

El territorio en la Ley 70 de 1993 y la política pública para la población Afroantioqueña

Lucella Gómez Giraldo

Docente e investigadora del Instituto de Estudios Regionales,
Universidad de Antioquia. Correo electrónico:
lgomez@iner.udea.edu.co

Resumen

El “territorio” se ha constituido en un tema fundamental en las propuestas de políticas públicas que tienen como marco la Constitución de 1991, especialmente la referida a la titulación colectiva de tierras para las comunidades negras o afrodescendientes. En este artículo se pretende mostrar las propuestas territoriales que tienen como base un marco jurídico nacional y departamental (la Ley 70 de 1993, los documentos CONPES y las políticas públicas para la población afroantioqueña) y los problemas existentes en dichas políticas, con relación a las contradicciones, divergencias y omisiones, en asuntos que tienen que ver con la caracterización y diferenciación territorial de las comunidades negras, con la autoidentificación y con el reconocimiento como grupo étnico, con la protección jurídica e institucional del territorio y en general con la falta de correspondencia entre el discurso normativo e institucional y las realidades socio-territoriales.

Palabras Clave: Ley 70 de 1993; comunidades negras o afrocolombianas; autoidentificación; discriminación-exclusión; ocupación colectiva; asentamiento histórico y ancestral; desplazamiento rural e intra-urbano; políticas públicas.

El territorio en la Ley 70 de 1993 y la política pública para la población Afroantioqueña*

Presentación

El reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y de la población negra o afrocolombiana,¹ ha generado desde 1991 de acuerdo con los postulados de la Constitución Política de 1991 una nueva reconfiguración discursiva tanto en las comunidades indígenas y negras o afrocolombianas como en las propuestas gubernamentales. El “territorio” se ha constituido en un tema fundamental en las propuestas de políticas públicas que tienen como marco la Constitución de 1991, especialmente las referidas a los asuntos relacionados con los indígenas y las comunidades negras o afrodescendientes.

Para abordar este tema, se tendrán en cuenta dos consideraciones, la primera recoge de Lefebvre, la idea de que “el espacio no es un objeto científico separado de la ideología o de la política; siempre ha sido político y estratégico”² y de Montañez y Delgado, el concepto de territorio, como una construcción social, “un espacio de poder, de gestión y de dominio del Estado, de individuos, de grupos y organizaciones y de empresas locales, nacionales y multinacionales.”³ Igualmente, se considerará la advertencia expresada por Jorge Iván Cuervo Restrepo, de que “la Ley no es la política pública” y de que “en las leyes puede haber lineamientos de política pública, obligaciones específicas de realizarlas, e incluso manifestaciones mucho más específicas de lo que sería la política pública, según el grado de especificidad como esté elaborada.”⁴

Con este artículo se pretende mostrar, cuáles han sido los elementos que han definido a nivel conceptual y espacial, el territorio en la Ley 70 del 27 de agosto de 1993 que reconoce y reglamenta el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras,⁵ y

* Este artículo hace parte del informe final del Diplomado “Gobernabilidad, Políticas Públicas y Desarrollo Local”, adelantado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, entre el 29 de septiembre y el 3 de diciembre de 2009.

¹ Es importante advertir que el término “comunidades negras o afrocolombianas” será utilizado en este informe, de acuerdo al uso que ha sido dado en los diferentes documentos CONPES, ya que como se expresa en el documento CONPES 3310 “En Colombia, ambos términos son utilizados como forma de autoidentificación.” En: Consejo Nacional de Política Económica y social, CONPES. Departamento Nacional de Planeación. República de Colombia. Documento CONPES 3310. “Política de Acción Afirmativa para la población Negra o Afrocolombiana.” DNP - Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible, Ministerio del Interior y de Justicia. Versión aprobada. Bogotá, septiembre 20 de 2004, pág. 8

² Lefebvre, Henri. En: <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/geografia/osle/3.htm>. Consulta hecha el 30 de noviembre de 2010.

³ Montañez Gómez, Gustavo y Ovidio Delgado Mahecha. *Espacio, Territorio y Región: conceptos básicos para un proyecto nacional*. En: Cuadernos de Geografía, Vol. VII, No. 1-2, 1998, pág. 120-134, p. 122. En: http://www.geolatinam.com/files/Montanez_y_Delgado._1998.pdf. Consulta hecha el 15 de noviembre de 2010.

⁴ Cuervo Restrepo, Jorge Iván (2007). *Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana)*. En: Universidad Externado de Colombia. *Ensayos sobre Políticas Públicas*. Bogotá, págs. 65-95.

⁵ Para este informe final no se tendrá en cuenta las políticas públicas dirigidas a la población raizal y palenquera.

cuáles las estrategias, las acciones y los alcances que con respecto al territorio, se han planteado en el diseño, la formulación y la implementación de la “Política Pública para la población afroantioqueña,” publicada por la Gerencia de Negritudes de Antioquia en el 2009 y como respuesta a la Ordenanza 10 de 2007 “por la cual se adopta la política pública para reconocer y garantizar los derechos de las comunidades negras o afrodescendientes del departamento de Antioquia.”

Se trata de mirar la correspondencia entre las propuestas territoriales que tienen como base un marco jurídico nacional y departamental y las realidades locales y regionales y la relación entre el discurso normativo e institucional y su correspondencia con las prácticas de las políticas públicas.

1. La titulación colectiva de las tierras de comunidades negras o afrodescendientes y los alcances socio-territoriales

La titulación de tierras de las comunidades negras o afrocolombianas no fue reglamentada directamente por la Constitución de 1991, sino a través del artículo transitorio 55. Resultado de esta gestión fue la Ley 70 del 27 de agosto de 1993 que reconocía y reglamentaba el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, orientado a la ocupación de las tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico y “de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 1o. del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley.”⁶

El carácter de “Ocupación Colectiva” es explicado como: “el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción.” Igualmente, dichas tierras son consideradas “inalienables, imprescriptibles e inembargables.”⁷ Con el Decreto 1745 del 12 de octubre de 1995 se reconoció el derecho a la propiedad colectiva de las “tierras de las comunidades negras.”⁸ De acuerdo a este Decreto dicho territorio titulado colectivamente, sería administrado por la Junta del Consejo Comunitario,⁹ que estaría a cargo de su delimitación y asignación en usufructo

⁶ Ley 70 del 27 de agosto de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.” En:

http://afrocolombians.com/pdfs/LEY_70_1993_AFRO%5B1%5D.pdf. Consulta hecha el 15 de diciembre de 2009.

⁷ Ibid., Artículo 7 de la Ley 70 de 1993 (agosto 27).

⁸ El Decreto 1745 de 1995 (Octubre 12). Diario Oficial No. 42.049, del 13 de octubre de 1995. Ministerio del Interior “Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones.” En:

http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/Decretoslinea/1995/octubre/12/dec1745121995.pdf. Consulta hecha el 15 de diciembre de 2009.

⁹ A partir de la obtención de la personería jurídica número 0238, como Asociación Campesina Integral del Atrato, ACIA, el 18 de mayo de 1987, se inició la lucha por la obtención de los títulos colectivos, logrado por la Ley 70 de 1993. Por Acuerdo 21 del 9 de junio de 1988, se solicitó la destinación de un área de reserva forestal, para “el ordenamiento, cuidado, vigilancia y aprovechamiento de las comunidades.” Por Acuerdo 88 de 1987 del 30 de julio de 1987, se destinó dentro de la zona de reserva forestal del Pacífico un

“de las áreas de uso y aprovechamiento individual, familiar y comunitario.” (Artículo 11, parágrafo 6, Decreto 1745/95); y de la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva y por la integridad de los territorios titulados a la comunidad (artículo 11, parágrafo 4, Decreto 1745/95).

1.1 Elementos contradictorios en la Ley 70 de 1993: inclusiones y exclusiones territoriales

Un primer elemento problemático con respecto a la Ley 70 de 1993, está relacionado con los alcances que dicha ley ha tenido a nivel territorial; pues a pesar de que la titulación de tierras a las comunidades negras o afrocolombianas se aplicaría, no sólo en las zonas baldías, rurales y ribereñas de la cuenca del Pacífico, sino igualmente, a aquellas que tuvieran prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplieran con los requisitos establecidos en esta ley, como lo expresa el parágrafo 1º del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esto no se ha dado. Los términos en los que está expuesta dicha Ley 70 no avanza más allá de la aceptación de dicho Parágrafo 1º, pues con la definición de “zonas rurales ribereñas,” en el artículo 2, numeral 3, como “los terrenos aledaños a las riberas de los ríos señalados en el numeral anterior, (numeral 2. Ríos de la cuenca del Pacífico) se deja por fuera otras zonas del resto del país.

En el documento CONPES 3169 Política para la Población Afrocolombiana, publicado en mayo de 2002, se hace alusión a 80 títulos otorgados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, “en un área de 3.728.000 hectáreas, beneficiando a 36.359 familias localizadas en los departamentos del Chocó, Antioquia, Valle del Cauca, Cauca y Nariño.”¹⁰ Esto afirma que hasta este momento dicha titulación seguía estando focalizada en la Cuenca del Pacífico.

En el punto referido a “Estrategias y Acciones”, el numeral dos de dicho documento CONPES, expresaba que se debía “culminar el proceso de titulación colectiva de tierras para las comunidades negras del pacífico colombiano y zonas asimilables, y avanzar en el diseño de estrategias y ejecución de planes que permitan el fortalecimiento de los consejos comunitarios y el manejo autónomo de sus territorios. Así mismo, tomar medidas para la protección de los territorios tradicionales, titulados o no, de las comunidades negras.”¹¹ Como “zonas asimilables” aparecen las “zonas baldías, rurales y ribereñas” de las otras partes del país, término que aún seguía siendo muy vago, como lo muestra la orientación de las acciones hacia la cuenca del Pacífico, con el que el

área aproximada de 600.00 hectáreas, “ubicada en los municipios de Quibdó y Bojayá en el departamento del Chocó y Vigía del Fuerte en el departamento de Antioquia. Lucía Mercedes de La Torre, Asociación Campesina Integral de Atrato ACIA, *Historia de la Asociación Campesina Integral del Atrato-ACIA*, págs. 92 - 98. Consulta hecha en marzo de 2002., En:

http://www.rds.org.co/aa/img_upload/c1a230c6696a0e3d3ded4cbdbe1edfd7/acia.pdf.

Consulta hecha el 25 de febrero de 2010.

¹⁰ Departamento Nacional de Planeación. DNP, Ministerio del Interior. Documento CONPES, Consejo Nacional de Política Económica y Social. No. 3169 “Política para la población Afrocolombiana.” “Cambio para construir la paz”, Bogotá, mayo 23 de 2002, pág. 8. En: http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/DDTS/Ordenamiento_Desarrollo_Territorial/politica%20poblaci%C3%B3n%20afrocolombiana%203169.pdf. Consulta hecha el 08 de marzo de 2010.

¹¹ Ibíd., pág. 10

INCORA había adquirido el compromiso de titular 5 millones de hectáreas entre 1996 y el 2001.¹²

Para el 2007, se decía que la demanda de tierra por parte de las comunidades negras superaba la disponibilidad de “baldíos” de la Nación. “Y a pesar de que el Artículo Transitorio 55 en la Constitución de 1991 previo el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva en otras zonas de similares características a la del Pacífico, sobre estas áreas no se ha avanzado en el reconocimiento del derecho al territorio a la población afrodescendiente.”¹³

A los problemas de cobertura espacial con relación al reconocimiento de la propiedad colectiva a las comunidades negras o afrocolombianas, se agrega otro que tiene que ver con el uso de las categorías y la relación con los referentes históricos, socio-culturales y, económicos. El término “Ocupación Colectiva”, por ejemplo, definido en la Ley 70 de 1993 como “el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción,” deja por fuera a aquellas comunidades que siendo afro, han mantenido con la tierra una diversidad de situaciones ligadas a economías transitorias, a la supervivencia, a los conflictos, a los desplazamientos y a las relaciones establecidas con el resto de grupos sociales e institucionales.

A estas limitaciones se agrega otra que tiene que ver con las áreas inadjudicables en los procesos de titulación colectiva y que comprende, según el artículo 19 del Decreto 1745 de 1995 (octubre 12): los bienes de uso público, las áreas urbanas de los municipios, las tierras de resguardos indígenas, el subsuelo, los predios de propiedad privada, las áreas reservadas para la seguridad y defensa nacional, las áreas del sistema de parques nacionales y los baldíos destinados para adelantar planes viales y otros, los que constituyan reserva territorial del Estado y donde están establecidas las comunidades indígenas.¹⁴

La restricción de la titulación en áreas urbanas de los municipios, no se corresponde con el propósito de la Ley 70 de 1993, que tiene como finalidad “establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico.”¹⁵ Actualmente, un número significativo de personas reconocidas como afrocolombianos, están asentados en ciudades como Cali, Cartagena,

¹² Ibid., pág. 17

¹³ Grueso Castelblanco, Libia Rosario. (Coordinación Técnica del Plan y editora documento final). Documento propuesta plan nacional integral de largo plazo de la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal 2006-2019. Informe de Consultoría. Bogotá, DC. 31 de mayo de 2007, pág. 29

¹⁴ Copia Ministerio del Interior. Decreto 1745 de 1995 (octubre 12). “Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones.” En: Diario Oficial No. 42.049, del 13 de octubre de 1995.

¹⁵ Ley 70 del 27 de agosto de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.” En:

http://afrocolombians.com/pdfs/LEY_70_1993_AFRO%5B1%5D.pdf. Consulta hecha el 15 de diciembre de 2009.

Buenaventura, Barranquilla, Medellín, Tumaco, Quibdó, Turbo y Bogotá.¹⁶ La mayor parte de ellos están localizados en las zonas marginales, con condiciones de vida aún muy críticas y por lo general, relegados de los diferentes programas y acciones del Estado. Esta situación, viene generando una serie de problemas, que no se plantean ni se resuelven en la Ley 70 de 1993 ni aún, en las políticas existentes para la población afrocolombiana.¹⁷

Una de las mayores dificultades que ha tenido el avance de la ley 70 de 1993, tiene que ver con la pérdida de un alto porcentaje de territorios que ya habían sido declarados como colectivos y con la restitución efectiva de estas tierras¹⁸ y en segundo lugar, con la ausencia de políticas de tierras para la población afrocolombiana, que habita hoy en las ciudades y que han estado enfrentados a continuos desplazamientos rurales e intraurbanos. En este sentido, se afirma que “se carece de una política orientada al grueso de la población negra o afrocolombiana dispersa en campos y ciudades de nuestra geografía

¹⁶ Libia Grueso, June Marie Mow, Dilia Robinson Davis y Carlos Augusto Viáfara (Consultores). Plan integral de largo plazo para la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal. Propuestas para el Capítulo de Fortalecimiento de los Grupos étnicos y de las relaciones interculturales del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Bogotá, enero 15 de 2007, pág. 4. En:

http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_plan_integral_afro/Anexo%203.2.%20Medio%20Ambiente%20y%20Territorio.pdf. Consulta hecha el 15 de marzo de 2010, pág. 4

¹⁷ Entre estos documentos se tienen: la Ley 22 de 1981; el Decreto 1332 de agosto de 1992 (Comisión especial para las comunidades negras); Documentos CONPES 2589 de 1992 (Se da inicio al Programa BID-Plan Pacífico; Ley 70 de 1993; Ley 160 de 1994; el Decreto 2663 del 3 de diciembre de 1994; con el Decreto 1745 de 1995 (octubre 12); El CONPES No. 2909, cuyo documento se denomina “Programa de apoyo para el desarrollo y reconocimiento étnico de las comunidades negras,” 1997, Plan de Desarrollo Nacional (Salto Social); Comisión de estudios para la formulación del Plan de Desarrollo de las Comunidades Negras. “Hacia una nación pluriétnica y multicultural 1998-2002, DNPO, 1998. El CONPES No. 3162 de mayo de 2002 “lineamientos para la sostenibilidad del Plan Nacional de cultura 2001-29010; El CONPES No. 3169, denominado “Política para la población afrocolombiana,” 2002, Plan de Desarrollo Nacional (Cambio para construir la paz). El CONPES No. 3180, denominado “Programa para la reconstrucción y desarrollo sostenible del Urabá Antioqueño y Chocoano y bajo y medio Atrato. Ampliación del Conpes 3169 “Política para la población afrocolombiana,” 2002, Plan de Desarrollo Nacional (Cambio para construir la paz), El CONPES Ley 812 de 2002, denominado “Plan Nacional de Desarrollo de la Población Afrocolombiana,” 2002, Plan de Desarrollo Nacional (Cambio para construir la paz); El CONPES No. 3310 denominado “Política de Acción Afirmativa para la Población Negra o Afrocolombiana,” 2004, Plan de Desarrollo Nacional (Hacia un Estado Comunitario); documento “Plan integral de largo plazo para la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal (consultores Libia Grueso y otros, Bogotá, enero 15 de 2007) y el “documento propuesta Plan Nacional Integral de largo plazo de la Población Negra/Afrocolombiana, Palenquera y Raizal 2006-2019 (consultora Libia Grueso, 31 de mayo de 2007).

¹⁸ Las zonas rurales habitadas por comunidades afrocolombianas se han visto particularmente afectadas por el conflicto y sus habitantes han sido víctima de la violencia y el desplazamiento forzado. Sumado a ello, las presiones y usurpaciones de las empresas de palma, ganado y madera. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de que “el Estado ha informado sobre la existencia de ciertos avances en el proceso de restitución jurídica y material de los territorios usurpados a las comunidades, (...) hasta el momento no se ha logrado la restitución material efectiva de las tierras a las comunidades afrodescendientes.” CIDH. Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia. Numeral 113. En:

<http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaAfrodescendientes.sp/ColombiaAfros2009cap3-4.sp.htm>. Consulta hecha el 1 de abril de 2010.

que se encuentra en condiciones de marginalidad, exclusión e inequidad socioeconómica.”¹⁹

1.2 Las normas jurídicas y las prácticas políticas: las trabas en la gestión del territorio

La Ley 70 de 1993 delegó a los Consejos Comunitarios la responsabilidad de gestionar la titulación colectiva de las tierras de las comunidades negras o afrodescendientes; sin embargo, a pesar de haber sido expedida hace 17 años, los Consejos Comunitarios enfrentan enormes problemáticas organizativas y de gobernabilidad que se explican tanto por deficiencias en la normatividad vigente como por la indiferencia estatal que ha privilegiado la introducción de megaproyectos energéticos, viales, mineros, agroindustriales, turísticos y portuarios a los territorios colectivos de las comunidades negras.”²⁰

Como si fuera poco, estos proyectos están acompañados por una serie de medidas legislativas y administrativas que ha impulsado el Estado, las cuales menoscaban la integridad cultural y la autonomía territorial de los Consejos Comunitarios. Algunas de ellas son: el Código Minero (Ley 685 de 2001), la Ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos (Ley 1143 de 2007), el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007) y otras iniciativas como la Ley forestal (declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional) y el otorgamiento de tierras a personas foráneas.²¹

Lo anterior expresa la escasa protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de las comunidades negras y la falta de garantías constitucionales, frente a unas tierras que han sido consideradas, según el artículo 7 de la Ley 70 de 1993 como “inalienables, imprescriptibles e inembargables.” “Institucionalmente, se observa en los distintos niveles del gobierno debilidades en lo que respecta al reconocimiento y por ende aplicación y cumplimiento de la legislación especial para los grupos étnicos, las políticas nacionales no son apropiadas en lo territorial y no existen mecanismos permanentes de control y seguimiento a las acciones y ejecuciones.”²² A lo anterior se agrega, que “no hay concurrencia, no hay subsidiariedad, ni complementariedad en la ejecución de las políticas públicas para beneficio de la población afrocolombiana.”²³

¹⁹ Asociación Nacional de Alcaldes de Municipios con población afrodescendiente, AMUNAFRO. Informe políticas públicas para la población Afrocolombiana, Cali, 2005. En: <http://www.amunafro.com/politicaspublicas.html>. Consulta hecha el 26 de noviembre 2010.

²⁰ Gracia Hincapié, Liliana y Raúl Alejandro Delgado Montenegro. “Gestión territorial y ejercicios de gobernabilidad de las organizaciones étnico-territoriales de comunidades negras en contextos de modernización y desarrollo: una aproximación al Pacífico colombiano.” En: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12607.pdf>. Consulta hecha el 3 de 12 de 2010.

²¹ Ibid., PCDHDD, 2010.

²² Grueso, Libia, June Marie Mow, Dilia Robinson Davis y Carlos Augusto Viáfara (Consultores). Plan integral de largo plazo para la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal. Propuestas para el capítulo de fortalecimiento de los grupos étnicos y de las relaciones interculturales del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Bogotá, enero 15 de 2007. En: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_plan_integral_afro/Anexo%203.2.%20Medio%20Ambiente%20y%20Territorio.pdf. Consulta hecha el 15 de 03 de 2010.

²³ “Concurrencia. Cuando dos o más autoridades de planeación deban desarrollar actividades en conjunto hacia un propósito común, teniendo facultades de distintos niveles su actuación deberá ser oportuna y procurando la mayor

El desconocimiento de las políticas públicas para la población afrocolombiana por parte de gobernadores, alcaldes, funcionarios y organizaciones de las comunidades negras, las dificultades de acceso y la falta de divulgación de dichas políticas; los problemas generados en la coordinación interinstitucional, en la formulación y en la ejecución de dichas políticas, la falta de información estadística pertinente de la población afrocolombiana y la carencia de un plan de inversiones,²⁴ han impedido una eficaz gestión del territorio.

Esta situación se ve agravada por el debilitamiento de los procesos organizativos, generado, “por las diferencias y posturas internas, la falta de recursos y apoyos financieros para facilitar la consolidación de estas dinámicas y en materia de Derechos Humanos por la falta de seguridad para los líderes y activistas de estos procesos.”²⁵ La alta dispersión de los grupos que trabajan en las comunidades rurales y urbanas de los afrocolombianos como el discurso político que maneja cada grupo, son otras de las causas que se señalan como determinantes de una organización política frágil.²⁶ Además, “la dinámica política de las poblaciones afrocolombianas sugiere que sus líderes no han sido capaces de promover acciones que cambien este estancamiento socioeconómico.”²⁷

1.3 El autoreconocimiento de las comunidades como grupo étnico y su incidencia en el reconocimiento de la propiedad colectiva de tierras

La Constitución Política de 1991 declaró el carácter pluriétnico y multicultural de la nación mediante el Artículo Transitorio 55. Posteriormente, la Ley 70 de 1993, artículo 2, define a la Comunidad negra como “el conjunto de familias de ascendencia

eficiencia y respetándose mutuamente los fueros de competencia de cada una de ellas. Subsidiariedad. Las autoridades de planeación del nivel más amplio deberán apoyar transitoriamente a aquellas que carezcan de capacidad técnica para la preparación oportuna del plan de desarrollo. Complementariedad. En el ejercicio de las competencias en materia de planeación las autoridades actuarán colaborando con las otras autoridades, dentro de su órbita funcional con el fin de que el desarrollo de aquéllas tenga plena eficacia.” “Estas tres características no son aplicadas al momento de formular y ejecutar las políticas públicas para la población afrocolombiana.” En: Asociación Nacional de Alcaldes de Municipios con población afrodescendiente, AMUNAFRO. Informe de resultados políticas públicas para la población Afrocolombiana. Municipio de Buenaventura, 30 de abril de 2006, pág. 26-28. (Héctor Copete Calle 4B No. 31-12 Barrio Jhon f. Kennedy Buenaventura). En:

http://www.amunafro.com/documentos/informe_compes_3310.pdf. Consulta hecha el 15 de 3 de 2010.

²⁴ Ibíd., “El plan de inversiones para la ejecución de las políticas públicas para afrocolombianos de acuerdo con la Ley 152 de 1994 deben contener principalmente:

- a) La proyección de los recursos financieros disponibles para su ejecución y su armonización con los planes de gasto público;
- b) La descripción de los principales programas y subprogramas, con indicación de sus objetivos y metas nacionales, regionales y sectoriales y los proyectos prioritarios de inversión;
- c) Los presupuestos plurianuales mediante los cuales se proyectarán en los costos de los programas más importantes de inversión pública contemplados en la parte general;
- d) La especificación de los mecanismos idóneos para su ejecución.

“Estos aspectos no se han tenido en cuenta en la formulación de los documentos CONPES 2909 de 1997; 3169 del 2002 y 3310 del 2004. Los mismos se formularon sin especificar un programa de inversiones para beneficios de la población.”

²⁵ Op. Cit., Grueso, Libia, June Marie Mow, Dilia Robinson Davis y Carlos Augusto Viáfara (Consultores). Plan integral de largo plazo.

²⁶ Ministerio de Cultura. Panorama socioeconómico y político de la población afrocolombiana, raizal y palenquera. Retos para el diseño de políticas públicas. 2009, pág. 83

²⁷ Ibíd., pág. 4

afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.”²⁸

A partir del reconocimiento como grupo étnico, la idea de afirmarse espacial, social y culturalmente se constituyó en una de las estrategias fundamentales de las comunidades afrocolombianas. Aunque es importante advertir, que el autoreconocimiento es un proceso complejo y aún no acabado y que, aunque ha permitido avances aún presenta muchas dificultades: “por la forma como ha sido incluida la variable étnica en los diferentes registros de población y de censo que no reflejan adecuadamente las particularidades étnicas y por lo tanto inciden en que las personas sean clasificadas o ellas mismas se autoclasifiquen, de acuerdo con su apreciación generando diferencias considerables en los resultados.”²⁹ Así por ejemplo, en el Censo de 1993 la pregunta estaba dirigida a si la persona pertenecía a alguna etnia, grupo indígena o comunidad negra. Por su parte, la Encuesta Continua de Hogares de 2000 introduce un mecanismo de autoclasificación donde las personas deben responder “¿a cuál de las siguientes fotografías se asemeja su color de piel?”³⁰ Las preguntas que orientaron la Encuesta de calidad de Vida de 2003 eran: -¿de cuál de los siguientes grupos étnicos se considera usted?, raíz del archipiélago, palenquero o negro o negro, mulato (afrodescendiente) entonces es considerado afrocolombiano.³¹

Para el 2005, se esperaba que las preguntas relacionadas con la pertenencia étnica y territorialidad del Censo que realizaría el DANE, permitiría la ubicación, identificación y cuantificación de dicha población; sin embargo, una vez se obtuvieron los resultados de dicho Censo en el que la población que se autorreconoció como negra o afrocolombiana, incluyendo a los palenqueros y raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que llegó a 4.261.996 que representa el 10.5% población total del país, se hizo la siguiente advertencia:

Es importante señalar, que esta cifra corresponde a la población censada no ajustada. En este sentido, si bien estos datos pueden constituir referentes para el direccionamiento de políticas públicas, es necesario un adecuado proceso de ajuste y de complementariedad con otras fuentes estadísticas así como de estudios post-censales a fin de contar con mayor información acerca de la situación socio-económica de la población que permitan la formulación de respuestas de intervención acorde con sus necesidades. De otra parte, cabe destacar que independientemente de las cifras arrojadas por autoreconocimiento, se

²⁸ Copia Decreto 1745 de 1995 (octubre 12). Capítulo II. De los Consejos Comunitarios, Artículo 3. Definición. En: Diario oficial No. 42.049, del 13 de octubre de 1995.

²⁹ Consejo Nacional de Política Económica y social, CONPES. Departamento Nacional de Planeación. República de Colombia. Documento CONPES 3310. “Política de Acción Afirmativa para la población Negra o Afrocolombiana.” DNP - Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible, Ministerio del Interior y de Justicia. Versión aprobada. Bogotá, septiembre 20 de 2004, pág. 18. En:

<http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdirección/Conpes/3310.pdf>. Consulta hecha el 8 de marzo de 2010. Este documento estaba orientado a implementar una política de acciones afirmativas, a formular un plan integral de largo plazo y a “mejorar los sistemas de identificación, cuantificación y registro de la “población negra o afrocolombiana,” que ya había sido planteado en el CONPES 3169 de 2002.

³⁰Ibid., pág. 18.

³¹ Ibid., pág. 18.

hace referencia a la población negra/afrocolombiana, asumiendo como tal aquella que “hace presencia en todo el territorio nacional, de raíces y descendencia históricas, étnica y cultural africana nacidos en Colombia, con su diversidad racial, lingüística y Folclórica.”³²

La región del Pacífico y en particular el departamento del Chocó se constituía en el territorio donde se concentraba la mayor parte de la población que se autoreconoció como negra/afrocolombiana y las ciudades de Cali, Cartagena, Buenaventura, Barranquilla, Medellín, Tumaco, Quibdó, Turbo y Bogotá como las de mayor concentración de dicha población.³³

El Censo del 2005 plantea en números una situación que no se incluye en la Ley 70 de 1993, ni se ha mencionado en documentos posteriores con relación a la concentración de la población negra o afrocolombiana en algunas ciudades en las que no se plantea un retorno, sino la posibilidad de adquirir un nuevo asentamiento, una apropiación territorial que le permita adquirir condiciones de vida dignas y que se aleja de aquellos territorios vitales y ancestrales que plantea la Ley 70 de 1993.

Hasta el momento para las comunidades negras que han migrado a otras ciudades en busca de oportunidades o que han llegado de diferentes lugares del país, de territorios algunos considerados como colectivos y otros no, presionados por el conflicto armado, por empresas mineras, forestales, turísticas y por la construcción de hidroeléctricas, vías y otras infraestructuras, se viene solicitando una intervención del Estado “para atender de una manera diferenciada sus necesidades en estos contextos, con miras no sólo a superar su condición de pobreza sino, la protección de su identidad cultural y su supervivencia,”³⁴ sin aún plantearse una solución clara con respecto a las territorialidades, como tampoco se hace en el Plan integral de Largo Plazo, en el que los numerales 1 y 10 del punto “Etno-desarrollo, diversidad bio-cultural y territorio, se refieren, el primero al “Control y derechos de propiedad claros sobre los territorios colectivos que incluye la definición integral de territorio en términos de los recursos del subsuelo, flora y fauna” y segundo, señala la necesidad de garantizar seguridad territorial a través de acciones como: “inventario de tierras baldías, adquisición, titulación y dotación de tierras en el norte del Cauca, los valles interandinos y la región Caribe” y la “devolución de territorios ancestrales que han perdido las comunidades bien por expropiación o por venta bajo presión.”³⁵

El problema de la autoidentificación se constituye en un tema muy significativo, complejo y decisivo para la definición de los territorios posibles de ser considerados propiedad colectiva de las comunidades negras o afrocolombianas y aunque se han hecho intentos

³² Libia Grueso, June Marie Mow, Dilia Robinson Davis y Carlos Augusto Viáfara (Consultores). Plan integral de largo plazo para la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal. Propuestas para el Capítulo de Fortalecimiento de los Grupos étnicos y de las relaciones interculturales del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Bogotá, enero 15 de 2007, pág. 4. En: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_plan_integral_afro/Anexo%203.2.%20Medio%20Ambiente%20y%20Territorio.pdf. Consulta hecha el 15 de marzo de 2010. La cita corresponde a la “Definición contenida en el Marco Conceptual para la Elaboración del Plan Integral a Largo Plazo para la Población afrocolombiana y Raizal.”

³³ Ibíd., pág. 4

³⁴ Ibíd., pág. 6

³⁵ Ibíd., pág. 35

de autoidentificación y distribución geográfica de la población, no se ha avanzado en una caracterización diferenciada de cada uno de los municipios y departamentos implicados en dichas cuantificaciones. Las dificultades que se han presentado en los diferentes intentos de autoidentificación, particularmente a través de medios como el censo y las encuestas, pueden explicarse, por la ausencia de una contextualización histórica, social y cultural, que permita mirar cuales han sido los procesos de poblamiento, las formas de intervención económica, las condiciones sociales y las relaciones interculturales, las dinámicas políticas, las tensiones por el territorio y las formas organizativas de las personas o comunidades involucradas en las encuestas, que posibiliten un poco más de claridad con respecto a las territorialidades étnicas y culturales.

2. Política pública para la población afroantioqueña

2.1 El Territorio en la identificación y definición del problema

De acuerdo a lo expuesto hasta este momento, con relación a los elementos que han definido a nivel conceptual y espacial, el territorio en la Ley 70 del 27 de agosto de 1993 y el Decreto 1745 del 12 de octubre de 1995 que reconocen y reglamentan el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras y teniendo en cuenta las dificultades señaladas en dichas normas y en las políticas existentes para la población afrocolombiana, relacionadas con los alcances territoriales, el uso de categorías y referentes socio culturales, con las restricciones y la falta de garantías jurídicas e institucionales, se abordará la propuesta sobre la política pública para la población afroantioqueña y en particular, el manejo y el significado que en esta se ha dado al territorio con relación a la propiedad colectiva de dichas comunidades.

La identificación y definición del problema en la Política Pública para la Población Afroantioqueña, se plantea a través de ejes, el referido al territorio, aparece con las denominaciones: eje medio ambiente y territorio y eje medio ambiente y territorio-género. Para el Valle de Aburrá que aparece con el mayor número de habitantes afroantioqueños (596.117) con relación al Departamento de Antioquia,³⁶ los problemas están relacionados con: el “deterioro ambiental, inadecuado manejo de los residuos sólidos y líquidos, sobre explotación de los recursos naturales, excesivo y desordenado proceso de urbanización, escasa información e investigación ambiental y deficiente cumplimiento y aplicación de la legislación ambiental;”³⁷ la Subregión de Urabá le sigue al Valle de Aburrá con 381.152 habitantes afroantioqueños y con los siguientes problemas planteados en el Eje Medio Ambiente y Territorial-Género: “Insuficiente infraestructura de transporte, acelerado deterioro y agotamiento de los recursos naturales y aplicación de tecnologías y sistemas de producción que desconocen, tanto la importancia de la conservación como el valor estratégico de recursos como el agua y el

³⁶ De acuerdo a datos suministrados por el Departamento Nacional de Planeación en 1998, en el Valle de Aburrá se concentraba el mayor número de población negra en el departamento de Antioquia con 596.117 habitantes, seguido de Urabá con 381.152, Bajo Cauca con 119.211, Nordeste con 55.023, Suroeste con 41.306, Magdalena Medio con 40.378, Occidente con 39.234, Norte con 23.192 y Oriente con 14.055 habitantes. Gobernación de Antioquia. 2008-2011. Gerencia de negritudes. Política pública para la población afroantioqueña. Medellín, Aires Editores Asociados Ltda. 2009, pág. 19

³⁷ Ibíd., pág. 20

oxígeno;³⁸ para el Bajo Cauca con 119.211 habitantes afroantioqueños, se expresa sólo una problemática en el eje Medio ambiente y Territorio -Género, “la ausencia de un plan maestro y subregional de acueducto y alcantarillado.”³⁹

Para el resto de las subregiones con menos población afroantioqueña los problemas están relacionados con el manejo inadecuado de los recursos naturales, suelos, aguas y residuos, déficit de vías de acceso y medios de transporte, contaminación en la minería, proliferación de cultivos ilícitos, difíciles condiciones geográficas, escasa competitividad en el desarrollo ambiental, el no aprovechamiento de las capacidades y potencialidades y escasa cultura de prevención.

Según lo expresado, la problemática territorial se corresponde con los problemas ambientales y de conectividad. En ninguno de estos ejes aparecen problemas relacionados con la propiedad de la tierra, con lo que se ha considerado la minería ilegal, con las presiones de las grandes empresas, con las diferencias socioeconómicas que permitan orientar los procesos de titulación colectiva. Tampoco aquí, se hace un análisis de los problemas que se pueden generar entre los requisitos que establece la ley referida al derecho de la propiedad colectiva como las prácticas tradicionales de producción y la ocupación ancestral del territorio y la realidad de otros asentamientos donde habitan comunidades negras o afrocolombianas y que no necesariamente están establecidas sobre “zonas baldías, rurales y ribereñas” y que han estado supeditados a procesos de transformación territorial y a dinámicas económicas que no han permitido una ocupación ancestral de dichos territorios.

En cuanto a la pertenencia étnica y la territorialidad, en el eje de comunicación y cultura-género, para el Valle de Aburrá y Urabá donde se asienta en Antioquia el mayor número de población afroantioqueña, se plantean problemas relacionados con la desarticulación en los procesos culturales y deficiencia en los de información y comunicación, para el Bajo Cauca, además de los anteriores, se agrega la debilidad institucional y la pertenencia a sus ancestros. Para el resto de las subregiones, las acciones comunicativas y culturales no se corresponden con el fortalecimiento de las comunidades afro.

Si bien en el documento referido a la Política Pública para la Población Afroantioqueña no se hace referencia a los referentes utilizados en los procesos de autorreconocimiento, los resultados del Censo de 2005 si adelanta algunas conclusiones:

En el departamento de Antioquia, menos de un 15% de la población se autoreconoce como afrocolombiana y según el Censo del Dane de 2005, la mayoría de los afrodescendientes habitan la subregión de Urabá y estimaciones de las alcaldías de la zona de Urabá indican que un 50% de la población total (337.8865 en los 6 municipios priorizados de la subregión) es de este grupo étnico. En el caso de Caucasia, debido a la explotación minera del oro, se configuró históricamente una población flotante de comunidades afrocolombianas, hecho que se vio reforzado por el desplazamiento de esta comunidad desde departamentos como Bolívar Sucre y Córdoba; según el Dane, un 9%

³⁸ Ibíd., pág. 29

³⁹ Ibíd., pág. 21

(8.442) de la población de este municipio (87.532) se autoreconoce como afrodescendiente.⁴⁰

Posteriormente, para Medellín se realizó un ejercicio similar, en el estudio llevado a cabo por los investigadores García y Montoya,⁴¹ y aunque en dicha encuesta se obtuvieron resultados significativos con respecto al autorreconocimiento en algunos barrios y sectores de Medellín, con base en categorías como: “Negro”, “Moreno”, “Afrodescendiente”, “Palenquero” y “Raizal del Archipiélago”, aún quedan muchas inquietudes con respecto al contexto desde el cual se asume una de estas categorías; situación que es mucho más compleja, por los desacuerdos aún expresados actualmente con respecto a la categoría negro. El tema del autorreconocimiento con base en las distintas categorías ya anotadas, aún deja muchas inquietudes, como lo expresa la Corte en el Auto No. 005 de 2009:

Ha precisado la Corte que la definición de los miembros de las comunidades afrodescendientes, no puede fundarse exclusivamente en criterios tales como el “color” de la piel, o la ubicación de los miembros en un lugar específico del territorio, sino en “(i) un elemento “objetivo,” a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo,” esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.⁴²

El autorreconocimiento como una búsqueda para el reconocimiento socio-cultural y territorial, está articulado e inclusive determinado por otro problema que es fundamental para estas comunidades y para la política pública, como es el del desplazamiento. En la definición del problema se hace una crítica a la política pública sobre el desplazamiento forzado en Colombia, en particular al diseño de ésta, que parece tiene una participación muy restringida en particular con la población desplazada que se limita a avalar los proyectos institucionales ya formulados:

No existe claridad en la participación diferencial y planes de acción desde el diseño de la política pública y no es evidente en su aplicación. Las propuestas de la población de la comunidad afrocolombiana tanto del ámbito territorial y nacional no son consideradas por el gobierno territorial ni nacional. Se hace aplicación inconsulta de las políticas sin tener en cuenta las propuestas nuestras, invisibilizando y discriminando aún más por parte de las instancias institucionales como forma de exterminio a nuestra permanencia en el territorio como pueblo afrocolombiano, etnocidio.⁴³

⁴⁰ Presidencia. República de Colombia. Acción Social. Observatorio del Programa Presidencial de Derechos humanos y DIH. Diagnóstico de la situación de los municipios habitados por las comunidades afrocolombianas priorizadas por la Honorable Corte Constitucional en el departamento de Antioquia.

⁴¹ Montoya Arango, Vladimir y Andrés García Sánchez. Afrodescendientes en la ciudad de Medellín. Aprendizajes para una interculturalidad equitativa. Cartilla 1: *Así vivimos las y los afrocolombianos. Recuento del diagnóstico socioeconómico de las poblaciones afrodescendientes en las comunas 8 y 9 de Medellín*, págs. 11, 20, 29, 39 y 48.

⁴² República de Colombia, Corte Constitucional, Sala segunda de Revisión. Auto No. 005 de 2009. Protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado, págs. 5-6. En: www.movimientocimarron.org. Consulta hecha el 14 de julio de 2010.

⁴³ Gobernación de Antioquia. 2008-2011. Gerencia de negritudes. Política Pública para la población afroantioqueña. Medellín, Aires Editores Asociados Ltda. 20., pág. 42

Lo que se resalta es la ausencia de una interrelación entre la comunidad y las administraciones local, departamental y nacional; una política pública en la que la comunidad afrocolombiana no participa en la toma de decisiones, ni es producto de relaciones, ni de acuerdos. Por ello, se es muy insistente en la atención diferencial y preferencial que evite el desarraigo cultural y la exigencia de una política pública en igualdad de condiciones. Con respecto al territorio y al desplazamiento forzado, este texto se refiere a las responsabilidades que no han sido asumidas por el gobierno, en atención a una normatividad vigente como es la de la titulación colectiva de las comunidades negras, cuyas tierras son consideradas “inalienables, imprescriptibles e inembargables.”

En términos generales lo que se plantea con respecto a la política pública sobre el desplazamiento forzado y los problemas existentes en cada una de las subregiones donde se asienta población negra o afrocolombiana, es la inequidad social, económica, cultural y territorial, la escasa interlocución entre la sociedad civil y los gobernantes, el desconocimiento de la normatividad y de los derechos y deberes ciudadanos, poca credibilidad de la comunidad hacia los gobernantes, agravado por otros problemas como el de la centralización jerárquica en la identificación y el diseño de la política pública y la ausencia de una construcción colectiva. Situación que parece darse en las intervenciones que se vienen realizando en la cuenca del Pacífico, a través de Planeación Nacional, Ministerio del Interior y de Transporte y de otras instituciones que no tienen en cuenta o no les interesa las diferencias regionales y locales, los procesos históricos y las diferentes lógicas territoriales.

2.2 Fundamentos de la política pública

La situación de las comunidades afroantioqueñas en condiciones de inequidad social, económica y territorial y la necesidad de la comprensión de la identidad desde el conflicto, se constituyen en la base de la política pública que busca “el mejoramiento de la calidad de vida como ejercicio de ciudadanía activa, con un enfoque de derechos humanos y de reconocimiento de los derechos históricos y contemporáneos como grupo étnico.”⁴⁴

Dicha política se orienta en los fundamentos del Plan Integral de Largo Plazo de la Población Afrocolombiana basado en el “Desarrollo institucional” y “Desarrollo Organizativo” por medio de los cuales se fortalecerían “la gestión administrativa y gerencial de las entidades territoriales, con eficacia, eficiencia y transparencia” y la posibilidad de que las comunidades se organicen “para participar e incidir en las decisiones que le atañen, con posiciones, claridad, conocimiento e interés.”⁴⁵ De otra parte la política pública para la población afroantioqueña, también se apoya en las acciones afirmativas “orientadas a crear mecanismos para el mejoramiento de sus

⁴⁴ Gobernación de Antioquia. 2008-2011. Gerencia de negritudes. Política Pública para la población afroantioqueña. Medellín, AIRES Editores Asociados Ltda. 2009, pág. 57

⁴⁵ Grueso Castelblanco, Libia Rosario. (Coordinación Técnica del Plan y editora documento final). Documento propuesta plan nacional integral de largo plazo de la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal 2006-2019. Informe de Consultoría. Bogotá, DC. 31 de mayo de 2007, págs. 6-7

condiciones de vida”⁴⁶ y para superar las desigualdades y la exclusión. Desigualdades que son abordadas a partir de los principios; de compensación, de dominio, de autodeterminación, de reconocimiento y equidad y de derechos como grupo étnico.

