *Tekoha* não há *Teko* (Pereira e Mota, 2012).

Dentre os casos citados por Benites (2015), encontram-se os casos de violência e “desaparecimento forçado” dos indígenas da etnia Guarani e Kaiowá professor Rolindo Vera, ocorridos no *tekoha Ypo`i*, e da liderança Nízio Gomes, no *tekoha Guaiviry*¹⁵. Casos que ocorreram em processos de retomadas ou reocupações territoriais.

15 Estes casos de “desaparecimento forçado” como um elemento da tecnologia do poder genocida, fazem parte da investigação de Tese, nível doutorado que desenvolvo junto a Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).

O caso Nízio Gomes trata-se de uma ação que ocorreu em 18 de novembro de 2011 e resultou na morte desta liderança e em lesões corporais ao indígena Jhonaton Velasques Segundo dados do MPF (Ministério Público Federal), a morte do cacique ocorreu durante tentativa de expulsão de índios de área ocupada, em 2011. Entre os réus estão fazendeiros, advogados e um secretário municipal, além de proprietário e funcionários de uma empresa de segurança privada. Consta que 19 pessoas foram denunciadas pelo MPF e respondem como réus por vários crimes relacionados à tentativa de expulsão dos indígenas do acampamento Guaiviry, instalado em área de mata nativa de propriedade rural localizada às margens da rodovia MS 386 entre os Municípios de Ponta Porã e Aral Moreira, sul do Estado de Mato Grosso do Sul.

O caso Rolindo Vera, diz respeito a que que no dia 29 de outubro de 2009, um grupo de aproximadamente 25 integrantes da comunidade Guarani e Kaiowá Y'poí reocupou suas terras tradicionais. No dia seguinte, foram surpreendidos pela chegada de dezenas de homens armados e tiveram que fugir para uma mata nas proximidades. Desapareceram neste dia Genivaldo Vera e Rolindo Vera. Em 07 de novembro daquele ano, o corpo de Genivaldo Vera foi encontrado com vários sinais de violência dentro no Rio Ypo`i, próximo ao local do conflito. Segundo o inquérito policial, “a morte foi causada por um tiro nas costas, que saiu pelo peito, causando a hemorragia fatal”. Seis pessoas foram denunciadas pelo MPF (Ministério Público Federal). Entre os denunciados estão políticos e fazendeiros da região. São acusados por homicídio qualificado – sem possibilidade de defesa da vítima -, ocultação dos cadáveres, disparo de arma de fogo e lesão corporal contra idoso. Foram utilizados carros oficiais do município para a expulsão dos indígenas das terras. (Importante enfatizar que não está tipificado no Código Penal brasileiro o crime de desaparecimento forçado).

Em ambos os casos, conforme já destacado no início deste trabalho, até o momento seus corpos não foram encontrados, o que denota a omissão e violência praticada pelo Estado. Também demonstram que não são casos isolados, mas fazem parte de uma política de Estado levada às últimas consequências, que tem como objetivo não apenas reprimir os direitos indígenas e suas mobilizações territoriais com o uso deliberado da violência, mas também a de extermínio de um povo.

Tonico Benites (2015), evidencia que as reocupações empreendidas pelos Guarani e Kaiowá são, historicamente, uma forma de pressionar o Poder Executivo para acelerar os processos de reconhecimento dos territórios Guarani e Kaiowá no sul do Estado de Mato Grosso do Sul. Segundo Benites (2015), “decisão de reocupar esses territórios acontece porque as comunidades não aguentam mais esperar pelo reconhecimento oficial de suas terras. Dessa forma, frente à negligência das instâncias governamentais, essa estratégia tem sido utilizada por outros povos em todo o país”.¹⁶

No entanto, denota-se que a partir do momento que as reocupações se tornaram mais intensas, os proprietários rurais começaram a articular estratégias de represálias, estruturando suas milícias para repelir as reocupações, passando a manter uma estreita vigilância sobre os indígenas (Moreira Silva, 2002, *apud* Stefanos Pacheco, 2004).

Tonico Benites (2015) ao relatar sobre os diversos ataques às comunidades Guarani e Kaiowá que ocorreram nos últimos anos, enfatiza que:

16 <Disponível em <http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/apos-retomadas-de-terras-por-indios-fazendeiros-atacam-acampamento-guarani-kaiowa-no-sul-de-ms>>, [acesso em 10 de abril de 2017].

No contexto histórico da disputa pela posse das terras entre os indígenas e os ruralistas no Mato Grosso do Sul, os mentores e autores de ataques violentos às comunidades indígenas são pecuaristas, políticos, em geral “ruralistas”, que são também graduados e altamente especializados em paralisar o processo da demarcação das terras indígenas. São, sobretudo, especializados em praticar violência extrema, em atacar, massacrar e expulsar os indígenas de suas terras¹⁷.

Ainda, quanto a violência e o ataque às lideranças indígenas, a matéria veiculada pelo Jornal Campo Grande News, de 02 de setembro de 2015, intitulada “Desde a morte de Marçal, há 31 anos, doze líderes indígenas foram mortos”, assim registra:

Não bastassem as mortes por suicídio, desnutrição e pela violência interna resultante do processo de aldeamento, que colocou os índios em pequenas áreas, as comunidades Guarani, Kaiowá e Terena amargam assassinato de, pelo menos, doze lideranças nos últimos 31 anos (Maldonado, 2015).

Segundo Carlini (2012), a estratégia utilizada por alguns grupos locais, que consideram o indígena como “entraves ao progresso” se opera por homicídios bem planejados. De acordo com este autor, estes grupos não ordenam matar qualquer membro da comunidade, mas sim lideranças – sejam eles caciques ou professores. Tiram de “circulação” aquelas pessoas escolhidas pela própria comunidade por terem a capacidade de repassar os ensinamentos para o coletivo e inevitavelmente fortalecer a organização do movimento indígena. A perda dessas referências para a comunidade traz, em si, o medo como parte do cotidiano. Dessa maneira, trata-se de uma estratégia utilizada por setores do agronegócio para o extermínio desses povos. Neste processo a população vive em constante incerteza sobre seu próximo amanhecer.

17 Ibidem

Sémelin, em sua obra *violência extrema* (Sémelin, 2009, pág. 11), aduz que é uma constante nas violências nacionalistas, religiosas ou ideológicas. Assim, por meio da construção de um *marco cognitivo de crises* o outro é definido como um inimigo a ser abatido, um ser completamente diferente, um estranho, cuja morte é necessária para proteger-se a si mesmo. E ao proceder desta maneira o ato deste indivíduo passa a ser um ato que o engrandece. Como conclui Sémelin: “matar no es solo purificar, sino también purificarse” (Sémelin, 2009, pág. 11).

5. O “silencioso” processo genocida e as novas formas de guerra

Diante destes atos de violência perpetrados hodiernamente, seja pela ação ou omissão do Estado contra os Guarani e Kaiowá não são raros, Relatórios efetuados inclusive por organismos internacionais que apontam que se encontra em curso um processo genocida contra estes povos¹⁸.

Feierstein (2017, p.53) em sua análise sobre genocídio e desaparecimento forçado, demonstra que:

El exterminio de ciertos grupos de población es una realidad tan antigua como la propia humanidad. Sin embargo, no siempre se utilizó con objetivos similares. [...] El surgimiento de las tecnologías de poder propias de la modernidad implicó un giro y transformó las lógicas de la violencia, al tener que articular las lógicas del poder con las discusiones sobre la existencia de una especie humana que abarcara al conjunto de habitantes del planeta (por caso, las discusiones teológicas sobre el carácter humano de los habitantes de los nuevos territorios conquistado en América o África).

18 Um exemplo é o Relatório da Comissão de Parlamentares europeus que visitaram as reservas Guarani e Kaiowá em dezembro de 2016, conforme consta do início deste trabalho.

Por genocídio, segundo o artigo 2º. da *Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, de 1951 da ONU, entende-se quaisquer dos atos abaixo relacionados, cometidos com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial, ou religioso, tais como:

(a) assassinato de membros do grupo; (b) causar danos à integridade física ou mental de membros do grupo; (c) impor deliberadamente ao grupo condições de vida que possam causar sua destruição física total ou parcial; (d) impor medidas que impeçam a reprodução física dos membros do grupo; (e) transferir à força crianças de um grupo para outro (Vergne, Vilhena, Zamora, & Rosa, 2015).

Assim, para que ocorra uma ação genocida, necessariamente deve haver uma intencionalidade, isso porque os genocídios não são incidentes “espontâneos” que ocorrem de forma arbitrária, “ao azar”, pelo contrário, se trata de processos sociais, de fenômenos que têm uma construção gradual, ou seja, não pode ocorrer um processo genocida, um processo de violência se previamente não se tenha produzido um processo de exclusão de uma minoria social.