Como grupo étnico, se refiere a las violaciones del derecho de igualdad y del derecho a la vida, en particular las relacionadas con la pérdida de territorio, por desplazamiento generados por conflicto armado, por el establecimiento de megaproyectos, como la “ampliación de la frontera agrícola con monocultivos lícitos (palma aceitera) e ilícitos; (coca)” por extracción y devastación de bosques y fumigación indiscriminada.⁴⁷

Se es muy insistente en el desconocimiento de sus territorios tradicionales, cuando se trata de la explotación de áreas estratégicas para la economía del país, situación que ha llevado a la “implementación de normas que comercializan los recursos naturales y los servicios ambientales,” como la Ley Forestal, que esta “dirigida a la privatización, al fomento de plantaciones forestales y a la venta de servicios ambientales sin reconocer el bosque como propiedad colectiva dentro de los territorios tradicionales o las tierras comunales.”⁴⁸

Con respecto al desarrollo institucional y organizativo, la Política Pública para la Población Afroantioqueña expone problemas muy significativos, que aunque expuestos de una manera general, toca problemas relacionados con el territorio. Uno de ellos tiene que ver con los mecanismos de participación política que están siendo desconocidos y que fueron habilitados por la Ley 70 de 1993, como lo plantea la propuesta del Plan Nacional Integral de largo plazo de la población Negra/Afrocolombiana, Palenquera y Raizal. Se trata de “los espacios de interlocución en la implementación y seguimiento de políticas públicas en todos los ámbitos de acción pública desde lo institucional y desde lo político administrativo en el nivel nacional, departamental y local”⁴⁹ y la Consulta Previa, como “un mecanismo de responsabilidad compartida entre el Estado y las comunidades

⁴⁶ “Por acciones afirmativas, se entienden las políticas y medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan y/o para lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tenga una mayor representación.” (Corte Constitucional, Sentencia T-31729.03-00. En: Consejo Nacional de Política Económica y social, COMPES. Departamento Nacional de Planeación. República de Colombia. Documento COMPES 3310. “Política de Acción Afirmativa para la población Negra o Afrocolombiana.” DNP – Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible, Ministerio del Interior y de Justicia. Versión aprobada. Bogotá, septiembre 20 de 2004, pág. 4. En: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/3310.pdf>. Consulta hecha el 8 de marzo de 2010.

⁴⁷ Gobernación de Antioquia, 2008-2011. Gerencia de negritudes. Política Pública para la población afroantioqueña. Medellín, AIRES Editores Asociados Ltda. 2009, pág. 69

⁴⁸ Ibíd., pág. 69

⁴⁹ “En este campo de participación se han constituido las Comisiones Consultivas de carácter nacional, distrital y departamental; los consejos directivos de las entidades públicas y organismos descentralizados en los que por lo general se da un espacio de participación a un delegado en representación de las comunidades negras.” Grueso Castelblanco, Libia Rosario. (Coordinación Técnica del Plan y editora documento final). Documento propuesta plan nacional integral de largo plazo de la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal 2006-2019. Informe de Consultoría. Bogotá, DC. 31 de mayo de 2007, pág. 13. En: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_plan_integral_afro/Anexo%203.2.%20Medio%20Ambiente%20y%20Territorio.pdf. Consulta hecha el 15 de marzo de 2010.

ancestrales en la búsqueda del pleno reconocimiento de los derechos de propiedad/usos ancestrales y mayor efectividad en la conservación de los bienes y usos ambientales.⁵⁰

Aunque se consideran “espacios de interlocución en la implementación y seguimiento de políticas públicas”, deben considerarse espacios de interlocución para la definición de problemas y el diseño de políticas públicas para esta población. Sin embargo, la participación de estas comunidades viene perdiendo efectividad, como se plantea en este mismo documento con respecto a los procesos organizativos e institucionales:

Las entidades territoriales de significativa influencia afrocolombiana son en su mayoría, administrativamente débiles, poco permeadas del componente étnico y sus derechos, presentan una precaria atención a la población y cumplimiento de la norma en materia de participación, consulta y concertación. Los municipios afro en su mayoría, basan su presupuesto en las trasferencias nacionales siendo los de la región Pacífica y Atlántica las más bajas del país; no cuentan con sistemas de planificación, sus estructuras administrativas son débiles y burocratizadas, su capacidad de gestión es reducida y carecen de indicadores para evaluar y orientar la gestión. Situación social de diversos sectores de la población afro en Colombia.⁵¹

Un tema de gran trascendencia se expone en el párrafo anterior, ligado a otro que tiene que ver con “la cada vez mayor concentración de competencias y recursos por parte del Gobierno Nacional con la consecuente pérdida de autonomía administrativa y financiera de los gobiernos locales,” que “han venido debitando los alcances que para la democracia de este país tiene la planeación y gestión del desarrollo desde lo local y sobre todo la inclusión de la ciudadanía a través de procesos de planeación y presupuestación participativa.”⁵²

La ley 715 de 2001, que reglamentó competencias y cambió el sentido de la descentralización, es decir, su sentido territorial, le incorporó la dimensión sectorial, con el Decreto 28 de 2008, por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones y se crea una Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica y recursos propios, destinada a hacer seguimiento al uso que los municipios, los departamentos y los resguardos indígenas hacen de los dineros del Sistema General de Participaciones. El acto legislativo 04 de 2007 y la ley 1176 de 2007, los cuales reformaron los artículos 346 y 347 de la Constitución Política de Colombia. Estas reformas, además de recortar los recursos del SGP a las entidades territoriales, separaron la participación para agua potable y saneamiento básico de la participación de propósito general, con lo cual al incorporar criterios sociales y no territoriales, como estaba dispuesto para la asignación de dichos recursos, se articulan los recursos del SGP a las

⁵⁰ Ibíd., pág.13

⁵¹ Ibíd., pág. 26

⁵² Sandoval Salazar, Martha Yaneth (Economista y directora del área económica social de la Corporación Viva la Ciudadanía). En defensa de la descentralización. Seminario Virtual Caja de Herramientas No. 185, Edición N° 00185 - Noviembre 20 de 2009 Bogotá, Colombia, pág. 1. En: <http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0185/index%20-%20pagina%204.html>. Consulta hecha el 15 de diciembre de 2009.

disposiciones de política pública sectorial desde el orden central, restando autonomía a los entes territoriales para formular políticas desde lo local.⁵³

Con los recortes a las transferencias y con otros problemas que tienen que ver con la apropiación de las regalías por parte del gobierno central y la atención a la población desplazada, “los municipios que se han concebido como punto de partida del desarrollo se les ha relegado al rol de ejecutores de las decisiones del Gobierno central, en servicios como la educación y la salud, competencias que hasta hoy destacan como las más importantes transferidas a las municipalidades colombianas.”⁵⁴ Situación que incide en los territorios colectivos de las comunidades negras, localizados la gran mayoría en municipios donde “históricamente la provisión de bienes públicos ha sido muy precaria, lo que hace que estos territorios cuenten con unas bases muy débiles de infraestructura física, social y productiva.”⁵⁵

La “autonomía” planteada en el artículo 47 de la Ley 70 de 1993 en el Capítulo VII “Planeación y fomento del desarrollo económico y social”, en el que expresa que “El Estado adoptará medidas para garantizarle a las comunidades negras de que trata esta ley el derecho a desarrollarse económica y socialmente atendiendo los elementos de su cultura autónoma,”⁵⁶ está aún por cumplirse; y aunque en el Plan Integral de largo plazo se plantean estrategias relacionadas con las Políticas sectoriales de Etnodesarrollo, “teniendo como factores vinculantes la cultura, el territorio y la productividad,” con miras a “la superación de la brecha social y económica producto de la discriminación y exclusión”,⁵⁷ se debe tener en cuenta no sólo los Actos Legislativos, que vienen cambiando la Constitución de 1991, sino también las políticas que cada vez más están dirigidas hacia la recentralización administrativa.

Finalmente, dentro de los fundamentos de la política pública para la población afroantioqueña y en general para la población afrocolombiana, se plantea la promoción y defensa de sus derechos como grupo étnico, sin embargo, “aquellos que han reclamado el derecho a la titulación colectiva del territorio y una solución a los problemas generados por las usurpaciones y los derechos reconocidos por la Constitución de 1991 y la Ley 70 de 1993, como los líderes de los consejos comunitarios, organizaciones de la sociedad civil, líderes afrodescendientes, maestros, los defensores de los derechos humanos afrodescendientes, han sido víctimas de ataques, abusos, persecuciones, detenciones arbitrarias, desplazamiento forzado; hostigados a partir de señalamientos como subversivos o autodefensas.”⁵⁸

⁵³ Ibíd., págs. 2-3

⁵⁴ Ibid., pág. 2

⁵⁵ Perffeti del Corral, Juan José. Estructura municipal y competitividad.

⁵⁶ Artículo 47 de la Ley 70 del 27 de agosto de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.”

⁵⁷ Grueso Castelblanco, Libia Rosario. (Coordinación Técnica del Plan y editora documento final). Documento propuesta plan nacional integral de largo plazo de la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal 2006-2019. Informe de Consultoría. Bogotá, DC. 31 de mayo de 2007, pág. 39-40. http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_plan_integral_afro/Anexo%203.2.%20Medio%20Ambiente%20y%20Territorio.pdf. Consulta hecha el 15 de marzo de 2010.

⁵⁸ CIDH. Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia. Numerales 63 y 64. En:

2.3 Ejes Medio-Ambiente y Territorialidad-Género en la construcción de la política pública y en el plan de acciones

El tema ambiental es el tema directriz del territorio, “en la medida en que por su riqueza se constituye en un elemento estratégico que aporta calidad de vida, poder de negociación y se convierte en referente de identidad.”⁵⁹ El tipo de modelo ambiental y la función de los recursos naturales es planteada como “un modelo interdependiente en lo social, lo económico, político – administrativo y territorial.”⁶⁰

Según lo expresado en el documento sobre la política pública para la población afroantioqueña, la problemática territorial se correspondía con los problemas ambientales y de conectividad. Situación que sigue siendo similar, en los criterios de clasificación del territorio en la construcción de la política pública y el plan de acciones: en el que desde lo territorial, Antioquia se caracteriza por la desconectividad subregional y nacional y la inequidad poblacional territorial,⁶¹ desde lo ambiental, el desaprovechamiento de los potenciales naturales de las planicies aluviales y marítimas, el desperdicio de suelos para usos agroindustriales, la poca vocación agropecuaria, la conversión de tierras productivas en fincas de recreo y el crecimiento de los cultivos ilícitos.⁶²

También se hace referencia a algunas amenazas y deterioro ocasionados por la sobreexplotación de los bosques, la contaminación, los procesos de sedimentación y colmatación, y la falta de programas de educación ambiental y se menciona la falta de correspondencia entre las normas expedidas por el gobierno y las acciones llevadas a cabo por éste. Iniciativas de políticas públicas como la Ley de Agua, Ley Forestal y Ley de Desarrollo Rural, que tienen una afectación directa sobre los territorios tradicionales y colectivos de la población negra/afrolombiana, son explicadas por la falta de reconocimiento como grupo étnico.⁶³ Sin embargo, el problema del territorio y medio ambiente en el marco de las políticas dirigidas a esta población, es mucho más complejo, ya que dicho territorio en este caso la cuenca del Pacífico, está inserto en un proyecto global de conservación de biodiversidad y promoción de un “desarrollo sostenible.” Como lo expresa Oslander, “las nuevas prácticas discursivas que han transformado la “naturaleza” en “medio ambiente,” formulan e implementan esta nueva política de la naturaleza en formas de legislaciones y proyectos de “desarrollo sostenible”.⁶⁴

<http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaAfrodescendientes.sp/ColombiaAfros2009cap3-4.sp.htm>. Consulta hecha el 1 de abril de 2010.

⁵⁹ Gobernación de Antioquia. 2008-2011. Gerencia de negritudes. Política Pública para la población afroantioqueña. Medellín, AIRES Editores Asociados Ltda. 2009, pág. 77

⁶⁰ Ibíd., pág. 77

⁶¹ Gobernación de Antioquia. 2008-2011. Gerencia de negritudes. Política Pública para la población afroantioqueña. Medellín, AIRES Editores Asociados Ltda. 2009, pág. 83

⁶² Ibíd., pág. 82

⁶³ Grueso Castelblanco, Libia Rosario. (Coordinación Técnica del Plan y editora documento final). Documento propuesta plan nacional integral de largo plazo de la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal 2006-2019. Informe de Consultoría. Bogotá, DC. 31 de mayo de 2007, pág. 32.

⁶⁴ Oslander, Ulrich. *Espacializando resistencia: perspectivas de “espacio” y “lugar” en las investigaciones de movimientos sociales*. En: Biblioteca Virtual Banco de la República. En: <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/geografia/osle/pres.htm>. Consulta hecha el 4 de diciembre de 2010.

La situación socio-política en el Pacífico colombiano está actualmente caracterizada por tres actores principales: el estado y sus varias intervenciones en forma de proyectos de desarrollo y conservación de la biodiversidad; un flujo creciente del capital externo, especialmente en el sector de extracción de oro y madera; y las actividades de movimientos sociales de las comunidades negras. Las políticas estatales de abandono de la región cambiaron en los años 80 con la formulación de un plan central de desarrollo (DNP 1983), basado en la construcción de una infraestructura, algunos servicios sociales y programas de desarrollo agrícola de escala pequeña. Como resultado de cambios radicales económicos con la política de ‘apertura’, se inauguró un plano más ambicioso, el Plan Pacífico en 1992 (DNP 1992). Más recientemente fue lanzado el Proyecto Biopacífico, que refleja los nuevos intereses del capitalismo global en la conservación de la biodiversidad casi legendaria del Pacífico colombiano (GEF/PNUD 1993). Existe ahora un gran interés en explorar esta región orientado a los recursos naturales, que se dejan utilizar en términos de tecnología genética y de usos farmacéuticos de la biodiversidad.[ii] Por otra parte, muchos de estos proyectos han atraído resistencia de las comunidades locales, que critican sobretodo el hecho de que han sido excluidas de la administración de estos proyectos y que además se ignoran realidades locales de la vida tradicional y de los métodos tradicionales del uso del bosque.⁶⁵

De acuerdo a lo planteado, el carácter de “Ocupación Colectiva” explicado en la Ley 70 de 1993 como: “el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción,” y teniendo en cuenta los contenidos del Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre el derecho al territorio y el reconocimiento del “derecho fundamental a la propiedad colectiva” y la noción del territorio acogida por la Corte “reconociendo que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales, (...) no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se pueden entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce,”⁶⁶ dichas políticas no se corresponde con las prácticas económicas, jurídicas, políticas y sociales adelantadas en dichos territorios, ni con las propuestas de los agentes promotores del “desarrollo.”

Frente a los problemas que se han planteado hasta el momento con respecto a las políticas públicas para la población afrocolombiana en el Plan Integral a Largo Plazo, se propone que para lograr el desarrollo humano sostenible en el marco de un modelo de etnodesarrollo propio para la Población negra o afrocolombiana, “no son suficientes las decisiones gubernamentales y los planes-documentos, se requieren cambios profundos en los sistemas de gobierno (internacionalmente se denomina “una nueva gobernanza” en

⁶⁵ Ibíd.

⁶⁶ Vega Henao, Juan Rodrigo. *Derechos patrimoniales en la gestión socioambiental de ecosistemas estratégicos. Caso en estudio: Corregimiento de Sapzurro, Municipio de Acandí, Chocó*. Tesis de grado para optar el título de Magister en Medio Ambiente y Desarrollo. Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Facultad de Minas, Escuela de Geociencias y Medio Ambiente, Medellín, 2009.

todos los niveles y respeto por parte de la institucionalidad del país de los procesos y decisiones que tome la población directamente involucrada.”⁶⁷

3. El territorio entre la Ley 70 de 1993 y las políticas públicas para la población afrocolombiana

Los pocos avances relacionados con el desarrollo institucional y organizativo, como el desconocimiento normativo, la desarticulación en los programas, la baja capacidad de gestión, la falta de coordinación interinstitucional, falta de liderazgo y compromiso social, debilitamiento de las formas organizativas, el despilfarro y la corrupción, los problemas fiscales y económicos, dejan un panorama desalentador con respecto a los avances de la política pública para la población afrocolombiana, cada vez más alejada de la comunidad, menos participativa e incluyente con una tendencia al desconocimiento de las organizaciones sociales, políticas y normativas. “Se observa en los distintos niveles del gobierno debilidades en lo que respecta al reconocimiento y por ende aplicación y cumplimiento de la legislación especial para los grupos étnicos, las políticas nacionales no son apropiadas en lo territorial y no existen mecanismos permanentes de control y seguimiento a las acciones y ejecuciones.”⁶⁸

En general se coincide que aunque se evidencian avances con respecto al reconocimiento de la diversidad étnica y se hayan adelantado algunas acciones dirigidas al mejoramiento de las condiciones de vida de esta población, su situación sigue siendo muy crítica. Se agrega que inclusive algunos instrumentos de política pública inciden de una manera negativa en el contexto del conflicto armado, ya que “no reconocen y/o no incluyen a esta población como sujeto de derechos colectivos en su condición de grupo étnico.”⁶⁹ Entre los sectores vulnerables en el Programa y la Política de Seguridad Democrática, no se incluye la categoría de Afrocolombianos. Igualmente aún no cuenta con una política pública de protección en salud y seguridad social como grupo étnico diferenciado.

Las entidades territoriales de significativa influencia afrocolombiana son en su mayoría, administrativamente débiles, poco permeadas del componente étnico y sus derechos, presentan una precaria atención a la población y cumplimiento de la norma en materia de participación, consulta y concertación. Los municipios afro en su mayoría, basan su presupuesto en las transferencias nacionales siendo los de la región Pacífica y Atlántica las más bajas del país; no cuentan con sistemas de planificación, sus estructuras

⁶⁷ Grueso Castelblanco, Libia Rosario. (Coordinación Técnica del Plan y editora documento final). Documento propuesta plan nacional integral de largo plazo de la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal 2006-2019. Informe de Consultoría. Bogotá, DC. 31 de mayo de 2007, pág. 13

⁶⁸ Libia grueso, June Marie Mow, Dilia Robinson Davis y Carlos Augusto Viáfara (Consultores). Plan integral de largo plazo para la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal. Propuestas para el Capítulo de Fortalecimiento de los Grupos étnicos y de las relaciones interculturales del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Bogotá, enero 15 de 2007, pág. 7-8. En:

http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_plan_integral_afro/Anexo%203.2.%20Medio%20Ambiente%20y%20Territorio.pdf. Consulta hecha el 15 de marzo de 2011.

⁶⁹ Ibíd., pág. 16

administrativas son débiles y burocratizadas, su capacidad de gestión es reducida y carecen de indicadores para evaluar y orientar la gestión.”⁷⁰

Finalmente, vale la pena resaltar que la conclusión a la que se ha llegado en gran parte de estos documentos con respecto a los efectos negativos adelantados en las políticas públicas dirigidas a la población negra o afrocolombiana tiene que ver con la persistencia en la “discriminación-exclusión-marginalización, genocidio y desterritorialización.”⁷¹

Algunas consideraciones finales

Se podría concluir que el término “territorio”, en las políticas públicas para la población afroantioqueña e inclusive afrocolombiana está referido a la categoría ambiental, a problemas ambientales y de conectividad, dejando por fuera la idea del territorio como una dimensión política e histórica.

En los documentos revisados referidos a las políticas públicas para la población negra o afrocolombiana al igual que en las normas referidas a ello, está ausente una caracterización y diferenciación territorial de tipo municipal y departamental, un análisis de aquellos lugares donde sigue asentada un número significativo de población negra o afrocolombiana y que se consideran “territorios ancestrales aún no reconocidos”; sin embargo no basta el autoreconocimiento de dicha población como se ha venido haciendo a través de algunas encuestas y censos, es necesario una caracterización económica, social, cultural y político administrativa más detallada de dichos territorios, ya que no se corresponden necesariamente con aquellos otros territorios que han sido definidos como ancestrales y en los que los procesos de asentamiento, apropiación socio espacial, sentidos de pertenencia, apropiación territorial, no cumplen los requisitos planteados en la Ley 70 de 1993. Tampoco se presenta en estos documentos ni en las normas referidas a los afrocolombianos alternativas territoriales para las poblaciones que se han asentado en las ciudades.

Si bien se advierte que “dada la gran heterogeneidad en el interior de la población afrocolombiana, las políticas públicas deben ser los suficientemente flexibles y en espacial, considerar las fuertes diferencias sociodemográficas y socioeconómicas resultantes del proceso de urbanización desigual y de factores institucionales particulares (discriminación) en las distintas regiones donde habitan los afrocolombianos,”⁷² es necesario, además de un reconocimiento histórico, socio cultural y político de los municipios y las localidades que han entrado al inventario de los territorios caracterizados de población negra o afrocolombiana y un estudio más detallado de su población, la cual históricamente, también se ha enfrentado a dinámicas sociales y culturales muy particulares, que han incidido en las identidades y las pertenencias.

⁷⁰ Grueso Castelblanco, Libia Rosario. Coordinación Técnica del Plan y editora documento final. Documento propuesta plan nacional integral de largo plazo de la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal 2006-2019. Informe de Consultoría. Bogotá, DC. 31 de mayo de 2007. En: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_plan_integral_afro/Anexo%203.2.%20Medio%20Ambiente%20y%20Territorio.pdf. Consulta hecha el 15 de marzo de 2010.

⁷¹ Ibíd., pág. 33

⁷² Ibíd., pág. 40

Es importante entonces, una nueva mirada a los términos como está expuesta dicha Ley 70 de 1993, que sólo deja clara su relación con relación a la población asentada los territorios colectivos de la cuenca del Pacífico. Conceptos, como “Tierras Baldías” y “Prácticas Tradicionales de Producción”, “asentamiento histórico y ancestral,” no resultan pertinentes en la aplicación de territorios diferentes al del la Cuenca del Pacífico y deja por fuera a aquellas comunidades que siendo afro, han mantenido con la tierra una diversidad de situaciones ligadas a economías transitorias, a la supervivencia, a los conflictos, a los desplazamientos.

Tampoco se hace claridad en las normas, ni en los documentos CONPES, ni en los referidos a las políticas públicas para la población afrocolombiana de temas que tienen que ver con el territorio, como el de las jurisdicciones entre los territorios colectivos los municipios y los resguardos. Tema de gran importancia en la definición de las autonomías y las acciones referidas a las políticas públicas.

Referencias Bibliográficas

Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional; Observatorio del Programa Presidencial de Derechos humanos y DIH. Diagnóstico de la situación de los municipios habitados por las comunidades afrocolombianas priorizadas por la Honorable Corte Constitucional en el departamento de Antioquia.

Asociación Nacional de Alcaldes de Municipios con población afrodescendiente, AMUNAFRO. Informe políticas públicas para la población Afrocolombiana, Cali, 2005. En: <http://www.amunafro.com/politicasppublicas.html>.

Biblioteca Luis Ángel Arango. Lefebvre y la Política del Espacio. En: <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/geografia/osle/3.htm>

CIDH. Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia. En: <http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaAfrodescendientes.sp/ColombiaAfros2009cap3-4.sp.htm>.

Congreso de la República. Ley 70 del 27 de agosto de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.” En: http://afrocolombians.com/pdfs/LEY_70_1993_AFRO%5B1%5D.pdf

COMPES No. 3162 de mayo de 2002 “lineamientos para la sostenibilidad del Plan Nacional de cultura 2001-29010.

_____ No. 3169, denominado “Política para la población afrocolombiana,” 2002, Plan de Desarrollo Nacional (Cambio para construir la paz).

_____ No. 3180, denominado “Programa para la reconstrucción y Desarrollo sostenible del Urabá Antioqueño y Chocoano y bajo y medio Atrato. Ampliación del Conpes 3169.

_____ No. 3310. “Política de Acción Afirmativa para la población negra o afrocolombiana.” DNP - Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible, Ministerio del Interior y de Justicia. Versión aprobada. Bogotá, septiembre 20 de 2004.

Corte Constitucional, Sala segunda de Revisión. Auto No. 005 de 2009. Protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado. En: <http://www.movimientocimarron.org>.

Cuervo Restrepo, Jorge Iván (2007). *Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana)*. En: Universidad Externado de Colombia. *Ensayos sobre Políticas Públicas*. Bogotá, pág. 65-95, pág. 77

De La Torre, Lucía Mercedes. Asociación Campesina Integral de Atrato ACIA, *Historia de la Asociación Campesina Integral del Atrato-ACIA*, [en línea], marzo de 2002, En: http://www.rds.org.co/aa/img_upload/c1a230c6696a0e3d3ded4cbdbe1edfd7/acia.pdf, págs. 92 - 98.

Gobernación de Antioquia. 2008-2011. Gerencia de negritudes. Política Pública para la población afroantioqueña. Medellín, Aires Editores Asociados Ltda. 2009.

Gracia Hincapié, Liliana y Delgado Montenegro, Raúl Alejandro. *Gestión territorial y ejercicios de gobernabilidad de las organizaciones étnico-territoriales de Comunidades Negras en contextos de modernización y desarrollo: una aproximación al Pacífico colombiano*. En: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12607.pdf>

Grueso, Libia, June Marie Mow, Dilia Robinson Davis y Carlos Augusto Viáfara (Consultores). Plan integral de largo plazo para la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal. Propuestas para el Capítulo de Fortalecimiento de los Grupos étnicos y de las relaciones interculturales del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Bogotá, enero 15 de 2007, pág. 4. En: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_plan_integral_afro/Anexo%203.2.%20Medio%20Ambiente%20y%20Territorio.pdf.

Grueso Castelblanco, Libia Rosario. (Coordinación Técnica del Plan y editora documento final). Documento propuesta plan nacional integral de largo plazo de la población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal 2006-2019. Informe de Consultoría. Bogotá, DC. 31 de mayo de 2007.

Ministerio de Cultura. Panorama socioeconómico y político de la población afrocolombiana, raizal y palenquera. Retos para el diseño de políticas públicas. 2009, pág. 83

Montañez Gómez, Gustavo y Ovidio Delgado Mahecha. "Espacio, Territorio y Región: conceptos básicos para un proyecto nacional." En: Cuadernos de Geografía, Vol. VII, No. 1-2, 1998, pág. 120-134, pág. 122. En: http://www.geolatinam.com/files/Montanez_y_Delgado._1998.pdf.

Montoya Arango, Vladimir y Andrés García Sánchez. *Afrodescendientes en la ciudad de Medellín. Aprendizajes para una interculturalidad equitativa. Cartilla 1 "Así vivimos las y los Afrocolombianos. Recuento del Diagnóstico Socioeconómico de las poblaciones afrodescendientes en las comunas 8 y 9 de Medellín.*

Oslender, Ulrich. *Espacializando resistencia: perspectivas de "espacio" y "lugar" en las investigaciones de movimientos sociales*. En: Biblioteca Virtual Banco de la República. <http://www.banrepvirtual.org/blaavirtual/geografia/osle/pres.htm>.

Presidencia de la República. Decreto 1745 de 1995 (Octubre 12). Diario Oficial No. 42.049, del 13 de octubre de 1995. Ministerio del Interior "Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del

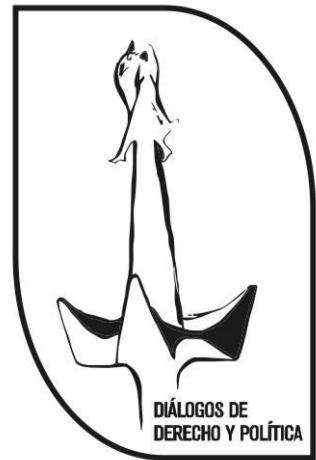
derecho a la propiedad colectiva de las “tierras de las comunidades negras” y se dictan otras disposiciones.” En:

http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/Decretoslinea/1995/octubre/12/dec1745121995.pdf.

Sandoval Salazar, Martha Yaneth (Economista y directora del área económica social de la Corporación Viva la Ciudadanía). En defensa de la descentralización. Seminario Virtual Caja de Herramientas No. 185, Edición N° 00185 - Noviembre 20 de 2009 Bogotá D. C. Colombia. En:

<http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0185/index%20-%20pagina%204.html>

Vega Henao, Juan Rodrigo (2009). *Derechos patrimoniales en la gestión socioambiental de ecosistemas estratégicos. Caso en estudio: Corregimiento de Sapzurro, municipio de Acandí, Chocó.* Tesis de grado para optar el título de Magister en Medio Ambiente y Desarrollo. Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Facultad de Minas, Escuela de Geociencias y Medio Ambiente, Medellín.



Dinámica de la relación entre derecho y territorio en el marco de la intervención urbanística del barrio Moravia de Medellín

Clemencia Uribe Restrepo

Abogada, Especialista en Derecho de Familia y Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico:
clemenciaur@gmail.com

Resumen

En este artículo se realiza un análisis de la intervención urbanística del barrio Moravia de la ciudad de Medellín, fundamentalmente en los programas y proyectos relativos a la regularización integral, al reasentamiento de la población y a la reubicación de parte de la población que se efectuó por fuera del Plan Parcial de Moravia. Asimismo, se destacan situaciones en las cuales son evidentes las dinámicas de la relación entre derecho y territorio, en el sentido de cómo se crean normas para intervenir y adecuarse a las realidades territoriales, al tiempo que se señalan las tensiones que pueden surgir de dicha relación.

Palabras clave: Derecho y territorio; intervención urbanística; vivienda digna; barrio Moravia.

Dinámica de la relación entre derecho y territorio en el marco de la intervención urbanística del barrio Moravia de Medellín*

1. Consideraciones Preliminares

1.1. Sobre la relación Derecho y Territorio en la intervención urbanística del barrio Moravia de Medellín

Al llevarse a la práctica una intervención urbanística en un asentamiento informal como es el caso del Macroproyecto que actualmente se lleva a cabo en el Barrio Moravia de Medellín, se hacen evidentes las relaciones entre derecho y territorio, dos construcciones socio-culturales que se determinan, crean y recrean mutuamente, de acuerdo a la realidad en que coexisten

Ante una realidad territorial, como lo es la consolidación de un asentamiento humano informal, dentro de una ciudad que pretende conducirse dentro de la formalidad, el derecho debe adaptarse, reconstruirse a partir de esa realidad en la cual interviene -a fin de posibilitar el cumplimiento de los fines del Estado, y a la vez servir a los individuos como garantía para reclamar de éste el cumplimiento de sus necesidades-, así se evidencia la intervención del Territorio en la construcción del Derecho; y, la intervención del Derecho en el Territorio implica la creación de normas, como por ejemplo, el plan parcial, para redefinir mediante ellas, modelos de ocupación y formas de apropiación del territorio, de origen popular.

El Barrio Moravia se conformó dentro de sus propias lógicas, sin contar durante mucho tiempo con el acompañamiento institucional, desde sus primeros ocupantes, hasta los que actualmente la habitan -hoy considerados moradores-, crearon ese territorio buscando satisfacer su necesidad de vivienda, en una ciudad que no les brindaba posibilidades de acceso a suelo urbano dentro de la formalidad, a causa de su precaria condición económica.

Resulta particularmente evidenciable la manera como el derecho, mediante normas interviene para redefinir ese modelo de ocupación informal; para tal propósito, y en virtud de la descentralización administrativa, el Estado a través de los entes territoriales, encuentra en la ley 388 de 1997 una forma directa de intervenir en el territorio, mediante los Planes de Ordenamiento territorial. Para el caso en estudio, la administración municipal de Medellín, mediante el Acuerdo 62 de 1999 revisado y aprobado por el Acuerdo 23 de 2000, a fin de cumplir con planes de gobierno nacional, departamental y municipal, ubica a Moravia como una centralidad barrial con especificaciones para tener tratamiento urbanístico de mejoramiento integral; es decir, se crea una norma jurídica para reconocer una realidad social; y a partir de ello, producir otras normas que sirvan de

* El presente artículo hace parte del informe final del trabajo de investigación *DERECHO Y TERRITORIO EN EL CONTEXTO URBANO. Análisis del Macroproyecto Intervención Urbanística en el Barrio Moravia de Medellín*, que realizó la autora para optar al título de Magíster en Derecho, modalidad de investigación, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

instrumentos de gestión a los proyectos de gobierno, y que a su vez puedan adaptarse y construirse de acuerdo a esas realidades.

Surge entonces el Plan Parcial de mejoramiento Integral del Barrio Moravia 2005-2011, mediante Decreto 1958 de 2006 que propende por la Gobernabilidad democrática, la equidad y la inclusión social,¹ desde estos propósitos se evidencian las mutuas influencias entre derecho y territorio, toma fuerza por ejemplo, el reconocer que una norma tenga como fin la inclusión social, -que hace referencia a la situación de marginalidad que ha pesado siempre sobre los habitantes de Moravia-, que reconozca la inequidad y abandono que ha sufrido esta población por parte del Estado, provocando efectos negativos en la gobernabilidad del sector. Mediante la norma, entonces, se pretende restablecer equilibrios, incluir y gobernar.

En este punto se hace evidente una de las lógicas de la relación entre Derecho y Territorio, cual es la instrumentalización de aquel a partir de la definición de un marco normativo dirigido a lograr los fines del Estado relacionados con el acceso a la propiedad y la garantía de la vivienda digna, que se acoplan a los nuevos paradigmas del desarrollo y gestión urbana.²

A partir de esta intervención el Estado logra, haciendo uso del derecho, articular en dos instrumentos de gestión -Macroproyecto y Plan Parcial- una serie de componentes -social, físico-espacial, económico, cultural y jurídico- relacionados con la construcción social del territorio, desde los cuales se lleva a cabo una intervención de carácter integral para revertir las causas de la exclusión socio-espacial en Moravia.³

Pese a que en términos generales puede decirse que el Macroproyecto ha sido una experiencia exitosa y paradigma de intervención en asentamientos informales para otras ciudades de América Latina, también es preciso decir que el problema de la ocupación informal del territorio, la exclusión socio-espacial y la falta de acceso al suelo urbano en condiciones dignas, responde a la lógica estructural de producción del territorio y de la Ciudad, en las que las dinámicas del mercado inmobiliario han generado exclusión de la población pobre que demanda su espacio dentro de la Ciudad.

Al analizar la Intervención Urbanística de Moravia, se identifica otro aspecto de la relación Derecho-Territorio y que tiene que ver con las formas en que el territorio y los modelos de ocupación tienen la potencialidad de convertirse en una fuente de creación del Derecho. Las formas de ocupación del suelo no son características estáticas de construcción social del territorio. En términos del Arquitecto Carlos Julio Calle, la ciudad puede ser vista también como organismo vivo en constante proceso de

¹ Estos son los ejes del objetivo central del Macroproyecto de Intervención Integral en Moravia, recogidos en el Plan Parcial a través del cual se ejecuta.

² El artículo 4 del Plan Parcial, tiene entre sus principios, los siguientes: Estructurar desde lo público, Mejorar integralmente hábitat/territorio/sociedad, gradualidad y persistencia, Construir en lo construido, Equidad social y solidaridad, Prevalencia de la dignidad humana.

³ La intervención en el Barrio Moravia ha permitido al Estado compensar en parte deudas sociales acumuladas durante décadas, a partir de programas y proyectos que surgiendo de un ejercicio de planeación, se han llevado al Plan de Ordenamiento y a los planes de desarrollo de dos administraciones municipales, lo que permite dar continuidad a los programas y metas del desarrollo urbano y en parte, dar garantía de cumplimiento.

transformación que alimenta la creación, aplicación e interpretación del Derecho, como fenómeno también histórico y socialmente construido.

Esto se evidencia en varios aspectos, por ejemplo, la misma denominación que a través del tiempo de ocupación se le ha dado a las personas allí asentadas, da cuenta de diferentes enfoques y formas de entender y usar el derecho por parte de administradores y operadores jurídicos; en un principio fueron simplemente invasores, y esa denominación facultaba a los administradores municipales a hacer uso de la fuerza pública, para desalojar a esas personas que según su criterio, sin ningún derecho, invadían un territorio de propiedad del Estado; esa denominación de invasores, les endilgaba de manera casi automática una conducta ilegal que era necesario reprimir.

Posteriormente, y ante la evidencia de la consolidación del asentamiento, la incapacidad del Estado de proveer de soluciones de vivienda a esa población y la falta de herramientas para intervenir de manera adecuada con soluciones a las problemáticas allí contenidas, la administración cambió temporalmente su actitud hacia una especie de indiferencia producida por la impotencia, entonces, siguiendo a Emilio Duhau⁴ la etiqueta asignada a las personas allí establecidas también cambió por la de ocupantes, con la cual por lo menos se les quitó la connotación de ilegalidad a combatir, y se asumió como una realidad a soportar.⁵

Y, luego, cuando se hizo prioritario para la administración intervenir en el sector, y se contó con algunas herramientas para hacerlo, nuevamente se convirtió en un escollo la categoría que debía dársele a los ocupantes del sector, pues de ésta dependería la solución jurídica más adecuada para garantizar seguridad en la tenencia de las viviendas allí levantadas; no podían ser considerados propietarios de los terrenos y por lo tanto no se podía proceder a legalizar sus construcciones; tampoco podían ser considerados poseedores y entonces, determinar que por el paso del tiempo unido a su ánimo de señores y dueños pudieran adquirir la propiedad mediante proceso judicial, haciendo uso de la figura de la prescripción adquisitiva de dominio;⁶ tampoco era garantía, para normalizar su situación jurídica frente a sus viviendas, el considerarlos simples tenedores;⁷ todo esto generó la necesidad de crear una nueva categoría que permitiera hacer cierta diferenciación entre ocupantes, unos con mayor permanencia que generaba categorías de derechos, al momento de seleccionar a los beneficiarios de los diferentes programas de reasentamiento, reubicación y regularización integral de la tenencia.

⁴ Duhau, Emilio. *La Ciudad informal, el orden urbano y el derecho a la ciudad* (2003). (Versión para discusión) Trabajo presentado en el Congreso de la ANPUR, Belo Horizonte, pág. 2

⁵ La etiqueta invasores tiene la desventaja de situar la discusión sobre la informalidad urbana en el plano de las infracciones al ordenamiento jurídico, dejando de lado otras variables del problema -social, cultural y económica- que son determinantes para su comprensión y para la exploración de posibles soluciones.

⁶ Tratándose de bienes públicos -fiscales y de uso público- la Constitución Política de 1991 en el artículo 63, prohíbe la adquisición de este tipo de inmuebles a través de la prescripción adquisitiva de dominio, por lo tanto los ocupantes no pueden ser considerados poseedores, pues así tuvieran ánimo de señor y dueño y no reconocieran dominio ajeno, por mandato constitucional este tipo de bienes son imprescriptibles.

⁷ La titulación de bienes fiscales a favor de los meros tenedores no procede, pues se entiende que están ocupando el bien a favor de un tercero o en virtud de un contrato de mera tenencia como el arrendamiento o comodato.

Para el caso de Moravia, la Universidad Nacional en el Diagnóstico previo a la formulación del Plan Parcial, conceptuó sobre la importancia de dar una especial protección a los ocupantes de Moravia que fueran considerados Moradores de acuerdo los parámetros definidos en el Plan. En este sentido, se recomienda como uno de los soportes del Plan Parcial la protección a moradores y la prevalencia de la dignidad humana por encima de todas las actuaciones. Protección que se dirige a quienes se verán impactados por proyectos de desarrollo, moradores que han adquirido derechos en relación con la permanencia, la ocupación, los usos y las prácticas del habitar en el territorio urbano, se protegen del peligro sobre los derechos que han constituido alrededor de la morada, la protección les brinda la seguridad en el derecho de morar. “Es decir, con la regularización urbanística no solo se debe proteger el derecho de la propiedad, sino que su alcance abarca la protección en el ejercicio mismo del derecho de habitar que no es otra cosa que el derecho a morar y a la morada.”⁸

Esta categoría de Moradores ya tenía fundamento en la Ley 9 de 1989, que en el Capítulo IV se ocupó del tema de la protección a moradores en los proyectos de renovación urbana, resaltando la necesidad de que en este tipo de planes, en los que se busca lograr transformaciones importantes en el suelo urbano, se propendiera por el mejoramiento del nivel de vida de los moradores de los inmuebles involucrados en el área de planificación.

Otro ejemplo en que se evidencia como las formas de ocupación de un territorio dotan de contenido al derecho, participan en su creación, aplicación e interpretación, puede verse en el modelo de ocupación contenido en el Plan Parcial para Moravia:

ARTÍCULO 7. El modelo de ocupación del área de planificación se orienta a contribuir con la consolidación de la ciudad compacta orientada a crecer hacia adentro, diversa y policéntrica, en armonía con el Plan de Ordenamiento Territorial y con las Directrices y Lineamientos Metropolitanos para el Ordenamiento Territorial del Valle de Aburrá, el proyecto urbano del barrio Moravia y su área de influencia reconoce la construcción social del hábitat, mejorara las condiciones paisajísticas, el emplazamiento urbano del barrio y sus conexiones, vínculos y extensiones con los barrios vecinos y con la estructura general de la ciudad, reconoce y regula la intensa vitalidad y mixtura de actividades y el dinamismo de su base económica popular, propendiendo por formas organizadas de compaginación, ensamble e interdependencia entre lo público y lo privado, que frene las tendencias que comprometen y disminuyen la eficacia y eficiencia del territorio, en su funcionalidad, interacción, intercambio y multiplicidad de relaciones y, atiende las necesidades de los grupos humanos aglomerados.

Puede observarse como a través de esta norma, ante una realidad territorial, como el modelo de ocupación que tuvo Moravia en su proceso de formación espontánea, lo retoma, redefine y trata de incorporarlo al proyecto de ciudad al cual se busca integrar.

Como se verá más adelante, también puede darse cuenta de la relación Derecho-Territorio en la cual los modelos de ocupación se convierten en una fuente de creación

⁸ Mejoramiento integral del Barrio Moravia, Medellín 2004. informe convenio 256 de 2002 “Regularización Urbanística y legalización del Barrio Moravia y su Área de influencia, ciudad de Medellín” Departamento Administrativo de Planeación Medellín - Universidad nacional de Colombia Medellín facultad de Arquitectura, Escuelas de Urbanismo y Arquitectura. P. 102 y ss.

del Derecho, la contenida en el Plan parcial, Decreto 1958 de 2006. Arts. 38, 42 y 43 donde se establecen los requisitos para el reconocimiento y legalización de las construcciones al interior del barrio Moravia, requisitos que se flexibilizan buscando condiciones amplias que permitan incluir en el programa un mayor número de viviendas. La característica esencial de la norma urbanística expedida por las administraciones municipales en los proyectos de Regularización Integral de Predios, es la flexibilidad, que se evidencia en el reconocimiento de formas de construir, ocupar y usar el suelo en principio informales o ilegales. Este reconocimiento del inmueble y del asentamiento permite adelantar los procesos de titulación de los predios.⁹

1.2 Sobre la eficacia del marco normativo vigente aplicado en la intervención integral de Moravia.

Dentro de los propósitos de este trabajo, está el de analizar la eficacia del marco normativo vigente para la intervención en asentamientos informales. Para ello se toman en consideración las normas analizadas en los capítulos precedentes, relacionadas con la vivienda digna, la propiedad, las finalidades del ordenamiento territorial, terminan por concretarse en un macroproyecto urbano, ejecutado a través de un Plan Parcial contenido en una norma de aplicación local. De esta manera se busca dar cuenta de la dinámica de la relación entre Derecho y Territorio a partir del análisis de los derechos constitucionales a la vivienda digna y la propiedad en el contexto del Macroproyecto. Este análisis sobre la eficacia del marco normativo sirve de pretexto para evidenciar las lógicas de producción social del Derecho y el territorio.

En el Macroproyecto urbano se trazaron unas metas a cumplir en cuanto al número de titulaciones y legalizaciones de viviendas, número de familias a reasentar y reubicar, esto es posible medirlo hasta la fecha, y de los resultados de la medición se podría dar cuenta de la eficacia del marco normativo vigente; es decir, mirada la eficacia a partir del cumplimiento de las metas del ordenamiento y de los programas de acceso al suelo, basta con verificar si se logra la totalidad de titulaciones y legalizaciones propuestas, aplicando el marco normativo vigente, quiere decir que éste es eficaz, si solo se logra parcialmente, sería entonces, parcialmente o medianamente eficaz.

Seguramente sería posible aplicar una tabla, o un sistema específico de medición, pero esto no sería necesario para los propósitos trazados en este trabajo, pues al conjugarse con las variables de la propiedad y la vivienda digna, se evidencia una desviación de los fines de la norma que conllevan a que esa eficacia sea solo aparente, lo cual será desarrollado al verificar en el Macroproyecto, la presencia o no de los elementos que desde la teoría y el marco normativo ya expuesto, deben tener la vivienda digna y la propiedad.

De una simple comparación entre las metas inicialmente propuestas en el Macroproyecto de Mejoramiento Integral de Moravia y las modificaciones e incrementos que han tenido en la formulación del Plan Parcial, instrumento mediante el cual se están llevando a cabo, y en su ejecución, se puede llegar a las siguientes conclusiones, respecto de los dos

⁹ Esta situación ha sido modificada por el artículo 10 del Decreto 1100 de 2008 que adicionó el Decreto 564 de 2006, hoy se permite la titulación de predios en asentamientos no regularizados, pues se entienden como procesos independientes.

componentes de interés en el análisis, reasentamiento, reubicación, titulación y legalización, por tener relación con la vivienda digna y con la propiedad.

En lo referente al reasentamiento, inicialmente, el Macroproyecto tenía como meta reasentar 2.500 grupos familiares, al momento de diseñar el Plan Parcial, se contaba con 2.654¹⁰ grupos familiares a reasentar, cifra que ha variado nuevamente, debido a problemas de redensificación y a viviendas que se han visto afectadas por obras de beneficio común, es por esto que el número de viviendas a reasentar es de 3.293¹¹ familias localizadas en zonas de alto riesgo no recuperable, -Morro de Basuras, Oasis Tropical y la Herradura- además viviendas afectadas por obras de beneficio común.

De acuerdo a datos suministrados por la Oficina Jurídica de la Gerencia del Macroproyecto de Moravia, para el mes de junio de 2009 han sido reasentadas en las urbanizaciones construidas al interior de Moravia, en las urbanizaciones de la Ciudadela Nuevo Occidente y en vivienda usada, aproximadamente 1.300 familias (durante el año 2009 se espera reasentar otras 415 familias). Es importante señalar que algunas familias que cumpliendo los requisitos para acceder al programa de reasentamiento, optan por recibir una compensación en dinero equivalente al valor de sus mejoras; a junio de 2009 114 familias han optado por esta compensación.

Comparando las metas trazadas (3.293 familias), con el número de familias reasentadas hasta junio de 2009 (1.300) sumadas a éstas las que han optado por recibir el pago de sus mejoras (114), sería en total 1.414 familias reasentadas. Quiere decir que la meta se ha cumplido en cerca de un 43%, en un tiempo comprendido entre el año 2005 y mediados del 2009 (4 años y medio), y aún faltan dos años y unos meses más para cumplir los tiempos de ejecución del Plan Parcial (2011). Con estos resultados podría decirse que el marco normativo ha sido medianamente eficaz para el propósito en cifras numéricas del reasentamiento.

Con respecto a la titulación, inicialmente se consideró como meta titular 1.500 predios, con un promedio de 500 por año, a partir del 2005. Al formularse el Plan Parcial, se tiene como universo para Titular y Legalizar en la Unidad de Regularización Integral de Predios (URIP), un número corresponde a 3.667 predios del barrio Moravia, previo cumplimiento de las normas urbanísticas y de construcción adoptadas en el Plan Parcial. Está proyectado para ejecutarse entre los años 2005-2009.

De acuerdo a los datos suministrados por la Oficina Jurídica de la Gerencia del Macroproyecto Moravia, en el mes de mayo de 2009 en la Unidad de Regularización Integral de Predios (URIP) del barrio Moravia, se tienen las siguientes cifras ejecutadas: 1.190 predios titulados por medio de Resolución Administrativa y 270 construcciones en proceso de Legalización.

Comparando en este punto las metas trazadas -titular y legalizar 3.667 predios-, con los resultados a junio de 2009 -hay titulados 1.190 predios-, se podría decir que se ha cumplido en un 32.4% la meta. Sí se tiene en cuenta la fecha límite para culminar el

¹⁰ Plan Parcial Moravia y su Área de Influencia Documento Técnico Tomo II Pág. 3

¹¹ Boletín Informativo LUZ VERDE # 18 de Noviembre de 2008. Macroproyecto Integral de Moravia y su área de Influencia. Alcaldía de Medellín

proceso (2009), podría decirse que los instrumentos -normativos y de gestión- aplicados en la intervención del Barrio Moravia, han sido poco eficaces.

En este punto, es donde se hace necesario analizar el problema de la eficacia normativa en Moravia desde un punto de vista distinto al cumplimiento numérico de metas, de manera que sea posible reconocer situaciones y barreras de acceso paralelas a las estrictamente normativas que han impedido la garantía de los derechos a la vivienda digna y la propiedad de los moradores de Moravia. Analizando el proceso de reasentamiento y el de titulación y legalización -y sin descartar la posibilidad de que pueda darse numéricamente el cumplimiento de las metas-, como se detallará más adelante, hay circunstancias bien sea fácticas o de carácter normativo, que en ocasiones se convierten en obstáculos que no permiten que se lleve a cabalidad el proceso, o que si bien éste puede concluir, no se hace siempre de manera que ponga un fin a la problemática en que se interviene.

Al efectuar el análisis sobre la vivienda digna y la propiedad en el contexto de la intervención en Moravia, se evidenciará que las cifras presentadas que son aparentemente significativas, cobran otras dimensiones. En el análisis contenido en los siguientes numerales, se da cuenta de cómo la eficacia de este tipo de operaciones urbanas debe evaluarse a partir de la garantía de los derechos en cuestión. Para ello en los numerales siguientes se contrastará en cada uno de los programas del Macroproyecto -que interesan para este trabajo-, los elementos que conforman los Derechos a la vivienda digna y a la propiedad.

2. La vivienda digna en el Macroproyecto de mejoramiento integral del barrio Moravia

La vivienda se convierte en un factor determinante en toda la problemática de que da cuenta este trabajo, ya que es tanto el motor que impulsa la ocupación informal del territorio -cuando la población pobre, en ausencia de oferta Estatal oportuna de soluciones a esa necesidad humana básica, deben procurarla por ellos mismos, en condiciones de precariedad-, como la bandera más visible para las administraciones al intervenir en esos asentamientos como remedio, a veces a costos elevados.

Tal como se había dicho en el capítulo I de este trabajo, el análisis de la vivienda digna en el Macroproyecto se realizará a partir de los parámetros o elementos constitutivos de la vivienda contenidos en instrumentos internacionales ratificados por Colombia y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Seguridad jurídica, disponibilidad de servicios, materiales e infraestructura, Gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar y adecuación cultural.

Desde el Plan de Ordenamiento territorial de Medellín, base fundamental del Plan Parcial de mejoramiento Integral del Barrio Moravia, se hace referencia al Sistema Habitacional de la Ciudad el cual está compuesto además, por un conjunto de programas y estrategias para el Reasentamiento de Población, en los cuales la Administración Municipal debe proveer nuevas soluciones habitacionales a la población localizada en zonas de alto riesgo no recuperable, y en áreas comprometidas con el desarrollo de proyectos de movilidad, transporte, espacio público y equipamientos sociales.

Entre los objetivos específicos del Plan Parcial de Mejoramiento Integral del Barrio Moravia de Medellín está el de “generar condiciones de acceso a una vivienda y hábitat digno” (...), se pretende fundamentalmente en este punto: el reasentamiento de población localizada en zonas de alto riesgo no recuperable y en áreas comprometidas para espacio público, equipamientos y demás infraestructura por el proyecto urbano de regularización, para lo cual se contemplan varias alternativas: el reasentamiento en el sitio¹² y contribuir al mejoramiento de las condiciones de seguridad y habitabilidad de las viviendas localizadas en el área objeto de intervención, a través de la regularización integral.¹³

Debe tener en cuenta, que por fuera del Plan Parcial de Mejoramiento Integral de Moravia, y en aras de cumplir con los fines del Macroproyecto, fue necesario acudir también a la figura de la reubicación¹⁴ para trasladar a un buen número de familias a otros sectores de la ciudad -situación que terminó siendo de mucho peso- pues tal reubicación se efectúa en la ciudadela Nuevo Occidente ubicada en el sector “Pajarito”, suelo de expansión ubicado en la periferia de la ciudad.

El significado y contenido de lo que debe ser una vivienda digna en este tipo de intervenciones en asentamientos informales, se ha resuelto en Colombia, de manera simple mediante normas, asimilándola en términos generales a lo que se ha denominado Vivienda de Interés Social (VIS); es así como desde la Ley 3 de 1991, que desarrolla el derecho a una vivienda digna consagrado en la Constitución, se hace esa equivalencia; el concepto de vivienda de interés social está consagrado a nivel normativo en el Capítulo X de la Ley 388 de 1997, artículo 91; en el P.O.T. de Medellín se hace la misma equivalencia, y se mantiene en el Plan Parcial de Mejoramiento Integral del Barrio Moravia, en el cual, para el reasentamiento de la población objetivo de este programa, se diseñan y conforman dentro del territorio de Moravia 2 Unidades de Gestión de Interés Social -UGIS¹⁵, y para mejorar las condiciones de habitabilidad de los pobladores que serán objetivo de programas de titulación y legalización, se conforma un área de Regularización Integral de Predios-URIP.

2.1. Vivienda digna en el programa de reasentamiento en el Plan Parcial de Mejoramiento Integral del Barrio Moravia

En el Plan Parcial se determina que las soluciones habitacionales que se desarrollarán en esta Unidad de Gestión de Interés Social “corresponderán a Viviendas de Interés Social Tipo 1”, son soluciones habitacionales de tipología multifamiliar con estas especificaciones: áreas de 45 m², y 47 m², con comodidades de 2 alcobas con posibilidad

¹² El reasentamiento es el proceso a través del cual la administración municipal previo análisis de viabilidad, decide habilitar suelo urbanizable dentro o aledaño al asentamiento informal con el fin de trasladar allí a las familias ubicadas en zonas de alto riesgo no recuperable.

¹³ La regularización integral comprende la legalización de las construcciones, para lo cual éstas deben ser objeto de reconocimiento previo el cumplimiento de requisitos de construcción, retiros, usos de suelo, densidades, etc. Titulación mediante acto administrativo, y regularización urbanística.

¹⁴ La reubicación implica, la adaptación de suelo urbanizable por fuera del asentamiento informal, para trasladar allí las familias que no puedan ser reasentadas en sitio del asentamiento en proceso de regularización.

¹⁵ Decreto 1958 plan parcial art. 13 las define como un proyecto urbanístico general de integración inmobiliaria para densificación en altura en suelo urbanizable apto desde los aspectos geotécnico y económico, con obligaciones urbanísticas y a desarrollar por etapas.

de ampliación a 3 alcobas, salón comedor, cocina, baño, lavadero de ropa, servicios públicos domiciliarios, 1 parqueadero común por cada 10 destinaciones de vivienda, aunque no todas las urbanizaciones tienen parqueaderos, los apartamentos son entregados en obra gris.

Las soluciones habitacionales nuevas, construidas en las Unidades de Gestión de Interés Social (UGIS 1 y UGIS 2) al interior de Moravia, en las urbanizaciones: Álamos I, Álamos II y la Herradura, con las especificaciones ya anotadas, son destinadas de manera prioritaria para los habitantes que tuvieran una ocupación superior a 10 años en Moravia (Moradores) y que se registraron en el Censo del año 2004.

Los beneficiados acceden a este tipo de soluciones de vivienda a través de subsidios: nacional, departamental y municipal, otorgados por medio de los Decretos de Calamidad; éstos son expedidos por el gobierno nacional y fueron asignados para los habitantes del Morro de Basuras y para los damnificados del incendio del Oasis.¹⁶

Los valores de todos los subsidios son sumados hasta 23 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para vivienda nueva y de 22 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para vivienda usada. Las mejoras de cada familia son valuadas¹⁷ y dicho valor es sumado junto con los subsidios mencionados para la realización del Cierre Financiero del valor total de la solución de vivienda, el valor de las mejoras se toma como ahorro programado; esto solo se realiza en Proyectos Especiales en lo que el Municipio de Medellín paga el valor de las mejoras a las familias, cifra que junto con los subsidios de vivienda es sumada al valor total de la vivienda nueva cuyo precio total es de \$ 35.000.000, que corresponde a la Vivienda de Interés Prioritario¹⁸ Tipo 1 (VIP), según Decreto 4466 de 2008 equivalente a 70 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Uno de los retos del ordenamiento territorial en Colombia es lograr innovaciones importantes en la gestión territorial tendientes a superar las barreras normativas que enfrentan programas como los de acceso al suelo. En este sentido, en el caso del modelo de gestión implementado en Moravia, la Administración Municipal encuentra un mecanismo *sui generis* para lograr mayor cobertura del programa a través de los decretos de calamidad y el avalúo y compra de mejoras. Este se convierte en un mecanismo de compensación social en el que las construcciones informales se toman como un activo, que unido a los subsidios, generan posibilidades reales de acceso a la vivienda.

¹⁶ Resoluciones No 31 de 28 de junio de 2006 del Ministerio del Interior y de Justicia y 1715 de 2006 y 297 de 2007 de FONVIVIENDA.

¹⁷ Esas mejoras, son construcciones que habían sido levantadas por los moradores que ahora son sujetos de reasentamiento o reubicación, son construcciones no reconocidas ni legalizadas, sin embargo, el municipio las avalúa, y ese valor se toma como aporte del ahorro programado que exige la ley para tener acceso a los subsidios; pero además, por ese hecho el municipio se hace dueño de tales mejoras, por lo cual las puede demoler y retirar los materiales. Esta fue una estrategia ideada por el Municipio de Medellín para facilitar el trámite tendiente a posibilitar el retiro de las familias de las zonas de riesgo no recuperable y de las áreas destinadas a obras de beneficio común, y para poder reubicarlas o reasentarlas en vivienda nueva o usada, pues las condiciones de informalidad en el campo laboral, la mayoría no tienen acceso a los subsidios que requieren un ahorro programado.

¹⁸ Para el ordenamiento jurídico colombiano la Vivienda de Interés Social -VIS- es aquella solución habitacionalvaluada hasta en 135 salarios mínimos mensuales vigentes, mientras que la vivienda prioritaria es una solución pensada para la población más vulnerable, principalmente la ubicada en zonas insalubres y de alto riesgo y estávaluada hasta en 70 salarios mínimos mensuales vigentes.

Sin embargo, aunque el programa de reasentamiento de las familias en vivienda nueva al interior de Moravia, o en vivienda usada evidencia el esfuerzo de la administración municipal por dar solución a un sentido problema de vivienda, la equiparación que se ha hecho entre vivienda digna y vivienda de interés social consolidada en las UGIS, parece no responder a las metas del Plan de Ordenamiento Territorial y del Plan Parcial, relativas a la necesidad de emprender acciones para la construcción social del Hábitat, en las que la comunidad tuviera la oportunidad de definir unos parámetros mínimos de la vivienda acordes a sus visiones del mundo, a las formas de relación con sus vecinos y principalmente, acordes a unas formas particulares de usar y aprovechar el suelo que han sido construidas a lo largo de todo el proceso de consolidación del asentamiento.

Si bien se entiende el alto grado de dificultad para conciliar los intereses comunitarios relativos al hábitat y a la vivienda, con las disposiciones del ordenamiento y la gestión territorial; a partir del análisis del Macroproyecto no fue posible establecer que se haya hecho el ejercicio de conciliar los intereses comunitarios y que, fruto de ésta se hayan diseñado las soluciones habitacionales de reubicación y reasentamiento.

Es en este sentido, que se afirma en este trabajo que no es suficiente con el cumplimiento numérico de metas, pues la garantía del Derecho a la vivienda digna, depende en este caso, del agotamiento de una etapa de concertación en la que se reconozcan los intereses de la comunidad en relación con el hábitat deseado y construido y a la vez, la administración logre proveer a la vivienda de los demás elementos del hábitat, relacionados el acceso inmediato a servicios, transporte e inserción al sistema estructurante del espacio público.

Los usos sociales de la vivienda desarrollados por los habitantes de Moravia, aún en el morro de basuras, constituyen un capital cultural transformador del territorio que ha debido ser tenido en cuenta en el Macroproyecto. Particularmente, uno de estos usos sociales está relacionado en la construcción de viviendas como factor de ingreso para las familias que la habitan, lo que en las soluciones habitacionales nuevas diseñadas y construidas, muchas familias no han logrado adaptarse sociocultural y económicamente ante la dificultad de derivar el sustento de la vivienda. Es por ello que el parámetro de adecuación cultural que según la normatividad debe tener la vivienda, no se cumple en el macroproyecto.

Comparando la solución de vivienda en el programa de reasentamiento de las familias de Moravia en el sitio, en vivienda nueva en las Unidades de Gestión de Interés Social, UGIS I Y II, con los parámetros internacionales contenidos en la Observación General No. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas -ONU-, y siguiendo la ruta trazada por la sentencia C-936 de 2003 en la cual la Corte Constitucional Colombiana señala que en el parágrafo octavo de la referida Observación, se establecen los criterios para determinar el contenido del artículo 51 de la Constitución Política, destacando como elementos fundamentales de la vivienda

adecuada:¹⁹ las condiciones de vivienda y seguridad del goce de vivienda, se puede observar:

En cuanto a las condiciones de vivienda, puede afirmarse en términos generales, que las viviendas en las que han sido reasentadas las familias en las UGIS I y II al interior del Barrio Moravia, tienen en algunos aspectos, mejores condiciones que las que tenían las anteriores viviendas en las que habitaban tales familias; en efecto, - siguiendo la dinámica adoptada por la legislación colombiana que equipara la vivienda digna con la vivienda de interés social-, cumplen con lo dispuesto en las normas legales que determinan los parámetros de una vivienda de interés social tipo I, condiciones materiales que ofrecen seguridad a las personas frente a las inclemencias ambientales, convirtiéndose además en un punto a partir del cual pueden proyectar su vida privada y en sociedad.

Al contrario de la gran mayoría de las viviendas reemplazadas con el reasentamiento, la cuales estaban en condiciones muy precarias tanto en su construcción -con materiales de desecho, sin cumplimiento de normas de sismo-resistencia, sin condiciones de higiene, calidad y espacio, elementos que aseguran la habitabilidad-, como por estar ubicadas en su mayoría en zonas de riesgo no recuperable, y muchas de ellas, sobre el morro de basuras con tal alto grado de contaminación que fue declarado de calamidad pública.

En cuanto a la seguridad en el goce de la vivienda, elemento que implica accesibilidad, seguridad jurídica de la tenencia y gastos soportables; en este punto se debe contar con sistemas adecuados para costear vivienda, tanto para financiar su adquisición como para garantizar un crecimiento razonable y acorde con el nivel de ingresos, así mismo, a que la tenencia esté protegida jurídicamente contra el desahucio y el hostigamiento. En este aspecto, puede afirmarse también, en términos generales, que la Administración Municipal de Medellín encontró la forma de permitir el acceso a la vivienda en las UGIS I y II a un buen número de familias desfavorecidas y en condiciones de marginalidad que habitaban en zonas de riesgo no recuperable.

Para tal efecto se acudió a fórmulas que permitieron contar con los subsidios de orden nacional, departamental y municipal que facilitaron dicho acceso; y mediante programas de capacitación y acompañamiento social y económico se aspira lograr la permanencia de las familias en tales viviendas, procurando que éstas encuentren la forma de cubrir los gastos que demanda la nueva forma de vida en propiedad horizontal, que implican ingresar a la cultura de la formalidad y por ende de pago de servicios públicos, administración, entre otros, sin que ello implique la negación de otros bienes necesarios para la vida digna. La seguridad jurídica en la tenencia se pretende garantizar otorgando el título mediante el cual se les transfiere el dominio de un bien individualizado, que hace parte de una propiedad horizontal.

No obstante lo anterior, no es posible concluir que se cumplan los parámetros de la vivienda digna, ya que fueron relegados a un segundo plano los factores culturales -que también hacen parte integral de la vivienda digna de acuerdo a los parámetros internacionales y a las directrices trazadas por la Corte Constitucional Colombiana-, los

¹⁹ En los instrumentos normativos internacionales, la vivienda como derecho humano básico, directamente relacionado con la garantía de la dignidad humana, se denomina vivienda adecuada.

cuales determinan que la vivienda debe responder, sin sacrificar el acceso a servicios tecnológicos, a los patrones culturales de diseño y construcción. El no tener en cuenta los aspectos socio-culturales y a pesar del acompañamiento de otros componentes del Macroproyecto, ha generado situaciones de hacinamiento mayor y grandes dificultades de adaptación a las nuevas condiciones de vivienda bajo el régimen de la propiedad horizontal.

En efecto, analizando el hecho de que las familias seleccionadas para ser beneficiarias de las soluciones de vivienda nueva en las UGIS I y II al interior de Moravia, cumplían con los requisitos - ser moradores, tener 10 años o más de habitar en Moravia, estar ubicadas en zonas de riesgo no recuperable como el morro de basuras, el Oasis Tropical, la Herradura, o estar en sectores que serían destinados para infraestructura o equipamientos, y que además estuvieran incluidas en el censo del 2004- y, el hecho de que al momento del reasentamiento se tuvo en cuenta la cabeza de familia nuclear, quedando por fuera las otras familias que compartían la vivienda, y que hacían parte de la familia extendida; se desconoció una realidad cultural del sector, en la cual bajo un mismo techo tienen su vivienda varias familias.

Las familias que quedan por fuera, si bien tienen la posibilidad técnica de ingresar a otros programas de vivienda de interés social del Municipio, como el programa de demanda organizada, en el que no aplica el marco normativo de la protección a moradores contenida en el Plan Parcial, la realidad es que su condición de informalidad en todos los aspectos, fundamentalmente en el laboral, les impide acceder a los subsidios y sobre todo al que se refiere al ahorro programado, ya que tampoco cuentan con mejoras que acreditar y canjear por un valor, pues ya fueron tomadas para una sola de las familias habitantes.

Esta situación ha generado hacinamiento en las nuevas viviendas, ya que debido a la cultura arraigada, las familias extensas vuelven a unirse, ahora, en la propiedad horizontal, en 45 o 47 metros cuadrados, sin posibilidad de ampliación, haciendo indignas las condiciones de habitabilidad de las soluciones de vivienda.²⁰

De otro lado, el factor cultural está siendo de mucho peso frente a las nuevas condiciones de vida en altura y bajo el régimen de propiedad horizontal, además del ingreso a la formalidad, a la cultura de pago de administración, servicios públicos y próximamente impuesto predial. A pesar del acompañamiento de componentes sociales y económicos, de haber quedado dentro del barrio y por tanto en su hábitat y entorno, su adaptación a la nueva vivienda ha sido traumática y, según informes suministrados por expertos que

²⁰ Una de los elementos críticos de la vivienda de interés social y prioritaria en Colombia tiene que ver con las áreas mínimas establecidas. El Decreto Nacional 2060 de 2004 establece un área mínima de 35 metros cuadrados, sin embargo algunos municipios -haciendo uso de la autonomía territorial prevalente en esta materia- han limitado la aplicación de esta norma en el territorio bajo su jurisdicción, por considerar que esta área no permite reunir las calidades constructivas mínimas de una solución habitacional a través de la cual pueda garantizarse el derecho constitucional a la vivienda digna. En el caso en comento, debido a razones de tipo cultural en la conformación de las familias antioqueñas, los núcleos familiares son marcadamente numerosos.

han participado en el componente social y económico, se empiezan a evidenciar problemas fuertes de convivencia y no pago de obligaciones.²¹

Adicionalmente, la seguridad jurídica en la tenencia no está totalmente garantizada, ya que si bien se han realizado un considerable número de escrituras, las familias no las han registrado, algunas porque no han cancelado el dinero que les corresponde como parte de gastos, otras, porque puede no interesarles ser propietarias.²² En intervenciones anteriores adelantadas en el sector y en otros lugares de la Ciudad, una parte importante de las familias beneficiarias de los procesos, no registra el instrumento. Hasta el momento no se tiene certeza sobre el número de familias que han registrado sus escrituras en Moravia.

2.2. Vivienda digna en el programa de reubicación de familias habitantes de Moravia, en la ciudadela Nuevo occidente en Pajarito

En virtud a que dentro del Plan Parcial de Mejoramiento Integral no fue posible reasentar a todas las familias en el suelo de Moravia,²³ y en aras de lograr los propósitos del macroproyecto de Moravia, fue necesario buscar otro sector de la ciudad para reubicar parte de esta población; se optó por aprovechar parte del suelo de expansión urbana destinado a vivienda de interés social en Pajarito, para construir la Ciudadela Nuevo Occidente.

Cabe en este punto el mismo análisis con los parámetros internacionales en relación a los atributos asociados a la vivienda digna que se efectuó en el numeral anterior, para el caso del reasentamiento en el sitio; agregando para este caso de la reubicación otros factores adicionales que alejan aún más el cumplimiento de los parámetros de vivienda digna fijados por las normas internacionales y acogidos en la jurisprudencia constitucional.

En efecto, un proceso de reubicación como el que fue necesario adelantar, que implicó el traslado de muchas familias, antiguas moradoras de Moravia, hacia un sector ubicado en la periferia de la ciudad, constituye una desmejora en las condiciones de disfrute de la vivienda y del hábitat. Pues si bien, Moravia ha sido siempre un asentamiento informal, su ubicación es privilegiada, entonces, a pesar de sus condiciones de precariedad material en las viviendas, las familias sujetos de reubicación en Pajarito, antes contaban con el acceso inmediato a la mejor infraestructura vial y de espacio público del Centro de la Ciudad.²⁴ Al ser trasladados a pajarito, los pone fuera de su entorno, lejos de sus sitios

²¹ En visita al sector en compañía de una funcionaria de Antioquia Presente, se pudo constatar dicha información.

²² Información suministrada por la Jurídica, Gerencia del Macroproyecto Moravia, Palacio de Exposiciones de Medellín y ratificada por funcionarios adscritos a la interventoría del Macroproyecto.

²³ Debido a la sobre densificación que ha sufrido el sector a través de su consolidación, al ser intervenida urbanísticamente, se hace necesaria una redistribución de acuerdo a la infraestructura vial, de servicios públicos y el espacio público mínimo por habitante definidos en el Plan Parcial, por lo cual no se contó con el espacio suficiente en el suelo urbano del sector, para reasentar a todos los habitantes de Moravia en el mismo sitio.

²⁴ En la zona de Moravia se encuentran espacios públicos, equipamientos de ciudad y vías importantes como el Parque Norte, el Jardín Botánico, El Parque Explora, El Parque de los Deseos, El Planetario, Universidades de Antioquia y Nacional, Hospitales, Estaciones del tren Metropolitano, vías como Carabobo, la Avenida el Ferrocarril, el corredor multimodal del Río Aburrá, entre muchos otros.

habituales de trabajo -aunque generalmente se trata de trabajo informal- el hecho de estar cerca del centro de la ciudad, implicaba mayores facilidades para su desempeño y la consecución diaria del sustento.

El hecho de haberse trasladado del centro a la periferia, les resta oportunidades para el disfrute de la Ciudad y para insertarse a las dinámicas de la formalidad.

En este punto, se evidencia otro rol que el Derecho cumple en la construcción del Territorio. El Plan Parcial de Mejoramiento Integral, como expresión normativa, genera barreras de acceso al suelo y dinámicas de exclusión territorial de población, debido en parte a la dificultad física de acomodarla en un espacio geográfico limitado, pero también a la falta de innovación en la gestión del Plan Parcial, que permitiera generar mayores aprovechamientos del suelo en las URIP. De acuerdo a información suministrada por expertos que han participado en la ejecución del Plan Parcial, la decisión de reubicar parte de la población de Moravia en Pajarito y no en la parte más consolidada y apta del sector, se debió a circunstancias más de tipo político y económico, que a las consideraciones técnicas.

Estos dan cuenta de otras opciones exploradas por el Macroproyecto, entre ellas, la de buscar el reasentamiento de parte de la población en sectores aledaños a Moravia, que compartieran los mismos atributos urbanos; es el caso de sectores como Sevilla, en el que actualmente se proyecta la ejecución de un Plan Parcial de Renovación Urbana de iniciativa pública, en el que se generen mayores aprovechamientos de la infraestructura vial, de espacio público y servicios. De acuerdo a información suministrada por expertos en el tema, vinculados a diferentes fases del Macroproyecto, esta posibilidad no pudo concretarse pues los valores del suelo eran elevados, por lo que finalmente se optó por Pajarito, lugar en el que las familias han sentido desmejoradas sus condiciones para el disfrute del hábitat y la Ciudad, lo que ha implicado un mayor acompañamiento desde lo sicosocial a las familias, con el fin de adaptarlas a un nuevo entorno y forma de vida.

Para las familias reubicadas en Pajarito ha sido difícil además, superar el duelo de dejar su entorno y amigos. Narra una líder comunitaria del barrio, como se vive la experiencia desde que se conceden los subsidios en tiempos diferentes y de ello depende el cuándo y dónde serán trasladadas las familias; la forma en que se les acompaña por el operador social a conocer su nueva vivienda, y cómo se deshabilitan servicios, se clausuran las puertas y ventanas -en caso de ser pisos inferiores- o se hace la demolición y se retiran inmediatamente los escombros por parte de la administración, y la forma en que mediante banderas de colores, se deja la huella que indica hacia qué sitio fue trasladada la familia que allí habitaba.

De esta manera, son separadas familias y amigos que habían tejido fuertes lazos de solidaridad, y entonces, continúa la narración de la líder comunitaria, muchas personas reubicadas, "desde muy temprano, casi todos los días cogen un bus y se vienen todo el día para Moravia," ya que siguen considerando el Barrio como su entorno vital. Adicionalmente, al igual que las familias reasentadas en Moravia, no pierden la costumbre de recibir en sus casas a sus familiares y amigos desplazados o que por alguna razón pierden su vivienda, lo que genera especiales condiciones de hacinamiento en las nuevas viviendas de interés social.

Estas situaciones evidencian la vulneración a los parámetros de adecuación cultural y lugar asociados al Derecho a la vivienda digna en el ordenamiento jurídico colombiano, pues el acceso a las fuentes de trabajo y a los servicios que presta la Ciudad y a las redes sociales que habían construido los habitantes de Moravia se ven menoscabados en las soluciones de reubicación en Ciudadela Nuevo Occidente, en la que también por las condiciones de hacinamiento, se cuestiona la existencia de condiciones de habitabilidad.

2.3. Vivienda digna en el programa de regularización integral de predios en el Plan Parcial de Mejoramiento Integral del Barrio Moravia

El Macroproyecto de Mejoramiento Integral del barrio Moravia, con su instrumento de gestión (el Plan Parcial) buscó dar cumplimiento a uno de sus objetivos, a saber, mejorar las condiciones de habitabilidad de los pobladores que serán beneficiarios de programas de titulación y legalización de predios, a fin de formalizar la tenencia de la tierra y el reconocimiento de las construcciones; para este caso de las viviendas que fueron levantadas en el área territorial de Moravia, sobre suelo de propiedad del municipio, de manera ilegal y desconociendo por completo las normas urbanísticas. Objetivo desarrollado mediante el Programa de Regularización Integral de Predios, el Plan Parcial determinó para ello la Unidad de Regularización Integral de Predios -URIP-.

En un apartado anterior, se hizo referencia al número de predios proyectados a titular y construcciones a legalizar en la URIP, 3.667; así mismo, se dio cuenta de los titulados hasta el momento mediante resolución administrativa, 1.190, y del número de construcciones en proceso de legalización, 270.

Para lograr el cumplimiento de los objetivos y metas del programa, el Plan Parcial adaptó las normas de urbanización, y los requisitos para el reconocimiento de construcciones, a la realidad del barrio.

Así, en lo relativo a las normas de urbanización se adecua a la estructura predial de las construcciones existentes, se tiene, cuanta la morfología singular de secciones de vías y servidumbres, y se emprenden programas para mejorar las redes de servicios públicos, en las vías y en el sistema de Espacios Públicos; para el reconocimiento y legalización de construcciones, se adaptan los requisitos a la realidad de las construcciones actuales, permitiendo así que un mayor número pueda cumplir los mínimos de habitabilidad permitidos para ser objeto de reconocimiento y legalización; para lograr este objetivo se proyectó hacer un acompañamiento mediante procesos de mejoramiento del sistema habitacional existente. En efecto, dentro del programa se contempla emprender procesos de mejoramiento de viviendas necesarios para la legalización de las edificaciones y de la tenencia a partir de la evaluación de la calidad en la habitabilidad y la seguridad.

Teniendo en cuenta el concepto de vivienda digna que se ha adoptado en este trabajo, cual es el propuesto en la Observación General N. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, recogido por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana que sintetiza las condiciones que debe reunir una vivienda para ser considerada digna en dos aspectos: condiciones de vivienda y seguridad

del goce de la vivienda, vale la pena hacer una comparación con las viviendas que hacen parte de la Unidad de Regularización Integral de Predios (URIP), y que han sido hasta la fecha objeto de titulación y están en trámite de legalización; aclarando que no se pretende hacer una comparación teniendo como referencia cada caso en particular, sino, bajo condiciones establecidas en la Ley 1001 de 2005 para la titulación, y los requisitos mínimos establecidas en el Plan Parcial para los reconocimientos de construcciones. Cabe resaltar en este punto, que hay un orden para el procedimiento, primero se deben cumplir las condiciones para titular, y sólo las construcciones ubicadas sobre predios ya titulados, serán objeto de reconocimiento y legalización.

La titulación se hace mediante resolución Administrativa y es a título gratuito, con ella se pretende garantizar el acceso a la propiedad y por ende, la seguridad en el goce de la vivienda, en este sentido, las viviendas que logren la titulación, cumplirán con esta característica establecida como una de las que deben darse en una vivienda digna. La titulación es dirigida a predios que cumplan tres exigencias que trae la ley 1001 de 2005: que se trate de vivienda de interés social (VIS), que haya sido ocupada por el eventual beneficiario antes del 30 de noviembre del 2001 y que se encuentre ubicada en un bien fiscal de la entidad pública.

Las exigencias para la titulación van generando una especie de filtro, que reduce las posibilidades de titulación para muchos predios que quedan por fuera del programa y deben acogerse a otras posibles soluciones. Cabe en este punto resaltar, como la ley de manera simple resuelve el problema de la vivienda digna, asimilándola a la Vivienda de Interés Social, y reduciendo los parámetros para determinar qué predio se puede titular, en que su uso esté destinado a la vivienda, que esté construido sobre un bien fiscal y en el avalúo de las mejoras, el cual debe ser correspondiente al que se determina para la VIS.

Quedan por fuera de las posibilidades de titulación, los predios que tengan un uso diferente, y en la realidad del barrio, son muchos los predios ocupados con uso comercial e industrial, también hay muchos que tienen usos mixtos; así mismo, quedan por fuera de esta posibilidad, los que están ubicados en zonas de riesgo no recuperable, o en zonas que serán destinadas a espacio público o equipamientos, y los predios que fueron ocupados con posterioridad a la fecha señalada en la Ley.

Desde la Prueba Piloto a que se hizo referencia anteriormente, realizada para medir tiempos y costos de la titulación y preparar un procedimiento que permitiera la titulación masiva del barrio, se evidenciaron dificultades para el cumplimiento de los requisitos de la ley 1001 de 2005 para muchos de los predios²⁵; sin embargo, y flexibilizando la norma para tolerar cierto grado de uso mixto (vivienda y local comercial, en casos específicos), se ha logrado titular 1.190 predios mediante Resoluciones Administrativas de titulación expedidas por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Medellín, título que debe ser registrado por sus beneficiarios en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, para lo cual deben asumir el pago de gastos por valor de \$46.000, es una suma muy pequeña, y la única que deben asumir los beneficiarios por el acceso a la formalidad en la tenencia,

²⁵ Informe final de ejecución. Convenio interadministrativo No 022-0041 de 2005. Fondo de Vivienda de Interés Social de Medellín - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín 2006.

esto realmente garantiza el acceso a la vivienda como uno de los aspectos a tener en cuenta en la vivienda digna.

La titulación del predio por sí sola, no es garantía de cumplimiento de otros requisitos que permitan reconocer en ese predio titulado, los demás atributos que debe tener una vivienda para ser considerada digna. Los predios titulados, seguirán luego el trámite para el reconocimiento y legalización de las construcciones, las normas urbanísticas y de construcción fueron en este punto especialmente flexibles en el Plan Parcial, a fin de adaptarse a la realidad del barrio, en efecto, en los artículos 38, 42 y 43 del Decreto 1958 de 2006, se establecen requisitos mínimos a cumplir por las construcciones objeto de reconocimiento y legalización, entre ellos se destacan aspectos como:

- La accesibilidad a la malla vial (por vía o servidumbre)
- Que no se localicen en suelo de protección y/o de riesgo, ni en espacio público.
- Que al interior garantice condiciones mínimas de iluminación, salubridad, ventilación y seguridad.
- Que no estén en sótanos (por lo freático de los suelos)
- Se podrá adicionar una nueva destinación en edificaciones consolidadas, sin superar el aprovechamiento siempre y cuando el lote tenga o supere los 60 m².
- Cuando se trate de construcciones que estén sobre las vías con secciones superiores a 4.50 metros podrán las edificaciones superar los 3 pisos de altura.
- Se pueden reconocer las edificaciones existentes con las dimensiones actuales de los voladizos, en paramento cerrado o balcón, con altura no inferior a un piso con respecto al nivel del andén, sin registro sobre predios colindantes y en secciones de vía mayores a 4.00 metros.
- Se podrán reconocer las edificaciones existentes de 3, 4 y 5 pisos cumpliendo con normas de sismoresistencia.
- Se determina un aprovechamiento máximo de 3 pisos, excepto los predios existentes al momento de aprobación del Plan Parcial, los cuales se reconocerán con la altura que presenten, pero ésta no puede ser más de 5 pisos.
- Se determina el área mínima de lote a ser reconocido en 35 m² excepto los lotes con Escritura Pública con menor área que vienen del proceso de reloteo del año 1985.
- No se aceptarán particiones que generen lotes con áreas menores a 45 m², ya que dificultan entregar soluciones adecuadas de vivienda digna de VIS con mínimo de confort en la distribución de los espacios.

- Además, se abre la posibilidad de reconocer construcciones sin que cumplan con las exigencias de frente y área mínimas, siempre y cuando al interior se cumpla con adecuada distribución, condiciones de salubridad, iluminación, ventilación y seguridad.

En los requisitos relacionados, se evidencia el grado de flexibilización que se hace en la norma para lograr integrar un mayor número de construcciones a la legalidad y aunque son de carácter muy técnico, deja grandes interrogantes, por ejemplo, el hecho de pretender que en un área de 35 m² o menos, pueda tener cabida una vivienda que cumpla condiciones de confort, salubridad, entre otras condiciones, que se acerque a los parámetros de vivienda digna que han servido de referencia en este trabajo, incluso parece difícil también que sea posible en el área de 45 metros que sirve de parámetro para la VIS. Del mismo modo, llama la atención la posibilidad de reconocer las construcciones que no cumplen las exigencias de frente y áreas mínimas, siempre que se cumpla en el interior con las otras condiciones, que en un área más reducida aún, será en la práctica imposible de cumplir, condiciones de salubridad, iluminación, ventilación, adecuada distribución.

Al definir los requisitos, se determinó que se efectuaría una revisión para el reconocimiento de las cimentaciones y el soporte en los aspectos estructurales de las construcciones, según los criterios definidos en la aptitud geológica para uso y ocupación del suelo, de acuerdo con el decreto de adopción del Plan Parcial. Si se considera la manera en que se conformó el barrio, su modelo de ocupación de origen popular, la gran mayoría de las viviendas está levantada mediante el sistema de la autoconstrucción, con materiales de poca resistencia, que muy posiblemente no cumplen con los estándares mínimos estructurantes exigidos en la norma.

Mientras no se cumplan las condiciones, así sean las flexibles que determinó el Plan Parcial, no se reunirán los mínimos requisitos de calidad y seguridad que permitan ubicar estas viviendas así tituladas y posiblemente reconocidas y legalizadas, como viviendas dignas.

Claro está, que el proceso de reconocimiento y legalización está actualmente en curso, de ahí, que de acuerdo a la información suministrada por la Oficina Jurídica del Macroproyecto, hay 270 construcciones en trámite de legalización, posiblemente algunas de ellas cumplen con los requisitos mínimos, las que no los cumplen, tendrán un término de 6 años²⁶ para adecuarse a los requerimientos; y, tampoco se puede dejar de lado, lo previsto en el Plan Parcial y que hace parte del Documento Técnico I, en el que se determina que el programa de legalización “se apoyará en el proyecto de mejoramiento de vivienda para emprender el conjunto de acciones de aseguramiento estructural y superación de las deficiencias en iluminación, ventilación, saneamiento básico y de hacinamiento.”²⁷

Se espera que con la continuidad que ha caracterizado este programa, se logre realmente el acompañamiento y se mejoren las viviendas, pero hoy, no puede garantizarse que las

²⁶ Artículo 63. Parágrafo tercero, Decreto 564 de 2006.