Conforme destaca (Brodsky, 2015), para que haja genocídio necessariamente deve haver uma intenção, ainda que esta encontre uma justificativa racional e pese o fato de que o genocídio não seja uma intenção desejada como fim senão uma consequência secundária de outra prática social. Um caso que ilustra esta alternativa é por exemplo as matanças de povos originários com o fim de ocupar suas terras ou saquear suas riquezas. (Brodsky, 2015, pág. 41).

Diante destas considerações, quanto aos povos Guarani e Kaiowá, não se pode negar a responsabilidade do Estado brasileiro, seja pela ação ou omissão. Como exemplo, o Estado não pode alegar “desconhecimento” dos diversos homicídios quando estes foram precedidos por um processo aberto e sustentados pela de-

monização e segregação dos sujeitos marcados como objetos do processo genocida.

Conforme já enunciado, um dos principais objetivos que o presente artigo se propõe enquanto início de um estudo, é que este tema deve ser mais aprofundado, especialmente no que diz respeito ao genocídio dos Guarani e Kaiowá, pois, denota-se que existe uma estratégia oculta de controle social e racial, para tais homicídios e que pode ser definida tanto pela ação institucionalizada do Estado, como por intervenções de terceiros, no caso de ações de grupos de extermínio (milícias armadas), conforme consta da denúncia do MPF (Ministério Público Federal), constituindo-se em expressões das *novas formas da guerra*.

Sobre o tema, recorro a obra *As novas formas da guerra e o corpo das mulheres*, (2014), da antropóloga Rita Laura Segato, que discorre sobre os crimes e as *novas formas de guerra* com relação a casos de feminicídio, contra os corpos feminizados e contra crianças. Entende-se que a mesma análise pode ser aplicada ao caso dos povos indígenas, por se tratar de grupos que não têm ligação com ações criminosas e acabam sendo vítima dessas *novas formas de guerra*; em um sistema que os exclui, por serem indígenas, pobres e considerados como “entraves” ao desenvolvimento nacional, uma vez que, a perspectiva territorial dos Guarani e Kaiowá se contrapõe especialmente à perspectiva econômica que representa o agronegócio implantado em terras brasileira.

De acordo com as palavras de Segato (2014):

É muito importante também fazer notar que não é essa uma agressão ao corpo antagonista, ao corpo do sicário da facção inimiga, senão outra coisa. Os agredidos são corpos frágeis, não são corpos guerreiros. Por isso manifestam tão bem, com seu sofrimento, a expressividade mesma da ameaça truculenta lançada a toda à coletividade. Uma mensagem de ilimitada capacidade violenta e de baixas origens da sensibilidade humana. Na ação paraestatal

desses grupos, é, todavia, mais crítica a necessidade de demonstrar essa ausência de limites na execução de ações cruéis, já que não se dispõem de outros documentos ou insígnias que designem quem detém a autoridade jurisdicional. Por outro lado, a truculência é a única garantia do controle sobre territórios e corpos, e de corpos como territórios, e pelo outro, a pedagogia da crueldade é a estratégia de reprodução do sistema.

6. Sobre direitos e responsabilidades do Estado brasileiro

Em uma época cuja observância dos Direitos Humanos é tida como base do Estado democrático de direito brasileiro, o enfoque sobre a responsabilização pelas graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas cometidas por este Estado brasileiro, seja por ação ou omissão, se mostra necessária. Além do que, com base na sua condição de Estado-membro da ONU (Organização das Nações Unidas) e da OEA (Organização dos Estados Americanos) e de signatário da maioria dos tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil assume a obrigação geral de respeitar, proteger e garantir os direitos humanos previstos no marco jurídico internacional.

Rodrigues e Santos (S.f.) advertem que os tratados internacionais de direitos humanos atribuem ao Estado o dever de não deixar impune graves violações aos bens jurídicos mais preciosos de sua população, quais sejam, suas liberdades e garantias fundamentais.

É de se considerar que a Constituição Federal brasileira de 1988 é taxativa no que se refere a proteção integral aos direitos dos povos indígenas. Tanto que foi inovadora no tratamento, se comparada com os textos constitucionais anteriores. A nova Carta Magna consagra o caráter plural da sociedade brasileira e afasta por completo o paradigma assimilacionista anteriormente vigente. A nova ordem constitucional enfatiza a autonomia dos povos indígenas, com respeito a seus modos de vida, costumes, tradições. Nesse sentido,

Souza Filho (1999, p. 107), observa que: “A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. O autor acrescenta que: “A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio”.

Diante dessas considerações e levando-se em conta os avanços obtidos em nível internacional com os Acordos, Convenções e Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, problematizo que seja realizada uma discussão mais detalhada e comprometida, no sentido de responsabilização do Estado brasileiro, com os direitos dos povos indígenas no que tange à questão das diversas violências e em particular no caso dos homicídios dolosos, especialmente com os Guarani e Kaiowá, povos referenciais neste trabalho, pois, tais crimes não são interpretados no direito brasileiro enquanto parte de um fenômeno de genocídio. Ademais, é imprescindível que esse processo genocida seja compreendido como um indício de controle social da pobreza e da raça, que ocorre na tentativa de exclusão da presença “indesejada” destes povos na sociedade.

Por certo, estas violências muitas vezes silenciadas fazem parte de um de um fenômeno que se aproveita tanto das ações, quanto das omissões do Estado brasileiro e usa de todas as suas armas, tanto as institucionalizadas pelo Estado, quanto as paraestatais (no caso dos grupos armados), como meio de controle dos “corpos indesejados” numa intenção evidentemente eugenista e racista. Conforme propõe (Agambem, 2010), neste processo a *vida nua* do vivente se torna nada mais que um pedaço de carne, que pode ser descartado facilmente, eximindo os agentes violadores de qualquer culpa moral, e até mesmo jurídica. Portanto, essa é uma situação que urge ser eliminada, para avançar na conquista de relações sociais de outra natureza, que privilegiem as diferenças e os direitos humanos, e assim não seja necessário mais uma vez voltar a questão que perturba a humanidade há décadas: como foi possível tais atos genocidas terem sido cometidos contra outros seres humanos?

REFERÊNCIAS

Agamben, G. (2010). *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. (H. Burigo, Trad.) Belo Horizonte:: Ed. da UFMG.

Anderson, B. (1991). *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London: Verso.

Arendt, H. (1999). *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. (J. Rubens Siqueira, Trad.) São Paulo: Companhia das Letras.

Balandier, G. (1976). *As dinâmicas sociais: sentido e poder*. (G. Stock, & H. de Souza, Trans.) São Paulo; Rio de Janeiro: DIFEL/ Difusão Editorial S. A.

Bauman, Z. (1998). *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar.

Benites, T. (2015). Os ataques a indígenas no MS na visão de uma liderança. *Carta Capital*. Acesso em 15 de fevereiro de 2018, disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/os-ataques-a-indigenas-no-ms-na-visao-de-uma-lideranca-6848.html>

Câmara dos Deputados. (2016). *Genocídio de povo Guarani-Kaiowá no MS é incontestável, conclui missão do Parlamento Europeu e CDHM*. Brasil. Acesso em 20 de janeiro de 2018, disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/genocidio-de-povo-guarani-kaiowa-no-ms-e-incontestavel-conclui-missao-do-parlamento-europeu-e-cdhm>

Comissão Nacional da Verdade (CNV). (2014). Relatório. Brasília.

Brighenti, C. A. (set./dez de 2015). Colonialidade do poder e a violência contra os povos indígenas. *Revista PerCursos*, 16(32), 103-120.

Brodsky, P. A. (2015). *Genocidio un crimen moderno. Reflexiones sobre genocidio y modernidade*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: TIPS.

Carlini, E. (2012). atender a demanda indígena é contrariar a política federal de incentivo ao agronegócio. Entrevista especial IHU On-Line. Acesso em 20 de fevereiro de 2018, disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/506634-atender-a-demanda-indigena-e-contrariar-a-politica-federal-de-incentivo-ao-agronegocio-entrevista-especial-com-eduardo-carlini>

Conselho Indigenista Missionário. (2014). Brief Report on the violations of the Human Rights of the indigenous Kaiowá Guarani peoples in Mato Grosso do Sul – Brazil. Acesso em 18 de novembro de 2018, disponível em <https://www.cimi.org.br/pub/Kaiowaguaranibriefreport.pdf>

Conselho Indigenista Missionário. (2018). Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2017. *Relatório*. Acesso em 18 de novembro de 2018, disponível em https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2017-Cimi.pdf

Eremites de Oliveira, J. (7 de fevereiro de 2012). *Um holocausto contra os Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul?* Fonte: <http://fronteiraagora.com.br/portal/um-holocausto-contra-os-guarani-e-kaiowa-em-mato-grosso-do-sul>

Fernandes, P. (2018). A proteção das terras indígenas no direito internacional: marco temporal, provincianismo constitucional e produção da ilegalidade. Em M. C. Cunha, & S. R. Barbosa, *Direito*

dos Povos Indígenas em disputa. São Paulo: Editora Unesp. Acesso em 8 de fevereiro de 2018, disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/pJ0Dj8YvFV5Wf9nB.pdf>

Krug, E. G., Mercy, J. A., Zwi, A. B., & Lozano, R. (. (2002). *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Genebra: World Health Organization.