²⁷ Documento Técnico Tomo I, Plan Parcial Moravia P. 135

construcciones que están en trámite de legalización puedan cumplir los parámetros requeridos, máxime si se tiene en cuenta que los beneficiarios deben pagar un precio por esa legalización, que, aunque pueda parecer pequeño, \$600.000,00, dentro de la cultura de la informalidad que caracteriza los pobladores de Moravia, no será fácil de asumir debido en parte a la pobreza que está en la base de toda esta problemática, la falta de empleo, lo que implicaría dejar de satisfacer necesidades aún más prioritarias como la alimentación, para efectuar un pago que ellos no consideran necesario, pues, siempre han vivido en la informalidad y no les atrae mucho ingresar a la formalidad y por ende a la cultura del pago.

3. Propiedad e informalidad urbana

En este punto se efectuará un análisis de la propiedad en la intervención urbanística de Moravia, fundamentalmente en los programas desarrollados en el Plan Parcial de Mejoramiento Integral que guardan relación con esta institución, a fin de verificar su tratamiento dentro de este contexto, evidenciando en qué aspectos prima su concepción como derecho individual de tradición civilista, y en cuáles su condición de función social bajo los lineamientos de la función pública del urbanismo; si las dos visiones coexisten y se complementan, o sí por el contrario se evidencian tensiones entre ellas.

Para tal propósito se tiene en cuenta la ruta marcada por el ordenamiento jurídico y que sirve de marco a estas intervenciones, el cual está diseñado en concordancia con los lineamientos trazados desde los planes de desarrollo a nivel nacional, departamental y municipal, que en este punto se enfocan, de manera prioritaria a hacer propietarios a quienes están en situación informal de tenencia.

3.1. Problemas para el acceso a la propiedad del suelo en Moravia

Los asentamientos informales -que aunque en algunas ocasiones y por razones de diverso orden, se ubican sobre suelos de propiedad de particulares-, por lo general se ubican sobre suelos de propiedad del Estado. La diferencia entre la calidad de propietarios del suelo ocupado es determinante al momento de pretender formalizar la relación de tenencia de los ocupantes.

Quienes ocupan propiedad de particulares, tendrán formas de adquirir la propiedad de los terrenos haciendo uso de la legislación civil vigente, por ejemplo, mediante procesos de pertenencia, o bien sea por compras directas a los propietarios, entre otras; pero, los ocupantes de terrenos que son propiedad del Estado, bien sean estos bienes fiscales o bienes de uso público, por disposición expresa de la ley²⁸ no podrán adquirirlos por prescripción; por tal razón, es necesario acudir a mecanismos de carácter administrativo para intervenir en asentamientos informales con el fin de solucionar, tanto el problema de informalidad en la tenencia de la tierra, mediante la titulación, como el de la informalidad en las construcciones de vivienda allí levantadas, mediante su reconocimiento, mejoramiento y legalización.

²⁸ Artículo 63 de la Constitución Política de Colombia.

El barrio Moravia está ubicado en suelos de propiedad del Estado, esto, por haber sido adquiridos inicialmente por el Departamento de Antioquia en el año 1952 para la vía férrea y las instalaciones del Ferrocarril de Antioquia, y posteriormente en 1977 fueron adquiridos por el Municipio de Medellín, por acuerdo 3 del 29 de Abril de 1977, en cumplimiento del acuerdo 23 de Septiembre de 1976 y el Decreto Municipal 102 de 1984, con el fin de ampliar las instalaciones del Parque Norte, y para otras obras de infraestructura de la ciudad.

Por el hecho de ser bienes públicos y con una destinación específica a un parque y otras obras de infraestructura de interés general, los ubica en la categoría de bienes de uso público y por lo tanto imprescriptibles, inalienables e inembargables, razón por la cual no se podría disponer de ellos por parte de la administración municipal, sin cumplir trámites especiales, a fin de legalizar la situación de la tenencia de los mismos para sus ocupantes. Por tal motivo -y como una evidencia más de la intrincada relación entre el territorio y sus modelos de ocupación en la creación del Derecho-, en el Plan de Ordenamiento Territorial de Medellín, Acuerdos 62 de 1999 y 23 de 2000, se le cambió la destinación a esos suelos, que pasaron de ser bienes de uso público, a ser bienes fiscales, lo que posibilita la titulación de carácter administrativo.

3.2. La propiedad como soporte y fin la gestión urbana

El Macroproyecto de Mejoramiento Integral del barrio Moravia que se lleva a cabo mediante el Plan Parcial, en el componente de regularización integral de predios que comprende la titulación y legalización, está enmarcado dentro de las políticas trazadas en la Ley 812 de 2003, Plan Nacional de Desarrollo, en la cual, el Gobierno Nacional estructuró una política de Titulación²⁹ con la que se pretende solucionar el problema de la ilegalidad y el déficit de vivienda, mediante el impulso de procesos masivos de titulación de predios fiscales, dentro del programa abanderado por el Gobierno Nacional “Colombia un País de Propietarios”.

De manera concordante, se consolidaron los programas de las administraciones municipales de los dos últimos períodos, así, el Plan de Desarrollo Económico y Social 2004-2007,³⁰ incorpora en su Línea 3 en el componente de proyectos estratégicos de ciudad, el programa “Intervención Integral en Moravia”; de igual forma, el Plan de Desarrollo 2008-2011, incorpora en su Línea 1 Componente Actuaciones Urbanas Integrales, el programa “Proyectos Urbanos Integrales” incluyendo allí el Macroproyecto Intervención Integral en Moravia y su área de Influencia - Ciudadela Nuevo Occidente, que en ambos casos son respaldados por los programas a largo, mediano y corto plazo del Plan de Ordenamiento Territorial de Medellín; apuntando todos los programas, a consolidar la propiedad del suelo en cabeza de sus ocupantes y lograr así los propósitos de

²⁹ Cabe resaltar que dentro de la política nacional, se supedita la titulación de predios, a la legalización urbanística, tal como se expresa en el artículo 98 de la Ley 812 de 2003: “Asesoría a entidades territoriales. El Gobierno Nacional a través del Ministerio respectivo asesorará a las entidades territoriales e impulsará procesos de titulación de los predios de las familias hoy asentadas en desarrollos urbanos incompletos que obtuvieron u obtengan su legalización urbanística. Mediante estos procesos se legalizará la tenencia de los predios sin menoscabo de los derechos que le asistan a sus titulares.

³⁰ Acuerdo 03 de 2004.

mejorar la calidad de vida de los ocupantes, y el nivel de titularidad en la tenencia de la tierra.

Todos los programas y proyectos que se realizan en torno a la titulación de predios en Moravia, se ajustan, a un marco normativo de orden nacional el cual tiene como punto de partida la Ley 9^a de 1989, artículo 58, mediante la cual, a fin de poner remedio a la ilegalidad en la tenencia de la tierra, faculta a las entidades del orden nacional y territorial a ceder a título gratuito los bienes fiscales ocupados ilegalmente con viviendas de interés social, facultad que fue consolidada mediante la expedición de la Ley 1001 de 2005, en la que se establece el término de ocupaciones para cesión a título gratuito, hasta el 30 de noviembre de 2001; la Ley 388 de 1997 que en su artículo 95 que determina que la transferencia de dominio de los bienes fiscales ocupados, se realiza mediante resolución administrativa, el Decreto 540 de 1998 que reglamenta los artículos 58 de la Ley 9^a de 1989 y 95 de la Ley 388 de 1997 en materia de transferencia gratuita de bienes fiscales, fijando el procedimiento para hacerlo; Ley 3 de 1991, que establece la vivienda de interés social, y en su artículo 5 establece un subsidio familiar de vivienda por habilitación legal de títulos; Decreto 3111 de 2004; Resolución 1178 de 2005; Resolución 049 de 2006 de. Y de manera específica, el decreto Municipal 0512 de 2006 determinó que en el Municipio de Medellín para adelantar los procesos de titulación se seguiría el procedimiento indicado en la ley 1001 de 2005.

Para llevar a efecto la solución a la problemática de la tenencia de la tierra en Moravia, y con fundamento en las políticas trazadas y el marco jurídico de soporte, se diseñó dentro del Macroproyecto de Intervención Integral el programa de regularización integral de predios, a desarrollar mediante el instrumento del Plan Parcial, en el cual, para tal propósito se estableció la Unidad de Regularización Integral de Predios (URIP) área para Titulaciones de predios, Legalizaciones de construcciones y para Proyectos de Espacio Público.

Las actuaciones en este programa se dirigen a hacer propietarios -mediante cesión a título gratuito de los predios-, a quienes tengan sus viviendas ubicados dentro de la URIP y que además, las construcciones de estas correspondan a Viviendas de Interés Social y cumplan los requisitos que en el mismo Plan Parcial han sido establecidos -de manera especial para las condiciones propias de consolidación del barrio-, que permitan su legalización.

Observando esta situación se puede evidenciar como confluyen las dos visiones de la propiedad; en efecto, la función pública del urbanismo se manifiesta desde la delimitación de la URIP, pues en ella se destinan unas partes del suelo para obras de infraestructura y proyectos de espacio público, y otras que serán destinadas a vivienda; en consecuencia, solo podrán ser objeto de titulación las viviendas ubicadas en el suelo reservado para este fin; y, las viviendas que estaban ubicadas sobre suelos destinados a obras de interés general, no podrán ser objeto de titulación, y las familias que las habitan, serán parte de los procesos de reasentamiento o reubicación, pues a pesar de ser considerados moradores y cumplir los requisitos que les conceden el derecho a la titulación, prima el interés general sobre el particular.

Y, del otro lado, la profunda tradición civilista de la propiedad, se evidencia desde las políticas en torno a la intervención en asentamientos informales, y en la normatividad

que establece el marco a seguir, enfocados a hacer propietarios a los ocupantes informales, se mantiene como aspecto prioritario del Plan Parcial, promoviendo y facilitando las titulaciones de predios y legalización de construcciones.

A pesar de las dificultades ya evidenciadas en la prueba piloto -de la cual se dio cuenta en el capítulo anterior- relacionadas con las condiciones específicas, tanto de orden físico como social del modelo de ocupación del barrio,³¹ se trazan en el Macroproyecto unas metas de titulación; y de alguna manera, en ocasiones flexibilizando y adaptando normas, se ha logrado cumplir hasta hoy, buena parte de ellas.

La principal muestra de utilización y flexibilización del Derecho para lograr uno de los fines propuestos por la administración al intervenir en Moravia, ha sido la de, mediante una norma, Decreto 1958 de Agosto 22 de 2006 -Plan Parcial-, cambiarle la destinación específica para la cual había sido adquirido por el municipio el lote de terreno sobre el cual está ubicado el Barrio, permitiendo específicamente en la fase de regularización urbanística y reconocimiento, que los terrenos determinados en la URIP para vivienda, aún siendo públicos, tengan la connotación bienes fiscales, y por ende, puedan ser objeto de titulación gratuita.

Así mismo, y a fin de lograr los propósitos de titulaciones y legalizaciones, se ha facilitado el camino para que muchos de los candidatos a la titulación, puedan acceder a los subsidios familiares de vivienda para la habilitación de títulos, ya que la misma informalidad generalizada de la población que se refleja también en la manera de derivar su sustento, no garantiza que puedan contar con el dinero para sufragar los gastos propios de la titulación, lo que truncaría los fines propuestos; por ello, además, el municipio asume parte de los mismos.

Vale la pena resaltar en este punto los resultados de la prueba piloto de titulación ya referida, hecha con el fin de verificar las viviendas que cumplían los requisitos para titular. De 238 encuestas, sólo 47 predios y familias reunían los requisitos de la Ley 1001, fundamentalmente por razones atribuibles a estas dos situaciones:

- a) la diversidad de usos dados a los inmuebles, pues no solo se destinan para vivienda; también se destinan al comercio y a la industria, lo que deja por fuera de la titulación a muchos predios, ya que las normas que regulan la titulación mediante la cesión gratuita, están diseñadas para formalizar la vivienda, y siguiendo la lógica normativa, la Vivienda de Interés Social.
- b) la existencia de muchas construcciones en altura sobre un mismo lote, edificaciones en las cuales varios ocupantes solucionaron su problema de vivienda construyendo de manera independiente, pero sobre el mismo suelo, y como sólo se puede titular el terreno, -ya que es un bien público-, pues las construcciones o mejoras pertenecen a los particulares y son objeto de otro procedimiento para su reconocimiento y legalización- tal titulación debe hacerse en común y pro indiviso.

³¹ Para citar solo algunos aspectos relativos a la forma de ocupación y de construcciones existentes en el Barrio Moravia, construcciones en altura y subterráneas, en las cuales en un mismo predio hay varias familias ocupantes, viviendas construidas sobre caminos y servidumbres, muchas de ellas en materiales de poca resistencia y sin el cumplimiento de normas mínimas de ventilación aire, espacio, entre otras.

La titulación en común y pro-indiviso de los lotes de terreno ocupados en altura con varias unidades de vivienda, es una clara muestra de la tradición civilista de la propiedad que ha generado problemas para lograr los fines propuestos de titulación; problemas que se evidenciaron en el resultado de la referida prueba piloto y que se confirman comparando las metas propuestas en el Macroproyecto con los resultados que se han logrado hasta hoy.³²

A pesar de la información y del acompañamiento que se ha brindado por parte de la administración a los candidatos a adjudicatarios en común y pro-indiviso, esta figura no ha tenido buena aceptación entre ellos pues se requieren acuerdos para la elaboración de un reglamento de propiedad horizontal mediante el cual individualizar las propiedades. Además de los acuerdos difíciles de lograr, hay gastos por conceptos de la legalización en la Curaduría y para la protocolización en escritura pública del Reglamento de Propiedad Horizontal, en la Notaría, que deben ser asumidos por los comuneros de acuerdo al coeficiente de copropiedad, hecho que también representa para ellos un riesgo y un gasto que muchos no han querido aceptar. De acuerdo a la información suministrada por la oficina Jurídica del Macroproyecto, hasta el mes de mayo de 2009 hay 270 licencias de construcción en espera a que el ISVIMED³³ cancele en la Curaduría lo correspondiente a expensas. Ésta, a su vez, está a la espera de que los propietarios consignen el valor que les corresponde; muchas de estas licencias corresponden a reglamentos de propiedad horizontal.

Vale la pena destacar el hecho de que lo que se puede titular en este caso por parte de la Administración municipal, es el lote de terreno ubicado en suelo urbano dentro de las especificaciones del Plan Parcial, lote sobre el cual exista una vivienda que en su construcción cumpla con los requisitos atribuibles a la vivienda de interés social, y pueda ser objeto de reconocimiento y legalización, de acuerdo a las normas especiales establecidas en el Plan Parcial.

En cuanto a las normas para el reconocimiento y legalización de las construcciones de vivienda que se contienen en el Plan Parcial,³⁴ desde su creación tenían como propósito tratar de adaptarse a una realidad física y social ya consolidada, siendo otra muestra de la flexibilidad. Sin embargo, estas normas deben ceñirse también a parámetros técnicos de calidad, resistencia, espacio público, área, iluminación, aire, entre otros, que para cumplirse hay que realizar procedimientos costosos, en lo que se desconoce la autorregulación en la construcción que ha caracterizado la ocupación de Moravia.

Si bien es cierto, las normas para la legalización de construcciones destinada a vivienda se han flexibilizado de manera considerable (por ejemplo el área mínima de lote a ser reconocida será de 35 m² excepto los lotes con Escritura Pública con menor área procedentes del proceso de relooteo del año 1985, reconocer construcciones sin que cumplan con las exigencias de frente y área mínimas, siempre y cuando al interior se

³² De las metas trazadas en el Plan Parcial de titular y legalizar 3.667 predios, y de acuerdo a datos suministrado por la Oficina Jurídica del Municipio de Medellín, a junio de 2009 se han emitido 1.190 Resoluciones Administrativas de titulación de predios.

³³ Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín

³⁴ Decreto 1958 de 2006. Arts. 38, 42 y 43.

cumpla con adecuada distribución, condiciones de salubridad, iluminación, ventilación y seguridad; incluso, permitiendo mayores aprovechamientos en altura, en construcciones hasta de tres pisos en predios que reúnan ciertas características), de acuerdo al estado actual de ejecución del programa, hay 270 legalizaciones en trámite, algunas pendientes del pago de dinero por parte de los usuarios, y otras, pendientes de cumplir las normas.

Para poder hacer el reconocimiento y legalización de la construcción, previamente se debe tener la calidad de propietario, es decir, primero se debe surtir el trámite de la titulación mediante Resolución Administrativa. Se sigue en este punto la lógica de que lo que se pretende es hacer propietarios, dejando sin resolver, al menos de forma inmediata el problema de la legalización de las construcciones de vivienda. Esto parece tener un trasfondo económico. Las mejoras estaban haciendo parte de la base catastral, pues mediante actualizaciones prediales anteriores a la intervención del Macroproyecto, ya se habían levantado las fichas catastrales correspondientes a las construcciones existentes en el barrio. Como los predios eran propiedad del municipio, se les dieron matrículas ficticias, a fin de cobrar un impuesto por mejoras construidas en bien público.³⁵

Ahora, la base catastral se actualiza, ya con propietarios, y de ello se deriva una forma de cobrar el impuesto predial tanto por el terreno, como por las construcciones en él levantadas. De esta realidad puede deducirse que una de las razones que impulsa a que mediante estas intervenciones informales se obligue a hacer propietarios a sus ocupantes, sea la de ampliar la base para el recaudo de impuesto predial.

Aunque los propósitos que orientan las intervenciones urbanísticas en asentamientos informales están dirigidos a satisfacer una necesidad básica de la población, cual es la vivienda en condiciones dignas, se ha encontrado como única forma de garantizar la seguridad en la tenencia de estas viviendas, la figura de la propiedad privada, de carácter individual, lo que en muchos casos en Moravia, se ha convertido en un obstáculo; no se han explorado otras opciones. Desde el Plan de Desarrollo se condiciona a este tipo de intervenciones hacia tradicionales formas de la propiedad, lo que tal vez ha frenado un poco la innovación en la gestión, por ejemplo acudiendo a figuras de propiedad colectiva que son permitidas constitucionalmente, o incursionar por ejemplo, en visiones más amplias con tipos de contratos especiales como las usadas en Brasil para casos similares. Es el caso de la concesión del derecho real de uso en Brasil.³⁶

³⁵ También valdría la pena indagar sobre la legalidad que puede tener el hecho de gravar con un impuesto, unas mejoras que no han sido reconocidas y por lo tanto no se han legalizado.

³⁶ En países como Brasil, se ha venido trabajando en formas comunitarias de posesión y acceso a la propiedad de la tierra que han contribuido a facilitar los programas de acceso al suelo en áreas públicas. Es el caso de la concesión del derecho real de uso, a través de la cual la Ciudad transfiere mediante documento público el derecho real de uso a la comunidad en su conjunto o a cada familia particularmente, reservándose la nuda propiedad sobre los inmuebles objeto de ocupación. De esta manera, se garantiza a la comunidad la seguridad en la permanencia, que ha sido uno de los atributos más llamativos de los procesos tradicionales de titulación de predios. Para el caso de la titulación masiva de áreas privadas, en ese país se han venido adelantando con éxito los procesos de usucapión o prescripción adquisitiva, con la particularidad de que es posible adelantarlos de manera colectiva, disminuyendo así los costos y tiempos de los procesos judiciales e incrementando la eficiencia de la intervención pública. Al respecto puede consultarse Alfonsín, Betania de Moraes (1999). *Políticas de regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade*. Lincoln Institute of Land Policy Cambridge MA, USA. Pág. 19

En efecto, los programas contenidos en el Macroproyecto de intervención Integral en Moravia, relacionados con la vivienda, tanto en los desarrollados mediante el Plan Parcial -reasentamiento en las UGIS I y II, y titulación y legalización en las URIP- como en la reubicación en Pajarito, se encaminan a hacer propietarios a los ocupantes de Moravia, en el caso de reasentamiento y reubicación, mediante escritura pública de venta de las soluciones de vivienda nueva, cuyo precio se canceló por los beneficiarios, con subsidios y compensaciones por el valor de las mejoras que tuvieron que dejar -ubicadas en zonas de riesgo no recuperable o con destinación a obra de beneficio común- para acceder a las nuevas; y en el caso de las URIP, mediante la adjudicación a título gratuito del suelo, y el reconocimiento y la legalización de las construcciones, previo el cumplimiento de requisitos legales y técnicos. Pero cabe la pregunta acerca de si el hecho de hacer propietarios individuales a los antes ocupantes informales, si soluciona realmente un problema estructural de informalidad ya arraigada y generalizada, y que se deriva de la dificultad para gran parte de la población pobre de acceder al suelo urbano para solucionar su problema de vivienda dentro de la ciudad.

Analizando las dos formas mediante las cuales se hace propietarios a los moradores de Moravia, con todas las dificultades ya señaladas, puede decirse en términos generales, que se adecuan a las normas vigentes, y que ese marco normativo ha permitido un cumplimiento considerable de las metas, aunque los programas aún están en curso, puede afirmarse que actualmente hay menos informalidad en la tenencia de la tierra en Moravia.

Pero, aunque las normas imponen unas limitaciones a esa propiedad como el patrimonio de familia inembargable, la prohibición de venta dentro de los 5 años, entre otras, eso no garantiza ni la permanencia de las familias en esas propiedades, ni que otros con necesidades de vivienda, lleguen al sector, pues la dinámica de haberse insertado al mercado formal del suelo, ha generado un mayor valor en esas propiedades, lo que será de gran atractivo tanto para los hoy titulares como para especuladores. Además, estas intervenciones se convierten en un círculo vicioso, ya que generan expectativas que atraen a más personas a la informalidad.

4. Ordenamiento y gestión urbana en Moravia

Como ya se ha dicho, una de las prioridades de la Planeación Urbana desde la Ley 9 de 1989, y del ordenamiento territorial desde la Ley 388 de 1997, ha sido utilización racional del suelo, con miras a planear los procesos de urbanización y desarrollo del territorio, principalmente en lo relacionado con la localización de los asentamientos humanos. En este punto, desde esta normatividad, se insta a los municipios a reconocer, intervenir y mejorar la calidad de vida en los asentamientos informales como Moravia.

Paralelamente, los nuevos modelos de desarrollo urbano desde la década pasada han implicado la necesidad de modificar los modelos de ocupación del territorio, antes basados en la industria manufacturera y ahora en el marco de la competitividad global y la prestación de servicios, en los que se enmarca el imaginario de ciudad, base para los procesos de ordenamiento territorial en Medellín. El cambio de vocación de la ciudad, expresado en la necesidad de dotarla de la infraestructura vial, de servicios y espacios públicos de calidad, es una estrategia que responde no solo a las demandas y necesidades

de la población, sino también a nuevos esquemas de planeación derivados de la aplicación de un modelo específico de desarrollo.

En el análisis de Moravia debe tenerse en cuenta además la necesidad y antigua deuda que tenía la Administración con el asentamiento y que no había podido atenderse de manera efectiva por la ausencia de herramientas jurídicas y gestión que permitieran formular programas de mediano y largo plazo que trascendieran y pudieran ejecutarse en más de un periodo de administración municipal. Elemento que en el pasado contribuyó a que otras intervenciones no tuvieran el impacto necesario para detener los procesos de ocupación informal en Moravia.

El modelo de ordenamiento territorial vigente en Colombia permite no solo establecer las reglas de juego para la ocupación, uso y aprovechamiento del suelo en el territorio municipal, sino también disponer de los instrumentos de gestión necesarios para llevar a la práctica los ejercicios de planeación. El Macroproyecto de Intervención Integral en Moravia es un ejercicio de aplicación de los instrumentos legales de gestión territorial que ha permitido articular la planeación de la Ciudad, con las disposiciones y prioridades del ordenamiento territorial, en respuesta a demandas ciudadanas relacionadas con el acceso al suelo urbano en condiciones dignas.

En tal sentido, uno de los rasgos característicos del modelo de Gestión Territorial implementado en Moravia, es la puesta en marcha de una operación urbana integrada dirigida a equilibrar situaciones de injusticia en las formas no regladas de acceso al suelo para la población pobre. Sin embargo, ello no implica desconocer que este tipo de intervenciones también responden a las dinámicas y lógicas de los nuevos modelos del desarrollo urbano, en los que asentamientos como Moravia pueden verse como un obstáculo para el desarrollo de la Ciudad.³⁷

A partir de esta investigación puedo evidenciarse como los instrumentos de gestión también dejan un espacio para la generación de dinámicas de inclusión socio-espacial en la Ciudad, lo que se ha identificado como uno de las principales falencias de la planeación y ordenamiento territorial en Colombia. Sin embargo, esto ha sido posible debido a la adecuada articulación de las tres dimensiones de la intervención territorial: la planeación, el ordenamiento y la gestión, de tal suerte que sin alguna de las tres, la operación estaría incompleta o podría no responder a las metas y objetivos.

Un ejercicio interesante es analizar la intervención extrayendo alguna de las dimensiones. En el supuesto de que la intervención en Moravia se hubiese adelantado como un mero ejercicio de ordenar la ciudad, de poner la casa común en orden,³⁸ pero sin responder a un ejercicio de planeación en el que se pensara el asentamiento a partir del imaginario y

³⁷ Las conversaciones con expertos permitieron identificar una visión de Moravia y de la intervención que allí se adelanta, relacionada con la obstrucción del desarrollo de la Ciudad y del Valle de Aburrá hacia el Norte, pues se busca implementar el modelo de ciudad compacta, prevalentemente desarrollada al borde del Río Aburrá y conectada a través del eje multimodal del Río con los demás Municipios del Valle. Desde este punto de vista, podría afirmarse que Moravia es principalmente un obstáculo para el desarrollo a superar y en menor medida, un asentamiento informal que demanda la intervención del Estado.

³⁸ La terminología es de la Arquitecta Zoraída Gaviria Gutiérrez, Ex Secretaria del Departamento Administrativo de Planeación de la Ciudad de Medellín durante la expedición del Plan de Ordenamiento Territorial, Acuerdo 062 de 1999.

modelo de ocupación territorial más adecuado para la Ciudad, es bastante probable que la intervención no hubiese dado respuesta a una prioridad del ordenamiento territorial, cual es la integración socio-espacial y la necesidad de articular todas las intervenciones al modelo de ciudad compacta, equitativa y ordenada definido en el POT, de tal manera que la intervención habría surgido desarticulada de los demás esfuerzos de Ciudad, respondiendo solo a las demandas de acceso al suelo urbano de la comunidad y sin tener en cuenta el interés general de la ciudad.

Un escenario similar podría pensarse en términos de un adecuado ejercicio de planeación en el que se pensara Moravia desde todas sus variables y se contemplara su incorporación al entramado urbano formal, pero sin disponer de los instrumentos de gestión a través de los cuales se pudiera llevar a cabo. En este último caso, es bastante posible que el proceso aún no se hubiera llevado a cabo, pues como ya se ha dicho, la planeación y el ordenamiento sin la gestión se convierten en meros ejercicios de proyección deseable del territorio que corren el riesgo de quedarse en el papel.

Otro de los rasgos característicos del modelo de gestión territorial implementado en Moravia, es la integralidad del proceso. Una de las principales críticas que se han hecho de los programas y proyectos de acceso al suelo, es su dispersión, falta de continuidad y aislamiento. Tradicionalmente se había entendido el problema desde la perspectiva de la falta del título de propiedad sobre la tierra, y de manera separada se había pensado que el problema de la informalidad podría tratarse a partir de intervenciones urbanísticas a partir de las cuales pudiera dotarse el territorio de la infraestructura vial, de servicios y de espacio público y equipamientos que permitiera el goce del derecho a la Ciudad.

Sin embargo, hoy en día se ha entendido que la informalidad urbana y el acceso al suelo representan una problemática compleja que debe abordarse desde varias dimensiones complementarias: la relacionada con la propiedad de la tierra, la regularización del asentamiento y la legalización y reconocimiento de la construcción. En este aspecto, debe afirmarse que Moravia es un ejercicio de intervención urbana exitoso, pues además de articular estas tres variables del problema, ha incluido además la puesta en marcha de estrategias de inclusión social desde la dimensión económica y social, pues se ha concluido que en la informalidad urbana la falta de acceso al trabajo y empleo formal, así como las relaciones sociales a nivel barrial, también contribuyen de una manera importante.

Una característica importante del proceso de intervención en Moravia está relacionada con el papel cumplido por el Estado y particularmente por las instancias de gobierno municipal en el proceso. En este sentido, cabe destacar como todo el proceso, desde su iniciativa hasta la ejecución, está marcado por la presencia determinante del Estado, pues se ha comprendido que la intervención en asentamientos informales se enmarca en el ejercicio de la función pública del urbanismo como atribución estatal, en parte también porque es evidente que ni el sector privado, ni el mercado inmobiliario formal pueden por si solos generar dinámicas de inclusión socio-espacial en la Ciudad, seguramente por ser menos rentables que la explotación del suelo en estratos socio-económicos altos, pero también por la preeminencia de situaciones de injusticia social y la necesidad de generar equidad urbana, que corresponde al Estado, cuando menos direccionar.

Particularmente, para el esquema de gestión a implementar, el Municipio de Medellín acudió a la figura del Plan Parcial, teniendo en cuenta que el Plan de Ordenamiento Territorial en su primera versión –Acuerdo 062 de 2009-, había asignado a Moravia el tratamiento urbanístico de Mejoramiento Integral a desarrollar a través de este instrumento. Sin embargo es necesario precisar que el Plan Parcial es un instrumento diseñado para favorecer los esquemas asociativos en la explotación del suelo, en los que se vinculen, en lo posible,³⁹ a todos los propietarios del suelo involucrados en el polígono. En este sentido, en la práctica esta figura de gestión asociada del suelo, ha funcionado a partir de la participación, no solo de los propietarios, sino también de los promotores inmobiliarios, los constructores, las entidades financieras, la Administración Municipal y en algunas ocasiones, de la comunidad organizada.⁴⁰

En contraste, el Plan Parcial de Mejoramiento integral del barrio Moravia de Medellín, constituye una experiencia única en la gestión del suelo. En primera instancia por su iniciativa pública como ya se indicó, pero adicionalmente por que la normatividad vigente y la práctica de los planes parciales en la ciudad, indica que este instrumento está pensado solo para los polígonos con tratamiento de desarrollo y renovación urbana, en los cuales existe una mayor presión del mercado inmobiliario formal para su desarrollo debido a las expectativas de altas rentabilidades del proyecto.

En el caso de los polígonos de mejoramiento integral, en los cuales hay una serie de determinantes socio-económicos del deterioro urbanístico del sector, en principio habría que decir que esta figura carece de aplicabilidad por cuanto su iniciativa, gestión y ejecución, deben de ser asumidas por el nivel local de gobierno, pues la posibilidad de vincular a otros actores al proceso es mínima, debido a los altos costos económicos y sociales de la intervención y además porque los propietarios del suelo, que son los llamados a desempeñar un rol preponderante en el Plan, son o el mismo municipio, o la comunidad; personas generalmente con bajos niveles de ingresos y víctimas de la exclusión socio-espacial.⁴¹

Pese a estas contradicciones, el Plan Parcial de Moravia ha sido, en términos generales y desde el punto de vista de la gestión, una experiencia exitosa, pues se están logrando transformaciones positivas en un sector, que como Moravia, representa un alto grado de complejidad debido a su tamaño, ubicación, riesgo ambiental y a la particularidad y precariedad de las formas de ocupación del suelo allí desarrolladas. Este éxito se debe a la integralidad del proceso, como ya se ha dicho, enmarcada en una operación urbana de mayor envergadura como el Macroproyecto, en que logran asociarse a las intervenciones

³⁹ Para la ejecución de un plan parcial es necesario contar con el consentimiento de al menos el 51% de los propietarios de los predios involucrados en el polígono de tratamiento de desarrollo o renovación, en proporción a la participación del área del lote con respecto al área total de planificación.

⁴⁰ En Medellín existen dos experiencias muy interesantes de Planes Parciales de iniciativa comunitaria: El del barrio Corazón de Jesús o Barrio Triste y uno de los planes parciales de desarrollo del Corregimiento San Antonio de Prado.

⁴¹ La intervención en Moravia no permite extraer ningún rédito económico para alguien distinto a la comunidad beneficiaria. En principio, los únicos beneficiarios del Plan desde el punto de vista económico, son las familias que han sido incluidas en los programas de reubicación, reasentamiento y regularización integral de predios, pues el suelo y la vivienda se convierten en un bien objeto de intercambio en el mercado inmobiliario formal, que a futuro, atraerán inversión privada y entrará en la dinámica de la especulación inmobiliaria.

urbanísticas, proyectos tendientes a mejorar las condiciones de vida de la comunidad también desde los componentes económico, jurídico, social y cultural.

Esta figura ha permitido superar las limitaciones del plan parcial, principalmente las relacionadas con la escasez del suelo apto en el sector, necesario para reasentar a la población ubicada en suelo de alto riesgo, pues a partir del Macroproyecto, como instrumento de planificación y gestión de mayor alcance, permitió formular una estrategia de reubicación en otro suelo distinto al área de planificación del Plan Parcial de Moravia.

En el mismo sentido, el esquema de gestión implementado en Moravia, se caracteriza además por el recurso y aplicación de la Regularización Integral de Asentamientos como instrumento de gestión a partir del cual es posible complementar el Plan de Ordenamiento Territorial de la Ciudad, y ejecutar el plan parcial en lo relativo a la titulación de los predios, la regularización del asentamiento y la legalización y reconocimiento de las construcciones. Independientemente de las limitaciones de la normatividad nacional y local en materia de titulación, la formalización de la tenencia del suelo debe seguir siendo una de las prioridades de la gestión e intervención en asentamientos informales como Moravia, el reto consistirá en innovar en la política urbana y en la gestión del suelo, con miras a aplicar los instrumentos de una manera más estratégica, buscando ampliar las posibilidades de aplicación de la norma desde su flexibilización y creación de nuevas figuras que puedan responder de manera más eficaz, a las demandas de acceso al suelo urbano en condiciones dignas.

Como se ha dicho, algunos autores⁴² que afirman que existen unas lógicas perversas de la regularización integral de predios, en virtud de las cuales la informalidad urbana se presenta como parte de un ciclo en la producción del territorio que parece no tener fin y en la que factores como la especulación inmobiliaria y la segregación socio-espacial son consecuencias y a la vez causas de la forma de producción de la ciudad y de construcción del territorio marcada por el modelo imperante de desarrollo económico. En este sentido, el análisis de la intervención en Moravia ha permitido evidenciar una experiencia generalmente exitosa en la gestión, pero también se ha podido constatar como paralelamente a su búsqueda de lograr inclusión socio-espacial en Moravia, asentamientos periféricos de las Zonas Centro Oriental, Centro Occidental, Nororiental y Noroccidental de la Ciudad, siguen creciendo, lo que evidencia un problema de carácter estructural que no será resuelto a partir de medidas esencialmente curativas como la Regularización Integral de Predios.

Otra de las lógicas perversas del desarrollo urbano tiene que ver con una lectura de los procesos de urbanización informal vistos como un medio barato para el acceso al suelo de la población pobre, en los que a las administraciones municipales les saldría menos costoso regularizar, que proveer suelo y vivienda en condiciones dignas a las familias que llegan cada día a la ciudad. A partir de esta lectura del problema los pobres generan

⁴² Al respecto pueden consultarse las investigaciones del Lincoln Institute of Land Policy Cambridge MA, USA: Alfonsin, Betania de Moraes (2006). *Legalidad e ilegalidad en la producción del espacio urbano: Nuevas sendas para superar viejos caminos – Porto Alegre y el Urbanizador Social*; Acioly Jr. Claudio y Smolka, Martim. *Razón de los proyectos de regularización de los asentamientos informales: desde el mejoramiento de los asentamientos hasta la integración* (2002) y Fernandes, Edésio y Smolka, Martim. *Regularización de la tierra y programas de Mejoramiento* (2004). En: Informalidad, regularización y derecho de propiedad.

mecanismos de autoconstrucción y diseñan una solución habitacional de acuerdo a sus capacidades y posteriormente llega el Estado, crea un marco normativo flexible, formula y ejecuta un programa de Regularización, legalización y titulación con los cuales daría cumplimiento a la función pública del urbanismo.

Referencias Bibliográficas

- Acioly Jr., Claudio. *Razón de los proyectos de regularización de los asentamientos informales: desde el mejoramiento de los asentamientos hasta la integración*. Institute for Housing and Urban Development Studies - HIS, Países Bajos, 2002
- Alfonsin, Betania de Moraes. *Legalidad e ilegalidad en la producción del espacio urbano: Nuevas sendas para superar viejos caminos - Porto Alegre y el Urbanizador Social*, Lincoln Institute of Land Policy Cambridge MA, USA 2006.
- Calderón Cockburn, Julio A. *Algunas consideraciones sobre los mercados ilegales e informales de suelo urbano en América Latina*. Reporte de investigación LP99Z16, Lincoln Institute of Land Policy, 1999, Cambridge, MA, USA.
- Duhau, Emilio. *La Ciudad informal, el orden urbano y el derecho a la ciudad*. (Versión para discusión) Trabajo presentado en el Congreso de la ANPUR, Belo Horizonte, 2003.
- Estupiñán Achuri, Liliana. *Organización del Territorio. Teorías Enfoques y Tendencias*. /Artículo: Estudios, Tendencias y Teorías Sobre la Organización del Territorio en Colombia. Universidad Libre de Bogotá, D.C. 2004 Págs. 85-102.
- Forero Pineda, Clemente. *Descentralización y Participación Ciudadana*. Bogotá: TM Editores. Centro de Investigaciones para el desarrollo. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia, 1997.
- Maldonado C., María Mercedes. *Planes Parciales, Gestión Asociada y mecanismos para la distribución equitativa de cargas y beneficios en el sistema urbanístico Colombiano*. Lincoln Institute of Land Policy. Bogotá 2006.
- Mesa Sánchez, Nora Elena y Rivera Montoya, María Victoria. *Acuerdos en la construcción de la gobernabilidad democrática: Experiencia macroproyecto urbano Mejoramiento Integral Barrio Moravia*. Págs. 329 - 331, en: Rincón Patiño, Análida. (E.C.) en: Espacios urbanos no Con-sentidos. Legalidad e ilegalidad en la producción de ciudad. Colombia y Brasil. Editan: Escuela de Planeación Urbano-Regional, Facultad de Arquitectura, Universidad Nacional de Colombia. Medellín, Colombia. 2005.
- Molina Giraldo, Humberto. *Territorio y Ordenamiento Urbano*. Págs. 115 y 116. En: Maldonado C., María Mercedes (Ed). 2003. Reforma Urbana y Desarrollo Territorial: Perspectivas de Aplicación de las Leyes 9^a de 1989 y 388 de 1997. Alcaldía Mayor de Bogotá, Centro Interdisciplinario De Estudios Regionales, CIDER, de la Universidad de Los Andes y Lincoln Institute of Land Policy.

Montaño Gómez, Gustavo y Delgado Mahecha, Ovidio. *Espacio, Territorio y Región: Conceptos Básicos para un Proyecto Nacional*. En Cuadernos de Geografía, Vol. VII, No 1-2, Universidad Nacional de Colombia 1998.

Morcillo Dosman, Pedro Pablo. *Derecho Urbanístico Colombiano. Historia, Derecho y Gestión*. Editorial Temis, Bogotá 2007.

Rodríguez, Arantxa y ABRAMO, Pedro. *Grandes proyectos urbanos y su impacto en el mercado de suelo urbano*. Lincoln Institut of Land Policy. Programa para América Latina y el Caribe, MA USA, 2005.

Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*, decimotercera edición. Editorial Temis, Bogotá, 2002.

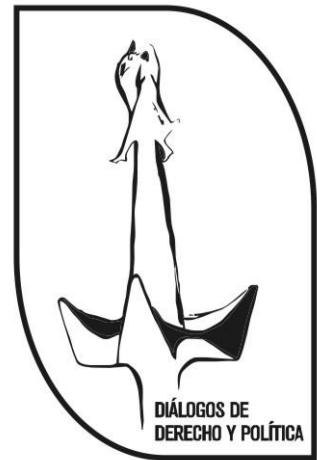
Santana, Pedro. *Mejoramiento barrial, Moravia, Medellín, Colombia*. Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Alemania. 1986.

Salas Serrano, Julián. *Latinoamérica, hambre de vivienda*. En Boletín del Instituto de la Vivienda. Mayo de 2002, vol. 17, número 045, Universidad de Chile, Santiago, páginas 58-69.

Solarte Portilla, Pedro Antonio. *Ordenamiento Territorial y Urbano*. Editorial LEYER. Bogotá, 2006.

Trujillo Muñoz, Augusto. *Descentralización, regionalización y autonomía local*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, 2001.

Boletín Informativo LUZ VERDE # 18 de Noviembre de 2008. Macroproyecto Integral de Moravia y su área de Influencia. Alcaldía de Medellín.



Política pública de atención a población desplazada: perspectiva de la Atención Humanitaria (AH)

Alejandra María García Arcila
Abogada de la Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: agarciaarcila@gmail.com

Damaris Milena Quintero Naranjo
Socióloga de la Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: milenaquintero23@yahoo.com

Resumen

A pesar de las diversas acciones emprendidas por parte del Gobierno Nacional y los entes territoriales, en Colombia se sigue presentando un incremento en el número de personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado interno, al tiempo que no se ha logrado aún el restablecimiento de los derechos de personas que hace más de una década se encuentran en esta situación. Actualmente, el Gobierno viene realizando reformulaciones de la Política Pública (PP) para dar respuesta a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional a partir de la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento.

En mayo de 2010, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional expidió la Resolución 3069 con el fin de reglamentar la entrega de Atención Humanitaria (AH), subcomponente de la Atención Integral de la Política Pública de Atención a la Población Desplazada. Dicha Resolución evidenció falencias históricas en la construcción de la PP que no han podido ser superadas y que se refieren a la participación efectiva de la población desplazada en la construcción y concepción de la PP. Con el análisis de la AH a la luz de la metodología de las cuatro A, construida por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, se evidencia cómo Acción Social desacierta en la formulación y aplicación de políticas y con ello continúa el Estado de Cosas Inconstitucional (ECI), agravando incluso en muchos casos la situación de la población víctima de desplazamiento forzado.

Palabras Clave: Desplazamiento forzado; políticas públicas; atención humanitaria.