Levi, P. (2010). *Se isto é um homem*. Lisboa: Editorial Teorema.

Lima, E. C., & Pacheco, R. (fevereiro de 2017). Povos Indígenas e Justiça de Transição: reflexões a partir do caso Xetá. *Revista ARACÊ – Direitos Humanos em Revista, Ano 4(5)*. Acesso em 18 de novembro de 2018, disponível em <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/143/78>

Maldonado, C. (2 de setembro de 2015). Desde a morte de Marçal, há 31 anos, 12 líderes indígenas foram mortos. *Campo Grande News*. Acesso em 18 de novembro de 2018, disponível em <https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/desde-a-morte-de-marcal-ha-31-anos-12-lideres-indigenas-foram-mortos>

Memmi, A. (1989). *Retrato do colonizado precedido pelo retrato do colonizador*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra.

Moraes, J. A. (2015). *Violência e Corrupção no SPI: a situação dos Indígenas no sul do Mato Grosso, uma abordagem a partir do Relatório Figueiredo (1960-1967)*. XXVIII *Simpósio Nacional de História*. Florianópolis.

Quijano, A. (2000). *Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina. La Colonialidad del poder: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: FLACSO.

Quijano, A. (2009). *Colonialidade do Poder e Classificação Social*. Em B. De Sousa Santos, & M. P. Meneses, *Epistemologias do*

Sul (pp. 73-119).

Resende, A. C. (2015). O Relatório Figueiredo, as violações dos direitos dos povos indígenas no Brasil dos anos 1960 e a «justa memória». Em G. Silveira Siqueira, A. C. Wolkmer, & Z. L. Pierdoná, *História do direito [Recurso eletrônico on-line]* (pp. 489-513). Florianópolis: CONPEDI.

Resolução do Parlamento Europeu, (24 de novembro de 2016, sobre a situação dos Guarani-Kaiowá no estado brasileiro de Mato Grosso do Sul (2016/2991(RSP), P8_TA(2016)0445 (Parlamento Europeu 24 de novembro de 2016).

Rodrigues, L. B., & Santso, S. M. (S.f.). *A Responsabilização pelo desaparecimento forçado no Sistema Interamericano De Direitos Humanos e no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Caso da Guerrilha do Araguaia*. Acesso em 10 de setembro de 2018, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e8412ad48562e3c>

Segato, R. L. (2014). *Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres*. 1ª. edición Puebla: *Pez en el árbol* (Primera ed.). Puebla: *Pez en el árbol*. Acesso em 20 de janeiro de 2018, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200003

Sémelin, J. (2009). *Purificar e destruir: usos políticos dos massacres e dos genocídios*. (J. Bastos, Trad.) Rio de Janeiro: DIFEL.

Souza, C. F. (1999). *O Renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba : Juruá.

Stefanes, R. A. (2004). *Mobilizações Guarani – Kaiowá Nandeva e a (Re)construção de Territórios: (1978-2002) Novas Perspectivas para o Direito Indígena*. (Dissertação de Mestrado em História). Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Stefanes Pacheco, R. A. (2009). *ovos Indígenas e Violência: outra realidade é possível?* PNUD - Valores de Vida e Desenvolvimento Humano. Acesso em 12 de janeiro de 2018, disponível em www.mostreseuvalor.org.br

Vergne, C. M., Vilhena, J., Zamora, M. H., & Rosa, C. M. (2015). A palavra é... genocídio: a continuidade de práticas racistas. *Revista Psicologia & Sociedade*, 3(27), 516-528. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/1807-03102015v27n3p516>>

CAPÍTULO XV

APONTAMENTOS JURÍDICOS ACERCA DA MIGRAÇÃO DO POVO INDÍGENA WARAO PARA O BRASIL

André Paulo dos Santos Pereira¹

 <https://orcid.org/0000-0002-5248-6458>

1. Introdução

É fato notório, nos últimos anos, o crescente e dramático fluxo migratório em massa do povo venezuelano para os países vizinhos, sobretudo a Colômbia e o Brasil. Multidões de venezuelanos estão migrando em condições precárias, fugindo da falta de alimentos e remédios, da inflação de quatro dígitos e de uma das piores taxas de criminalidade do planeta.

Especificamente no caso do Brasil, os imigrantes entram pela cidade fronteiriça de Pacaraima e a maioria se dirige a Boa Vista, capital do Estado de Roraima, distante 230km da fronteira. A partir de Boa Vista, a última cidade disponível por via terrestre é Manaus,

1 Professor da Universidade Federal de Roraima. Promotor de Justiça (Fiscal) do Ministério Público do Estado de Roraima.



Cita este capítulo:

Santos Pereira, A. P. (2021). Apontamentos jurídicos acerca da migração do povo indígena Warao para o Brasil. En: Restrepo Tamayo, J. F., Roncancio Bedoya, A. F., Díez Castaño, J. F. y Terreros Calle, J. F. (Coords. académicos). *Derechos fundamentales y sociedad* (pp. 545-). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147959.15>

Recepción/Submission: Noviembre (November) de 2020.

Aprobación/Acceptance: Enero (January) de 2021.



capital do Estado do Amazonas, distante cerca de 800km de Boa Vista. Depois de Manaus, há a selva amazônica e o único acesso aos outros estados brasileiros é por via aérea ou por barco, para Belém ou Porto Velho (cerca de cinco dias de viagem).

Conseqüentemente, a maioria dos imigrantes venezuelanos no Brasil se fixa em Boa Vista, o que motivou o Governo Federal a criar a “Operação Acolhida” envolvendo as Forças Armadas, principalmente o Exército Brasileiro, numa atuação humanitária sem precedentes. Em Boa Vista há hoje treze abrigos para imigrantes, nos quais os venezuelanos vivem em tendas e recebem alimentação e assistência médica.

Nas primeiras ondas do fluxo migratório venezuelano para o Brasil, chamou a atenção o fato de muitos serem indígenas da etnia Warao, oriundos do norte da Venezuela, com suas roupas coloridas e o hábito das mulheres de pedir dinheiro nos semáforos das ruas e avenidas.

A partir daí, o Exército estabeleceu um abrigo especificamente para os Warao, chamado *Janokoida* (casa, na língua nativa Warao), havendo um em Boa Vista e outro em Pacaraima.

O Brasil contém cerca de 305 etnias indígenas, totalizando quase 900.000 indígenas, sendo que 325.000 vivem na área urbana². Roraima é um dos Estados brasileiros com maior população indígena, proporcionalmente, e Boa Vista, uma das cidades com maior quantidade de indígenas urbanos. Entretanto, a novidade são os indígenas que não são brasileiros nem transfronteiriços, oriundos de uma região distante, ao norte, representando um desafio para as políticas indigenistas brasileiras.

2 Segundo o Instituto Brasileiro de Pesquisas e estatísticas, baseado no censo de 2010.

Tal contexto lança alguns desafios: qual deve ser o *status* dos Warao no Brasil, de imigrantes ou de indígenas? Os Warao fazem jus também à proteção jurídica específica aos indígenas brasileiros? Quais seriam seus direitos no Brasil, conforme a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional?

Adiante, busca-se responder a estas perguntas, sem maiores pretensões antropológicas ou sociológicas, apresentando-se um breve esboço dos Warao na Venezuela e sua migração para o Brasil, seguido da descrição dos principais marcos legislativos internacionais e de direito interno, aplicáveis à proteção de seus direitos como povo migrante, mas principalmente, como povo indígena. Seguiu-se parcialmente a estrutura sistemática de Yamada & Torelly (2018), embora com abordagem jurídica própria.

2. O povo Warao

2.1 Os fluxos migratórios do povo Warao para as cidades

Assinala Garcia Castro (2000) que o povo indígena Warao habita há séculos na região do Delta do Orinoco no Estado Delta Amacuro e regiões adjacentes dos Estados Bolívar e Sucre, na Venezuela. Continua o autor dizendo que os Warao, tradicionalmente, são uma cultura de pescadores e coletores, praticando a horticultura há cerca de 70 anos e vivem em comunidades de palafitas localizadas nas zonas ribeirinhas fluviais e marítimas, além de pântanos e bosques inundáveis da região de origem.

Continua Garcia Castro (2000) dizendo que, nos últimos anos, por causa de diversos fatores externos e internos, é cada vez mais frequente o êxodo temporal desta etnia para as ruas e avenidas dos centros urbanos da Venezuela. Segue o autor afirmando que a presença dos Warao nas cidades venezuelanas se caracteriza pela

aplicação, pelos indígenas e os *criollos*³ de um código expresso de normas reguladoras do encontro com a cultura urbana, permitindo: 1) manter a presença da etnia nas cidades; 2) continuar o grupo coeso; 3) restringir o envolvimento com o entorno urbano; 4) interromper o contato com a cultura crioula quando for conveniente ao grupo.

Ainda para Garcia Castro (2000), o trabalho antropológico de campo e as informações divulgadas na imprensa desde a década de 1970 permitiram concluir que há um êxodo cada vez maior de indígenas Warao para as cidades, por causa: 1) da deterioração das condições naturais de subsistência; 2) da invasão progressiva de suas terras por agricultores e pecuaristas; 3) a crescente atração dos centros urbanos, com suas oportunidades de trabalho e recursos alimentícios e sanitários; 4) a pressão ideológica, civil e religiosa de imposição de modelo cultural não indígena.

Este deslocamento para as cidades se produziu em duas direções: o setor laboral terciário, de mão de obra não qualificada (Garcia Castro, 2000) e o setor mendicante, havendo um reforço cultural de suas técnicas tradicionais de coleta, a partir da interrelação étnica no contexto urbano, com a mendicância nas ruas vista como análoga à coleta de frutos e pequenos animais em seu *habitat* natural.

Portanto, o povo Warao é forçado a migrar de seu ambiente ancestral para as cidades, onde novas estratégias de sobrevivência impõem a adaptação, mas buscando elementos equivalentes à sua cultura, caso das esmolas em vias públicas. A migração ocorreu num primeiro momento para as cidades próximas ao Delta do Orinoco, e em virtude da grave crise política e institucional venezuelana; posteriormente se deu até o Brasil, há mais de 1.000km de distância.

3 Venezuelanos não indígenas.

2.2 O povo Warao nas cidades brasileiras.

Os indígenas Warao rapidamente se destacaram dos demais imigrantes, assumindo grande visibilidade nas ruas e avenidas, principalmente suas mulheres com trajes ricos em cores, pedindo esmolas. Em Pacaraima, Boa Vista e posteriormente Manaus (onde atualmente há poucos) eles despertaram polêmicas, incompreensão e dúvidas jurídicas.

A pesquisa de Botelho, Ramos & Tarragó (2017) indica que a presença dos Warao nas cidades brasileiras é registrada desde 2014, e a sua quantidade oscila muito ao longo do ano, por vários fatores, tais como a abertura ou fechamento da fronteira pela Venezuela, a alternância das práticas de pesca, agricultura e coleta nas comunidades que bordeiam os rios e canais do Delta do Orinoco, sem excluir um importante fator, que são as dinâmicas de formação de redes de relações sociais entre os indígenas que estão no Brasil e os que permaneceram na Venezuela.

No Brasil, os Warao formam unidades endogâmicas, com estrutura social relativamente igualitária, com a liderança de cada comunidade sendo exercida pelo ancião – o sogro - chamado *Aidamo*, que chefia o grupo familiar. A mulher anciã – a sogra – tem papel fundamental na unidade do grupo e na distribuição dos alimentos e recursos obtidos pelo grupo, e as manifestações em contextos públicos são majoritariamente dos membros masculinos (Botelho, Ramos & Tarragó, 2017).

Ainda segundo Botelho, Ramos & Tarragó (2017), os indígenas Warao se dirigem ao Brasil em grupos familiares, incluindo os que já se conheciam e aqueles que se conheceram pelo caminho, motivados principalmente pela fome, as limitações dos programas sociais na Venezuela e as notícias de outros indígenas que estavam no Brasil, com o fim de regressar com algum dinheiro, roupas, alimentos, ou até trazer os demais familiares ao Brasil.

O idioma português, sem dúvidas é um fator de vulnerabilidade, pois dificulta a compreensão cultural, já que a maioria dos Warao fala apenas espanhol e a língua nativa, cabendo registrar que algumas organizações e voluntários se dedicam ao ensino de português para as crianças indígenas (G1, 2017).

Ainda conforme Botelho, Ramos & Tarragó (2017), os Warao no Brasil têm por principal atividade econômica a produção e venda de artesanato, além da mendicância, pelas cidades por onde passam. Embora sejam vistos como pedintes, receber dinheiro e donativos em vias públicas não lhes é depreciativo, mas entendido como uma forma honrada de trabalho, exercida preferencialmente pelas mulheres.

2.3 A acolhida dos Warao no Brasil.

O estudo de caso publicado pela Organização Internacional de Migrações – OIM, agência da ONU, elaborado por Yamada & Torelly (2018), identificou em Boa Vista e Pacaraima, entre janeiro e novembro de 2017, as seguintes alterações: a) aumento populacional; b) melhorias nas condições estruturais de acolhimento, com a criação de abrigos exclusivos em Boa Vista e Pacaraima, para os migrantes indígenas, que deixaram a situação de rua.

A pesquisa de Yamada & Torelly (2018) enumera certas situações e objetivos apontados por indígenas Warao no Brasil: a) abrigo alternativo à situação de rua: no abrigo há comida e os homens têm buscado trabalhos braçais; b) abrigo recente ou inicial: pessoas ouvidas afirmaram que estão no abrigo em Boa Vista há cerca de 1 a 3 meses e esperam vender seus artesanatos e acumular doações para o regresso à Venezuela, com possibilidade de retorno ao Brasil; c) abrigo consolidado ou permanência no abrigo: estão no abrigo em Boa Vista há mais tempo (de 4 a 11 meses), acumulam objetos (principalmente roupas, calçados, itens de higiene, alimentação) e não pretendem sair. Desejam que os fi-

lhos estudem e que as mulheres não precisem mais ficar nas ruas; d) situação de trânsito por outros estados brasileiros: em número menor, estão em cidades de outros estados brasileiros, principalmente Manaus (AM), Belém (PA) e Santarém (PA).

Consequentemente, destaca-se a característica pendular da migração dos indígenas Warao, e o interesse de voltar à Venezuela e depois retornar ao Brasil, conforme Yamada & Torelly (2018). Tal situação dificulta a análise da categoria jurídica de refúgio ou mesmo de residência temporária, já que muitos desejam continuar regressando à Venezuela e depois ao Brasil.

3. Acerca dos direitos do povo Warao no Brasil.

A Declaração de Nova Iorque para os Refugiados e Migrantes (ONU, 2016a), em seu parágrafo 23 reconhece as necessidades especiais de todas os migrantes que se encontram em situação vulnerável, e que viajam durante os grandes deslocamentos migratórios e de refugiados, como no caso dos membros das minorias étnicas e os povos indígenas.

Em complemento, o informe do Alto Comissariado das Nações Unidas para a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos dos Migrantes em Contexto de Grandes Deslocamentos (ONU, 2016b), em seu parágrafo 12, aborda os seguintes fatores que, frequentemente, estão inter-relacionados e que podem coexistir e combinar.

O primeiro fator é a vulnerabilidade relacionada com os motivos pelos quais se abandona o país de origem, como o desrespeito aos direitos humanos fundamentais, a educação, saúde, alimentação, água, trabalho decente, consequência de desastres naturais, etc.

O segundo é a vulnerabilidade relacionada à situação que enfrentam os imigrantes em trânsito, nas fronteiras e no contexto da recepção, como meios de transporte pouco seguros, traficantes e facilitadores, que podem colocá-los em situação de exploração e

exposição a riscos de tráfico e outros abusos, privação de comida e água ou falta de atenção médica.

O terceiro é a vulnerabilidade relacionada a um aspecto específico da identidade ou circunstância da pessoa, já que há migrantes mais vulneráveis que outros por certos fatores como idade, gênero, origem étnica etc.

Não há dúvidas de que os indígenas Warao são um grupo mais vulnerável, pela condição de imigrantes etnicamente diferenciados, desde o Delta do Orinoco, em longos deslocamentos até as cidades brasileiras.

A questão que se coloca é: a partir da Constituição Federal brasileira e da legislação é possível concluir que o povo Warao tem os mesmos direitos dos povos indígenas brasileiros ou transfronteiriços?

A resposta a esta pergunta é que os Warao têm direitos no Brasil a partir de três categorias a seguir analisadas: a) direitos universais reconhecidos pela lei brasileira ou documentos internacionais; b) direitos como imigrantes, garantidos em território nacional a todos nesta condição; c) direitos específicos como indígenas, assegurados aos povos indígenas brasileiros, conforme classificação de Yamada & Torelly (2018).

3.1 Direitos humanos universais.

A primeira categoria de direitos aplicáveis aos imigrantes indígenas venezuelanos no Brasil é composta de todos os direitos fundamentais, reconhecidos pela lei brasileira ou por documentos internacionais.

Na Constituição Federal brasileira, os direitos fundamentais estão previstos no art. 5º, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Const., 1988, art. 5º).

Importante destacar que os direitos fundamentais, tanto aqueles previstos na Constituição Federal brasileira, quanto os decorrentes de tratados internacionais, são extensíveis a todos os que estão em território brasileiro, independentemente de serem brasileiros ou estrangeiros. Neste sentido, entende o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião constitucional brasileiro, que diz:

(...) o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado (...). (STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008).