Política pública de atención a población desplazada: perspectiva de la Atención Humanitaria (AH)*

Introducción

La problemática del desplazamiento forzado se ha incrementado exponencialmente con el transcurrir de los años en el País. A pesar de los múltiples esfuerzos realizados desde el gobierno nacional y los entes territoriales para atender la problemática, el impacto positivo de estas acciones sobre los derechos de la población víctima de este delito de lesa humanidad aun no es visible. Adicionalmente la política pública de atención no ha sido construida con la participación efectiva de la población en situación de desplazamiento forzado, ni atendiendo a sus particularidades y requerimientos, son medidas de tipo asistencial que no tienen presente el estudio del contexto, ni acciones graduales que propendan por la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, como ejes estructurantes de los derechos de las víctimas.

Una de las políticas de atención integral es la relativa a la Atención Humanitaria (AH), entregada a la población víctima del desplazamiento forzado una vez sea incluida en el Registro Único de Población desplazada (RUPD). Es concebida como una política de asistencia social a través del suministro directo de recursos mínimos e indispensables para la subsistencia de la PD. Confrontada esta política asistencial con la magnitud de las vulneraciones y requerimientos de la PD, ésta debería ser una medida complementaria al restablecimiento de los derechos y la reparación integral de las víctimas. Sin embargo el auto 008 de 2009 de La Corte Constitucional evidencia que la mayor parte del presupuesto para la atención a esta población se ha invertido en dicho componente, sin que se garantice el restablecimiento de sus derechos y por ello ordena su reformulación.

De otra parte, apreciados los escasos recursos de los hogares de la AH, que debería ser complementaria, se convierte en el principal y/o único elemento para un precario ejercicio de derechos desde la emergencia y en muchos casos no va más allá de la inmediatez del evento. La importancia de esta medida para los destinatarios es innegable, se manifiesta en sus opiniones y en las solicitudes permanentes que de ella hacen. El resultado es la insatisfacción de los derechos de la PD y la postergación de la reparación integral y el restablecimiento de las víctimas.

En el presente texto se realizará un análisis de la Política de Atención Humanitaria (AH), aplicando la metodología de las 4 A, utilizada por varios Relatores de la ONU, que inicialmente se utilizó con el derecho a la educación para medir su grado de satisfacción y que progresivamente se ha venido aplicando al cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a la construcción de políticas públicas con enfoque de derechos, de acuerdo a los siguientes criterios:

* Artículo basado en el Informe Anual de Derechos Humanos acápite Desplazamiento Forzado de la Personería de Medellín de los años 2009-2010 y presentado como trabajo final para el Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2010.

- **Acceso:** los derechos de la PD deben ser accesibles a las personas que se identifican como tales, sin discriminación, eliminando barreras para su acceso material y económico.
- **Aceptabilidad:** la forma y el fondo de la atención prestada deben garantizar el goce efectivo de los derechos con calidad o de manera aceptable.
- **Asequibilidad:** número de ciudadanas y ciudadanos a quienes se les garantiza el goce efectivo del derecho, también los cupos que tienen para los diferentes programas de atención a la población desplazada.
- **Adaptabilidad:** el enfoque diferencial requerido para la satisfacción del derecho de acuerdo a los requerimientos de la población en situación de desplazamiento, de tal forma que permita responder a los diversos contextos socioculturales, de género, etarios y de discapacidad.

Para lograr el propósito de este artículo, en primer lugar, se realizará un recuento general de algunas normas de atención a la PD; luego nos acercaremos al concepto de Política Pública y la importancia que en su formulación reviste la participación ciudadana para la identificación del problema y la construcción de alternativas, con el fin de evidenciar que esta es una de las principales falencias en la formulación de la PP de AH. Para terminar, se hará el análisis de la PP de AH de acuerdo al acceso, la aceptabilidad, la asequibilidad y la adaptabilidad para concluir que la forma en la que está concebida no satisface los derechos de la PD y contribuye al Estado de Cosas Inconstitucional (ECI).

Aproximación a disposiciones normativas de atención a población desplazada

El Desplazamiento Forzado por conflictos armados se ha desarrollado en el ámbito internacional desde los tratados y convenios de Derechos Humanos y DIH. No obstante, las especificaciones y distinciones sobre el DF interno son recientes. Desde 1945, tras el fin de la II Guerra Mundial, se pueden observar distintos instrumentos obligantes y orientadores para las naciones, a saber, los principios, acuerdos y protocolos internacionales, cuya pretensión es la prelación de la dignidad humana, es decir, el respeto a la persona en contextos de conflicto armado.

Con mención específica a la protección de las víctimas de conflictos armados, sin carácter internacional, se encuentra el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de agosto 12 de 1949, aprobado el 8 de junio de 1977. En la misma línea, pero orientados directamente a las víctimas del Desplazamiento Forzado, se encuentran los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998, en los que se “definen los derechos y garantías pertinentes para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado y para su protección y asistencia durante el desplazamiento y durante el retorno o reasentamiento y la reintegración”.

A nivel nacional sólo hasta el año 1997 con la Ley 387 se expide el marco normativo nacional para el reconocimiento y atención de esta problemática y se construyen los documentos CONPES 2804 de 1995 y 2924 de 1997 sobre el *Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*.

De igual forma, los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de la sentencia T-025 de 2004, con la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) y sus autos de seguimiento, han implicado la construcción de políticas públicas de atención a la población desplazada (PD). En ellos la Corte realiza el análisis de la problemática, la evaluación de las políticas existentes e imparte órdenes claras para la implementación de programas e indicadores por parte de los órganos competentes, entre los cuales se destacan los autos de atención diferencial por género, edad, etnia y discapacidad. De igual forma, el Auto 008 de 2009 confirma el ECI, ordenando reformular entre otros componentes, el de la Política de Atención Humanitaria.

El sistema normativo define a Acción Social, como ente coordinador del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD) y como tal es el principal responsable de la implementación de la política, específicamente se le ha asignado la responsabilidad de la Atención Humanitaria (AH) después de la inclusión de la población en el RUPD.

Por su parte a las entidades territoriales se le asignan responsabilidades concretas con la expedición de la Ley 1190 de 2008, su Decreto reglamentario 1997 de 2009 y en el Auto 007 de 2009 de la Corte Constitucional, en donde se les ordena asumir la mayores compromisos presupuestales y administrativos, el diseño e implementación de planes y programas con enfoques diferenciales, la construcción de un Plan Integral Único (PIU) para la atención a la PD, con el objeto de garantizar el goce efectivo de derechos entre otros.

Respecto a las responsabilidades que se les asigna a las entidades territoriales, en el Informe de la Defensoría del Pueblo a la Corte Constitucional para la Audiencia Pública del 10 de julio de 2009 en relación con el Auto 225 de mismo año, afirma:

Preocupa a la Defensoría, que se trasladen responsabilidades a los entes territoriales sin que cuenten con la capacidad técnica, humana y presupuestal, de ahí la importancia del compromiso real y efectivo de nivel nacional en lograr fortalecer la capacidad local de atención y prevención del desplazamiento forzado, como lo ordena el Auto 007 de 2009.¹

Ahora bien, teniendo en cuenta que la problemática del desplazamiento se encuentra estrechamente relacionada con el conflicto armado interno y los derechos humanos de la población, se debe considerar al Gobierno Nacional como principal responsable de la política pública de atención a la PD.

Sobre el tema, la Corte Constitucional ha observado que la falta de determinación del principio de corresponsabilidad está generando una mayor concentración de PD en distritos y municipios que poseen una mayor capacidad institucional y presupuestal, por esta razón reiteró en el Auto 314 de 2009 que la Nación es el principal responsable de asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados en todo el territorio nacional. En consecuencia de lo anterior y en virtud de los principios de coordinación, corresponsabilidad, subsidiariedad, complementariedad y concurrencia que deben regir la relación Nación - Territorio, las entidades nacionales deben colaborar y apoyar a las

¹ Defensoría del Pueblo (2009), pág. 13

entidades territoriales para que superen las falencias en materia de atención a la población desplazada.

Lo anterior se expresa concretamente en la dinámica (expulsión – recepción de PD) del desplazamiento en la ciudad de Medellín y su compromiso, comparado con otros entes territoriales (que poseen carencias y obstáculos para la atención a la población desplazada), ha conducido al desequilibrio regional y nacional, a la movilización preferente de esta población hacia el lugar donde se percibe que pueden gozar con mayor facilidad de sus derechos. Ello distorsiona evidentemente el mapa del desplazamiento y sobrecarga las responsabilidades del municipio.

Frente a la coordinación, la Corte identificó como principales obstáculos, los siguientes: i) debilidad y falta de coordinación institucional, (ii) ausencia de especificidad, racionalidad y diferencialidad en la formulación e implementación de políticas públicas, (iii) falta de asignación y ejecución de recursos necesarios, (iv) falta de clarificación, de asunción y de cumplimiento del grado de corresponsabilidad entre la Nación y las Entidades Territoriales.²

Estos problemas presentan un carácter complejo en la medida en que combinan aspectos estructurales de las administraciones locales, asuntos económicos y técnicos, con aquellos relacionados con la voluntad política institucional de las autoridades, lo que dificulta la corrección expedita de las falencias.

En el informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre el avance del Estado de Cosas Inconstitucional presentado en octubre de 2009, se reformula la Política Pública de Atención a la Población Desplazada. En este documento se habla del concepto “componente” entendido como “el conjunto de lineamientos, estrategias y acciones que, de manera articulada, se orientan a dar respuesta efectiva, coordinada y de garantía de derechos” (Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, 2009). Los componentes son Prevención y Protección, Atención Integral, Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición.

Dicha Política establece criterios de gradualidad del Goce Efectivo de Derechos (GED), acciones a corto, mediano y largo plazo para alcanzar soluciones duraderas y unos ejes transversales: enfoque diferencial, capacidad institucional, sistemas de información, participación y articulación territorial.

En la actualidad, con la identificación de las falencias en la política pública de atención a la población desplazada implementada y los ejercicios actuales de reformulación de las mismas, se han abierto distintos debates sobre su diseño, implementación y evaluación, siendo este un momento importante para dar mayor participación a la población en situación de desplazamiento, en la búsqueda de que este proceso de la PP se estructure a partir de un enfoque de derechos.

² Auto 314 de 2009.

Participación de la población en situación de desplazamiento en la formulación de la Política Pública de Atención Humanitaria

La población en situación de desplazamiento ha sido reiterativa en denunciar en diferentes espacios e instancias, entre ellas La Corte Constitucional, que desde sus inicios la PP de AH desconoce sus requerimientos, se inoportuna y es insuficiente para la subsistencia digna de las personas, además no va acompañada de medidas que restablezcan sus derechos. En el mismo sentido la Comisión de Seguimiento a la política pública ha presentado diferentes informes a la Corte Constitucional analizando la AH como un componente asistencial que no corresponde a un enfoque de derechos.

Los aportes y consideraciones de las organizaciones de PD, de la Comisión de Seguimiento y de la Corte Constitucional no fueron tenidos en cuenta por Acción Social para la reformulación de la PP de AH acentuando sus inconsistencias.

Las políticas públicas se han convertido para los gobiernos modernos en la forma más clara de planear su intervención en diferentes temáticas, buscando que los impactos sean visibles, a través de un proceso constante de seguimiento de las mismas. Las Políticas Públicas enmarcan el conjunto de decisiones y acciones del Estado, tendientes a resolver determinada situación problemática, las cuales son adoptadas por los procedimientos legalmente establecidos, expresándose a través de leyes, sentencias y actos administrativos. Al respecto:

La política pública la entendemos como el conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas que pretenden la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables. La política pública no es decisión aislada, sino un conjunto de tomas de posición que involucran una o varias instituciones estatales (de forma secuencial o simultánea). También es materialización de las decisiones tomadas en términos de acciones que producen resultados sobre la situación problemática y actores involucrados con la misma.

Estos resultados, efectos e impactos pueden ser valorados “a posteriori” para tomar una idea lo más clara posible de la eficacia y eficiencia de la política pública.³

La sociedad civil como actora dentro de la construcción de la Política Pública, adquiere un papel relevante, la Constitución Política como piedra angular de nuestro sistema normativo, circumscribe nuestro Estado a los modelos de Estado de Derecho, Social y Democrático que rigen la consecución de sus fines. En esa línea los principios de prevalencia del interés general, soberanía popular y participación ciudadana cobran especial importancia. El pueblo actúa como sujeto político y conforma una voluntad conjunta con el reconocimiento de su diversidad.

La participación implica senderos amplios y decisarios en la vida política, económica, cultural, social e incluso administrativa. En esa línea los ciudadanos implicados en la construcción de PP, son actores de poder, con incidencia y en busca de la reivindicación de sus demandas.

³ Vargas (2009), pág. 92

(...) las políticas públicas son ejercicio de construcción horizontal, que debe propender por la participación equitativa de todos los actores comprometidos en un problema o alternativa.

(...) si bien en países como en Colombia la capacidad de incidencia (de las organizaciones sociales) en las políticas gubernamentales es muy limitada, se deben generar las condiciones necesarias, para que estas construyan plataformas reivindicativas y agendas públicas consistentes que permitan, incluso, replantear las nociones de poder, de tal forma que la decisión pública, corresponda a una democracia participativa, directa y efectiva que considera la igualdad ciudadana como un principio efectivo del Estado.⁴

En el Balance sobre PP 2004 - 2007, la ACNUR realiza un reconocimiento a los avances de ésta en el marco del cumplimiento de la sentencia T- 025, plantea la discusión frente a la incorporación del enfoque de derechos, el reconocimiento a las demandas de otros sectores y las especificidades de la población sujeto, así mismo el carácter gradual y progresivo de la respuesta institucional.⁵

Dentro de la concepción de la Política Pública para la atención a la población desplazada, “(...) se les considera como objeto de asistencia social y, desde el punto de vista de las representaciones socialmente aceptadas, se los ve y se los trata como objeto de compasión y caridad, no como sujetos políticos no como ciudadanos de derechos”⁶ Lo anterior podemos analizarlo a la luz de los desarrollos incipientes del componente de Participación de la PD, así mismo las medidas concretas implementadas para la atención integral, en especial el componente de Atención Humanitaria de Emergencia.

Si bien el derecho a la participación de la Población Desplazada ha tenido avances en cuanto a las formas de relacionamiento entre la PD y las instituciones y la conformación a nivel nacional de la Mesa de Fortalecimiento de Organizaciones de Población Desplazada, sin embargo, esta última “(...) aún no logran consolidarse como los instrumentos que permitan garantizar el goce efectivo de derecho a la participación. Pese a que no son espacios de contradicción tampoco han logrado convertirse en escenarios de construcción colectiva.”

Para la ACNUR, la participación de la PD se ha centrado en la conformación de las Organizaciones de la Población Desplazada y sus requerimientos que garanticen su presencia en reuniones, hablando de tres dimensiones concretas de la participación de la PD:

I) la participación de la población desplazada en sí misma, fundamentalmente a través de sus organizaciones, cuya efectividad se podría medir por el nivel de incidencia o impacto de la política pública y en el avance gradual hacia la superación el ECI; II) las condiciones mínimas materiales que permitan que la población desplazada, a través de sus líderes y organizaciones, puedan cumplir con su labor; y III) los mecanismos de representación interna, es decir, la forma en que se concretan medios ágiles para garantizar que la población desplazada sea representada en los

⁴ Zapata (2010), pág. 155

⁵ ACNUR (2007).

⁶ Ruiz (2009), pág. 201

diferentes escenarios en los que se decide la política pública, a través de organizaciones que legítimamente representen sus intereses.⁷

Pero señala el mismo informe que entre las entidades de carácter nacional y territorial no hay un entendimiento común para: “ i) identificar el grado de avance en la superación del ECI, con respecto al derecho a la participación efectiva, a través de la presentación de informes que den cuenta de cómo todas las instituciones del SNAIPD, incluyendo los comités territoriales, promueven el derecho a la participación, y ii) compartir el mismo lenguaje entre el gobierno, las OPD y las diferentes organizaciones e instituciones que les apoyan, cuando se habla de participación efectiva de la población desplazada.”⁸

Siendo múltiples las dificultades de participación efectiva de la población en situación de desplazamiento forzado se requiere el apoyo institucional para promover la participación cualificada y la construcción de sus plataformas reivindicativas tendientes al restablecimiento de derechos, a la verdad, la justicia y la reparación para que incidan efectivamente en la construcción de PP para su atención. Específicamente sobre la PP de AH las organizaciones de PD han venido realizando observaciones y era necesario que Acción Social tuviera en cuenta dichas consideraciones para su formulación, con el fin de respetar los valores democráticos del Estado Social de Derecho para con esta población.

Análisis de la Política de Atención Humanitaria

Uno de los subcomponente de la Atención Integral es la Atención Humanitaria, entendida como aquella que se brinda a las personas que declaran su situación de desplazamiento, para lo cual el ordenamiento jurídico nacional ha integrado los contenidos del Derecho Internacional Humanitario, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. Es así como el Plan Nacional para la Atención Integral a población Desplazada por la Violencia, Decreto 250 de 2005 concordante con el artículo 15 de 387 de 1997, define la Atención Humanitaria como:

El conjunto de acciones encaminadas a socorrer, asistir y proteger a la población desplazada en el momento inmediatamente posterior al evento de desplazamiento y a atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas.⁹

De igual forma, en los principios rectores del Plan Nacional se contempla el *Enfoque Humanitario* que debe garantizar la dignidad humana desde una perspectiva diferencial que responda a las particularidades de la población:

La atención a la población desplazada se brindará de manera solidaria en atención a las necesidades de riesgo o grado de vulnerabilidad de los afectados, con el fin de brindar soporte humanitario, trato respetuoso e imparcial, asegurando condiciones de dignidad e integridad física, psicológica y moral de la familia.

⁷ ACNUR (2007), pág. 172

⁸ ACNUR (2007), pág. 172)

⁹ Decreto 2050 de 2005, Ministerio de Interior y de Justicia.

De igual forma fija la responsabilidad de dicha atención en el nivel nacional, con la corresponsabilidad de las entidades territoriales de acuerdo con los principios de concurrencia, subsidiariedad y complementariedad.

En las líneas estratégicas del Plan Nacional se encuentra una línea de Atención Humanitaria, ítems 5.2.1 y 5.2.2 que identifican tres tipos de Atenciones Humanitarias de acuerdo al momento de su entrega:

- a) La Atención Humanitaria de Urgencia o Inmediata (AHI), entregada a las personas y familias desde el momento de su declaración y hasta que se decida su inscripción en el Registro Único de Población Desplazada (RUPD). Es responsabilidad del Municipio de Medellín, pero de acuerdo a los principios de subsidiariedad y concurrencia, en algunos períodos, Acción Social ha aportado recursos. Se presta a través de albergues temporales para población desplazada y aquellos que no cumplan con los parámetros de acceso establecidos por el municipio, pueden solicitar en la Unidad de Atención y Orientación (UAO), paquetes alimentarios y otros.
- b) Atención Humanitaria de Emergencia (AHE), a la cual se tiene derecho cuando las personas y las familias son incluidas en el RUPD. Es responsabilidad principalmente de Acción Social, conforme a los principios de coordinación y concurrencia, el municipio de Medellín aporta en menor medida a este componente. Se entregan recursos por tres meses a los grupos familiares para arrendamiento y alimentación, de acuerdo con las tablas establecidas por Acción Social.
- c) Atención Humanitaria de post emergencia, orientada a personas que han recibido la AHE y continúan en situación de vulnerabilidad.

La PP implementada por Acción Social con base en dichas normas fueron evaluadas tanto por la sentencia T - 025 de 2004 como por el Auto 008 de 2009 de la Corte Constitucional, quien en este último, luego de revisar los múltiples incumplimientos de Acción Social, destaca las falencias en la entrega de la Atención Humanitaria de Emergencia, la falta de respuesta, la demora injustificada en la entrega, la falta de información para la población y la resolución efectiva de sus problemas. En su parte resolutiva, el numeral undécimo de esta sentencia, ordena a Acción Social realizar y poner en marcha los ajustes necesarios para afinar la política de Atención Humanitaria para ofrecer una **respuesta articulada y efectiva que contribuya a la superación del Estado de Cosas Inconstitucional y al Goce Efectivo de los Derechos de esta población.**

Dicha orden es reglamentada administrativamente por Acción Social en mayo del presente año con la expedición de la Resolución 03069 mediante la cual regula la entrega de Atención Humanitaria a la PD, manteniendo los numerales a) y b) establecidos en el Plan Nacional, y al numeral c) le da el nombre de Atención Humanitaria de Transición (AHT). Así mismo, enumera los componentes y criterios para ser otorgadas y aclara que las entregas varían de acuerdo a las circunstancias y condiciones de la población.

A continuación realizaremos el análisis de la AH en perspectiva de las 4 A, Accesibilidad, Asequibilidad, Aceptabilidad y Adaptabilidad, para dimensionar sus falencias en la concepción e implementación de dicha PP, que en todo caso no está logrando el goce efectivo de los derechos de la población en situación de desplazamiento forzado.

Acceso a la Atención Humanitaria (AH)

Las personas inscritas en el RUPD que requieran la AH deben acudir a las Unidades de Atención y Orientación (UAO), de acuerdo al lugar de residencia, donde son recibidas las personas en situación de desplazamiento, con el fin de registrar su solicitud de AH en la base de datos de dicha entidad, para que luego Acción Social les asigne un turno para su entrega.

La Atención Humanitaria de Emergencia (AHE) se entrega a la población recién incluida en el RUPD y cuando el desplazamiento haya ocurrido en un período no superior a (1) un año, las personas que no cumplan con este requisito serán evaluadas y pasaran a la Atención Humanitaria de Transición (AHT). La entrega de AHE es para (3) tres meses y se otorgará una sola vez, las siguientes solicitudes, previa valoración por Acción Social de las necesidades y capacidades del hogar serán de AHT, que tiene una temporalidad de un año incluyendo la entrega de AHE, es decir, si una persona recibe AHE para (3) tres meses, solo dispondrá de (9) nueve meses para solicitar y recibir la AHT.¹⁰

De igual forma, Acción Social establece límites para la entrega de AHT a las personas afiliadas al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud como cotizantes, aduciendo que ello evidencia el aseguramiento del mínimo vital, no obstante la norma dice que la población puede controvertir ante Acción Social los ingresos del Hogar, pero esto implica más demora en la entrega, desconociendo realidades donde la persona que solicita la ayuda, está trabajando y cotizando, pero sus ingresos no garantizan la satisfacción del mínimo vital de la familia. Esta presunción por parte de Acción Social, genera un efecto negativo frente a la afiliación al Régimen Contributivo, que se ve como una amenaza para la consecución de la ayuda, evadiendo la afiliación al mismo.

Las personas acuden masivamente a las tres sedes de la UAO en la ciudad para verificar si ya les corresponde el turno asignado para las ayudas. En el informe de la Gerencia de Desplazamiento Forzado de septiembre de 2010, sobre flujo de Población en Situación de Desplazamiento a las UAO, informa que en el mes de julio de 2010 el 51% de la población atendida con asesoría personalizada, consultó sobre la verificación de la entrega de la AH y en el mes de agosto el porcentaje correspondió al 47%.¹¹

Para dimensionar el tiempo de espera de la PD debemos tener en cuenta que en noviembre de 2010 Acción Social está asignando en la categoría 3C el turno número 240.000, pero a la misma fecha solo han entregado en esa categoría 3.950 atenciones humanitarias, en solo 7 meses de vigencia de esta Resolución.

¹⁰ Resolución 03069 de 12 de mayo de 2010, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.

¹¹ Gerencia del Desplazamiento, 2010.

Ante la falta de respuesta de las entidades competentes, las personas en situación de desplazamiento solicitan al Ministerio Público la elaboración de Derechos de Petición, Acciones de Tutela, Solicitud de Cumplimiento de Fallo de Tutela e Incidentes de Desacato para obtener la AH, pudiendo tardar meses este trámite.

Con respecto a todas estas dificultades, la Comisión de Seguimiento a la Política Pública señala:

Algunas de las constataciones obtenidas por la Comisión de Seguimiento con la realización de diálogos con población desplazada, en el marco de los grupos ciudadanos, efectuados en varias ciudades del país, permiten identificar las quejas y reclamos más reiterados sobre la provisión de atención humanitaria para población desplazada. Son relevantes en este contexto: el inconformismo generado por los trámites y gestiones para la provisión de la ayuda, el sometimiento a largas y extenuantes gestiones para acceder a ella y por la necesidad constante de activar mecanismos de acceso a la justicia como derechos de petición o acciones de tutela con el objetivo de recibirla efectivamente. Adicionalmente se hace alusión a la entrega parcial, la extemporaneidad o simplemente la ausencia de provisión para muchos de los afectados.¹²

Actualmente la principal barrera de acceso a este subcomponente de la Política Pública, tiene que ver con la asignación de turnos que distan de tiempo razonable para la entrega de la AH, sobre el tema la sentencia T - 473 de 2007 reconoce la asignación de turnos como una vulneración a derechos fundamentales del accionante:

Así, el derecho de petición de la accionante continúa siendo conculado, pues como ha sostenido la Corte Constitucional el peticionario, en materia de asistencia humanitaria, tiene derecho a conocer “**una fecha cierta, aunque no inmediata, en la cual se realizará el pago. Esta fecha debe ser fijada con estricto respeto de los turnos, dentro de un término razonable y oportuno.**¹³

Dada la petición que al respecto debidamente elevó y el respaldo en los fallos de instancia han expuesto.

Cabe anotar que la incertidumbre en la cual Acción Social mantiene a la parte débil de la relación, víctima de hechos violentos con ocasión del conflicto armado que afronta el país, agrava su situación, toda vez que desconoce el futuro de la atención a sus requerimientos y los de su núcleo familiar, que puede ser mitigado con el auxilio que el Estado ha dispuesto para tal efecto.

En la sentencia T-025 de 2004 La Corte Constitucional encontró que ciertas herramientas utilizadas para implementar las políticas han generado efectos negativos en el cumplimiento de los objetivos, como en el caso de la atención humanitaria, donde halló que “los requisitos de visita domiciliaria impuestos para la prestación de dicho servicio han contribuido a la demora en su prestación.” Con base en todas estas observaciones, la Corte Constitucional concluyó que la respuesta del Estado al fenómeno del desplazamiento forzado “sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad

¹² Comisión (2009) pág. 15

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-1161 de 2003.

institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada”, añadiendo que con el retraso en la entrega de la Atención Humanitaria y el nivel mínimo de cobertura en la entrega “se desconocen los derechos a la vida, al mínimo vital, a la igualdad y a la salud de las personas que no acceden a dicha ayuda, es decir más de la mitad de la población desplazada registrada (...)"

En la misma sentencia añade que para la entrega de la Atención Humanitaria Acción Social “puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente demorado, lo cual lleva a que (sic) la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias.”

Reiterando la Honorable Corte Constitucional la orden perentoria de garantizar los derechos fundamentales de la población desplazada y la atención especial que requiere debido a su alto grado de vulnerabilidad, igualmente señaló que la negativa en la entrega de las ayudas de emergencia y el retraso en la entrega de las mismas, agrava aún más estas vulneraciones, enfatizando en la necesidad de señalar circunstancias de tiempo, modo y lugar para su entrega.

Asequibilidad de la AH para entregarse a la PD

Acción Social, como principal responsable de esta política, reporta que para la ciudad de Medellín entre el año 2007 y octubre 14 de 2010 ha tramitado 103.585 solicitudes de Atención Humanitaria de Emergencia a 73.560 hogares, equivalente a \$95.937.298.900. De las anteriores solicitudes ha pagado efectivamente a 61.437 hogares, para un total de \$57.427.852.200, y ha reintegrado¹⁴ \$17.800.701.200 correspondiente a 20.959 hogares.

La sentencia C - 278 de 2007 de la Corte Constitucional dice que se pueden solicitar prórrogas de la AH hasta que las personas en situación de desplazamiento estén en condiciones de asumir su propio sostenimiento, pudiendo recibir hasta cuatro AH en un año. Pero las cifras mencionadas evidencian que la demanda realizada por la población en situación de desplazamiento es mayor que la disponibilidad, falta el 20% de las solicitudes por dar respuesta y el 40% no se le ha entregado la Atención Humanitaria (AH)¹⁵. En lo que va corrido del año 2010, con corte al 14 de octubre del mismo año, se han realizado 46.887 solicitudes de AH, de las que se han pagado 21.916 solicitudes, equivalente al 47%.

Ahora bien, estas cifras deben ser analizadas a la luz de varios aspectos. En primer lugar, Acción Social está colocando los giros de acuerdo a los turnos asignados, lo que implica una demora significativa para las personas. De igual forma, una familia puede recibir varias ayudas y éstas son contabilizadas nuevamente como grupo familiar en las cifras que

¹⁴ Es decir que por algún motivo la población desplazada no cobró.

¹⁵ Informe presentado por Acción Social a la Personería de Medellín como respuesta a solicitud de Información realizada por esta Agencia del Ministerio Público.

maneja Acción Social, lo que indica que la cobertura es menor al porcentaje antes mencionado.

Si bien los giros son puestos en el banco, muchas familias no pueden recibirlas porque no les notifican oportunamente para su reclamación, por ello estos giros son devueltos a Acción Social. Con las dificultades de acceso y de disponibilidad, la población desplazada tiene problemas para la subsistencia:

En efecto, la provisión tardía, inoportuna, deficiente e inadecuada de la asistencia humanitaria demarca retrocesos en el proceso de restablecimiento, así como la generación de dependencia, con graves consecuencias para las personas, familias y comunidades desplazadas, en la medida en que se ven abocadas a utilizar y consumir de manera primordial los exiguos recursos materiales y sociales con los que cuentan, extinguiendo sus reservas básicas, y viéndose posteriormente totalmente dependientes de la ayuda.¹⁶

Aceptabilidad de la AH para la subsistencia de las familias

Las familias afirman que el dinero recibido no alcanza para subsistir, pues es insuficiente para cubrir gastos básicos de arrendamiento, alimentación y artículos de aseo por tres meses, como lo señala la norma. A continuación se presenta un cuadro con los tipos de AH establecidos por Acción Social para entregar en Medellín¹⁷:

Tipo de entrega AH

Tipo de AH según el número de integrantes de la familia	Arrendamiento valor/ mes	Alimentos valor mes	Kit hábitat valor total
A: 1-3 integrantes	\$ 90.000	\$ 90.000	\$ 104.000
B: 4-5 integrantes	\$ 110.000	\$ 215.000	\$ 165.000
C: Más de 6 integrantes	\$ 140.000	\$ 350.000	\$ 180.000

Fuente: Agencia Presidencial para la Acción Social – Territorial Antioquia.

Esta fase de asistencia humanitaria por parte del Estado no garantiza el goce efectivo de los derechos de los/as ciudadanos/as ni contribuye a la estabilización socioeconómica que

¹⁶ Comisión (2008), pág. 14

¹⁷ Es importante aclarar que Acción Social cuenta con unas variables (establecen la capacidad de sustento de la familia) que se aplican después de la primera entrega de AHE, a partir de las cuales define el monto a entregar, es decir que los montos pueden variar. “A partir del mes de julio de 2009, la estrategia de atención a la PD cambió, con respecto a un proceso de entrevistas domiciliarias que se venían realizando. Si la persona es incluida en el último año, se tienen en cuenta los siguientes criterios para hacerle entrega de la ayuda humanitaria integral que corresponde a tres meses de alimentos, tres meses de arriendo y kits de hábitat. a) Ser el primer desplazamiento; b) Ser la primera solicitud de ayuda humanitaria; c) Estar dentro del primer año de ese primer desplazamiento. Cuando un hogar no cumpla con los criterios anteriores, para la entrega de la Asistencia Humanitaria se hace una verificación del hogar en relación a la necesidad y que tenga miembros de especial protección constitucional (niños, mujeres, discapacitados y adultos mayores), a través de su inclusión en programas regulares que contribuyan al mínimo de subsistencia. En caso de no lograr la inclusión en estos programas regulares, por razones no imputables al hogar, se prorrogará la AHE por 90, 60 o 30 días, según el caso.

les permita superar su estado de vulnerabilidad, sobre este análisis se mantienen las consideraciones de la Comisión de Seguimiento a la T-025 de 2004:

(...) La Comisión considera urgente el diseño e implementación de una estrategia de articulación entre acciones de atención humanitaria y acciones de restablecimiento, en una dinámica simultánea respecto de aquellos componentes de atención que así lo demanden (...)¹⁸

La AH busca aportar al mínimo vital de las personas en situación de desplazamiento, este derecho fundamental se encuentra estrechamente relacionado con los derechos a la integridad personal (art. 12, C.P.), a la seguridad social integral (art. 48, C.P.), a la salud (art. 49, C.P.), y a la vida digna, entendida como: "el merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal" Corte Constitucional.

Bajo este derrotero, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado Colombiano. Así pues, es un deber que comporta por parte del Estado y de sus autoridades, la adopción de medidas y políticas que se encaminen a garantizar un trato acorde a la condición de seres humanos, a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, lo cual incluye la función de impartir justicia y protección de los derechos fundamentales:

El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (CP art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social.¹⁹

Las razones para declarar el Estado de Cosas Inconstitucional en la política de atención a la población desplazada son las mismas que en este texto se presentan. Pretender que la respuesta de Acción Social a través de la asignación de un turno es una respuesta de fondo, no solo va en contra de la línea jurisprudencial de la Alta Corte con relación al derecho fundamental de petición, también contraría las órdenes establecidas en la ratio decidendi de la sentencia T-025 de 2004 y el Auto 008 de 2009 para la superación del estado de cosas inconstitucional por la vulneración masiva y sistemática de los derechos fundamentales de la población desplazada.

La sentencia T-025 de 2005, indicó que las connotaciones del desplazamiento forzado son de tal índole que se está ante la vulneración generalizada y sistemática de los derechos fundamentales de la población directamente afectada especialmente. En dicha providencia recordó que esos derechos mínimos deben ser satisfechos en cualquier circunstancia por las autoridades a los desplazados, puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación, conformando una carta de derechos básicos de toda persona víctima de desplazamiento forzado. Además señaló que el

¹⁸ Comisión (2008), pág.15

¹⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

derecho al trato preferente es punto de apoyo para proteger a quienes se encuentran en situación de indefensión por el desplazamiento forzado y debe caracterizarse por la prontitud en la atención a los requerimientos de estas personas pues de otra manera la vulneración de derechos fundamentales se perpetúa y en muchas situaciones se agrava.

Adaptabilidad o enfoque diferencial en la AH

La mayoría de las personas en situación de desplazamiento forzado terminan en condiciones infrahumanas, hacinadas en zonas marginadas de la ciudad, donde se presenta en forma generalizada la insatisfacción de las necesidades básicas de alojamiento, salubridad, abastecimiento de alimentos y de agua potable. La Corte Constitucional reconoce que en general las personas en situación de desplazamiento son sujetos de especial protección constitucional y a su vez este universo tiene otros grupos de especial protección por las condiciones de mayor vulnerabilidad que difícilmente pueden obtener otra forma de ingresos para su sustento, para lo cual profirió autos diferenciales de niños, mujeres, grupos étnicos y discapacitados, haciendo exigencias de adaptabilidad o adecuación para la atención oportuna e integral.

Adicionalmente se puede entender la adaptación o adecuación a la entrega de la AH según los requerimientos generales de la población en situación de desplazamiento forzado. En la sentencia C-278 de 2007 la Corte Constitucional establece que la ayuda humanitaria no puede depender del paso del tiempo sino que debe tener en cuenta las condiciones objetivas de la población afectada a la que se debe brindar asistencia, para que real y efectivamente cumpla con los requerimientos de la población víctima de desplazamiento forzado:

Sin embargo, la ausencia de una perspectiva y enfoque diferencial en la atención, y la entrega parcial o incompleta de la asistencia cuyos componentes han sido definidos normativamente, se identifican como otras de las falencias más protuberantes en la atención humanitaria (...)

(...) Adicionalmente, la provisión de atención y de sus componentes se enmarcan en una estandarización de contenidos, pese a que la caracterización de los hogares afectados ha permitido identificar necesidades y grados de vulnerabilidad variados frente a los cuales la atención no es consonante.²⁰

Por su parte, el Informe del Gobierno Nacional presentado a la Corte Constitucional el 1 de junio de 2010²¹ señala que la asignación de turno se hace a partir de tres principios: i) enfoque diferencial, ii) clasificación de los hogares según su vulnerabilidad y II) Respeto del derecho a la igualdad con la asignación de turnos, clasificando los integrantes del hogar de la siguiente forma:

²⁰ Comisión de Seguimiento (2009), pág. 8

²¹ Sistema Nacional de Atención Integral (2010), págs.395-397

Jefatura del hogar		Discapacidad		Adulto mayor	Hogar	Etnia	Menores del hogar	Ayuda entregada	
Femenina	Masculina	Del solicitante	Persona del hogar	Jefe					
20%	5%	20%	10%	15%	5%	5%	10%	15%	10%

Fuente: Acción Social, SAPD – Caracterización

Luego de sumar los diferentes porcentajes por hogar, se determinan los niveles de vulnerabilidad para la asignación de turnos.²² Como se puede observar, no se tienen en cuenta otros factores de vulnerabilidad, como el número de integrantes del hogar o el desempleo, que son factores comunes a la PD, entre otros.

En esta espera indefinida se encuentran familias en condiciones de extrema vulnerabilidad, mujeres cabeza de hogar con niños, niñas y adolescentes, personas discapacitadas o adultos mayores, debiendo recurrir a las acciones jurídicas antes mencionadas para la protección de sus derechos y que no ven garantizado el enfoque diferencial.

Después de este recorrido se puede concluir que con la expedición de la Resolución 03069 de mayo del presente año, Acción Social no solo continúa aportando al ECI sino que lo agrava. La reformulación de la PP de AH era una buena oportunidad para permitir la participación efectiva de la población en situación de desplazamiento y de la Comisión de Seguimiento a la T-025 de 2004, quienes tenían un análisis profundo de la problemática y podían aportar soluciones o alternativas efectivas, por el contrarios sus aportes no fueron tenidos en cuenta y se construyó un documento de PP que no permitió la participación de la ciudadanía, desconociendo la soberanía popular y los importantes aportes de la Corte Constitucional para el Goce Efectivo de Derechos de la PD.

Ahora bien, esto no solo tiene implicaciones en las personas víctimas de desplazamiento forzado. Desde el punto de vista presupuestal es preocupante observar la ineficacia e ineficiencia de esta política asistencial en la cual se invierte la mayor cantidad de recursos de la Nación, es incluso mayor que la inversión en vivienda, tierras y generación de ingresos, componentes estos que contribuyen de forma más clara al restablecimiento y el Goce Efectivo de derechos de la PD. Lo anterior se muestra en el siguiente cuadro comparativo de recursos invertidos por la Nación en Atención Integral correspondiente a los años 2009 y 2010:

Recursos Destinados a la atención de la Población en Situación de Desplazamiento		
VIGENCIA	2009	2010

22 Nivel Vulnerabilidad Alta: de 76% hasta 100%, Nivel Vulnerabilidad Media-Alta: de 51% hasta 75%, Nivel Vulnerabilidad Media-Baja: de 26% hasta 50% y Nivel Vulnerabilidad Baja: de 0% hasta 25%. Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado mediante la Sentencia T- 05 de 2004. Sistema Nacional de Atención, 2010, pág. 398

Prevención y Protección		34.395	37.640
Atención Integral	Atención Humanitaria	515.287	643.442
	Atención Integral Básica	213.260	222.282
	Vivienda	380.919	429.000
	Tierras	59.000	89.772
	Generación de Ingresos	124.200	72.306
TOTAL		1.327.061	1.494.442

Datos: Informe Acción Social, 2009

Esta dificultad también fue identificada por la Corte Constitucional en el Auto 008 de 2009:

En materia de provisión de ayuda inmediata y de atención humanitaria de emergencia, a pesar de ser una de las áreas para las cuales se produjo el mayor esfuerzo presupuestal, persisten los problemas de capacidad institucional para responder de manera oportuna y adecuada a las necesidades de la población desplazada en la materia y en condiciones de integridad, igualdad y calidad.

De esta forma se desperdió la oportunidad de reformular la política pública de AH con la participación ciudadana y acorde a los mandatos de la Corte Constitucional, además se acentúan las falencias identificadas previamente y continúa siendo esta la primera línea de inversión del Estado, sin fortalecer otros componentes de la PP direccionados al restablecimiento de derechos, perpetuando de esta forma el Estado de Cosas Inconstitucional en esta materia.

Consideraciones finales

En Colombia solo hasta el año 1997 se expide el marco normativo nacional para el reconocimiento y atención la problemática del desplazamiento Forzado y se construye el documento CONPES y 2924 de 1997 sobre *el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*. De igual forma, los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de la sentencia T-025 de 2004, con la declaratoria del Estado de Cosas inconstitucional (ECI) y sus Autos de seguimiento, han implicado la construcción de políticas públicas de atención a la Población Desplazada (PD).

Actualmente existen disposiciones normativas que aclaran competencias en los componentes de Atención a la población desplazada, tanto a nivel nacional como territorial. Ahora bien, teniendo en cuenta que la problemática del desplazamiento se encuentra estrechamente relacionada con el conflicto armado interno y los derechos humanos de la población, se debe considerar al Gobierno Nacional como principal responsable de la política pública de atención a la PD.

Aun existen falencias frente a la coordinación Nación-Territorio, identificadas por la Corte Constitucional y que se relacionan con: i) la debilidad y falta de coordinación institucional, (ii) la ausencia de especificidad, racionalidad y diferencialidad en la formulación e implementación de políticas públicas, (iii) la falta de asignación y ejecución de recursos necesarios, (iv) la falta de clarificación, de asunción y de cumplimiento del grado de corresponsabilidad entre la Nación y las Entidades Territoriales.

No obstante de la reformulación de la PP por el gobierno Colombiano en octubre de 2009, las modificaciones en el subcomponente de Atención Humanitaria de Emergencia, expresan una concepción asistencialista de la política pública y restrictiva frente a los derechos de la población desplazada. Desconoce los contextos de la población y las deficiencias en la implementación de otros componentes de la política, se entiende entonces que la respuesta estatal desde este subcomponente no contribuye a la superación del estado de cosas inconstitucional (ECI).

Con la implementación de la Resolución 03069 del 12 de mayo de 2010 sobre la AH, la población en situación de desplazamiento encuentra: i) mayores barreras de acceso a este subcomponente de la Atención integral, cuyos retrasos agrava su estado de vulnerabilidad. ii) La demanda de la población desplazada por AH, no corresponde con la capacidad de respuesta de Acción Social, y iii) Los montos entregados no garantizan las condiciones mínimas de subsistencia de los hogares desplazados y no se adecuan a sus realidades.

La reformulación de la PP de AH, no contó con los aportes de la población desplazada, convirtiéndose en un documento de PP que no permitió la participación de la ciudadanía, desconociendo la soberanía popular y los importantes aportes de la Corte Constitucional para el goce efectivo de derechos de la PD.

Referencias Bibliográficas

Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. En: <http://www.accionsocial.gov.co/Estadisticas/publicacion%20octubre%2031de%202009.htm>.

Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado (2008). Noveno Informe: “Declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional respecto de la situación de la población desplazada”.

Comisión de Seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. Junio 30 de 2009. Apuntes sobre lineamientos generales de la política pública de atención humanitaria para la población desplazada.