Ou seja, qualquer imigrante no Brasil pode exercer amplos direitos civis, dentre os quais o integral e gratuito atendimento pelo Sistema Único de Saúde, educação gratuita e programas sociais do Governo brasileiro.

Não se olvide também o rol de direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Di-

reitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e ainda a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose).

3.2 Direitos como imigrantes.

Há, tanto no direito internacional, quanto no Direito interno, direitos assegurados especificamente aos imigrantes, logo, aplicáveis aos indígenas Warao no Brasil.

A Declaração de Nova Iorque para os Refugiados e os Migrantes de 2016, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a Declaração de Cartagena Sobre os Refugiados de 1984, a Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Pessoas Refugiadas e Apátridas no Continente Americano de 2010, são importante instrumentos internacionais aplicáveis.

No Direito interno há duas leis aplicáveis especificamente: a Lei 9.474/97 – Estatuto dos Refugiados e a Lei 13.445/2017 – nova Lei de Migração brasileira.

3.2.1 A nova Lei de Migração brasileira.

Em 24 de maio de 2017 foi sancionada a nova lei brasileira de migração, nº 13.445/2017. Este moderno instrumento legal estabelece a política migratória brasileira nos seguintes termos:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: i - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; ii - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; iii - não criminalização da migração; iv - não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; v - promoção de entrada regular e de regularização documental; vi - acolhida humanitária; vii - desenvolvimento econômico, turístico, social, cultu-

ral, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; viii - garantia do direito à reunião familiar; ix - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; x - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; xi - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; xii - promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; xiii - diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante; xiv - fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas; xv - cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante; xvi - integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço; xvii - proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante; xviii - observância ao disposto em tratado; xix - proteção ao brasileiro no exterior; xx - migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas; xxi - promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e xxii - repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas. (Lei nº 13.445, 2017)

Como se percebe, o novo marco legislativo acerca dos imigrantes em solo brasileiro está em consonância com as hodiernas tendências de direitos humanos, e assegura aos imigrantes o reconhecimento dos seus direitos fundamentais, em igualdade com os nacionais, a partir dos princípios da solidariedade internacional, o acolhimento humanitário, a promoção de direitos, a cooperação in-

ternacional, e o fortalecimento da integração com os demais povos latino-americanos.

3.2.2 Acerca do *status* jurídico dos indígenas Warao.

O povo Warao, assim como todos os demais imigrantes venezuelanos têm à sua disposição duas possibilidades jurídicas de *status* imigratório perante o Direito brasileiro: a condição de refugiado ou a residência temporária.

Os dados divulgados pelo governo brasileiro (Presidência da República, 2018) indicam que até o momento já houve 35.540 solicitações de refúgio e 11,1 mil pedidos de residência temporária, sem, porém, distinguir quantos deste total são indígenas.

A lei brasileira n.º 9.474/97, adotando os critérios da Declaração de Cartagena Sobre Refugiados de 1984, ampliou as hipóteses de refúgio tradicionais:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: i - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; ii - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; iii - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (Lei n.º 9.474, 1997).

Portanto, a lei brasileira permite o instituto do refúgio a todos os estrangeiros que deixaram seu país de origem por “grave e generalizada violação de direitos humanos”, caso dos venezuelanos que chegam ao Brasil, incluindo os indígenas.

O problema do reconhecimento do *status* jurídico de refugiado para os indígenas Warao é que, por suas características migratórias próprias, eles desejam liberdade para idas e vindas entre Venezuela e Brasil, o que seria incompatível com a situação de refugiado.

Consequentemente, torna-se mais conveniente a eles a alternativa da residência temporária, acerca da qual diz a Lei n.º 13.445 (2017):

Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses: i - a residência tenha como finalidade: (...) c) acolhida humanitária; (...) i) reunião familiar.

Regulamentando a lei, como ato administrativo, a Portaria interministerial n.º 09 de 14 de março de 2018, detalha a residência temporária, especificando a situação dos indígenas:

Art. 1º - Esta Portaria regulamenta a autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul e países associados.

§ 1º - A autorização de residência de que trata o caput será de dois anos.

§ 2º - A hipótese de atendimento à política migratória nacional, prevista nesta Portaria, não prejudica o reconhecimento de outras que possam ser futuramente adotadas pelo Estado brasileiro em portarias próprias.

Art. 2º (...)

§ 1º - Caso o solicitante de autorização de residência seja indígena nacional de país fronteiriço e não possua os documentos elencados nos incisos III e IV, poderá ser aceito documento de identificação emitido pelo país de origem, acompanhado de autodeclaração de filiação, em virtude de sua situação de vulnerabilidade análoga às hipóteses previstas no § 2º do art. 68 do Decreto nº 9.199, de 2017. (...)

§ 3º - As certidões de nascimento e casamento mencionadas no inciso IV poderão ser aceitas independentemente de legalização e tradução.

§ 4º - Caso seja verificado que o imigrante esteja em situação de vulnerabilidade e impossibilitado de apresentar o documento previsto no inciso III, em casos análogos àqueles previstos no § 2º do art. 68 do Decreto nº 9.199, de 2017, tal documentação poderá ser substituída por sua cópia simples.

Art. 3º - O imigrante poderá requerer, no período de noventa dias anteriores à expiração do prazo de dois anos previsto no § 1º do art. 1º, autorização de residência com prazo de validade indeterminado desde que: I - não apresente registros criminais no Brasil; e II - comprove meios de subsistência. (Portaria interministerial n.º 09, 2018).

Assim, a legislação brasileira permite a residência temporária por dois anos, renovável por prazo indeterminado, com facilitação expressa de documentação no caso dos indígenas.

Desde abril de 2018, na fronteira do Brasil com a Venezuela há uma grande estrutura da “Operação Acolhida” das Forças Armadas brasileiras, juntamente com outros órgãos e agências, dentre os quais o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR e a Organização Internacional para as Migrações - OIM, através da qual o imigrante venezuelano, indígena ou não, recebe

atendimento médico e vacinas, faz sua opção por residência temporária ou refúgio humanitário e já adentra o território brasileiro com documentos que regularizam sua situação jurídica, permitindo-lhes trabalhar e viver em igualdade de condições com os brasileiros, ressalvadas as exceções constitucionais.

Logo, para os indígenas Warao, a possibilidade de residência temporária, a fim de regularizar seu *status* migratório no Brasil, é a mais adequada à sua condição de imigrante pendular, conferindo-lhe a amplos direitos no Brasil, e possibilitando-lhe idas e vindas ao país de origem.

3.3 Direitos como indígenas.

Na condição especial de indígenas, os Warao gozam de quase todos os direitos assegurados aos povos pré-colombianos brasileiros, com exceção do direito à terra tradicionalmente ocupada, adiante tratado.

3.3.1 Conforme declarações internacionais.

No plano internacional, duas importantes declarações de direitos indígenas são aplicáveis. A primeira é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, na qual se destacam os direitos à autodeterminação, autonomia em suas questões internas, a pertença étnica, a consulta nas tomadas de decisões que lhes afetem, como grupo indígena:

Artigo 3

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo 4

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

(...) Artigo 9

Os povos e pessoas indígenas têm o direito de pertencerem a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade ou nação em questão. Nenhum tipo de discriminação poderá resultar do exercício desse direito.

(...) Artigo 18

Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões. (ONU, 2007)

Outro instrumento de grande relevância internacional, no reconhecimento dos direitos indígenas, de natureza regional, é a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016, da qual se destacam o reconhecimento e respeito à pluriculturalidade, livre determinação, o repúdio à assimilação, preservação da identidade cultural, autonomia e instâncias decisórias próprias:

Artigo II

Os Estados reconhecem e respeitam o caráter pluricultural e multilíngue dos povos indígenas que fazem parte integrante de suas sociedades.

Artigo III

Os povos indígenas têm direito à livre determinação. Em virtude desse direito, definem livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo X

Repúdio à assimilação

1. Os povos indígenas têm o direito de manter, expressar e desenvolver livremente sua identidade cultural em todos os seus aspectos, livre de toda intenção externa de assimilação. 2. Os Estados não deverão desenvolver, adotar, apoiar ou favorecer política alguma de assimilação dos povos indígenas nem de destruição de suas culturas.

(...) Artigo XIII

Direito à identidade e à integridade cultural

1. Os povos indígenas têm direito a sua própria identidade e integridade cultural e a seu patrimônio cultural, tangível e intangível, inclusive o histórico e ancestral, bem como à proteção, preservação, manutenção e desenvolvimento desse patrimônio cultural para sua continuidade coletiva e a de seus membros, e para transmiti-lo às gerações futuras.

(...) Artigo XXI

Direito à autonomia ou à autogovernança

1. Os povos indígenas, no exercício de seu direito à livre determinação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, bem como a dispor de meios para financiar suas funções autônomas.