Concejo de Medellín. Acuerdo 049 de 2007.

Congreso de la República. Ley 387, 18 de julio de 1997, Presidencia de la República, Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Defensa Nacional.

_____. Ley 1190, 30 de abril de 2008, Presidencia de la República, Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio de la Protección Social, Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 1992. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-473 de 2007. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C-278 de 2007. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

_____. Auto 008 de 2009. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Auto 007 de 2009. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Auto 314 de 2009. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Defensoría del Pueblo. 10 de julio de 2009. Informe a la Honorable Corte Constitucional para la audiencia pública del en relación con el Auto 225 de 2009.

Gerencia del Desplazamiento: Unidad de Análisis y evaluación de la política pública. 10 septiembre 2010. Flujo de Población en Situación de Desplazamiento a las UAO.

Informe presentado por Acción Social a la Personería en atención a una solicitud realizada el 3 de noviembre de 2010.

La Agencia de la ONU para los Refugiados. Balance sobre Política Pública 2004 - 2007, Colombia.

Planeación Municipal Alcaldía de Medellín. 30 de Septiembre de 2010. Informe consolidado del Plan de Acción de la Población en Situación de Desplazamiento año 2010.

Presidencia de la República. Decreto 250, 7 de Febrero de 2005, Presidencia de la República, Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Defensa Nacional.

Resolución 03069 de 12 de mayo de 2010, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.

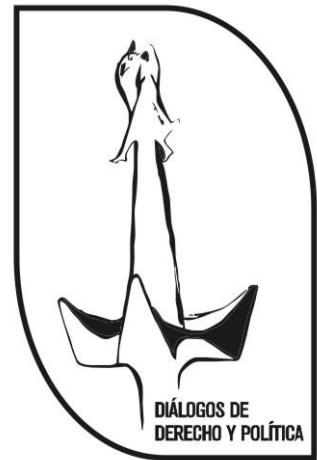
Ruiz, Miguel Ángel (2009). *Contenidos morales en el debate sobre políticas públicas.* En: Políticas públicas en sistemas críticos: en caso latinoamericano. Pág. 201

Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada. Octubre de 2009. Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre el avance del Estado de Cosas Inconstitucional Declarado mediante Sentencia T-025 de 2004.

Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada. Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado mediante la Sentencia T- 025 de 2004. 1 de julio de 2010, Bogotá.

Vargas, Alejo (2009). *La Política Pública de seguridad y defensa en Colombia.* En: Políticas públicas en sistemas críticos: el caso latinoamericano. Pág. 92

Zapata, Carlos (2010). *Las políticas públicas vista desde la organización social: el caso indígena en Colombia.* En: Cátedra Latinoamericana Orlando Fals Borda. Capítulo permanente Cátedra de los pueblos Originarios. 8 Foro virtual. Pág. 115



Los debates de la objeción de conciencia al Servicio Militar Obligatorio en un Estado militarista. Una mirada crítica a la Sentencia C-728 de 2009

Juan David Casas

Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: jdksas@yahoo.es

Resumen

Palabras Clave: Objeción de conciencia; servicio militar obligatorio; antimilitarismo.

El trabajo que se presenta a continuación pretende abordar de manera general, y desde una perspectiva crítica, lo que es la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. La idea surge fundamentalmente a partir de la sentencia C-728 de 2009, proferida por la Corte Constitucional colombiana, en donde se reconoce la objeción como un derecho fundamental.

Lo que trata de plantearse en este texto es que los movimientos de objeción de conciencia han acudido a esta figura bajo los postulados del antimilitarismo, la no violencia y la insumisión, sin embargo, la Corte en su reconocimiento no alude a estos temas y por el contrario sigue reconociendo la importancia de los ejércitos. No obstante, es preciso reconocer los avances en el reconocimiento de la objeción como un derecho fundamental.

Palabras Clave: Objeción de conciencia; servicio militar obligatorio; antimilitarismo.

Los debates de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio en un estado militarista. Una mirada crítica a la Sentencia C-728 de 2009*

Introducción

De manera bien especial, en el mismo momento en que el Estado colombiano se caracteriza por aspectos como una línea legislativa abiertamente militarista, conservadora y punitiva;¹ una tendencia de gobierno en donde ha predominado el ejercicio militar como forma de resolver los conflictos, en donde ha sido notable la promoción de un modelo patriarcal incluso por parte de órganos de control del Estado como la Procuraduría; en donde además la línea jurisprudencial de la Corte frente al tema de la objeción ha sido bastante tímida y reiterada en asegurar que no es viable en el caso del Estado Social de Derecho colombiano; lo que se menciona como algo especial, es que es en ese escenario en el que aparece la sentencia de la Corte Constitucional reconociendo de manera abierta la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio como un derecho fundamental.

Si bien de plano, y sin hacer estudios minuciosos del tema este reconocimiento es importante para los objetores de conciencia, es necesario hacerse algunas preguntas que trataran de ser abordadas en este artículo; ellas son, ¿hay realmente un cambio en los intereses de los poderes del Estado, y ahora hay una apuesta por políticas antimilitaristas?, ¿es un avance esta Sentencia para los objetores?, ¿a qué tipo de objetores beneficia?, ¿podría decirse que se avizora la abolición del servicio militar obligatorio, y más allá de eso, un desmonte de la estrategia militar en Colombia?

Para tratar de desarrollar la materia se comenzará por presentar inicialmente algunos criterios conceptuales que es importante tener en cuenta; posteriormente se harán algunas referencias a los orígenes o fundamentos de los objetores de conciencia, condición *sine qua non*, para comprender el fundamento de esta figura; posteriormente se presentará un breve recorrido por la Sentencia, para finalmente hacer un abordaje sucinto y a forma de conclusión de los cuestionamientos planteados en el párrafo anterior y que son realmente los elementos que más interesan para hacer un análisis crítico de este texto.

Para iniciar, es necesario aclarar que no es posible limitar el tema de la objeción de conciencia (que en adelante se referenciará como ODC) al servicio militar obligatorio (que en adelante se referenciará como SMO) simplemente a la consagración jurídica del tema, o a la referencia como derecho humano en el marco de la Declaración de Derechos

* Artículo presentado como trabajo final para el Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2010. Este artículo hace alusión a un análisis crítico de la Sentencia C-728 de 2009 de la Corte Constitucional Colombiana, con la finalidad de aportar criterios de análisis de la misma desde lo que ha sido el movimiento de objetores de conciencia.

¹ Estos elementos son notables en legislaciones permanentes en apoyo a salidas militares a la situación de conflicto en que vive el país desde hace décadas; en las propuestas de política criminal más drástica a problemáticas comunes como los casos de abusos de menores, delincuencia común e incluso el consumo de sustancias psicoactivas.

Humanos de corte liberal, la reflexiones alrededor del tema de la objeción en este caso, toma mayor importancia, en el sentido que se ha construido desde corrientes críticas del derecho, desde los colectivos anarquistas antimilitaristas y desde el marco de la desobediencia civil.

Algunos Conceptos

Como entender la libertad de conciencia

Si bien son muchas las discusiones y reflexiones que se presentan alrededor del tema de los derechos fundamentales, son más aun las que se dan alrededor de lo que es la **Libertad de Conciencia**, pues el mero concepto de **Conciencia** ya implica un debate amplio que además de lo político se cruza por lo religioso; es pues una discusión que soslaya lo mas subjetivo e intimo del ser humano.

La carta constitucional lo ha definido así en el artículo 18: “se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones y creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar en contra de su conciencia;” y le da una protección reforzada, por un lado, al ubicarlo dentro de los derechos fundamentales, y por otro, al protegerlo por medio de la acción de tutela.

El principal sustento internacional de este derecho ha radicado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y a nivel histórico es importante darle relevancia a la Declaración de Virginia en 1776.

Si se tiene entonces que nadie será obligado a actuar en contra de sus creencias y convicciones, ni molestado por ello, se configura ya una forma de entender la conciencia humana que obviamente es diferente de la libertad de cultos o el libre desarrollo de la personalidad:

La libertad de conciencia se ha distinguido de las libertades de pensamiento y opinión, y también de la libertad religiosa, considerándose que ella no tiene por objeto un sistema de ideas, ni tampoco la protección de una determinada forma de relación con Dios, sino la facultad del entendimiento de formular juicios prácticos en relación con lo que resulta ser una acción correcta frente a una situación concreta que se presenta de facto. En otras palabras, es la facultad de discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral, pero en relación con lo que concretamente, en determinada situación, debemos hacer o no hacer. Por eso se dice que es un conocimiento práctico².

La conciencia es definida por el profesor Mario Madrid Malo como:

Un juicio de la racionalidad práctica sobre la moralidad de la acción, como un dictamen del entendimiento sobre la connaturalidad de un acto con el bien, como

² Corte Constitucional colombiana, sentencia C 616 de 1997.

un veredicto de la razón para valorar la bondad o la maldad de una conducta, como la puesta en práctica de la sensibilidad moral o como el acto de mediación entre la regla objetiva de los valores morales y la situación personal (...)³

En este sentido, la conciencia sería el juicio racional que hace un individuo sobre la moralidad de un acto para determinar su disponibilidad para hacerlo o dejarlo de hacer, y la libertad de conciencia podría considerarse como la facultad de una persona para juzgar un acto que se propone realizar o realizó y decidir de acuerdo a ese juicio moral si lo hace o no lo hace, o que tan coherente es ese acto con sus convicciones morales, filosóficas o éticas; es importante tener en cuenta que cuando se habla de moralidad no se hace exclusivamente mención de la moral cristiana o religiosa; sino de un acto subjetivo de todo ser humano.

Esta libertad obra, no solo para quien actúa de acuerdo a una moral objetiva o convencional, sino también para quien obra con sustento en criterios meramente subjetivos; obviamente siempre que su decisión no implique el menoscabo de la dignidad de otros seres humanos.⁴

El papel del Estado con relación a este derecho tendría que ser el típico de una libertad negativa, es decir, de no interferir en la conciencia de las personas y por tanto respetar la libertad que tiene cada ser humano.

El derecho a la libertad de conciencia nace y tiene validez en la medida en que parte de que el ser humano es un ser consciente, racional, libre, que puede discernir sobre su obrar y puede actuar de acuerdo a sus dictámenes personales; de ahí que los Estados constitucionales contemporáneos alardeados por la defensa de la dignidad humana, tengan el deber ético y político de velar por la garantía de este derecho.

Claro está, que no podría limitarse solo a la decisión sobre una regla de derecho, sino sobre toda la cotidianidad de la vida, incluso sobre el sistema mismo de la sociedad o del sistema político, y es aquí en donde las decisiones de los objetores van más allá de lo que han dicho las instituciones gubernamentales para incursionar en un campo mucho más político, pues entendido de esta manera sería una forma también de expresar no solo rechazo a algo particular sino a todo un modelo de sociedad.⁵

¿Qué es la objeción de conciencia?

Es entendida como la posibilidad que tiene toda persona de *no hacer* algo que atenta contra sus convicciones, es decir, es una forma de desobediencia a una ley específica (si se entiende como la objeción parcial) o cuando una persona hace insumisión ante el sistema mismo (y en este caso se llama objeción total), y de ahí que sea ese uno de los principales puntos de debate,⁶ pues hasta ahora los Estados han venido reconociendo la objeción parcial en el caso de la prestación militar, pero ninguno reconoce la objeción de forma

³ Madrid Malo (1996), pág. 20.

⁴ Madrid Malo (1996), Número 7, pág. 23.

⁵ Beunza (2002), pág. 21.

⁶ Gascón (1990), pág. 32.

total, tampoco a los objetores de esta opción les interesa el reconocimiento como tal, pues pretenden al contrario la transformación de toda la estructura social.

La objeción es entonces la capacidad de una persona para discernir sobre las posibilidades que tiene y optar por la que considere más recta, tomando distancia de ellas de una manera crítica para tomar decisiones sobre su obrar; es este un límite claro a la obligación del derecho, pues este no es absoluto.

El objetor de conciencia, como ser humano, es una reiteración de la capacidad de discernimiento de todas las personas, del ejercicio de la libertad y la dignidad humana en su más radical expresión y de la condición de humanismo y convencimiento; es la expresión de una persona emancipada de la sociedad apolítica, desvalorada y obediente que propone el modelo hegemónico actual; es por ello, que los Estados ven, en la objeción de conciencia, así como en la resistencia y la desobediencia, fracturas de su propio modelo que no están dispuestos a ceder, pues constituyen riesgos para su proyecto de dominación, de allí, que objetores sean encarcelados, maltratados, excluidos y en casos más radicales asesinados.

El acto de objetar se diferencia igualmente de la comisión de un delito en el sentido de que aquel es un acto individual, público, razonado desde posiciones loables y colectivas, argumentado, sostenido en el tiempo, consiente; por su parte las conductas delictivas por lo general son privadas, clandestinas, representan un daño colectivo, no razonado, no sostenido.⁷

Además de ello, no se trata de un acto vinculante, es decir, el objetor, en principio, no pretende que otros estén obligados a hacer lo mismo, su exigencia radica en que se le garantice su derecho a no hacer.

Uno de los más grandes dilemas de la objeción así como de otras formas de manifestar inconformidad como lo son la resistencia, la desobediencia, el Satyagraha,⁸ la sedición; se encuentra en que estas conductas representan un peligro para la OBEDIENCIA, que es uno de los pilares del proyecto de Estado moderno, las religiones y de los modos de producción y modelos de desarrollo contemporáneos occidentales, pues todos estos dependen de la obediencia de la mayoría.

El objetor es entonces un desobediente consciente de lo que es su modelo de orden externo, pero obediente a los propios criterios de la razón práctica; ello exige entonces, un permanente proceso de formación, de concientización y de reflexión de su actuar; de allí, que las autoridades externas e incluso el Estado sea incompetente para gobernar sobre la conciencia de las personas.

Con todo esto lo que se está planteando es poner en tela de juicio las construcciones positivistas, y se le da al ejercicio de la autoridad y la supremacía de la ley una carga axiológica y política incluso de carácter subjetivo, mediante la cual, una norma no es en sí misma objeto de obediencia sino que pasa primero por un juicio racional del sujeto

⁷ Henao (2006), pág. 54

⁸ Así le llamo Gandhi a la forma de revolución independentista que lideró en la India, y consistió básicamente en la lucha no violenta.

destinatario de ella; ¿genera esto un escenario de inseguridad o incertidumbre?, no exactamente, mas bien, lo que exige es que las normas sean creadas teniendo en cuenta los criterios de las personas que las obedecerán, que cuenten con la posibilidad de la concertación y el debate; y que, procedan de órganos legitimados.

¿La objeción requiere ser reconocida por el Estado o un órgano externo al individuo para que sea válida?, y esto representa múltiples discusiones y debates como se presentaran en algunas de las posiciones alrededor de la objeción al servicio militar; lo cierto, es que la condición de objeción no requiere más que la propia convicción de la persona, del propio llamamiento de su conciencia para que se configure el derecho; aunque la doctrina a mencionado que es posible siempre que la situación haga referencia a situaciones claras, pero como el derecho presenta algunas zonas de penumbra en la cual es posible que hayan litigios, allí si es necesario que hayan ciertas aclaraciones por órganos externos.

Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio

En los términos que se han mencionado en los acápite anteriores, haciendo uso de la objeción de conciencia ningún joven podría ser obligado a prestar el servicio militar obligatorio cuando considere que tal acto atenta contra sus convicciones religiosas, políticas, filosóficas, espirituales; tal como lo menciona el artículo citado; además porque sería vulnerador de los derechos al Libre desarrollo de la personalidad, a la paz, a la libertad individual y a los principios de Dignidad humana e integridad personal, todos reconocidos por la Constitución Colombiana.

La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, es definida como la negativa de una persona a realizar actos, acciones o participar dentro de cualquier estructura militar, sea de manera directa (haciendo parte de ella) o indirecta (financiándola), argumentando convicciones morales, religiosas, éticas, humanitarias o políticas.⁹

Si bien la objeción se entiende en el sentido amplio, pues puede objetarse a una infinidad de cosas, en este caso se limita al SMO dado que es el objeto de estudio en el presente documento.

La ODEC al SMO ha sido históricamente desde sus inicios, más o menos se datan casos específicos desde la modernidad; en el caso colombiano se registran experiencias desde los años 30, aunque en Medellín se tuvo conocimiento de esta figura en los años noventa cuando aparecen varios objetores; una figura en la que se han cobijado jóvenes pacifistas; es decir, la objeción en este caso es un argumento desde la no violencia, ello se muestra en los argumentos de los jóvenes objetores, especialmente aquellos que lo hacen por razones políticas.

De allí que no sea posible comprender el contexto de los objetores de conciencia sin comprender lo que es la no violencia, el antimilitarismo y la insumisión, pues han sido históricamente estos los fundamentos políticos desde los cuales los movimientos de objeción han defendido su posición.

⁹ Gascón (1991), pág. 47

El punto de debate sobre la objeción de conciencia

Si las cosas son tan simples, la Constitución es un estatuto de paz protegido por la Corte Constitucional, si el derecho tiene una pretensión de justicia, y la legislación internacional ha sido reiterativa en mencionar este derecho, ¿cuál es el punto de quiebre?

El problema radica fundamentalmente en que esos postulados no son tan ciertos, que la Constitución no encarna en sí mismo un estatuto de paz, que el derecho tiene una pretensión más de legalidad que de justicia, y que la legislación internacional no ha sido acogida por los órganos nacionales de manera integral.

No hay un solo criterio al respecto, y si bien el derecho a objetar existe, y es construido de manera práctica por los cientos de jóvenes que no quieren prestar el servicio militar, en Colombia la interpretación de la Constitución en esta materia no es clara, la jurisprudencia tampoco y mucho menos el discurso de las Fuerzas Militares, hay posiciones encontradas, hay divergencias y además una cultura militarista en medio del debate que ha incidido de manera determinante sobre el mismo, de allí que apenas una sentencia del 2009 venga a dar cierto estatus a este derecho.

Son dos los artículos de la constitución que han generado especial debate:

El Artículo 18 de la Constitución Política dice: “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.”

El Artículo 216 de la Constitución dice: “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.”

El asunto a cuestionarse es ¿prima un artículo orgánico como el caso del 216 sobre un derecho fundamental de la Constitución como lo es el 18? ¿prima un deber sobre un derecho fundamental? y lo más discutible ¿un deber que obliga a ir a la guerra, a portar armas; merece ser acatado?, si bien la discusión podría salvarse con un argumento garantista, en Colombia no ha pasado así, lo que muestra como los factores reales de poder interesados en la guerra han tomado parte importante.

Frente a los casos presentados sobre objeción de conciencia, la Corte Constitucional en sus sentencias,¹⁰ en lugar de buscar un punto humanista entre los dos artículos, ha optado por sobreponer la obligación constitucional de tomar las armas frente al derecho a la libertad de conciencia con respecto a la no prestación del servicio militar obligatorio (SMO).

Como muestra de ello la Corte Constitucional dijo en Sentencia T-409 de 1992:

¹⁰ Entre las Sentencias que han aludido al tema se encuentra, C 511/94, T 547/93, C 561/95, T 728/09, T 588/98, T 363/95, C 740/01, T 409/92.

La garantía de la libertad de conciencia no necesariamente incluye la consagración positiva de la objeción de conciencia para prestar el servicio militar. Esta figura, que en otros sistemas permite al individuo negarse a cumplir una obligación como la mencionada cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas, no ha sido aceptada por la Constitución colombiana como recurso exonerativo de la indicada obligación.¹¹

La misma Corte dijo en Sentencia C-511 de 1994:

Tampoco resulta violatoria la normativa acusada por omisión a la libertad de conciencia consagrada en el artículo 18 de la Carta. Esta Corporación ha tenido oportunidad de indicar, que no existe en nuestro régimen relacionado con el servicio militar la figura de la "objeción de conciencia", por cuanto no resulta del fuero propio de las exigencias del servicio militar el autorizar a los ciudadanos para no atender este deber esencial, cuyos basamentos se encuentran no sólo en lo dispuesto en la ley sino justamente en la conciencia del propio compromiso social.¹²

Y en la Sentencia T-363 de 1995 la Corte ratificando su aporte a la cultura militar del país dijo:

En efecto, el servicio militar no es per se algo que implique violencia, daño a los demás, ejercicio ciego de la fuerza o vulneración de derechos fundamentales. Se trata de un deber en abstracto, cuyos contenidos concretos están sometidos a la Constitución y a la ley

(...) La Corte rechaza de manera enfática las pretensiones del accionante, por cuanto, de admitirse su viabilidad a la luz de la Constitución, se estaría entronizando la voluntad de cada uno como regla y medida del cumplimiento del deber, que por su misma naturaleza se impone independientemente del querer y los deseos de aquél a quien corresponde acatarlo.

(...) Y es que los deberes, que se establecen como contrapartida de los derechos, mientras sean razonables y no desatiendan el orden jurídico, son exigibles sin lugar a preferencias ni discriminaciones y no por serlo violentan la libertad de conciencia, ni ninguna otra libertad.¹³

En conclusión, la situación en la jurisprudencia colombiana estuvo muy clara hasta el 2004: no existe el derecho a la objeción de conciencia frente el servicio militar obligatorio (SMO), sin embargo, se ha venido presentando un cambio en la jurisprudencia, inicialmente en algunos salvamentos de voto, y finalmente en sus decisiones como se verá en la descripción de la sentencia que se analiza adelante.

11 Sentencia T-409 de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

12 Sentencia C-511 de 1994. Es importante saber la opinión de una minoridad, de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero: "Nuestra diferencia con la decisión de la Corte es que ella considera que el Legislador tiene la discrecionalidad de incorporar o no la objeción de conciencia, mientras que nosotros, por las razones anteriormente señaladas, consideramos que era un deber del Legislador haberlo hecho. Pero de todos modos, el debate en la sociedad colombiana sobre el tema sigue abierto."

13 Sentencia T-363 de 14 de agosto de 1995.

El origen político de los objetores de conciencia

La objeción de conciencia se ha puesto en el debate público en Colombia durante los últimos dos años, resultado de las presiones de la comunidad internacional y de los colectivos de objeción; y si bien esta figura se fundó inicialmente en razones de tipo religioso y se confundió con la libertad de cultos, no ha estado ahí su principal fundamento.

El sustento político de la objeción ha estado a nivel internacional en el Antimilitarismo, la no violencia, la Insumisión, incluso en notables postulados Anarquistas, a continuación se hace una breve presentación al respecto.

El antimilitarismo

En principio la forma como podría entenderse el tema del militarismo podría ser: El militarismo es una ideología según la cual la fuerza militar es la fuente de toda la seguridad. En su forma más leve se postula a menudo con argumentos muy variados, para justificar la preparación militar de una sociedad, todos los cuales tienden a asumir que la «paz a través de la fuerza» es la mejor o única forma de conseguir la paz. Su política se resume en el aforismo latino *«Si vis pacem, para bellum»* (“Si quieres la paz, prepárate para la guerra”),¹⁴ Definición que muestra que como ideología no obedece solo a estructuras militares, sino a otros aspectos, más cotidianos, como por ejemplo lo muestra el siguiente relato sobre el conflicto en Palestina: "La ideología militarista y popular impregna la sociedad israelí. Desde que nacen, los niños son educados en valores de militarismo, que están presentes en el lenguaje, la moda y la forma de vestir, la educación... incluso en los chistes que se explican."¹⁵

Ese modelo militarista no entendido como ideología¹⁶ sino como un instrumento o un dispositivo, trasciende a la mera presencia de los ejércitos, sirve a unos determinados intereses, intereses que en este caso responden al modelo económico neoliberal; los países del mal llamado primer mundo no escapan al militarismo, sus ciudades no están infestadas de soldados, pero el control social está intacto y más fuerte, en este caso, por medio de otras instituciones.

¹⁴ OLMO (2002), pág. 3

¹⁵ OLMO (2002), pág. 12. En esa misma medida, un integrante de la Red Juvenil de Medellín, en entrevista del día 10 de noviembre del 2010 lo entiende de la siguiente manera: La militarización no es simplemente la institución castrense, sino una estrategia que va más allá de la conformación de cuerpos policiales y ejércitos, que raya en todos aquellos medios coercitivos y que trascienden a la manipulación mediatisada, el control social, las instituciones de control y castigo en la cárcel y el colegio, para mantener a la población como un ejército de hombres ciegos que no ven que es la guerra lo que los sume y mantiene sin participación política y en la pobreza.

¹⁶ No se considera que el militarismo sea una ideología en el sentido estricto, que no representa un sistema de ideas coherente con relación a la forma de organizarse una sociedad en todos sus estamentos, desde lo cultural, lo social, lo económico, lo religioso, lo político y lo axiológico; además que no representa un modelo de sociedad en sí mismo. Por el contrario, es más una estrategia o un dispositivo empleado para instalar un modelo de sociedad, o un proyecto ideológico. Así pues, sea cual sea el modelo ideológico, la estrategia militarista es inconcebible, tanto política como éticamente.

Es importante saber además que los procesos de militarización¹⁷ no son exclusivos del modelo capitalista, existen previamente a este modelo; y han existido mientras las comunidades se han organizado de manera jerárquica y han implementado relaciones de poder desiguales, de imposición y de propiedad.

A la par que se han diseñado estos procesos de militarización no solo en la ciudad, también se han planteado procesos de desmilitarización, más que un asunto de política institucional, se trata de liberar la vida, de apostarle a una sociedad en la que la vida humana no sea controlada y puesta al servicio de un modelo económico.

La vida por la vida, la vida por la dignidad y la libertad; el antimilitarismo va abriendo espacio desde la cotidianidad, desde la exigencia de espacios liberados, desde la posibilidad de que en la familia los valores se modifiquen de manera que permitan relaciones de equidad, inclusión, verticalidad, fraternidad; cuando las sanciones no son venganzas sino llamados a la conciencia, cuando las normas no son imposiciones sino que son acuerdos; ninguna norma por justa que sea, es digna de obedecerse cuando es impuesta por la fuerza.

Se propone desde los objetores una sociedad diferente, y se rechaza la existente precisamente porque responde a un modelo militarista, es necesario desmontar ese modelo, desde allí que la objeción y la desobediencia sea una forma de rechazarlo y no aportarle.¹⁸

La no violencia

La no violencia no es una teoría abstracta sino que desde la práctica se ha venido construyendo con algunos principios que es importante mencionar acá, y para no ser muy extenso en este documento se limitara en ello para dejarlos meramente enunciados.¹⁹

1. Los tres objetivos de la no violencia: Desde los postulados de Gandhi, los objetivos de la no violencia son fundamentalmente tres, el primero es la transformación del ser humano en su individualidad, transformación sin la cual no es posible generar ninguna transformación social.

Sin una reflexión primero por el interior de la persona, por su cuerpo y su historia de vida no es posible hacer ningún cambio social. El segundo objetivo, es a partir de esa construcción individual acercarse a otros y construir en colectivo, organizarse, encontrarse con otros, generar reflexiones y convencer otros.

El tercer objetivo, una vez fortalecida la comunidad es una transformación estructural de la sociedad, en la pretensión de la lucha contra las diversas tipologías de la violencia.

¹⁷ Es importante señalar que como militarismo se entiende toda la estructura de control que se inserta en una sociedad, el diseño de la estrategia como tal. Militarización es por tanto, el proceso mediante el cual se implementa toda la estrategia militarista.

¹⁸ OLMO, 2002, pág. 3.

¹⁹ GANDHI, 1981, P 32.

2. La teoría del poder desde la no violencia y el principio de no colaboración²⁰. Para Gandhi y Tolstoi, el poder no radica en quien se concentra sino en quien lo delega; el tirano lo es, porque los delegatarios de ese poder le obedecen; de manera que la mejor manera de romper con ese modelo de injusticia es por medio de la no cooperación que al mismo tiempo implica un empoderamiento autónomo de las propias poblaciones. Este es todo el fundamento de la acción política no violenta.

3. El ahimsa; o la fuerza de la verdad y del amor, consiste en la loable pretensión de no usar la violencia para nada, siempre acudir a la fuerza de la verdad para buscar el convencimiento del otro de que esta en un error y que debe de transformar su actuar.

4. Los debates con el pacifismo, pues el antónimo de la no violencia son las violencias y no la guerra. A diferencia del pacifismo que ha centrado su lucha en contra de las guerras, para la no violencia la lucha es por transformar todos los escenarios de violencias. Aquí caben obviamente todas las tipologías de la violencia.

La insumisión

La insumisión se funda en la desobediencia como forma de acción política desde los ejercicios de objeción total²¹, es decir, el rechazo no solo a una norma específica sino a todo un sistema o modelo que en términos jurídicos sería al sistema legal, pero en términos políticos va más allá de la simple desobediencia, y pasa a ser lo que se ha llamado en la doctrina la objeción revolucionaria, que consiste en la pretensión máxima de la objeción, es decir, de la no colaboración con un sistema para poder cambiarlo.²²

“No coopero con este modelo, no le obedezco, pero además quiero cambiarlo”, sería la consigna, es más que una forma de objeción una forma de resistencia y de ruptura; esta posición fue empleada abiertamente por uno de los movimientos de objeción de España llamado el MOC²³, que empleo la palabra INSUMISION para referirse no solo a la negativa del SMO sino también al sustituto, pues pretendía, además de desobedecer, abolir las estructuras militares. Este proceso español es importante para comprender lo que es el proceso de objeción a nivel nacional en Colombia.

Algunos referentes de la sentencia C 728 de 2009

La demanda de constitucionalidad que le dio origen a la Sentencia C 728 de la Corte Constitucional colombiana, que ha sido la última en la materia, fue presentado por un colectivo de ciudadanos conformado por el grupo de estudio de interés público de la Universidad de los Andes, algunos colectivos de objetores de conciencia así como algunas agencias internacionales que apoyan los objetores de conciencia a nivel nacional.

Fue admitida el 3 de abril del 2009; y el magistrado ponente fue el magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, luego de que se le hubiera entregado María Victoria Calle Correa y su ponencia no hubiera sido aceptada por el pleno de la Corte.

²⁰ Tolstoi (1999), pág. 32

²¹ Gascón (1991), pág. 122

²² Arranz (2001), pág. 2

²³ Beunza (2002), pág. 2

La demanda fundamentalmente se centra en la pretensión por que se declarara la exequibilidad condicionada del artículo 27 de la Ley 48 de 1993, la cual menciona que personas están exentas en todo tiempo de prestar el servicio militar; en esta exención se incluyen solamente dos tipos de personas, los discapacitados físicos permanentes y los indígenas que residan en sus territorios y conserven sus tradiciones; el argumento legal radicaba, según los demandantes, en que al legislador se le olvido incluir en estas exenciones a los ODC al SMO y por tanto incurrió en una omisión legislativa relativa que debe de subsanar la Corte por este medio.

Con dicha omisión se incurre en una violación de los siguientes derechos: a la igualdad (art. 13, CP), a la libertad de conciencia (art. 18, CP) y a la libertad de cultos (art. 19, CP), y para sustentar estas vulneraciones se concentra la demanda en 4 elementos jurídicos, ellos son:

1. Sustenta la competencia. Para determinar si es o no competencia de la Corte analizar este tema, a sabiendas, que bajo el argumento de que se trata efectivamente de una omisión relativa de un asunto constitucional, la Corte al respecto dice que si es competencia suya.
2. Argumenta el demandante que no hay precedente judicial. Si bien son varias las sentencias en las que la Corte Constitucional ha aludido al tema de la objeción durante todo el tiempo de vigencia de esta institución, en ninguna a aludido de manera directa a este artículo por los argumentos expuestos, dentro de las sentencias importantes están C 058 del 98; C-511 de 1994 y C-740 de 2001, T 409 de 1992. Además se hace una especial mención de la pretensión por parte de los demandantes de que se presente un cambio en la línea jurisprudencial de la materia. Planteándose además dos argumentos importantes, por un lado el hecho de que después de la constitución de 1991 se han presentado a nivel internacional pronunciamientos en materia de protección de los objetores; lo segundo es que las decisiones en la materia se han tomado en medio de grandes controversias.
3. Sustenta los 5 pasos para analizar una omisión. Este consiste en determinar que el objeto de la omisión sea específico, concreto, expreso, no justificado, determinado en el tiempo; el caso de la demanda contempla todos estos elementos, pues a juicio de los demandantes no existe razón alguna para excluir a los objetores de este grupo de exentos, así, se les vulnera el derecho a la diferencia que se le protege a los otros dos grupos de personas.
4. Analiza la violación de los derechos, y menciona de manera general que:
 - Frente a la libertad de cultos: El SMO es contrario al fuero interno de las personas y en muchos casos al religioso.
 - Libertad de conciencia: Toda obligación de hacer por parte del Estado, debe de contemplar y respetar la conciencia de los individuos.
 - Igualdad: Al tratar de incluir población en condiciones especiales para no prestar el SMO debió de haber incluido también a los objetores.

Es de mencionar que esta sentencia se resuelve en más de 100 páginas, debido a que contó con más de 400 intervenciones ciudadanas por parte de agencias nacionales e internacionales, colectivos de objetores, ONG'S, Universidades y organizaciones del Estado; todas tendientes por lo general a pedir el reconocimiento de la objeción como un derecho fundamental.

Si bien los criterios y los argumentos fueron muy variables, en términos generales a continuación se presenta un cuadro resumen de las principales ideas fuerza y las principales intervenciones.

Institución	Principales argumentos	Petición a la Corte
Universidad EAFIT	<p>La objeción de conciencia es un derecho fundamental y desconocerlo en el caso del SMO constituye una violación al derecho a la libertad de conciencia.</p> <p>Por tanto, si existe una omisión de tipo relativo que puede ser sometida al estudio de la Corte, pues no tiene en este caso una justificación válida tal omisión; por tanto los derechos fundamentales tienen que ser un límite a las obligaciones de los ciudadanos y no al contrario.</p>	Pide se declare la exequibilidad condicionada, y en caso de no admitirse la pretensión se pide declarar la inexequibilidad del artículo completo.
Grupo de estudio Justicia, Derecho y Sociedad.	<p>Es necesaria una rectificación jurisprudencial e incluir la objeción, incluso plantean que la demanda debió de ser contra toda la ley.</p> <p>El precedente de la asamblea constituyente ha sido mal usado y mal interpretado en este caso.</p> <p>El precedente es necesario ajustarlo a las nuevas realidades.</p> <p>La prestación de SMO representa una desproporción entre la privación de derechos para el objetor y lo que el Estado pretende.</p> <p>Además, haciendo un análisis sistémico, histórico, armónico, teleológico, o desde el bloque de constitucionalidad, es evidente que este derecho existe.</p>	Debe declararse la exequibilidad condicionada.
Comisión Colombiana de Juristas	<p>Hay una evidente tendencia en el derecho comparado y el bloque de constitucionalidad a reconocer el derecho.</p> <p>Basado en los principios de necesidad y proporcionalidad menciona que la obligación de los objetores para este caso no puede ser superior a la obligación constitucional.</p>	Que se declare la exequibilidad condicionada.
Procuraduría General	<p>No existe precedente en la materia.</p> <p>Que la objeción debe de ser desarrollada por vía</p>	Debe declararse la exequibilidad, toda vez que el desarrollo debe de ser por vía legislativa.

	<p>legal.</p> <p>Existe una omisión pero que fue desarrollada como un derecho.</p> <p>Existe en Colombia un trato injustificado a los ODC al SMO.</p>	
--	---	--

Por su parte, el Ministerio de Defensa es el único que dentro de las intervenciones registradas por la Corte manifestó una posición contraria a la dominante, y en ese sentido pidió a la Corte que se declare inhibida sin hacer mayores anotaciones; tres fueron los argumentos fuerza en los cuales se fundó la intervención; 1. Que se está pidiendo el análisis de una figura que no está en la ley, y como puede la Corte pronunciarse sobre un asunto que no existe en términos legales; 2. Que ya hay pronunciamiento sobre la materia en donde la Corte ha dicho que la ODC al SMO en Colombia no existe; 3. Que como no existe este derecho ni en la Constitución ni en la ley debe de dársele prioridad a un deber legal y constitucionalmente instituido como es la prestación del SMO.

Ante estas intervenciones la Corte Constitucional pronunciándose sobre los diferentes puntos de debate fue abordándolos, sobre esto, es importante mencionar que lamentablemente la Corte se centro mas en el análisis de los asuntos de técnica legal que el asunto político de la objeción y sus sustentos políticos desde el abolicionismo del SMO y las reflexiones antimilitaristas.

Para poder la Corte Constitucional, pronunciarse sobre los elementos de la demanda considera que debe de analizar tres conceptos jurídicos, los cuales son:

- La cosa juzgada.
- La omisión legislativa.
- El tema de la objeción de conciencia propiamente dicha como derecho fundamental.

Comienza la Corte sobre la cosa juzgada por mencionar que el único análisis de este artículo fue sobre el numeral b que alude a los indígenas y fue de tipo parcial, en fallo de sentencia C-058 de 1994; además en este fallo se menciona que el argumento de esta exención es objetiva y es de tipo racial-étnico; por tanto debe de mantenerse el criterio de las razones objetivas para estas exenciones, dice la Corte; no hay desarrollos jurisprudenciales sobre la materia, sobre el artículo o sobre la causal expuesta; así se hayan presentado pronunciamientos de la Corte sobre el tema de la objeción de conciencia.

Posteriormente aborda la Corte el tema de la omisión legislativa en torno inicialmente a si se trata de una omisión de tipo relativo o una de tipo absoluta; sobre el tema menciona la Corte que se trata de una omisión legislativa cuando la legislación no se pronuncia sobre un tema o no desarrolla un tema, en este caso es una omisión absoluta, y por tanto se debe de tratar es un desarrollo legislativo lo que debe de hacerse para subsanar la omisión y debe de ser en este caso el congreso quien legisle en la materia, por la otra parte, se habla de una omisión relativa cuando el legislador olvido desarrollar solamente una parte del tema, es decir, olvido aludir a un tema específico dentro de un desarrollo

general de un tema, y por tanto en estos casos puede la Corte por vía de fallos judiciales completar la omisión de la ley.

La pregunta en este caso es ¿olvido el legislador desarrollar el tema, o, el tema no era de ese punto que se demanda?, sobre este interrogante, considera la Corte que no se trata de legislar sino de completar de manera sencilla, pero cuando es desarrollar una figura lo remite al congreso por tratarse de un elemento ambiguo y complejo.

En este caso entonces, se trata de una omisión absoluta, pues no fue que la ley tocó el tema a medias, sino que no lo tocó y por tanto es deber del congreso entrar a legislar sobre la materia y desarrollarlo de manera concreta, lo que puede hacer la Corte es determinar unos parámetros orientadores sobre como regularlo.

Sobre la ODC como derecho fundamental, de entrada reconoce la Corte la existencia del derecho ligada al artículo 18 de la Carta Constitucional tal como lo desarrollan las Naciones Unidas; y por tanto lo considera como un derecho superior a la ley y a las obligaciones que puedan tener los ciudadanos, por tanto es un derecho absoluto en contraposición a un deber con excepciones dentro de las cuales obviamente debe de entenderse esta.

Considera la Corte que en las diferentes causales de exención el legislador tomo grupos de causales similares o con iguales criterios; dado que la objeción no es un criterio objetivo, sino que es interno del sujeto no cabía dentro de estos colectivos de exenciones; por tanto como derecho fundamental debe de ser desarrollado por la ley y ya está reconocido por la Constitución, mientras se da ese desarrollo es objeto de la protección reforzada por vía judicial.

Dentro de los criterios que establece la Corte para reconocer la objeción están Las razones que deben de ser profundas, fijas y sinceras. Que sean ideas que trasciendan a la acción. Tendrá que probarlo mediante las manifestaciones que ha tenido en el fuero externo, que además debe de ser proporcional. Las razones pueden ser alegadas de carácter religioso, ético, moral, filosófico o humanitario; excluyendo las razones políticas.

Con estos argumentos, termina la Corte considerando que existe una omisión legislativa absoluta que debe de ser desarrollada por el legislador, que la objeción es un derecho fundamental y por tanto mientras se desarrolla debe de ser protegido por la tutela y se declara exequible el artículo 27 de la ley 48 de 1993.

Algunos Puntos De Debate Sobre La Sentencia Y El Hoy De La Objecion De Conciencia Al Smo En Colombia

El avance más significativo de la sentencia que se presenta es el cambio jurisprudencial que propone reconocer la objeción al SMO en Colombia como un derecho fundamental que se desprende del derecho de la libertad de conciencia que reconoce la Constitución en el artículo 18, y que antes había sido negada por la misma institución.

Si bien es una sentencia que avanza en los términos que se expresan arriba, no da pistas sobre la abolición de SMO y mas allá de ello el desmonte de las estructuras militares que

de alguna manera han ayudado a sostener el conflicto armado en Colombia, no propone un debate político sobre la presencia militar, no lo problematiza, no cuestiona el militarismo y en cambio a pesar de que reconoce la figura, trata de justificar la existencia de los ejércitos; y no lo hace solo la Corte sino también algunas de las instituciones que intervieron y que aludieron al servicio sustitutivo.

Decisiones como estas se encuentran más en el marco, del interés por un lado de la política de seguridad democrática en su estado actual de consolidación, de pretender por el contrario la profesionalización de los ejércitos que a la larga continúan defendiendo y sosteniendo la presencia militar; incluso en el gobierno anterior en varias ocasiones se puso el tema, aunque no ha sido totalmente recibido por razones económicos, y por otro, le ayudan al gobierno a cumplir con una exigencia que desde hace varios años, viene haciéndole Naciones Unidas de respetar a los objetores de conciencia.

En este orden de ideas, el reconocimiento de la objeción no implica en sí misma, que el Estado colombiano tenga una loable apuesta por la paz en términos integrales, por la abolición del SMO y de las estructuras militares, y en ese sentido, solo terminaran favorecidos algunos jóvenes que quieran someterse a la evaluación rigurosa de la conciencia tal como lo propone la corte.

El debate formalista del derecho continúa truncando las garantías de los derechos humanos, pues como se menciono durante toda la parte motiva se concentra en si existe o no una omisión, si hay o no precedente y que tan vinculantes son las decisiones internacionales; aspectos meramente técnicos, pero el desarrollo frente al derecho como tal es bastante escueto; incluso presenta unos parámetros para el reconocimiento que terminara haciéndolo, en la práctica casi obsoleto como ha pasado en otros países.

No existe, ni se avizora en la jurisprudencia de la corporación una línea marcada políticamente por el antimilitarismo y la apuesta por la paz en sentido amplio e integrado; pues el reconocimiento de la objeción que hace en esta ocasión está determinada por criterios formales como es el reconocimiento internacional, es necesario profundizar más en aspectos políticos como lo es la apuesta de los objetores por la desmilitarización.

En la práctica la garantía real de la ODC dependerá de la línea que adopten los jueces, pues la línea legislativa no es muy promisoria, tanto por la conformación del congreso, su tendencia política, los antecedentes y la lectura del contexto que hacen.