2. Os povos indígenas têm direito a manter e desenvolver suas próprias instituições indígenas de decisão. Têm também direito de participar da tomada de decisões nas questões que afetam seus direitos. Poderão fazê-lo diretamente ou por meio de seus representantes, de acordo com suas próprias normas, procedimentos e tradições. Têm ainda direito à igualdade de oportunidades de participar plena e efetivamente, como povos, de todas as instituições e foros nacionais, e a eles ter acesso, inclusive os órgãos deliberativos. (OEA, 2016).

Embora tais declarações de direitos tenham natureza de *soft law*, seus conteúdos são moralmente vinculantes, pelo princípio da boa-fé, na medida em que o Brasil a elas aderiu. Além disso, o teor destes documentos internacionais é compatível com a Constituição Federal e com o direito interno brasileiro.

3.3.2 Conforme a Constituição Federal brasileira.

O Brasil é um país multicultural e pluriétnico, e a Constituição Federal de 1988 garante o exercício dos direitos culturais indígenas e os direitos originários sobre as terras que eles tradicionalmente ocupam:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (Const., 1988, art. 231)

O problema reside no fato de que os indígenas Warao não são originários do Brasil, nem transfronteiriços, mas oriundos de uma região distante cerca de 800km da fronteira entre os países. Logo, nunca houve ocupação tradicional de terras por esta etnia no Brasil, não havendo tal direito.

Mas, à exceção deste direito à terra tradicional, o Brasil reconhece ao povo indígena Warao todos os direitos aplicáveis aos povos pré-colombianos, em sintonia com as declarações de direitos indígenas da ONU e da OEA.

3.3.3 Conforme a Convenção nº169- OIT.

A Convenção nº169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), foi internalizada no Direito brasileiro através do Decreto Legislativo nº143, fazendo parte do ordenamento jurídico interno. Dela se destaca:

Artigo 2º.

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.
2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e

os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

(...) Artigo 6.

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

(...) 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º.

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. (OIT, 1989).

Dos artigos destacados, a Convenção nº169-OIT determina a responsabilidade estatal de ações sistemáticas e coordenadas para a proteção de direitos indígenas, através de medidas que assegurem igualdade de oportunidades e direitos, plena efetividade dos direitos sociais e culturais, com absoluto respeito à identidade étnica

e suas instituições próprias, o direito à consulta, que deve ocorrer com boa-fé, e o respeito às escolhas de prioridades pelos próprios povos indígenas, que deverão participar da formulação, aplicação e avaliação de políticas públicas.

Considerando-se a posição atual do Supremo Tribunal Federal brasileiro de que os tratados que versam sobre direitos humanos têm caráter infraconstitucional e supralegal (RE 466.343, DJE 104 de 5-6-2009), pode-se concluir que a Convenção nº169-OIT goza de total compatibilidade com a Constituição Federal e a complementa, normatizando expressamente o reconhecimento do direito consuetudinário e a jurisdição indígena.

3.3.4 Da lei 6.001/73.

A lei 6.001/73, chamada de Estatuto do Índio foi elaborada a partir do viés assimilacionista, que preconizava a “integração dos índios à comunhão nacional”, razão pela qual é parcialmente incompatível com a Constituição Federal. Entretanto, na parte que permanece constitucional, há normas claras de proteção aos indígenas, extensíveis aos Warao, como no caso das terras, adiante tratadas.

3.3.5. Da atuação da FUNAI.

O órgão indigenista federal de proteção aos indígenas brasileiros é a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, criada pela lei 5.371/67, cujo Estatuto atual foi regulamentado pelo Decreto 9.010/2017.

Entretanto, a FUNAI ainda não está envolvida na proteção aos indígenas Warao, por não ter claro se a sua atuação deve se restringir apenas aos indígenas brasileiros e transfronteiriços ou também aos índios imigrantes. Embora seja a instituição que executa e coordena políticas públicas voltadas para as terras indígenas e povos indígenas, até o momento não atua perante os Warao em Boa Vista

e Pacaraima, conforme pesquisa de Yamada & Torelly (2018), e aguarda orientações administrativas sobre o assunto. Ainda segundo os mesmos autores, embora hoje a FUNAI trabalhe com 305 povos indígenas, sua atuação com indígenas urbanos é bastante limitada, seja por restrições orçamentárias, seja pela invisibilidade das demandas destes indígenas (Yamada & Torelly, 2018).

Entretanto, cabe destacar que o posicionamento dúbio da FUNAI, não se justifica, pois a Constituição Federal não limita a proteção aos índios brasileiros, nem o faz a Convenção nº169. Como se não bastasse, a Lei 5.371/67, que criou a FUNAI não restringe a atuação deste órgão aos índios brasileiros e transfronteiriços:

Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada «Fundação Nacional do Índio», com as seguintes finalidades: i - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados: a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais; b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de tôdas as utilidades nela existentes; c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional; d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;⁴ ii - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização; iii - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas; iv - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios; v - promover a educação de base apropriada do índio

4 Inciso claramente assimilacionista, incompatível com a atual Constituição brasileira de 1988.

visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;⁵ vi - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista; vii - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio. Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais. (Lei nº 5.371, 1967).

Além disso, diz o recente Decreto presidencial n.º 9.010/2017, que regulamenta atualmente as atividades da FUNAI:

Art. 2º A FUNAI tem por finalidade: i - proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União; ii - formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios: a) reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas; b) respeito ao cidadão indígena e às suas comunidades e organizações; c) garantia ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes; d) garantia aos povos indígenas isolados do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contatá-los; e) garantia da proteção e da conservação do meio ambiente nas terras indígenas; f) garantia da promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas; e g) garantia da participação dos povos indígenas e das suas organizações em instâncias do Estado que definam políticas públicas que lhes digam respeito; iii - administrar os bens do patrimônio indígena, conforme o disposto no art. 29, exceto aqueles cuja gestão tenha sido atribuída aos indígenas ou às suas comunidades, po-

5 Inciso claramente assimilacionista, incompatível com a atual Constituição brasileira de 1988.

dendo também administrá-los na hipótese de delegação expressa dos interessados; iv - promover e apoiar levantamentos, censos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre os povos indígenas, visando à valorização e à divulgação de suas culturas; v - monitorar as ações e serviços de atenção à saúde dos povos indígenas; vi - monitorar as ações e os serviços de educação diferenciada para os povos indígenas; vii - promover e apoiar o desenvolvimento sustentável nas terras indígenas, conforme a realidade de cada povo indígena; viii - despertar, por meio de instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indígena; e ix - exercer o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas. (Decreto presidencial n.º 9.010, 2017).

Como visto acima, não há regra legal restringindo a atuação da FUNAI apenas aos índios brasileiros e transfronteiriços. As normas que regem a própria FUNAI não fazem distinção, de modo que esta é incabível e não há espaço para o argumento de que os direitos indígenas somente serão aqueles relacionados à terra, pois a experiência dos Warao em Roraima demonstra que é possível haver a necessidade de proteção aos direitos indígenas desvinculados a ela.

3.3.6 A questão da terra

Como descrito acima, a Constituição brasileira de 1988 reconhece aos índios sua organização social, costumes, crenças tradicionais e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Significa dizer que os direitos são independentes e não condicionados, ou seja, podem ser exercidos ainda que sem a terra tradicionalmente ocupada, como aliás, já ocorre no caso dos indígenas que ainda pleiteiam a demarcação de seu território.

Por tanto, é inconstitucional qualquer interpretação restritiva de direitos indígenas, que os condicione à existência de um território ocupado tradicionalmente. Logo, os indígenas Warao gozam de todos os direitos conferidos aos indígenas brasileiros, com exceção da demarcação de terras tradicionalmente ocupadas, já que eles nunca ocuparam terras no Brasil.

Explica Karen Engle (2018) que a cultura como terra se baseia na cultura como patrimônio e as terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas fazem mais do que ajudar na produção de um conhecimento único, pois são cruciais para a reprodução deste conhecimento. Esta concepção mais forte de cultura, baseada na terra, gera as implicações de uma cosmovisão centrada também na terra.

Considerando-se a importância imaterial da terra como elemento imprescindível à reprodução cultural, o fato dos indígenas Warao não terem terra tradicionalmente ocupada no Brasil, não impede que o Governo brasileiro não lhes possa providenciar terras em outras modalidades jurídicas.

Tal possibilidade está expressamente prevista na Lei 6.001/73, que diz:

Art. 26. A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena.

Art. 27. Reserva indígena é uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.

Art. 28. Parque indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.

(...) Art. 29. Colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.

Art. 30. Território federal indígena é a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios. (Lei 6.001, 1973).

Para Vitorelli (2013), aqui o legislador não trata das terras tradicionalmente ocupadas, mas daquelas que a União adquiriu especialmente para os indígenas, não se confundindo com aquelas determinadas na Constituição Federal. Entretanto, uma vez que forem destinadas aos indígenas, estarão debaixo do regime jurídico do art. 231 da Carta Magna, como se fossem tradicionais. Ou seja, há a possibilidade de a União reservar uma parcela de terras e entregá-la aos indígenas, quando a terra tradicionalmente ocupada se mostrar insuficiente (Vitorelli, 2013).