La línea de los jueces por lo menos en Antioquia ha sido tímida frente al tema, lo que deja entrever todavía una larga acción política y jurídica para que este derecho sea efectivamente reconocido.

Al terminar el análisis de la sentencia es evidente que no genera cambios estructurales en la dinámica violenta y militar de la sociedad y el Estado colombiano y por tanto el camino que se continúa es el de los objetores para continuar proponiendo la abolición de todas las estructuras militares.

Sin embargo, es importante saber que la abolición de los ejércitos, la desmilitarización de la sociedad y la cultura, no están en el cambio de la ley, sino en el seno de las sociedades y es ahí en donde es necesario hacer ese otro papel transformador.

Referencias Bibliográficas

- Arranz Beltrán, Emilio (2000). *Gandhi*. Madrid: Colectivo no-violencia y educación.
- Arranz Beltrán, Emilio (2001). *Cartilla Obediencia. Desobediencia*. Editor autorizado para Colombia Osorio Villegas, José, Medellín.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Fromm, Erich (1987). *Sobre la desobediencia civil y otros ensayos*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Gandhi (1981). *Todos los hombres son hermanos*. Décima edición. Madrid: Sociedad de educación Atenas.
- Gascón Abellán, Marina (1990). *Obediencia al derecho y objeción por conciencia*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Henao Castro, Andrés. *La teoría postrawlsiana de la desobediencia civil*. En: Revista de estudios políticos, N 28. Medellín, 2006.
- Hernández Delgado Esperanza (2004). *Resistencia civil, artesana de paz*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Mejía Quintana, Oscar (2006). *Ensayo Legitimidad, Desobediencia Civil y Estabilidad*. EN: El giro hegeliano-republicano en la teoría de John Rawls. Cátedra Jorge Eliécer Gaitán.
- Magalonia, Beatriz. *La desobediencia civil en la democracia constitucional*. Estudios-filosofía, estudio de letras.
- Madrid-Malo Garizabal, Mario. *Sobre las libertades de conciencia y de religión*. Serie textos de divulgación. Bogotá: Defensoría del pueblo, Número. 20, 1996.
- _____. *Estudio sobre el derecho a la objeción por conciencia*. Serie textos de divulgación. Bogotá: Defensoría del pueblo, Número 7, 1996.
- Malem Seña, Jorge (1988). *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel.
- Marín Loaiza, María Elena (2002). *La desobediencia como expresión de la libertad política*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ortiz Rivas, Hernán. *Desobediencia Civil*. En: Estudios de derecho, No. 58, diciembre de 1999. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Pág. 39 - 59.
- Ortiz Rivas H. A. *Obediencia al derecho – desobediencia civil y objeción de conciencia*. Edición 1^a, 1995.
- Quintana Mejía, Oscar. *La justificación constitucional de la desobediencia civil*, 2000.

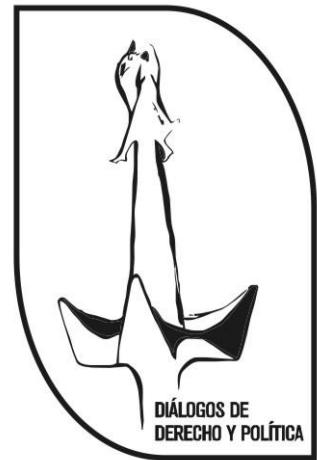
Randle, Michael (1994). *Resistencia civil, la ciudadanía ante las arbitrariedades de los gobiernos.* Barcelona: Ediciones Paidós.

Salazar Posada, Marcela (2000). *Experiencias de resistencia civil no-violenta en Urabá.* En: Con la esperanza intacta. Bogotá: Editorial.

Sentencia C-511 de 1994. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia T-409 de 1992. Magistrados ponentes: Dr. Alejandro Martínez Caballero y Dr. Fabio Morón Díaz.

Tolstoi, León (2000). *¿Qué hacer?* Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.



La construcción significativa de la acción colectiva

Andrés Restrepo Correa

Sociólogo de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas,
Universidad de Antioquia. Correo electrónico:
arestrepo.co@gmail.com

Resumen

Las vertientes del pensamiento social que han indagado los asociacionismos y la movilización popular han diseñado diversos andamiajes explicativos e interpretativos de las relaciones humanas que se constituyen desde la organización, la acción colectiva y el cambio social. Los enfoques paradigmáticos, que en la especificidad de su tiempo se han preguntado por estas cuestiones, pueden proporcionarnos elementos conceptuales que desaten la construcción de modelos propios para la comprensión y análisis de nuestras experiencias locales. Paradigmas como los marxismos, las teorías de la marginalidad, los accionalismos y los movimientos sociales configuran acumulados categoriales que desde la complementariedad edifican referentes interpretativos para la acción colectiva. La pretensión que subyace en este argumento no se inclina a la unificación de las tradiciones analíticas que han problematizado la acción colectiva, sino más bien, se trata de considerar la pertinencia conceptual y experiencial de los constructos paradigmáticos insinuados en la historia para el análisis concreto de la “Construcción Significativa de la Acción Colectiva” que se pretende abordar en este estudio.

Palabras Clave: Acción Colectiva; asociacionismo; construcción colectiva del conocimiento; cotidianidad; fenomenología; mundo de la vida.

La construcción significativa de la acción colectiva

Los significados de la acción colectiva pueden constituirse desde la interacción humana, cuando en la vida cotidiana, los sujetos dotamos de sentido los actos individuales y colectivos, así como las personalidades y roles de los actores y sus interpretaciones del contexto y las otredades con que se relacionan. La vida cara a cara en sí es un complejo sentido que se vivencia desde la singularidad. El lenguaje, por ejemplo, devela en las palabras el sentido superficial de los actos mediante los cuales nos comunicamos para direccionar las situaciones de la vida social. Los significados de la vida cotidiana, en general, son también los consensos y decisiones contractuales que legitiman el sentido normativo de la vida diaria.

En las ciencias sociales la vida colectiva y la interacción de nuestros actos concretos y subjetivos se han constituido por una rica discusión sobre la acción y las sociedades. Como objeto de conocimiento ha sido motivo de tensión entre las vertientes paradigmáticas y los matices de las visiones de la vida social; el sentido mismo téjese cual catalejo de la vida en retrospectiva de la historia. Entiéndase estas palabras como una negociación dinámica del pensamiento entre los sistemas de ideas que se embarcan a interpretarlo.

El pragmatismo, como corriente de pensamiento y matiz de la acción intersubjetiva, proporcionan a este marco de referencia discusiones metodológicas y paradigmáticas propicias para el sujeto de investigación que abordamos en este estudio. El pragmatismo proviene de la palabra Griega “*pragma*” que significa “acción”. Vale la pena mencionar que el pragmatismo, como vertiente del pensamiento y la acción, contiene caracteres metodológicos que incluyen en su visión e interpretación el ejercicio de la investigación para la comprensión de la vida en que se despliegan nuestras acciones. La Investigación, como ejercicio pragmático en la vida diaria, se puede considerar como una experiencia humana que se encuentra mediada por la interpretación y por los consensos o contratos que, históricamente condicionados, definen los parámetros de la verdad.

La comprensión significativa de las acciones permite debelar, por medio de la interpretación, las percepciones y valores asignados a los significados por los actores que realizan una acción intersubjetiva. La comprensión de los significados, en el método pragmático, trasciende la singularidad interpretativa y la superficialidad objetiva del significante mediante la *Contemplación*, que refiere el proceso a través del cual los seres humanos consideramos o dirigimos nuestra atención hacia un(os) elemento(s) con el fin de conocerle, desvertebrarle e interpretarle a partir de la construcción de significado provenientes del concreto real considerado. Contemplar es un proceso de construcción significativa del conocimiento desde la relación de la acción subjetiva y la interpretación del mundo de la vida. Este conocimiento que emerge de la acción de contemplar es singular y concreto, es un complejo ideográfico de múltiples relaciones y determinaciones que se condensan en uno o varios caracteres de la experiencia humana.

La construcción de significado en las acciones colectivas es un juego de sentidos en la interacción de las subjetividades que tienen como común denominador las acciones que se despliegan en el mundo de la vida como escenario de los actos colectivos. Los actos,

que encarnan las subjetividades en la trama de la vida, trascienden el espíritu de la acción individual al campo del “nosotros” donde la interacción, la intersubjetividad y la interpretación de los sistemas simbólicos, como constructos de significados de las personas, asumen una posición fundamental en el conocimiento de la vida social.

Las corrientes fenomenológicas de la teoría social han hecho hincapié en esta última cuestión al considerar el mundo intersubjetivo de la vida cotidiana como escenario para la construcción de conocimiento y de sentido. La intersubjetividad es el proceso en el que los sujetos comparten sus conocimientos con otros en el mundo de la vida. Es “(...) uma categoria ontológica fundamental do existencia humana (...)”¹ Esta definición amerita descriptarla a fin de conocer los caracteres que le componen: En primer término los conocimientos que comparten las personas mediante la acción intersubjetiva es el conjunto de interpretaciones de sentido común incorporadas por el sujeto y que le sirven para orientar aspectos de su experiencia cotidiana. En segundo término el mundo de la vida “*lebenswelt*” es donde está la fuente de significado, escenario de la experiencia humana (Husserl), donde los sujetos interpretan, perciben, estructuran y dan sentido en su interlocución desde el mundo del nosotros.

Desde la comprensión fenomenológica de la acción colectiva es relevante mencionar un tríptico de fundamentos inherentes al mundo de la vida cotidiana que fueron desarrollados por Alfred Schütz en la construcción significativa del mundo social: son los fundamentos de la pre-científicidad de las personas, las tipificaciones del mundo cotidiano y los niveles de significación del mundo social.

Cuando planteamos que en la construcción significativa del mundo social subyace un fundamento de pre-científicidad de los sujetos, estamos concibiendo que la vida y los seres subjetivos y universales sean presupuestos en toda elaboración teórica y fuente de la atribución de sentido de todas las cosas. Este sentido de pre-científicidad es constituido a partir de la experiencia humana desplegada por las personas en su cotidianidad con las otredades. Al respecto A. Schutz afirma en sus obras que “...el hombre presupone la existencia corporal de sus semejantes, su vida consciente, la posibilidad de intercomunicación y el carácter histórico de la organización social y la cultura, así como presupone el mundo de la naturaleza en el cual ha nacido...”² Esta comprensión Pre-científica del mundo -agrega el autor- es “...un acervo de experiencia previa, tanto de mis propias experiencias inmediatas como de las experiencias que transmiten mis semejantes ...Todas estas experiencias, comunicadas e inmediatas, están incluidas en una cierta unidad que tienen la forma de mi acervo de conocimiento, el cual me sirve como esquema de referencia para dar el paso concreto de mi explicitación del mundo. Todas mis experiencias en el mundo de la vida se relacionan con ese esquema, de modo que los objetos y sucesos del mundo de la vida se me presentan desde el comienzo en su carácter típico...”³ Las relaciones intersubjetivas, en esta esfera de Pre-científicidad, se proyectan como unicidad, de la estructura psico-física, materializada en nuestros cuerpos dotados de sentido por la experiencia cotidiana. Dicha estructura permite actuar en el mundo a los sujetos conscientes de sus acciones y de los actos en que se implican a los demás;

¹ Capalbo, Creuza (2000). *A subjetividade em Alfred Schütz*, revista Veritas, porto alegre Br, Vol. 45 N°2 Junio de 2000, págs. 289-98., citando a A. Schutz, el problema de la realidad social, pág. 39

² Schutz Alfred, *El problema de la realidad social*, editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1974, pág. 280

³ Schutz Alfred, *Las estructuras del mundo de la vida* (1977). editorial Amorrortu, Buenos Aires, pág. 28

Huelga decir, como lo han advertido ya variados fenomenólogos, que no podríamos ser, los sujetos, exactamente conscientes de las acciones de los otros, si esto fuese así seríamos la misma persona. Sin embargo vale la pena concebir los cuerpos de los sujetos como "...un campo de expresión de las vivencias de esa unidad psicofísica que llamamos el yo del otro."⁴ En esta unidad de cuerpo y pensamiento podemos percibir los cambios de la acción corporal y someterlos al juicio de la interpretación subjetiva.

Los campos de expresión que circulan por el mundo de la vida, dotados de significados por las acciones y los actos, contienen en esencia el carácter pre-dado del yo del otro que interpretamos con el fin de indicar nuestras acciones en el mundo. La intersubjetividad, como categoría ontológica de la existencia (Husserl), también subyace en esta unidad, los intersubjetivo debe ser comprendido en sus niveles de significado, pues cada una de las vivencias es acorde con su propia experiencia, que antecede cualquier comunicación entre los contemporáneos a quienes convoca un interés inminentemente práctico, donde es vital dar fundamento racional al "lebenswelt", transitar por los niveles de significado de interés teórico. En este nivel de significación intersubjetiva de la vida social, de interés inminentemente teórico, se percibe el segundo fundamento de la acción colectiva en la construcción significativa del mundo social: las tipificaciones del mundo cotidiano que hace referencia a la categorización intersubjetiva de la existencia; es decir, "...si la conciencia del otro, en cuanto a la mía es intencional, pero además de la particular situación biográfica que antecede a cada sujeto, somos conscientes de él: nuestro propio pasado y de la reflexión que cada pensamiento interroga a la existencia particular y colectiva; este sentimiento de reflexión..." manifiesta o puramente interna o subjetiva..."⁵ es fundamento epistemológico de nuestras acciones en el mundo de la vida. Al compartir a su vez la misma posición tiempo-espacial y social, mas también algunas experiencias que desde el mundo de la vida nos son impuestas o están sobre mi control, hace que nuestra experiencia en el mundo pueda ser tipificable y modificable.

Al respecto, A. Schutz plantea la importancia de aclarar que, este nivel interpretativo de los significados, no se refiere a un individuo único y en su subjetividad, por este efecto adoptaría de la concepción Weberiana el concepto de tipificación o "tipos ideales", según este paradigma no solo de los objetos se puede obtener una percepción típica, mas también de los sujetos, mas aun cuando nos encontramos en una relación constante de cara a cara y es así que cotidianamente nos encontramos la mayor parte del tiempo típicamente en un doble sentido "(...) apreendo o outro como um tipo e interatuo com ele numa situacao que é por si mesma típica... O que se experimenta na percepcao do objeto é transferido aperceptivamente a qualque routro objeto similar que é percebido como simplesmente do mesmo tipo... Da mesma forma a apreensao do outro sujeito se da por transferencia aperceptiva por meio de esquemas tipificadores (...))"⁶

Esta relación directa entre el yo y el tú establece una relación típica de *comunidad* que abordaremos más adelante. Huelga decir que un "tipo" no corresponde a una persona en particular, sino más bien, a una síntesis o conjugación de reconocimiento e identificación que es una representación típica de la vida de los sujetos.

⁴ Schutz Alfred, *La construcción significativa del mundo social*, pág. 52

⁵ Weber, M. (1977)

⁶ Capalbo, (2000), págs. 289-98

La tipificación del mundo de la vida está mediada, a su vez, por un proceso metacognitivo, que propicia la organización de nuestras acciones y la estructuración de las orientaciones con que guiamos nuestros actos en el mundo de la vida. El pensamiento en esta medida es una acción metacognitiva que posibilita la creación de sistemas de informaciones, ideas y conceptos con los cuales se organiza hermenéuticamente nuestras vivencias:

(...) La capacidad metacognoscitiva es un atributo del pensamiento humano que se vincula con la habilidad que tiene una persona para: (a) conocer lo que conoce; (b) planificar estrategias para procesar información; (c) tener conciencia de sus propios pensamientos durante el acto de solución de problemas; y (d) para reflexionar acerca de y evaluar la productividad de su propio funcionamiento intelectual.⁷

Desde esta definición es posible interpretar el pensamiento como emergente del conocimiento y la conciencia de nuestras vivencias significativas como acciones en proceso o como actos terminados. Las vivencias, que tienen como atributo a) la asignación objetiva de significados, b) despliegan cognosablemente una trayectoria de conocimiento, c) organización (información: sentimientos o datos), d) conciencia de la acción, e) reflexión y f) tipificación, g) categorización o h) tematización de los actos constituidos en una relación social colectiva donde además media la subjetividad.

Constantemente los sujetos tematizamos subjetivamente nuestras experiencias, categorizamos objetivamente las vivencias y tipificamos roles y situaciones para desenvolverse cognosablemente por el espacio y el tiempo. Este ejercicio hermenéutico del mundo de la vida es una conjunción de significados que debela identidades, tipologías, cosmogonías, sistemas, estructuras u organizaciones sociales que se tejen en la cotidianidad. No pretendo afirmar que el carácter cognoscitivo de la humanidad sea garante de la comprensión significativa de las acciones de la vida, no pretendo hacerlo porque si bien las estructuras y significados pueden percibirse, interiorizarse, estas conjunciones significativas, muchas veces no se debelan en su esplendor si no media, en esta relación el proceso de la reflexión subjetiva del *yo* y la interpretación objetiva del *tu* y los campos de expresión que en el *nosotros* se condensan.

La reflexión y la interpretación son Pre-Texto de la tipificación y la recreación categorial de las vivencias de los sujetos, a su vez, son pre-texto ontológico del designio categorial que proyecta la vida social. La reflexión y la interpretación del mundo de la vida son fundamentos cognitivos del andamiaje hermenéutico, con que los teóricos sociales, hemos pretendido dar cuenta del mundo que nos designamos nuestras acciones individuales y colectivas de la realidad social. Como lo he referido anteriormente según Fredy E González, la metacognición implica *el conocimiento* de la realidad que se vivencia y su proceso, conocimiento que se gesta en la experiencia humana, que incluso propicia “la planificación de estrategias” de información para la interpretación de cada vivencia personal y colectiva, este proceso no es inconsciente o automático, sino mas bien fruto de la conciencia de nuestras acciones en relación con los actos del nosotros: como atributo de la colectividad. Los atributos de la conciencia, la reflexión, el conocimiento y la

⁷ González, Fredy E. (1993-1996). *Acerca de la metacognición*, Universidad Pedagógica Experimental, Libertador, Venezuela. En: <http://www.revistaparadigma.org.ve/Doc/Paradigma96/doc5.htm>

planificación transversalizan la interpretación y la construcción conceptual como acto subjetivo de la existencia humana.

Los conceptos son expresión del concreto real de la vida en que surgen, en un proceso metacognitivo de interpretación, inherente a cada ser humano; como expresión del conocimiento, los conceptos simulan ordenaciones conceptuales-en el sentir Weberiano, 1913- que direccionan y a su vez responden a las nociones de realidad *adecuada* para las esperanzas individuales y/o colectivas de un sujeto por esencia social. Los conceptos son una conjunción. Interpretativa de la razón teleológica de los seres y lo concreto de lo real: de la conciencia de su actuar en una realidad inminentemente objetiva y los enfoques de interpretación y comprensión, en términos Weberianos, “(...) formaciones conceptuales que tienen un extraordinario valor heurístico para el análisis causal de las conexiones históricas (...)”⁸ Los conceptos ciertamente condensan cúmulos de realidades, interpretaciones y convicciones, que refiere en sí, todo un conjunto de:

(...) formaciones conceptuales constructivas que puede tener un carácter puramente individual (...) hipótesis interpretativas de concretos contextos singulares... o pueden ser construcciones típico-ideales de carácter general como las leyes de la ciencia económica abstracta que a partir del presupuesto de una acción estrictamente racional, construye conceptualmente las consecuencias de ciertas situaciones económicas. Pero, en todos, los casos, la relación que tales construcciones teleológicas racionales tienen con la realidad elaborada por las ciencias de la experiencia (...) no es un por supuesto la misma que hay entre “leyes naturales” y “constelación” sino que es solamente una relación con un concepto típico-ideal que sirve para facilitar la interpretación empírica valida: los hechos dados son comparados con una posibilidad de interpretación – con un esquema interpretativo (...)”⁹

Desde el esquema interpretativo Weberiano, el conocimiento de la realidad es una correlación de “hipótesis interpretativas” y “esquemas interpretativos” de tipos-ideales, una correlación que además tiene un carácter comparativo entre las dos construcciones comprensiva de la realidad. Los tipos ideales, según afirma el autor, contiene en ella: “(...) dos características -sine que non-del mismo: el elemento de la comprensión (conexiones individuales significativas en su singularidad) y el elemento causal (construcciones conceptuales) para la mediación y caracterización sistemática. Es decir, debe estar presente el Verstehen como captación motivacional y subjetiva, y el Begreifen como captación externa de relaciones causales (...)”¹⁰

Las hipótesis propuestas por M.Weber, citadas en el texto de L.T.Gomez, realizan la claridad de lo que debemos considerar o no como un tipo ideal:

(...) Respecto a la investigación, el concepto-típico ideal pretende guiar el juicio de imputación: 1. No es una hipótesis pero quiere señalar una orientación a la formulación de hipótesis. 2. No constituye una exposición de la realidad, pero quiere

⁸ Weber, Max. Roscher y Kries.pág.155, citado en Gómez Luz Tereza, UNAL, en revista Colombiana de Sociología Vol. 6 N°1 Dic. 1998. pág. 38.

⁹ Weber, Max (1903). *Ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Fondo de cultura económico, México. Pág.155

¹⁰ Gómez, Luz Tereza. UNAL, Revista Colombiana de Sociología Vol. 6 N°1 Dic. 1998.

proporcionar medios de expresión univocas para representarlas. 3. No es un promedio. 4. Se obtiene mediante el realce unilateral de uno de varios puntos de vista y la reunión de una multitud de fenómenos singulares, difusos y discretos, que se presenta en mayor medida en unas partes que en otras o que aparecen de manera esporádica, fenómenos que encajan en aquellos puntos de vista, escogidos unilateralmente en un cuadro conceptual en si unitario.¹¹

Los ideales-tipos son unidades de pensamientos compresores de algunas características como las que expone Max W.: el tipo-ideal como instrumento y afirmación de los supuestos sobre la realidad social. Los tipos ideales también actúan como equivalentes de las realidades que se tipifican, son promedios que relacionan equivalentemente los fenómenos que se vivencia, en esta medida todas las formas conceptuales que tipifican lo real se relacionan proporcionalmente como síntesis cualitativa de caracteres colectivos, que en cualquier caso, levanta los elementos significativos del mundo de la vida para ser comprendidos y desintegrados como reflejo singular de la totalidad sistémica.

La tipificación de la acción colectiva desde la sociología comprensiva establece un tipo ideal racional de *asociación* en donde el interés sinequonon es la relación medios-fines. Así se describe en los *ensayos sobre metodología* de M. Weber el (...) Tipo ideal racional de la asociación es para nosotros...la “unión de fines” es decir, un actuar en sociedad con un ordenamiento del contenido y de los medios de la acción social convenidos por todos los participantes de manera racional, con relación a fines (...)”¹² Cuando conviene la asociación, los participantes de esta, además del acto objetivo y significativo del fenómeno físico de la relación contractual, también estipulan subjetivamente de manera racional y unívoca, la estructura *táctica*, mediante la cual movilizaran sus actos para lograr sus fines asociativos. Detalladamente la sociología comprensiva reconoce algunos pasos que ordenan la estructura de unidad o asociación de fines, son los siguientes: a) qué acción, b) de qué modo, c) por cuáles personas, d) qué sentido, e) qué consecuencias, f) qué fines objetivos, g) qué operaciones para el cumplimiento de fines, h) cómo las operaciones, i) qué acciones impuestas o prohibidas, j) qué participación de los beneficios, k) qué órganos de la unicidad y acción, l) bajo qué condiciones, m) a través de qué medios. Esta estructura categoría del tipo-ideal de asociación a fines vislumbra la posición hermenéutica y metodológica de la acción fenomenoménica. Pero a esta unicidad de fines le compasan varios caracteres más para comprender la tipificación de la construcción significativa de una acción para nuestra motivación colectiva.

El proceso de constitución del esquema interpretativo típico-ideal consiste, según A. Schütz, (...) en hacer un corte en nuestra experiencia de otra persona y, por así decirlo, “congelarlo en un porta objetos”, lo cual se logra mediante una síntesis de reconocimiento (...)”¹³ M. Weber nombra este proceso como un tipo ideal de la conducta humana de otra persona (*Idealtypus fremden menschlichen Verhaltens*). Tipificación que constituyese en relación con los tipos ideales que abrancan “1) contextos subjetivos pre-dados de significado, 2) productos, 3) cursos de acción y 4) objetos reales e ideales (...)”¹⁴ Las relaciones manifiestas en los esquemas de tipificación de la conducta de los sujetos debelan dos

¹¹ Weber, M. (1903), pág. 89

¹² Weber, M. (1903), pág. 195

¹³ Schutz, Alfred (1993). *La construcción significativa del mundo social*, Barcelona, Paidós, pág. 279

¹⁴ Ibíd., pág. 215

sentidos que pueden significar un tipo ideal de un congénere que se expresa en acciones cotidianas itinerante con las mías como correspondiente ó puede significar el ideal-tipo del mismo proceso expresivo o de su producto: los signos como expresión humana. En términos de Schütz puede significar el “tipo ideal personal” y el “tipo material o de curso de acción” seguidamente. En este proceso del esquema constitutivo de la conducta humana cada tipificación se materializa en las múltiples acciones cotidianas que desplegamos en los contextos psicofísicos de la vida.

La construcción significativa de las acciones y las conductas de los sujetos es un complejo campo del conocimiento que, además de las características expuestas anteriormente también, implica en su proceso niveles de configuración que mencionaré sistemáticamente como fundamento y base de las acciones colectivas.

El primer nivel se constituye a saber que las acciones son significativas en sí para el yo que las experimenta, que les orienta en el mundo de la vida. Cuando estas acciones que son ontológicamente significativas intervienen (como es normal y necesario) en la conducta de otra persona nos encontramos con otro nivel de significación inminentemente social y colectivo, este nivel caracteriza las acciones de las conductas humanas por que contienen un enfoque de significado orientado hacia un “tú”, hacia el otro, en esta medida el significado de la acción colectiva en este nivel solo puede comprenderse desde el carácter pre-dado de la existencia del otro. Esta actitud –plantea A. Schütz– se funda en la tesis general de que el otro yo es a la vez consciente y vivenciente, y la denominaremos como “orientación-otro”.

Esta actitud solo puede percibirse desde la esfera social y colectiva de las personas que se encuentran en una relación constante de interacción e interpretación de los signos de las otredades; no quiere decir esto que la orientación en cuestión debe ser necesariamente reciproca pues el grado de participación en las esferas sociales se determinan según, los niveles de significados asignados por cada persona; cuando esta relación se vivencia inminentemente consiente de la acción y su proceso de significado, estamos asistiendo a una relación –nosotros: otro nivel de tensión intersubjetiva que orienta las acciones de *todos nosotros* en el diario vivir. Muchos matices sociológicos han considerado esta relación humana; por ejemplo Weber le pensaba como una “relación-nosotros pura”: *la relación cara a cara* en la cual los participes están conscientemente uno del otro y participan simpáticamente uno en la vida del otro por más breve que sea esta relación.

A. Schütz percibía este nivel de la acción humana como una “relación-nosotros básica” que es en sí pre-dada por “el mero hecho de que he nacido dentro del mundo de la realidad social directamente vivenciado” Huelga decir que A. Schutz referencia a Scheler,¹⁵ cuando argumenta que la “(...) experiencia de los otros en el mundo de la realidad social inmediata es la base de la experiencia del yo del mundo en general (...)” No cabe duda que a orientación nosotros es una relación llena de contenido y significado, ontológicamente responsable de la ética de los sujetos frente a el mundo y los congéneres que le vivencian.

Al respecto, nosotros concebiremos este nivel de acción como una relación concreta del

¹⁵ Scheler Max. (1926). *Wissensformen und die Gesellschaft*, (Formas de Conocimiento y Sociedad)

nosotros donde se conjuga la diversidad de subjetividades y significados que actúan en un trama social, el ambiente psicofísico de nosotros con el mundo que circundamos y las características correspondientes del fenómeno que se vivencia colectivamente como la orientación-organización, la participación y movilización, los niveles de tensión, la conciencia, entre otros. Estas características que son en sí todo un complejo de caracteres de interpretación social posibilitan comprender tendencias de esta relación -nosotros; el grado de participación de los sujetos en una acción que es desplegada sobre un mundo del nosotros, la participación en uno u otro nivel de la relación nosotros: de orientación-ellos u orientación-nosotros se refiere también al grado de la vivencia directa de los sujetos y su cercanía a las acciones en los fenómenos de una vivencia inminentemente colectiva. Ambos estados comprenden matices de actualizaciones o renovación en las orientaciones y participaciones de los sujetos en las acciones colectivas de la vida cotidiana. La relación-ellos indica la proximidad de las relaciones subjetiva en la medida en que se reconoce en que grados participa mis congéneres Tu-ellos en las orientaciones del mundo de la vida. El grado de cercanía a la vivencia, de participación contiene significativa relevancia en su diversa manifestación o anonimidad, evidente o clandestina en las orientaciones de la relación del nosotros. La anonimidad implica un conjunto de tipificaciones que comprenden este matiz de la relación-nosotros y su cercanía del "yo" frente a la relación-ellos: aquí se debela un grado de trascendencia en la relación psicofísica con el tu-ellos, es un carácter de decisión humana en su orientación por el mudo de la vida.

Estos Niveles de relación en el mundo de la vida transgreden los límites del esquema típico-ideal de las relaciones de significado. Esta transgresión tiene que ver con un grado de comprensión de las vivencias generales y concretas. Esta conjunción interpretativa psicofísica inminentemente analítica e investigativa constituye otro nivel de relación de la construcción significativa del mundo de la vida.

Vale la pena anotar que el presente trabajo constituye en su objetivo interpretar las configuraciones concretas que surgen desde las acciones colectivas de lo real. Los anteriores niveles de significado de la acción son pues referencia interpretativa para la comprensión de lo real de un caso. Constituye un matiz-típico de comprensión de la vida cotidiana de las personas y su construcción significativa de las acciones colectivas.

5.3.1 Antecedentes, tramas y modalidades de la Acción Colectiva

La construcción significativa de las acciones colectivas constituye un entramado de relaciones y nodalidades que implica las categorías expuestas en las reflexiones compartidas anteriormente, me refiero a las tipificaciones de acción, intersubjetividad, interpretación y significación en los ámbitos de la colectividad. Las acciones colectivas, en su construcción significativa de la vida concreta de los sujetos, posee diferentes matices acordes a la realidad específica que determinen su surgimiento; Los territorios, las reivindicaciones, los sistemas políticos o las formas de lucha permean las acciones colectivas de singularidades: tendencias, tramas y modalidades que permiten distinguirlas, compararlas e identificarlas como acción colectiva de un orden o de alguna peculiaridad.

Los sujetos han escrito en la historia mediante las acciones colectivas diferentes modalidades de actuar de sobre las estructuras que regulan su cotidianidad. Estas

modalidades de la acción colectiva poseen en común características de compatibilidad o de disidencia sistémica, también poseen las configuraciones típico-ideales de su perspectiva de la vida cotidiana: opciones históricas de sistemas mundos posibles.

Las modalidades de la acción colectiva se caracterizan por sus prácticas organizativas, se distinguen entre sí por la forma de su organización-acción, por sus actores y el repertorio temático de sus demandas y significados. Estas características peculiares de la acción colectiva conjugan *estrategias típicas* de organización, acción y correlación de los actores; acordes además a las relaciones de contradicción con el sistema político imperante.

Alfonso Torres Carrillo en su Texto “identidad y política de la acción colectiva”¹⁶ discrimina algunas estrategias típicas de la acción colectiva. Las discusiones que plantea el autor hacen referencia a un contexto urbano de trabajo comunitario y autoayuda donde el asociacionismo es la estrategia de acción colectiva que cambia de matices con los procesos históricos. Algunos repertorios de acción colectiva urbana o modalidades de asociación resaltan en la lectura de Torres Carrillo:

- **Asociacionismo Comunitario** subordinado a las políticas estatales y sumergido en la dinámica clientelista de la participación ciudadana.
- **Asociacionismo Independiente Alternativo** de comunidades organizadas autónomamente de los partidos de élite que reivindican sus demandas mediante la movilización, la autoayuda, la organización de base y el choque político como parte de su repertorio de acciones colectivas; huelga resaltar que por sus acumulados históricos y reivindicativos en la protesta popular subyace en esta modalidad un profundo carácter de transgresión política.
- **Asociacionismo Autogestivo Fragmentado:** nos referimos a sujetos colectivos esporádicos o intermitentes en sus relaciones de asociación, autoayuda o acciones colectivas que enervasen de acuerdo a las necesidades concretas, a las conmociones o simplemente al tipo de correlaciones que se tejen en la cotidianidad de una comunidad; no obstante este tipo de asociación fragmentada privilegia los canales no regulados e inéditos de creación colectiva ya sea por convicción organizativa o por desencanto burocrático.
- **Asociacionismo Ciudadanista Cogestivo** se compone de colectivos o grupos sociales que buscan incidir en los escenarios de disputa política y participación ciudadana privilegiando la consecución de sus objetivos, reivindicaciones y la negociación con los demás actores institucionales o gubernamentales. Estos repertorios de acciones colectivas: conjunciones de acciones, movimientos, estrategias y correlaciones de actores colectivos de la cotidianidad urbana representan algunas de los entramados típicos de

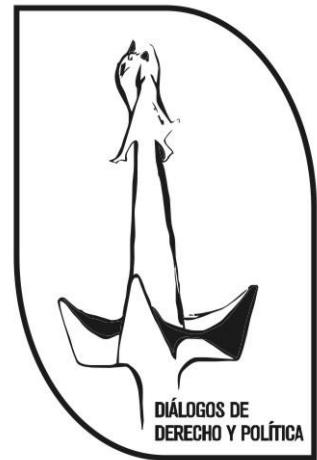
¹⁶ Torres Carrillo, Alfonso (2007). *Identidad y Política de la Acción Colectiva: organizaciones populares y luchas urbanas en Bogotá, 1980-2000*, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, pag.318

acciones colectivas que se tejen en la historia, en particular, de la América nuestra.

Además de estas modalidades de acciones colectivas podemos rastrear en la historia del actual sistema mundo otras formas de asociacionismo con caracteres específicos de acuerdo a su ubicación tiempo espacial y su concepción política del mundo de la vida.

Referencias Bibliográficas

- Capalbo, Creuza (2000). *A subjetividade em Alfred Schütz*. En revista Veritas, porto alegre Br, Vol. 45 N°2 Junio de 2000, Pp. 289-98. Localización: **Hemeroteca** Biblioteca Central Universidad de Antioquia
- Gómez, Luz Tereza (1998). UNAL, en revista Colombiana de Sociología Vol. 6 N°1 Dic.
- González, Fredy E. (1993-1996). *Acerca de la metacognición*, Universidad Pedagógica Experimental, Libertador, Venezuela, Rev. Paradigma Vol. XIV al XVII.
- Schutz, Alfred (1974). *El problema de la realidad social*, editorial Amorrortu, Buenos Aires, Pág. 280.
- Schutz, Alfred (1977). *Las estructuras del mundo de la vida*, editorial Amorrortu, Buenos Aires, pág. 315.
- Schutz, Alfred (1993). *La construcción significativa del mundo social*, Barcelona, Paidós, pág. 279
- Torres Carrillo, Alfonso (2007). *Identidad y Política de la Acción Colectiva: organizaciones populares y luchas urbanas en Bogotá, 1980-2000*, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional. Pág. 318
- Weber, Max (1977). *Economía y sociedad*, Fondo de cultura económico, México.
- Weber, Max. “Roscher y Knies” pág.155, citado en Gómez Luz Tereza, UNAL, en revista Colombiana de Sociología Vol. 6 N°1 Dic. 1998. Pág. 38
- Weber, Max (1903). *Ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Fondo de cultura económico, México.



Aportes de la comunicación no verbal a la conciliación en derecho

Marlon David Muñoz Giraldo

Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia. Correo electrónico:
marlondavid01@hotmail.com

Juliana Pérez Restrepo

Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia. Correo electrónico:
julypr82@gmail.com

Resumen

Este trabajo muestra como tema central la comunicación no verbal como parte inseparable de la comunicación humana, inclusive se sostiene que es más usada que la comunicación verbal. La comunicación no verbal puede llevar a un nivel más profundo el conocimiento acerca de las personas y a entender y ser conscientes de la propia personalidad. Por medio del lenguaje no verbal el individuo transmite las emociones de manera inconsciente, por lo tanto es un punto clave para poder acercarse a los pensamientos del otro; la razón es la conexión que hay entre la emoción y el pensamiento.

A partir de lo anterior, en este artículo se realiza una aproximación a la comunicación no verbal en el contexto de la conciliación en derecho, puesto que las habilidades que adquiera un conciliador en esta materia pueden contribuir al desarrollo de las audiencias de conciliación, y coadyuvar en la resolución negociada de los conflictos. Se resaltan los aportes de Paul Ekman por ser el investigador más destacado e influyente en el campo de la comunicación no verbal, particularmente por profundizar en el estudio de los gestos universales como formas comunicativas inherentes a la especie humana.

Palabras Clave: Comunicación no verbal; comunicación verbal; percepción; lenguaje; emociones; conciliación; educación.

Presentación

El presente artículo recoge algunas de las reflexiones elaboradas para el trabajo final del curso de Teoría de la Conciliación del Pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, durante el semestre 2009-02. Se pretende mostrar un panorama general de la comunicación no verbal -CNV-, usando para ello los aportes históricos y los avances contemporáneos en la materia. Esta temática es abordada por su importancia en un sin número de campos del conocimiento. Particularmente se aborda la CNV en el marco de la resolución de conflictos, además de mostrar aportes para la vida profesional al ahondar en un aspecto tan central como lo es la interrelación social.

Se sostiene que la CNV permite obtener información de lo que puede estar sintiendo o eventualmente pensando una persona, toda vez que el lenguaje corporal puede expresar de alguna manera los sentimientos y pensamientos incluso más que el lenguaje verbal, pues, la CNV se realiza de manera involuntaria.

Algunos autores sostienen que determinados gestos son intrínsecos a la especie humana sin importar la nacionalidad o la cultura. De esta forma la CNV permite el acceso a información privilegiada a quien esté mejor capacitado para entenderlo. Por tal razón la comprensión de las formas de CNV aumenta las capacidades para el ejercicio de muchas profesiones. Específicamente, en el campo de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos -MARC-, esta herramienta puede mejorar el desempeño de los abogados conciliadores, redundando en el logro de mayores resoluciones auto compositivas de los conflictos.

Inicialmente, se realizará una descripción básica de la CNV, abordando aspectos físicos y comportamentales relevantes para el tema en cuestión; y posteriormente, se vinculará de forma sucinta la conciliación como escenario donde las conductas humanas juegan un papel trascendente a la hora de analizar un conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos.

Aportes de la comunicación no verbal a la conciliación en derecho

El hombre y la mujer desde el nacimiento, inician procesos de comunicación para satisfacer algunas necesidades básicas.¹ La comunicación le permite al ser humano desarrollarse en sus distintas etapas, adquiriendo conocimientos indispensables para una adecuada formación en distintos campos del saber.

La forma particular en que cada persona percibe el mundo hace que lo que para una es verdad, para la otra no lo es. La percepción de la realidad es diferente en todos los individuos, ya que está determinada por sus creencias, pensamientos convicciones, emociones, expectativas y experiencias.² Esta pluralidad de interpretaciones es fuente de diferencias en los intereses de las personas, que muchas veces se transforman en conflictos sociales.

¹ Pimienta R., Ángela María (2007); *et. al.* Maestro Escuela Territorio Reflexiones preliminares. Medellín: Fondo Editorial Dokató, pág. 67.

² Ibíd., pág. 68

En el universo simbólico está presente el lenguaje corporal, el cual se compone de multiplicidad de signos que transmiten una serie de significados en el ámbito comunicacional.

La comunicación no verbal -CNV- es un proceso a través del cual se transmite información compuesta de significados en torno a lo actitudinal. Los gestos, el tono de voz, los movimientos, los sonidos (diferentes al habla), los silencios, las señales, entre otros, en algunos casos pueden ser más contundentes que las mismas palabras, pues este lenguaje es ampliamente generalizado, espontáneo, expresa los sentimientos y pensamientos. De ahí la máxima: "Una imagen vale más que mil palabras," teniendo en cuenta para este contexto que esa imagen es el reflejo de nuestro interior.

Uno de los representantes más importantes de este campo de investigación, es Paul Ekman, quien lleva trabajando más de 40 años en la CNV; él fue el primer contradictor de las teorías imperantes a finales de los años 40 y principios de los 50, las cuales eran argumentadas por antropólogos destacados tales como Margaret Mead, quien sostenía que los gestos eran aprendidos en la interacción social y por consiguiente variaban según la cultura.³

Ekman, al inicio de una investigación que determinaría si las expresiones faciales eran universales, creía que comprobaría la teoría de Margaret Mead, pero terminó por reforzar los aportes de Darwin, expresando que las expresiones humanas eran innatas y por tanto universales. En este sentido, habrían siete emociones cuya expresión es universal, independientemente del lugar en que se nace y se crece, estas son: alegría, tristeza, ira, sorpresa, asco, miedo y desprecio.⁴

Este psicólogo cambió su pensamiento debido a la investigación que realizó en veintitrés culturas diferentes, dos de las cuales no habían estado en contacto con el mundo exterior, pero los gestos faciales eran iguales al resto del mundo⁵. Sin embargo, la universalidad de los gestos sólo se limita a las expresiones faciales que revelan las siete emociones señaladas anteriormente, pues Ekman sostiene que: "Todo lo demás, los gestos con las manos, incluso si reprimimos la emoción o la expresamos abiertamente, lo aprendemos de nuestro entorno y varían en función de la persona."⁶

La popular serie de televisión "Lie to Me" se basa, en un ochenta por ciento, en los descubrimientos científicos de Ekman. Esta serie, muestra en un alto porcentaje el trabajo actual de este científico, quien sostiene que las microexpresiones faciales son

³ Paul Ekman: Emociones (1). En: http://www.dailymotion.com/video/x8tndw_paul-ekman-emociones-1_school Consulta hecha el 25 de Marzo de 2010.

⁴ Foreman, Judy. *A conversation with: paul ekman; The 43 Facial Muscles That Reveal Even the Most Fleeting Emotions.* En: <http://www.nytimes.com/2003/08/05/health/conversation-with-paul-ekman-43-facial-muscles-that-reveal-even-most-fleeting.html?pagewanted=1> Abril 13 de 2010.

⁵ Paul Ekman: Emociones (1). *Op. Cit.*

⁶ Gestos/ estudio psicológico, con base en descubrimientos de Paul Ekman, En: <http://www.proyectosalonhogar.com/Gestos/gestos.htm>, Consulta hecha 16 de junio de 2010.

involuntarias y por lo tanto pueden delatar confiablemente una mentira cuando se está lo suficientemente entrenado para verlas.⁷

En su país, Ekman trabaja en la seguridad nacional, ha sido consultor de las tres empresas más importantes de animación, ha formado actores y rechazado peticiones para enseñar a políticos a hacerlos más creíbles. En medicina su trabajo ayuda a detectar enfermedades coronarias en pacientes con riesgo de tenerlas; todo ello revela la trascendencia de las expresiones faciales para descubrir lo más íntimo de cada persona; lo que ha hecho el autor es descubrir cómo funcionan.⁸

Las anteriores consideraciones evidencian como la CNV ha venido ganando credibilidad en muchos ámbitos y permite plantear la necesidad de su estudio e investigación. Piénsese por ejemplo, en un caso en el que un juez deba tomar una decisión basado sólo en testigos que apoyan las diferentes versiones de las partes, ciertamente, la CNV puede brindar elementos de análisis complementario.