Há ainda a possibilidade do parque indígena (como o famoso Parque Indígena do Xingu), que busca preservar simultaneamente a cultura indígena a proteção à fauna e flora. Aqui há duas características distintivas da reserva indígena: a ênfase na proteção do meio ambiente e a possibilidade de se mesclarem diversos povos indígenas com culturas e tradições distintas, no mesmo território (Vitorelli, 2013).

A colônia agrícola, continua Vitorelli (2013) não foi recepcionada pela Constituição, pelo seu conteúdo assimilacionista, pois partia da ideia, já superada, de que os índios ocupariam certo território, para ser trabalhado em conjunto com não índios, com o fim de “integração”.

Há ainda a hipótese de território federal, que teria o funcionamento similar a um estado, porém com descentralização administrativa da União e natureza jurídica de autarquia, com, pelo menos um terço da população indígena. No caso dos Warao, não atende à necessidade, por não ser um espaço exclusivamente indígena, e também ter intenção assimilacionista.

Das hipóteses acima, a mais adequada aos Warao seria a reserva indígena, através da qual a União poderia demarcar certo território para fins de uso exclusivo deste povo. Entretanto, é preciso atentar para o direito de consulta à autodeterminação dos povos Warao no Brasil, para que eles digam: a) se é o que desejam realmente; b) se concordam com a terra escolhida pela União, e se esta atende às suas necessidades.

Neste caso, a hermenêutica cabível envolveria os direitos constitucionais do art. 231, o direito à autodeterminação e à consulta previstos nas declarações de direitos e na Convenção nº169 da OIT e ainda os arts. 26 e 27 da Lei 6.001/73.

4. Alguns direitos em espécie aplicáveis ao povo Warao.

Sem maiores pretensões, cabe elencar, exemplificativamente, alguns direitos aplicáveis aos imigrantes indígenas venezuelanos em território brasileiro.

4.1 Reconhecimento da condição indígena.

Como já demonstrado, o fato dos Warao serem migrantes (não transfronteiriços) da Venezuela para o Brasil não lhes retira a prote-

ção jurídica na condição de índio, migrante e vulnerável. Aliás, tal vulnerabilidade dupla enseja atuação específica do poder público no reconhecimento e proteção.

Portanto, não basta conferir ao povo Warao direitos como imigrantes, mas é necessário o reconhecimento de seus direitos indígenas, em igualdade aos índios brasileiros, com exceção da terra tradicionalmente ocupada.

4.2 Direito ao acolhimento exclusivo.

A “Operação Acolhida” das Forças Armadas brasileiras em Roraima disponibilizou dois abrigos exclusivos para os indígenas Warao, um em Boa Vista e outro em Pacaraima, fato extremamente importante, por ser fundamental à preservação cultural. Entretanto, não é suficiente, sendo necessárias outras políticas públicas para a proteção e reprodução cultural, como parte do acolhimento.

Um curioso fato, observado *in loco* pelo autor, no abrigo dos Warao em Boa Vista, acerca da alimentação: o Exército brasileiro fornecia a refeições prontas aos índios, que eram recusadas, razão pela qual, os indígenas passaram a receber o alimento cru, para o preparo das refeições no modo tradicional, com a comida toda misturada numa única panela, cozida no fogo de chão, com a família reunida em volta. Este exemplo demonstra a necessidade de se observar a cultura, desde situações cotidianas, a partir da consulta, em qualquer nível.

O acolhimento não deve se resumir apenas ao recebimento dos indígenas em abrigos, mas este deve ser o ponto de partida, seguido de políticas públicas, respeitadas a consulta e a autodeterminação, que culminem com a destinação de terras na forma de reserva indígena, como já descrito.

4.3 Direito à autodeterminação.

A declaração de direitos sobre os povos indígenas da ONU, em seu artigo 3 e 4, e a declaração americana sobre os direitos dos indígenas, em seu artigo XXI, deixam claro o direito à livre determinação ou autogoverno dos povos indígenas, para buscar seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural, além do autogoverno em questões internas. No caso dos Warao, isto inclui decidir se migrarão para o Brasil, continuarão nele ou voltarão para a Venezuela.

No direito interno, há o art. 231 da Constituição Federal e o artigo 7 da Convenção n.º 169 – OIT, que se harmonizam com os documentos internacionais e permitem que os indígenas decidam suas próprias prioridades, em todas as questões que afetem seus direitos individuais ou coletivos.

4.4 Direito à consulta.

Os artigos 6 e 7 da Convenção n.º169 da OIT preveem ainda que os povos indígenas, e aqui se inclui o povo Warao, devem ser consultados e participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que os afete. Tal consulta se dará mediante procedimentos apropriados, seja através de suas instituições representativas, ou seja, diretamente ao povo interessado.

As declarações de direitos da ONU (artigo 18) e OEA (2016) (artigo XXI.2) igualmente estabelecem o direito à consulta, através de suas próprias instituições indígenas de decisão, tanto diretamente, quanto através de representantes, de acordo com as próprias normas e procedimentos.

Portanto, o direito à consulta deve ser observado no caso dos Warao, em todas as situações que lhes interesse, como o exercício de um direito indígena legítimo.

4.5 Direito à documentação.

Na prática, é comum os indígenas imigrantes chegarem no Brasil sem documentos ou com documentação incompleta. Para facilitar o processo de obtenção de residência temporária, para aqueles que assim optarem, a citada Portaria interministerial n.º 09 de 14 de março de 2018 especifica que, no caso específico dos indígenas, haverá uma relativização dos requisitos e uma simplificação, por considerá-los em situação de vulnerabilidade.

Aliás, Lei 13.445/2017 estabelece no art. 3º, inciso V, como um dos princípios da política migratória brasileira a “promoção de entrada regular e de regularização documental;”, ou seja, as ações governamentais brasileiras devem buscar a regularização documental, como um direito dos imigrantes.

É direito fundamental dos indígenas Warao obter documentos pessoais e ter sua estadia no Brasil legalizada, preferencialmente, na forma de residência temporária. No caso dos indígenas nascidos no Brasil é mais fácil a regularização documental. Porém, ainda que alguns não tenham obtido documentos pessoais na Venezuela, já há bastante experiência brasileira, através da Justiça Itinerante, de regularização documental de índios brasileiros, que pode ser aproveitada aos Warao.

4.6 Direito à educação indígena.

Além do direito a educação pública gratuita conferido por lei a todos os imigrantes, cabe o direito à educação indígena. A experiência federal, estadual e municipal na educação indígena deve ser aproveitada e adaptada para os indígenas Warao.

Atualmente existem ações individuais de voluntários para educação de crianças indígenas, mas é necessário que o Poder Público assuma tais ações para oferecer às crianças Warao a educação não apenas em língua portuguesa, mas também no idioma nativo.

Diz a Lei n.º 9.394/96, que regulamenta o ensino no Brasil, acerca da educação indígena:

Art. 32 (...) § 3º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

(...) Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilingüe e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos: I - proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;

(...) Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa.

§ 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas. (Lei nº 9.394, 1996).

Como visto acima, a educação indígena é diferenciada, bilíngue, intercultural, para proporcionar aos povos pré-colombianos a recuperação de suas memórias, reafirmação de suas identidades étnicas e a valorização de suas línguas e ciências. Além disso, todos os programas serão planejados com a consulta e participação dos povos interessados.

Como a imigração Warao ainda é novidade no Brasil, e a educação indígena não é exclusiva aos índios nascidos no Brasil, é necessário o desenvolvimento de políticas públicas específicas para

estes povos, a exemplo do que já ocorre com outras etnias, não como uma concessão estatal, mas como um direito constitucional.

4.7 Direito à saúde indígena.

No Brasil, o subsistema de atenção à saúde indígena é responsável pela prestação deste serviço público às 305 etnias brasileiras. A Lei n.º 8.080/90 disciplina a matéria nos seguintes termos:

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei.

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela Lei no 8.142, de 28 de dezembro de 1990, com o qual funcionará em perfeita integração.

(...) Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

(...) Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso. (Lei n.º 8.080, 1990).

A intenção do legislador ao criar o subsistema de atenção à saúde indígena foi considerar as especificidades culturais, com a consulta aos povos indígenas acerca da formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde.

No caso dos indígenas Warao que se encontram abrigados, tanto em Pacaraima quanto em Boa Vista, há atendimento de saúde, porém exercido como nos demais abrigos de imigrantes, sem diferenciação étnica.

Entretanto, a exemplo do que ocorre com as demais etnias indígenas, é necessário que o poder público brasileiro preste o atendimento sanitário através dos subsistemas indígenas, que consideram as peculiaridades culturais.

O antropólogo Soneghetti (2017) relata que os Warao no Brasil tem certas resistências culturais em relação à medicina tradicional, como o temor de terem suas crianças retiradas do convívio familiar no caso de uma internação por prazo indeterminado. Há ainda a insistência para que seus líderes e xamãs acompanhem os tratamentos médicos e também ministrem suas práticas tradicionais de cura.

Tal contexto, somado à dificuldade de compreensão do idioma espanhol e nativo, recomenda com urgência a criação de um subsistema de saúde focado especificamente no povo Warao.

5. Conclusão

Partindo-se da Constituição Federal brasileira, numa análise combinada com a legislação interna e os documentos internacionais, conclui-se que o povo indígena Warao goza dos direitos fundamentais conferidos a todos os que estão em território brasileiro, além dos direitos estabelecidos na lei de migrações e atos administrativos correlatos. Também lhes são aplicáveis os mesmos direitos conferidos aos indígenas brasileiros, com exceção da terra tradicionalmente ocupada, já que os Warao nunca ocuparam terra no Brasil.

Há que se destacar que o exercício dos direitos indígenas constitucionalmente previstos independe do critério de ocupação da terra, tratando-se de categorias aditivas e não, necessariamente,

cumulativas. Quaisquer interpretações jurídicas que condicionem o exercício de direitos indígenas à existência de terra tradicionalmente ocupada são inconstitucional.

Todos os órgãos públicos brasileiros, mormente a FUNAI, devem atuar também perante os Warao, já que as normas infraconstitucionais não restringem as políticas públicas indigenistas aos índios nascidos no Brasil ou transfronteiriços. Cabe destaque especial aos direitos à educação e à saúde, que devem considerar as peculiaridades culturais e linguísticas, a partir da cosmovisão Warao, em respeito à sua identidade.

Por fim, é preciso não apenas um olhar diferenciado sobre os Warao, mas também o desenvolvimento de políticas públicas específicas, organizadas, executadas e avaliadas por eles, no exercício do direito de consulta e de respeito à autodeterminação dos povos indígenas.

REFERÊNCIAS

Botelho, Emília Ulhoa; Ramos, Luciana Maria de Moura, y Tarragó, Eduardo. *Parecer Técnico N° 208/2017/SEAP/6ªCCR/PFDC*. Ministério Público Federal (MPF), 2017. Recuperado em 25/09/2018 de <http://csbbrasil.org.br/downloads/parecer-tecnico-n208-2017.pdf>.

Congresso da República Federativa do Brasil (1967). Lei nº5.371, de 05 de Dezembro de 1967. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências. Brasília, DF, Brasil: Congresso da República Federativa do Brasil. Recuperado em 28/09/2018 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm.

Congresso da República Federativa do Brasil (1973). Lei nº6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF, Brasil: Congresso da República Federativa do Brasil. Recuperado em 20/09/2018 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm.

Congresso da República Federativa do Brasil (1990). Lei nº8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, Brasil: Congresso da República Federativa do Brasil. Recuperado em 28/09/2018 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.

Congresso da República Federativa do Brasil (1996). Lei nº9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Brasília, DF, Brasil: Congresso da República Federativa do Brasil. Recuperado em 28/09/2018 de http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9394.htm.*

Congresso da República Federativa do Brasil (1997). Lei nº9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. *Brasília, DF, Brasil: Congresso da República Federativa do Brasil. Recuperado em 27/09/2018 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm.*

Congresso da República Federativa do Brasil (2017). Lei nº13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. *Brasília, DF, Brasil: Congresso da República Federativa do Brasil. Recuperado em 28/09/2018 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm.*

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). (1988). Brasília: Senado. Recuperado em 20/09/2018 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Engle, Karen (2018). *El Desarrollo indígena, una promesa esquivada*. Bogotá, Colômbia: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes.

Garcia-Castro, Alvaro A (2000). Mendicidad indígena: Los Warao Urbanos. *Boletín Antropológico nº 48. Enero-Abril, 2000, ISSN: 1325-2610. Mérida, Venezuela: Centro de Investigaciones Etnológicas - Museo Arqueológico - Universidad de Los Andes.*

G1 Roraima. (2017). Crianças venezuelanas aprendem português em “escola” improvisada dentro de abrigo em Roraima (23/08/2017). Recuperado em 26/09/2018 de <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/criancas-venezuelanas-aprendem-portugues-em-escola-improvisada-dentro-de-abrigo-em-roraima.ghtml>.

Instituto Brasileiro de Pesquisas e Estatísticas - IBGE. Indígenas. Brasília, DF, Brasil. Recuperado em 30/09/2018 de https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf.

Ministério da Justiça do Brasil (2018). Portaria Interministerial nº09 de 14 de março de 2018. Dispõe sobre a concessão de autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e países associados, a fim atender a interesses da política migratória nacional. Brasília, DF, Brasil: Ministério da Justiça do Brasil. Recuperado em 28/09/2018 de <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/cedula-de-identidade-de-estrangeiro/PORTARIAINTERMINISTERIALN9DE14DEMARODE-2018DirioOficialdaUnioImprensaNacional.pdf>.

Organização das Nações Unidas - ONU (2007). Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Nova Iorque, Estados Unidos da América. Recuperado em 20/09/2018 de http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf.

Organização das Nações Unidas - ONU (2016a). Declaração de Nova Iorque para os Refugiados e os Migrantes. Nova Iorque, Estados Unidos da América. Recuperado em 28/09/2018 de <http://www.globalcrrf.org/wp-content/>

uploads/2018/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Nova-Iorque-para-Refugiados-e-Migrantes.pdf.

Organização das Nações Unidas - ONU (2016b). Informe do Alto Comissariado das Nações Unidas para promoção e proteção dos direitos humanos dos migrantes em contexto de grandes deslocamento. *Nova Iorque, Estados Unidos da América. Recuperado em 27/09/2018 de https://digitallibrary.un.org/record/850283/files/A_HRC_33_67-ES.pdf.*

Organização dos Estados Americanos - OEA (2016). Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos. *Santo Domingo, República Dominicana. Recuperado em 20/09/2018 https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf*

Presidência da República Federativa do Brasil (2004). *Decreto n.º5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF, Brasil: Presidência da República Federativa do Brasil.* Recuperado em **28/09/2018** de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm.

Presidência da República Federativa do Brasil (2017). Decreto n.º9.010, de 23 de março de 2017. Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, remaneja cargos em comissão, substitui cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE e revoga o Decreto n.º 7.778, de 27 de julho de 2012. *Brasília, DF, Brasil: Presidência da República Federativa do Brasil.* Recuperado em **28/09/2018** de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9010.htm.

Presidência da República Federativa do Brasil. Casa Civil (2018). Perguntas e Respostas. Operação Acolhida - Fluxo migratório de venezuelanos. Brasília, DF, Brasil: Presidência da República Federativa do Brasil.. Recuperado em 27/09/2018 de <https://casacivil.gov.br/operacao-acolhida/perguntas-e-respostas>

Soneghetti, Pedro Coutinho Costa (2017). *Parecer Técnico N°10/2017 – SP/MANAU/SEA. Ministério Público Federal (MPF). Recuperado em 25/09/2018 de <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/parecer-tecnico-warao>.*

Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Brasil. Recuperado em 20/09/2018 de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

Vitorelli. Edilson (2013). *Estatuto do Índio*. Salvador, Brasil: Editora Juspodium.

Yamada, Erika, y Torelli, Marcelo, organizadores (2018). *Aspectos jurídicos da atenção aos indígenas migrantes da Venezuela para o Brasil*. Brasília, Brasil: Organização Internacional para as Migrações (OIM), Agência das Nações Unidas para as Migrações.

PARES EVALUADORES

Ricardo Tapía

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2750-1828>

Evaluador Internacional

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México y Coordinador Editorial de el Colegio de Morelos, México.

Clara Mercedes Blanco Ospina

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8640-8175>

Unicatólica

Margareth Mejía Genéz

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5142-5813>

Instituto de Educación Digital del Estado de Puebla

Mauricio Guerrero Caicedo

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6374-1701>

Director Programa de Comunicación - Universidad Icesi

Kelly Giovanna Muñoz

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7408-6108>

UAM-XOC, México.

Claudia Ximena Campo Cañar

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5352-3065>

Universidad del Cauca

Julián Tamayo

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7243-3401>

Institución Universitaria Colegios de Colombia

Ana Isabel García Muñoz

Investigador Junior (IJ)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4455-4534>

Universidad de Boyacá

Centro de investigación de la Cultura física (CICFI), de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova.

Marcela América Roa

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1481-211X>

Universidad de Boyacá

Jean Jader Orejarena

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0401-3143>

Universidad Autónoma de Puebla, México

Mildred Alexandra Vianchá Pinzón

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9438-8955>

Corporación Universitaria Minuto de Dios

Alexander Luna Nieto

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9297-8043>

Fundación Universitaria de Popayán

David Leonardo Quitián Roldán

Investigador Junior (IJ)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2099-886X>

Uniminuto, Villavicencio.

Jairo Vladimir Llano Franco

Investigador Senior (IS)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4018-5412>

Universidad Libre de Colombia Seccional

Esta obra fue editada por Editorial Diké S.A.S.
se terminó de imprimir en mayo de 2021