Los comportamientos y su aprendizaje

Por su parte, la morfopsicología iniciada por Louis Corman, es una técnica basada en leyes biológicas que, a partir del estudio del rostro humano, deduce nuestros factores primarios de personalidad.⁹ No por ello, se puede entender que nacemos con características personales estrictamente determinadas por la naturaleza. Las investigaciones han señalado lo contrario: el rostro en el proceso de crecimiento y desarrollo humano, va torneándose a partir de la imitación de las caras de las personas cercanas,¹⁰ como con la forma de ser y de pensar de cada individuo, influenciadas también por su medio.

“Algunas feministas insisten en que todas las diferencias de comportamiento son aprendidas y que, dejando de lado las obvias discrepancias fisiológicas, las mujeres y los hombres son iguales.”¹¹ Si bien es cierto que esta información es contrastable (al menos en parte), ella permite tener una idea de la profunda endoculturización de la sociedad, pues inclusive:

“El antropólogo Ray Birdwhistell se refiere a *Sex and Temperament* “como uno de los trabajos más importantes que se han hecho en antropología.” Si no produjo cambios duraderos en nuestra manera de pensar acerca de lo que es femenino y masculino, dice, ha sido porque resultó demasiado alarmante para aquellas personas que creen y la mayoría continúa haciéndolo- que los aspectos sexuales de la personalidad son todo cuestión de hormonas.”¹²

Lie to Me, Paul Ekman y la Comunicación No Verbal. En: <http://www.taringa.net/posts/ebooks-tutoriales/3643041/Libros-de-Paul-Ekman-%28Psic%C3%B3logo%29%28Lie-to-me%29.html>. Consulta hecha el 13 de abril de 2010.

⁸ Paul Ekman: Emociones (2). En: http://www.dailymotion.com/video/x8tncs_paul-ekman-emociones-2_school Consulta hecha el 25 de marzo de 2010.

⁹ Ibíd.

¹⁰ Davis, Flora (1993). La comunicación no verbal. Madrid: Alianza Editorial S.A., pág. 54.

¹¹ Ibíd., pág. 22

¹² Ibíd., pág. 24

A lo largo del crecimiento humano se aprenden miles de gestos, posiciones y movimientos que transmiten una información codificada que no es entendida por todos, que si bien es usada a diario, esta utilización es generalmente inconsciente. Esto representa una desventaja considerable para la mayoría de personas, con respecto a las que perciben y entienden el lenguaje no verbal.

Es importante resaltar que los actos realizados por nuestra especie no sólo provienen del aprendizaje a lo largo de su vida, dado que:

Tenemos (...) cuatro formas de adquirir actos: herencia genética, descubrimiento personal, absorción social y entrenamiento sistemático; pero no quiero dar la impresión de que se trata de cuatro formas rígidamente independientes y separadas. Hay muchos actos que se llevan a cabo por influencia simultánea de varias de estas categorías.¹³

De esta forma, el conjunto de acciones y gestos utilizados por cada individuo son complejos y al menos en parte, particulares.

El hombre lleva comunicándose más de un millón de años mediante la CNV, no obstante, su estudio científico sólo se ha desarrollado en los últimos 54 años, con un auge creciente a nivel mundial desde la década de los setenta.¹⁴

La comunicación verbal vs. la no verbal

La especie humana ha logrado desarrollar la CNV a un nivel tan elevado que inclusive supera ampliamente la comunicación verbal, es por esto que su comprensión es relevante para llevar las relaciones sociales al grado que se desea.

El investigador Albert Mehrabian descompuso en porcentajes el impacto de un mensaje: 7% es verbal, 38% vocal (tono, matices y otras características) y un 55% señales y gestos. El componente verbal se utiliza para comunicar información y el no verbal para comunicar estados y actitudes personales. Este investigador, Albert Mehrabian, afirma que en una conversación cara a cara el componente verbal es un 35% y más del 65% es comunicación no verbal.¹⁵

“Determinados estudiosos de universidades norteamericanas y europeas han trabajado específicamente sobre el contenido de los mensajes que transmitimos y son unánimes: las palabras sólo ocupan un lugar menor en la comunicación.”¹⁶ De esta forma, la CNV es la que permite obtener el mayor porcentaje de información con respecto a nuestro interlocutor, pues las palabras representan una pequeña parte de lo que se comunica,

¹³ Morris, Desmond (1980). *El hombre al desnudo: un estudio objetivo del comportamiento humano*. Barcelona: Acción Católica Española, pág. 21

¹⁴ Pease, Allan (1992). *El lenguaje del cuerpo: cómo leer la mente de los otros a través de sus gestos*. Bogotá: Editorial Planeta, pág. 159.

¹⁵ Comunicación no verbal. La importancia de los gestos. En: http://www.protocolo.org/social/conversar_hablar/comunicacion_no_verbal_la_importancia_de_los_gestos.html. Consulta hecha el 18 de febrero de 2010.

¹⁶ Turchet, Philippe (2005). *El Lenguaje de la seducción: entender los códigos inconscientes de la comunicación no verbal*. Barcelona: Amat Editorial, pág. 14

mientras que el lenguaje corporal puede ofrecer un conocimiento más profundo sobre lo que se siente y se piensa.

“La investigación de la comunicación es fruto de cinco disciplinas diferentes: la psicología, la psiquiatría, la antropología, la sociología y la etología”¹⁷. Por esto, los conocimientos contemporáneos de la CNV son el resultado de muchas investigaciones científicas que han ido perfeccionando el dominio de este complejo y silencioso lenguaje de la especie humana. Así, “Luego de largos años de estudiar, (...) Ray Birdwhistell, (...) ha llegado a la conclusión de que gran parte de la base de las comunicaciones humanas se desarrolla a un nivel por debajo de la conciencia, en el cual las palabras sólo tienen una relevancia indirecta.”¹⁸

El rol de la autoimagen en la CNV

A lo largo del texto se ha venido argumentando la importancia de la CNV por el hecho de representar el mayor porcentaje en la comunicación total, pero se avanza aún más cuando se comprende que el manejo de esta comunicación puede generar un cambio en nuestro comportamiento, pues al ser conscientes del significado de los gestos se puede reflexionar si en realidad lo que se está manifestando es lo que se quiere ser y transmitir a los demás.

(...) lo que pensamos de nosotros mismos ejerce una influencia en la imagen que damos a los demás. Si piensas: "no soy más que un hombre sencillo a quien todos consideran un pobre ingenuo" es posible que des una impresión de hostilidad, si esa concepción que tienes de ti mismo te hace enfadar. Y si piensas "soy sosa y aburrida y los demás no quieren saber nada de gente así" estarás esperando que los demás te ignoren y dando una impresión de desconfianza y distanciamiento.¹⁹

De esta forma, si lo que se piensa de sí mismo termina por influir en la opinión de las otras personas, lo más inteligente sería tomar la concepción más favorecedora, en tanto “(...) los demás nos juzgarán de acuerdo a como nos juzguemos a nosotros mismos. Si pensamos que somos personas estupendas y encantadoras tenemos muchas probabilidades de que los demás estén de acuerdo con nosotros.”²⁰

Una persona exitosa refleja una imagen de sí misma que inspira confianza y seguridad. Así, una autoestima alta representa una ventaja, ya que en ocasiones resulta ser más influyente que tener un aspecto físicamente atractivo. De esta forma lo que se piense de sí mismo puede reflejar una impresión más positiva, que la de una persona atractiva.²¹

La CNV se compone de: “gestos, apariencia, postura, mirada y expresión.”²² Son todos partes de un conjunto sistémico, por lo cual su compresión no es pacífica. Para entenderlo a cabalidad se requiere observación consciente y detallada de los actos que

¹⁷ Davis, Flora. Op. Cit. Pág. 18

¹⁸ Ibíd., pág. 42.

¹⁹ Muñoz, Ana. *El lenguaje del cuerpo*. En: <http://www.cepvi.com/articulos/gestos1.htm>. Consulta hecha el 18 de febrero de 2010.

²⁰ Ibíd.

²¹ Ibíd.

²² Ibíd.

realizan otras personas, para descubrir la interrelación de los diferentes elementos que componen este lenguaje.²³ “La observación consciente de sus propias acciones y las de los otros es el mejor sistema para comprender adecuadamente los métodos de comunicación del animal más interesante y complejo del planeta: el hombre.”²⁴

Ahora bien, para entender los mensajes no verbales se requiere un conocimiento previo acerca de lo que pueda significar determinado gesto, movimiento o posición corporal; para ello se recomienda el libro de Allan Pease,²⁵ quien estudia los significados que permitirán saber: ¿Cuál es el espacio íntimo de las personas? ¿Cómo se hace más confiable un discurso? ¿Qué gestos denotan coquetería e interés? ¿Cuándo los oyentes aprueban o están en desacuerdo con lo que se dice? ¿Cómo se puede ser más honesto? ¿Qué gestos se hacen cuando se dice una mentira? ¿Qué actos representan autoridad y superioridad? Estos y muchos otros interrogantes de interés para la vida diaria en sociedad, pueden ser resueltos por el libro en cuestión.

A pesar de todo lo que podemos comunicar a través del lenguaje del cuerpo, no todo el mundo sabe interpretar o usar estas señales correctamente. En realidad sólo una minoría es buena en esto. Las mujeres suelen ser mejores que los hombres a la hora de interpretar el lenguaje corporal y lo utilizan más para comunicar la importancia de la relación. También sonríen más, se sienten más atraídas por las personas que sonríen y utilizan más la mirada (aunque les resulta más incomodo que las miren a ellas).²⁶

Hay pues una desventaja de los hombres con respecto a las mujeres, por lo que ellos necesitarán un estudio detallado de la CNV si desean elevar su comprensión al menos en el mismo grado que ellas.

El estudio de la CNV representa primacía para el desenvolvimiento en algunas profesiones, a continuación algunos ejemplos: un político, dado que puede, con su discurso, transmitir las emociones que deseé, inspirando confianza en sus oyentes; un abogado, pues obtendrá información subliminal de su contraparte que le puede ser favorable, o cuando este actúa como conciliador, dado la comprensión y lectura adecuada que hará del caso, lo que le permitirá proponer fórmulas de arreglo del conflicto acordes con las necesidades de las partes; un actor, dado que sólo los mejores son capaces de interpretar un personaje como si fuera real, lo que es imposible sin la CNV; un psicólogo, en tanto sabrá entender con certeza lo que le pasa a su paciente y por lo tanto realizar un mejor diagnóstico, etc.

La CNV puede avanzar a niveles en los que se logra saber cuál es la personalidad de un individuo, y qué tan confiable es lo que dice. “Los psiquiatras reconocen desde hace mucho tiempo que la forma de moverse de un individuo proporciona indicaciones sobre su carácter, sus emociones y sus reacciones hacia la gente que lo rodea.”²⁷

²³ Davis, Flora. *Op. Cit.* Pág. 19

²⁴ Pease, Allan. *Op. Cit.* Pág. 159

²⁵ Ibíd., pág. 175.

²⁶ Muñoz, Ana. *Op. Cit.*

²⁷ Davis, Flora. *Op. Cit.* Pág. 19

Por ejemplo, cuando se habla con sinceridad, lo que se dice de forma verbal combina armoniosamente con el resto de la expresión corporal, mientras que si se está mintiendo “se utilizan menos gestos y el cuerpo puede estar prácticamente inmóvil, como si temiera que fuese a delatar su mentira en cualquier momento.”²⁸

Cuando no se dice la verdad, puede ocurrir también que “(...) nuestro comportamiento se disagrega como un rompecabezas, (...) se dispersa en piezas distintas y separadas, dando al interlocutor la sensación de que hay algo raro en nosotros.”²⁹ Esto significa que mientras las palabras dicen algo, los gestos las contradicen. “La razón de que existan señales truncadas es la disparidad que a veces existe entre el sentimiento y la situación social en que nos encontramos.”³⁰

Las palabras expresan lo que se quiere decir, mientras los gestos expresan lo que se siente. En este sentido “Ekman afirma que las emociones juegan un papel crucial en la detección del engaño. Se puede pillar una mentira a partir de la voz, los movimientos corporales y las palabras. Se puede mentir por falseamiento u ocultamiento.”³¹

¿Es universal el lenguaje no verbal?

Si el lenguaje no verbal revela las emociones, cabe preguntarse: ¿se manifiesta este, de la misma forma en todos los individuos? La respuesta es afirmativa, sólo en las siete emociones, mencionadas anteriormente, que se exteriorizan mediante las expresiones o microexpresiones faciales descubiertas por Ekman. Esto debido a que “Las emociones activan las mismas zonas del cerebro y las mismas reacciones, independientemente del lugar del planeta en el que sean observadas.”³²

Sin embargo, el lenguaje no verbal, no es significativamente diferente entre los distintos individuos, porque por un lado se aprende en la cultura y por consiguiente permiten un alto grado de generalización en ella, y por otro, los gestos tienden a ser involuntarios lo que hace casi imposible su falseamiento. Estas son las razones por las que cuando alguien analiza y es consciente de la CNV, percibe los gestos naturales y espontáneos (como lo son la mayoría de ellos) como algo cierto e incuestionable.³³

En una película, un actor profesional puede lograr hacer los mismos gestos que una persona haría en la vida real bajo las mismas circunstancias de las escenas filmadas. Un político astuto es capaz de mentir con el respaldo de algunos gestos. Estas son excepciones a la regla general de la CNV, una comunicación veraz, inconsciente e involuntaria.

²⁸ Muñoz, Ana. *Op. Cit.*

²⁹ Morris, Desmond. *Op. Cit.* Pág. 112

³⁰ Ibíd., pág. 112

³¹ Gestos/ estudio psicológico, con base en descubrimientos de Paul Ekman, En: <http://www.proyectosalonhogar.com/Gestos/gestos.htm>. Consulta hecha el 16 de junio de 2010.

³² Turchet, Philippe. *Op. Cit.* Pág. 17

³³ Morris, Desmond. *Op. Cit.* Pág. 27

“Las emociones primarias expresadas por la cara son innatas y las reconocen todos los pueblos, sea cual sea su cultura.”³⁴ Así, los gestos de la cara son los más confiables y además cumplen un papel protagónico en la CNV, puesto que “Algunos de nuestros parientes irracionales tienen gran cantidad de expresiones, pero ninguno logra la sutileza y la variedad del rostro humano para transmitir sentimientos y sensaciones.”³⁵ Se puede deducir entonces que el principal medio de comunicación y el más universalizado en el lenguaje no verbal, es la cara.

Tres zonas del rostro³⁶

1. Zona de la frente (incluidas las cejas)
 - 1.1. Arrugas horizontales de la frente: significan que se ha violentado fuertemente la atención: susto, angustia, lentitud de comprensión, asombro, admiración, turbación, sorpresa.
 - 1.2. Arrugas verticales de la frente: significan que la atención general se dirige hacia algo o alguien con fuerte concentración: fruncimiento, enfado.
 - 1.3. Cejas: sorpresa, rabia.
2. Centro del rostro: ojos, nariz, mejillas.
 - 2.1. Los ojos: un verdadero contacto ocular es la mirada viva que se pasea de una pupila a la otra. La interrupción ocular se presenta en una buena conversación. El tamaño grande de las pupilas denota interés, al contrario, si el tamaño es pequeño es consecuencia del desinterés.
3. Boca y barbilla
 - 3.1. Querer percibir, admiración: boca parcial o totalmente abierta.
No querer percibir o exteriorizar: se aprietan los labios.
 - 3.2. Enérgico: barbilla hacia adelante.
Gozo pasivo: barbilla hacia atrás.

A continuación se presenta un cuadro³⁷ en el que se relacionan gestos y acciones con su respectivo significado. El propósito es mostrar algunos ejemplos para que se reconozca en ellos, tanto lo que dicen los demás como lo que personalmente se está expresando por medio de la CNV. Vale decir que esta información trata sobre generalidades, no afirmaciones rígidas o absolutas.

ACTO	SIGNIFICADO
Acariciarse la quijada	Toma de decisiones
Dar un tirón al oído	Inseguridad
Mirar hacia abajo	No creer en lo que se escucha
Apretarse la nariz	Evaluación negativa
Golpear ligeramente los dedos	Impaciencia

³⁴ Turchet, Philippe. *Op. Cit.* Pág. 17

³⁵ Morris, Desmond. *Op. Cit.* Pág. 27

³⁶ Birkenbihl, Vera F (1983). *Las señales del cuerpo y lo que significan*. España: Ediciones Mensajero, págs. 71-91.

³⁷ Lenguaje corporal. En: <http://www.psicologia-online.com/foros/viewtopic.php?f=6&t=42139>. Consulta hecha el 5 de marzo de 2010.

Sentarse con las manos agarrando la cabeza por detrás	Seguridad en sí mismo y superioridad
Inclinar la cabeza	Interés
Palma de la mano abierta	Sinceridad, franqueza e inocencia
Caminar erguido	Confianza y seguridad en sí mismo
Pararse con las manos en las caderas	Buena disposición para hacer algo
Jugar con el cabello	Falta de confianza en sí mismo e inseguridad
Comerse las uñas	Inseguridad o nervios
La cabeza descansando sobre las manos o mirar hacia el piso	Aburrimiento
Unir los tobillos	Aprensión
Cruzar las piernas, balanceando ligeramente el pie	Aburrimiento
Brazos cruzados a la altura del pecho	Actitud a la defensiva
Caminar con las manos en los bolsillos o con los hombros encorvados	Abatimiento
Manos en las mejillas	Evaluación
Frotarse un ojo	Dudas
Tocarse ligeramente la nariz	Mentir, dudar o rechazar algo

Aspectos relevantes de la CNV en la conciliación en derecho

Como se ha observado hasta el momento, muchos de nuestros gestos o movimientos son manifestaciones de nuestras emociones, más que de nuestra voluntad. Es por ello que si una persona adquiere habilidades para leer e interpretar el lenguaje corporal, esto puede representar una ventaja para orientar o canalizar los diferentes intereses.

En los MARC, particularmente en la conciliación, objeto de análisis en este trabajo, es posible utilizar herramientas como la lectura del lenguaje corporal para coordinar el transcurso de las sesiones en las que se desarrolla la conciliación, permitiendo esto que mediante la identificación de conductas de las partes en conflicto, se trate de negociar sin excluir un arreglo satisfactorio para ellas.

En el proceso conciliatorio en Colombia, el conciliador, tal y como lo indican sus funciones, puede y eventualmente debe proponer fórmulas de solución al conflicto, ante la ausencia de un acuerdo convenido por las partes. Así que el conciliador presenta ante las partes distintas propuestas que viabilicen una salida al conflicto, más no impone decisiones.

El hecho de que el conciliador proponga fórmulas de arreglo, apoyándose en las expresiones corporales exteriorizadas por las partes en la audiencia, no implica que esté vulnerando los derechos de las partes ni que esté obstaculizando la defensa de las mismas. Las personas en controversia al ver que el conciliador ha percibido ciertas conductas que evidencian determinada situación, pueden llegar al punto de acoger las fórmulas de solución por él propuestas, a causa de su conducción y manejo del conflicto; y que traería como consecuencia una solución consentida por las partes, además de redundar en beneficio de ellas al evitar un proceso jurisdiccional.

Seguidamente, se encontrarán unos apartes que especifican el tema de la conciliación, y se esbozarán los momentos en los cuales habría un mayor impacto del abordaje del lenguaje corporal, y su utilidad en este entorno.

¿Qué es la conciliación?

Es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos mediante el cual dos o más personas gestionan la solución de sus diferencias, con la intervención de un tercero imparcial y calificado (diferente al juez) denominado conciliador.³⁸

En la audiencia de conciliación el conciliador no adopta decisiones, y en caso de llegarse a un acuerdo, verifica la legalidad del mismo a fin de materializarlo en un documento denominado *Acta de Conciliación*, a la cual la ley le ha dado dos efectos jurídicos muy importantes, el mérito ejecutivo y el tránsito a cosa juzgada.³⁹

Desarrollo de la audiencia de conciliación

Acá se expondrán, en general, los momentos en los cuales hay mayor actividad del lenguaje corporal y donde el conciliador tiene más oportunidades para su análisis.

1. Momento del encuentro: Es una etapa fundamental para el contacto entre las partes en el cual se rompe el hielo y se genera confianza. Acá se presenta el posicionamiento del conciliador y la fijación de reglas que regirán la audiencia. Posteriormente, “instalada la audiencia, el conciliador estará atento en todo el tiempo a su desarrollo, y privilegiará el mantenimiento de la relación y la comunicación entre las partes, aun en el caso en que intuya que no habrá acuerdo entre ellas.⁴⁰

2. Presentación personal de las partes y manifestación de sus posiciones frente al conflicto: En esta fase las partes se presentan y se sitúan en un espacio propicio para relatar sus percepciones del conflicto.

3. Uso de la palabra: El conciliador concede a cada una de las partes el uso de la palabra por el tiempo que considere preciso, con el fin de que las mismas expongan los hechos alegados y sus pretensiones.

En el cuéntame, el conciliador invitará a las partes a que expongan su versión de los hechos, la forma en que los han vivido y cómo les afecta. La condición humana de las partes se pone en evidencia en esta fase: las emociones y los sentimientos afloran, a veces, de manera tumultuosa. Se visualizan así diferentes facetas del conflicto y la emoción prima sobre la razón. En la medida de lo posible no debe interrumpirse a la parte que esté haciendo uso de la palabra, pues es su oportunidad de posicionarse frente al otro de una manera distinta y de lograr un avance en la generación de confianza. El liderazgo del conciliador se pone a prueba en esta que es, quizá, la fase

³⁸ Presidencia de la República Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Cartilla para promotores de Convivencia. Bogotá: Quebecor World Bogotá, 2003, pág. 16.

³⁹ Centro de Conciliación. En <http://www.colegasabogados.org/CONCILIACION.htm>, Marzo 23 de 2010.

⁴⁰ Manual de Procedimiento – Capítulo Centro de Conciliación, Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate”. Págs. 5 – 6.

más libre de la conciliación, donde el impulso de las partes por el momento que se vive del conflicto, es negar lo dicho por el otro y agredirlo sea verbalmente o de hecho. El papel del conciliador en esta fase es, entonces, desarrollar una escucha activa, mantener imperantes las reglas fijadas en la fase anterior y permitir que cada uno de los involucrados en el conflicto pueda expresarlo en todo su significado.⁴¹

4. Argumentación: Aquí los interesados justifican sus posiciones con los medios probatorios que se adjuntaron a la solicitud de conciliación, o que se entregan durante la audiencia.

5. Proposición de fórmulas de arreglo: cuando los interesados no plantean fórmulas de arreglo, el conciliador propone las que en su razón son pertinentes para la salida de la controversia, las cuales pueden ser de recibo o no por las partes.

El conciliador deberá estar atento a las opciones que lleguen a la mesa en forma de lluvia de ideas, cuidar que todos los intereses tengan discusión, mover a las partes de las posiciones a los intereses, dirigir el diálogo de manera organizada, de escuchar activamente, de enfatizar los aspectos positivos que surjan entre las partes en la negociación y, realizar propuestas de manera subsidiaria, es decir, cuando las partes hayan agotado las suyas.⁴²

En todos estos momentos, y en consonancia con el tema central de este trabajo, se implementaría el estudio juicioso del lenguaje corporal expresado por las partes; lo que sin lugar a dudas constituiría una buena fuente de información para canalizar posibles soluciones.

Criterios de la percepción intencionada⁴³ a tener en cuenta en la intervención de conflictos:

1. Actitud: comportamiento de una persona – movimientos.
2. Mímica: fenómenos observables en el rostro de una persona, expresiones en el rostro, rubor.
3. Gesticulación: ademanes de los brazos y el “lenguaje de las manos”.
4. Distancia: distancia que se toma de los otros, situaciones – límite.
5. Entonación: aquí no tiene importancia el contenido de lo que se está diciendo sino la melodía al hablar, las pausas, el volumen, el ritmo, y los sonidos sin contenido verbal.

“La comunicación es la base de la prevención y la resolución de conflictos. Ella incluye lo que decimos cuando hablamos con los demás, los mensajes que emitimos, el tono de la voz, las expresiones faciales y el lenguaje de nuestro cuerpo. También implica escuchar, hacer preguntas y tratar de entender cómo lucen las cosas desde el punto de vista de la otra persona. Una parte muy importante de la comunicación es entender que cada uno tiene una visión diferente de las cosas.”⁴⁴

⁴¹ Ibíd., págs. 6 – 7.

⁴² Ibíd., pág. 7.

⁴³ Birkenbihl, Vera F. Op. Cit. Págs. 33-34

⁴⁴ Presidencia de la República. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Op. Cit. Pág. 27

El lenguaje corporal concretado en movimientos, gestos, expresiones, etc. y sus significados, no tiene deducciones matemáticas. No obstante, el estudio de la CNV puede servir de insumo para interpretar y dar manejo a las actitudes de las partes involucradas en un conflicto, a la hora de mediarlo.

Consideraciones finales

Uno de los aportes más importantes de la CNV tiene que ver con la comprensión de formas del lenguaje que permite conocerse a sí mismo y a los demás. Esto puede generar cambios trascendentales en la personalidad de un individuo, pues una reflexión minuciosa hará que se elija tener y transmitir la personalidad y la emoción que se quiere en vez de la que se ha mantenido inconsciente o instintivamente. También permite ser más selectivo y asertivo en los negocios, en las relaciones interpersonales y las profesionales.

Lo que puede evitar el progreso científico de la CNV en nuestro medio es el cuestionamiento de su seriedad y confiabilidad. En cambio su estudio y aprendizaje, ayudará a la evolución en distintos campos de aprendizaje profesional y científico. Tal como lo ha hecho en Estados Unidos Paul Ekman, quien está utilizando los descubrimientos científicos de la CNV y quien ha sido destacado como uno de los 100 psicólogos más brillantes del siglo XX, ha conseguido que sus técnicas sean usadas por escuelas de actores, dibujantes de animación, jueces, abogados, cuerpos de policía, agentes del FBI e incluso la CIA.⁴⁵

La CNV puede hacer predecible la actuación futura, al brindar elementos esenciales para que cada persona identifique y sea consciente de su propia emoción y lo que puede suceder si se actúa movido por esta. En este momento es posible decidir si se quiere actuar de otra manera. Así, el estudio de la comunicación no verbal, por ejemplo, en un currículum universitario, permitirá no sólo analizar la evolución académica, sino también personal y por lo tanto social.

Por un lado, los pensamientos por sí solos pueden ser los causantes de las emociones que se sienten, dado que estas no surgen de la nada; al contrario, son totalmente dependientes de la forma en que cada individuo percibe su vida en cada momento. He allí la razón por la que ser positivo y tener una autoestima alta genera una personalidad estable, agraciada y confiable.

Por otro lado, las emociones son producto de los pensamientos y de las creencias en interacción con la vivencia de cada individuo. Se está programado para actuar de determinada manera cuando una persona experimenta en la realidad el acontecimiento que, ya se sabía, por ejemplo, la haría enfadar, deprimir o sentir asco. No hay ningún hecho que genere la misma reacción en todas las personas, pues se reitera, eso depende de los pensamientos e intereses de cada individuo y su relación con el suceso.

La propuesta de una educación que contenga el aprendizaje de la CNV, permitirá que la persona encuentre la manera de modificar su forma de actuar y así sus emociones estén

⁴⁵ Gestos/ estudio psicológico, con base en descubrimientos de Paul Ekman. Op Cit.

predestinadas inteligentemente a hacer que su desempeño personal y profesional sea más asertivo.

Referencias bibliográficas

Birkenbihl, Vera F. (1983). *Las señales del cuerpo y lo que significan*. España: Ediciones Mensajero, pág. 207

Colegas Abogados. Centro de Conciliación. En: <http://www.colegasabogados.org/CONCILIACION.htm>

Comunicación no verbal. La importancia de los gestos. En: http://www.protocolo.org/social/conversar_hablar/comunicacion_no_verbal_la_importancia_de_los_gestos.html

Davis, Flora (1993). *La comunicación no verbal*. Madrid: Alianza Editorial S.A., pág. 270.

Foreman, Judy. A conversation with: paul ekman; The 43 Facial Muscles That Reveal Even the Most Fleeting Emotions. En: <http://www.nytimes.com/2003/08/05/health/conversation-with-paul-ekman-43-facial-muscles-that-reveal-even-most-fleeting.html?pagewanted=1>

Lenguaje corporal. En:

<http://www.psicologia-online.com/foros/viewtopic.php?f=6&t=42139>

Lie to Me, Paul Ekman y la Comunicación No Verbal. En: <http://www.taringa.net/posts/ebooks-tutoriales/3643041/Libros-de-Paul-Ekman-%28Psic%C3%B3logo%29%28Lie-to-me%29.html>

Manual de Procedimiento - Capítulo Centro de Conciliación, Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Pág. 11

Mínguez Vela, Andrés (1999). *La otra comunicación*. Madrid: ESIC Editorial, pág. 124

Morris, Desmond (1980). *El hombre al desnudo: un estudio objetivo del comportamiento humano*. Barcelona: Acción Católica Española, pág. 320

Muñoz, Ana. *El lenguaje del cuerpo*. En: <http://www.cepvi.com/articulos/gestos1.htm>

Paul Ekman: Emociones (1). En: http://www.dailymotion.com/video/x8tndw_paul-ekman-emociones-1_school

Paul Ekman: Emociones (2). En: http://www.dailymotion.com/video/x8tncc_paul-ekman-emociones-2_school

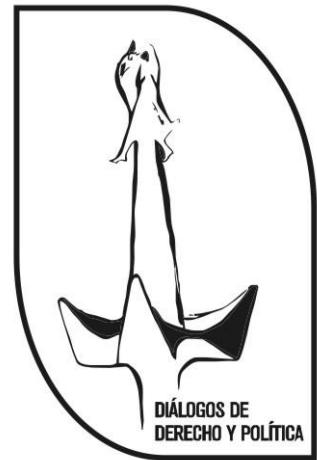
Gestos/ estudio psicológico, con base en descubrimientos de Paul Ekman, En: <http://www.proyectosalonhogar.com/Gestos/gestos.htm>

Pease, Allan (1992). *El lenguaje del cuerpo: cómo leer la mente de los otros a través de sus gestos*. Bogotá: Editorial Planeta, pág. 175

Pimienta R., Ángela María (2007); *et. al.* Maestro Escuela Territorio Reflexiones preliminares. Medellín: Fondo Editorial DOKATÓ, pág. 264

Presidencia de la República Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Cartilla para promotores de Convivencia. Bogotá: Quebecor World Bogotá, 2003. Pág. 44

Turchet, Philippe (2005). *El Lenguaje de la seducción: entender los códigos inconscientes de la comunicación no verbal*. Barcelona: Amat Editorial, pág. 184



El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo

Javier Andrés Serna Mesa
Abogado, Universidad de Antioquia. Correo electrónico:
jasm37@gmail.com

Resumen

Respecto al concepto de bloque de constitucionalidad se debe aceptar que la normatividad constitucional no es privilegio exclusivo de los artículos que integran el texto de la Carta Fundamental. Mirado dicho bloque a la luz del derecho administrativo, es posible entender que aunque la fuente principal de este último es la ley, no puede por ello escapar al hecho que señala la existencia de un estatuto superior compuesto por un grupo de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el bloque de constitucionalidad y que comparten con los artículos del texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden jurídico interno.

Palabras Clave: Bloque de constitucionalidad; derechos humanos; estados de excepción; fuentes del derecho administrativo; legalidad internacional.

El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo

Introducción

El énfasis que las constituciones liberales pusieron en los derechos fue consecuencia de su reacción contra el Estado absolutista, pues se buscaba esencialmente proteger al individuo frente a los abusos del Príncipe. En tal contexto, los deberes tuvieron escasa importancia en la teoría del Estado y en el constitucionalismo. Por otra parte la evolución de las constituciones inspiradas por la ideología del Estado Social de Derecho, se ha traducido en la emergencia de un haz de preocupaciones relativas a cómo superar el individualismo, el egoísmo y las desigualdades en las sociedades contemporáneas.

En la Constitución Política de Colombia, los derechos humanos tienen plena fuerza normativa en las relaciones entre los miembros de la sociedad y frente al Estado. La Carta de 1991, no sólo define cuál es el papel de los derechos humanos en el momento de la constitución jurídica del Estado y a la hora de su actuación, sino que establece criterios para la definición de conflictos en caso que los derechos humanos se vean restringidos.

En este escrito se pretende describir de manera aproximada el bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo, por lo que se hará una breve referencia al origen del concepto, se indicarán algunos planteamientos atinentes a los elementos que lo integran y la manera en que han sido recepcionados en Colombia, se señalará el criterio de algunos estudiosos del tema al abordar las fuentes del derecho administrativo, se analizará la jurisprudencia constitucional en lo que a la línea jurisprudencial del bloque de constitucionalidad se ha manejado, haciendo un especial énfasis en lo que a instrumentos internacionales que hacen parte del bloque se refiere y su carácter vinculante en las actuaciones de la administración pública, y finalmente se plantearán dos casos o manifestaciones concretas del bloque de constitucionalidad en el derecho administrativo, esto es, lo relativo a los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias en los estados de excepción y lo que tiene que ver con las limitaciones impuestas por el convenio 169 de la OIT cuando de derechos indígenas se trata.

Sumario

El presente artículo sobre el tema del bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo se dividirá en cinco partes: 1. Breve reseña sobre el Origen histórico del bloque de constitucionalidad; 2. Fuentes del derecho administrativo; 3. Componentes del bloque de constitucionalidad; 4. Algunas manifestaciones del bloque de constitucionalidad en el derecho administrativo; y 5. Consideraciones finales.

1. Breve reseña sobre el origen histórico del bloque de constitucionalidad

El concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreau sostiene que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por vez primera se hizo uso del

concepto de normas de constitucionalidad bajo la égida de principios y reglas de valor constitucional, refiriéndose al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley.¹

Igualmente, en el derecho administrativo francés se utilizó la expresión bloque de legalidad, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de leyes, principios y reglas a que estaba sometida la administración, que no tenían jerarquía legal. Dice Favoreau que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en las que el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la declaración de los derechos humanos de 1789, confirmándose ello en el preámbulo de la Constitución de 1946.²

Después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España, en donde el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 refiriéndose al bloque como “(...) un conjunto de normas que ni están incluidas en la constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen.”³

Otros países adoptaron decisiones similares. Así, la constitución austriaca integró las normas de derecho internacional a su bloque de constitucionalidad, en Italia por disposición de la misma constitución el ordenamiento jurídico comunitario adquirió prevalencia y aplicación preponderante frente al ordenamiento jurídico interno, la Constitución de Alemania Occidental establecía por su parte que las reglas generales de derecho internacional forman parte del derecho federal, y que tendrán preferencia sobre las leyes y crearán derechos y deberes directamente para los habitantes del territorio federal.⁴

En Colombia, en la Sentencia C-027 de 1993⁵ la Corte Constitucional refiriéndose a la Ley 20 de 1974 por la cual se aprobó el Concordato y Protocolo final entre la República de Colombia y la Santa Sede, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973, nos permite deducir que surge una verdadera integración jurídica entre el derecho interno de los países, en cuya cúpula se halla la Constitución Política, y el derecho internacional cuando está de presente su *jus cogens*, dado que éste por representar valores superiores, inalienables e inenajenables del individuo como son los derechos humanos, se sitúa por encima de la misma normatividad internacional que pudiera desconocerlos y al mismo *jus cogens* habrá de acomodarse la legislación interna de los países.

¹ Olano García. Hernán Alejandro. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*. En: Estudios Constitucionales. Año 03, volumen 001. Centro de Estudios Constitucionales. Santiago de Chile. Pág. 232

² Favoreau, Louis y Rubio Llorente, Francisco (1991). *Ponencia Francesa. El bloque de la constitucionalidad*. Universidad de Sevilla. Cuaderno Civitas, págs.19-20.

³ Rubio Llorente, Francisco (1997). *La Forma del Poder. “Estudios Sobre La Constitución”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

⁴ Al respecto ver la Sentencia C-225 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 1993. M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

2. Fuentes del Derecho Administrativo

En el artículo 4º de la Constitución Política de 1991, ella se define como la génesis del derecho, es decir, como norma jurídica, más aún, como norma de normas. Ello quiere decir, que la Constitución es la más alta de las categorías normativas, puesto que impone el mandato de que todo el ordenamiento jurídico se sujeté a ella, so pena de ser inaplicada o declarada la inconstitucionalidad de toda preceptiva que la contrarie, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.

Este razonamiento, tiene su origen en el precepto constitucional según el cual, ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley,⁶ esto es la norma de normas determina quién hace el derecho, cómo se hace, qué contiene y cuál es su ámbito de aplicación. Así, en la Constitución Política se establecen principios y normas a los que debe sujetarse el legislador para definir cómo actúa el ejecutivo.

Al decir de la jurisprudencia constitucional, la administración debe dar estricto cumplimiento a los deberes constitucionales y legales establecidos, en tanto las facultades otorgadas a ella en procura del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, implican el desarrollo del principio del sometimiento al orden jurídico, lo que se traduce en la prohibición para tomar decisiones arbitrarias o para hacer interpretaciones que violen principios constitucionales que garantizan el respeto a los derechos humanos en un Estado Social de Derecho.⁷

En relación al estudio de las fuentes del derecho administrativo, Libardo Rodríguez ha indicado que ello remite al hontanar u origen de donde provienen las reglas propias de dicha disciplina. Para este tratadista, las fuentes del derecho administrativo en Colombia son⁸: la Constitución Política de 1991, la Ley, los decretos presidenciales, el Código Contencioso Administrativo, los principios del derecho administrativo (interés general, separación de poderes, legalidad, descentralización, moralidad), y los principios de la función administrativa (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, coordinación, control, delegación).

⁶ Constitución Política Artículos 4º, 6º, 121 Y 123 INCISO 2º

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil: "Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado y el sentido de la expresión "probable" que la norma acuña a la doctrina jurisprudencial a partir de la expedición de la Ley 169 de 1896. La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina, no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema"

⁸ Rodríguez, Libardo (1999). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá.

Para la profesora Bernardita Pérez Restrepo, las fuentes del derecho administrativo son:⁹ la Constitución Política de 1991, la Ley, la potestad reglamentaria, la potestad de regulación, los actos administrativos.

No cabe duda que el sistema de fuentes del derecho administrativo se fundamenta en una concepción del principio de legalidad, lo que implica que toda la actuación de la administración es susceptible de analizarse jurídicamente, pues está sometida al derecho y al control judicial, situación que es precisamente la que permite que funcione dicho principio. Por ello, en el sistema actual, es posible sostener con el profesor Jairo Duque Gutiérrez que “el sistema de fuentes tiene como base la atribución de competencias, por lo que hoy en día es necesario mirar quién tiene la competencia para expedir el acto,” es decir que la clasificación de las fuentes del derecho administrativo es imprecisa, en tanto que el sistema tradicional está basado en el concepto de jerarquía normativa (la pirámide kelseniana) y hoy la jerarquía normativa es diferencial pues debe ser apreciada en función de la competencia. Por ello, el profesor Jairo Duque, sostiene que las fuentes del derecho administrativo son:¹⁰ la Constitución (bloque de constitucionalidad), la Ley, el Reglamento (potestad reglamentaria), la potestad regulatoria, la jurisprudencia (el precedente judicial).

En esa misma línea, el profesor Manuel Fernando Quinche,¹¹ habla de la recomposición del sistema normativo y de fuentes, con lo que afirma que la ley de fraccionamiento para los sistemas normativos es la jerarquía. Aduce el profesor Quinche que en Colombia se recibió la pirámide de Kelsen como un sistema rígido y que hoy se puede ver el sistema jurídico como un bloque, esto es que el sistema jurídico está compuesto por: normas constitucionales, decisiones ciudadanas (normativas), normas legales (enunciadas con fuerza vinculante como la ley), normas reglamentarias y actos particulares.

Todas estas visiones permiten afirmar que el bloque de constitucionalidad es fuente del derecho administrativo, en tanto que hoy no es preciso hablar de Estado nacional o soberanía nacional sino de Estado integrado, pues los focos de producción normativa que eran nacionales, internos y estaban bien identificados, han entrado a competir, esto es existen unos focos del sistema internacional.

3. Componentes del bloque de Constitucionalidad

En relación al Bloque de Constitucionalidad son seis los artículos de la Carta Fundamental que definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno:¹²

⁹ Pérez Restrepo, Bernardita (2010). *Notas de Clase. Especialización Derecho Administrativo*. Módulo Sistema de Fuentes. Universidad de Antioquia.

¹⁰ Duque Gutiérrez, Jairo. *Notas de clase. Especialización Derecho Administrativo*. 2010. Módulo Sistema de Fuentes.

¹¹ Quinche, Manuel Fernando (2010). *Notas de clase. Especialización Derecho Administrativo*. Módulo Sistema de Fuentes. Universidad de Antioquia.

¹² a) El artículo 9º, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

Inicialmente la Corte Constitucional utilizó indistintamente el concepto “bloque de constitucionalidad” para denominar a las normas de rango constitucional, a los parámetros de constitucionalidad de las leyes y a las normas que son constitucionalmente relevantes, pero posteriormente, comenzaría a distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. Esta distinción aparece desde la sentencia C-358 de 1997, pero es en la Sentencia C-191 de 1998 donde la Corte distingue expresamente y consolida esta diferenciación conceptual que ya se venía dando.¹³ El primero, entiende el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, correspondiendo únicamente a las normas de jerarquía constitucional. El segundo, sentido lato, incorpora adicionalmente las otras disposiciones que sin tener rango constitucional representan un parámetro de constitucionalidad de las leyes, en cuanto podrían determinar la invalidez de una norma legal sometida a control; es decir, entiende el bloque de constitucionalidad con la función de servir de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

Rodrigo Uprimny¹⁴ señala que según la Corte Constitucional de Colombia, forman parte del bloque constitucional en sentido estricto: a) el preámbulo; b) el articulado de la constitución; c) los tratados de límites ratificados por Colombia; d) los tratados de derecho humanitario; e) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles; f) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y, g) la doctrina

-
- b) El artículo 93, según el cual “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.
 - c) El artículo 94, que establece 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.”
 - d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”
 - e) El artículo 53, el cual preceptúa que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.
 - f) El artículo 102, que dice en su inciso 2º que los límites señalados en la forma prevista por la constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República.

¹³ “Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad lato sensu, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional.”

¹⁴ Uprimny, R., *El bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. En línea. En: http://www.djs.org.co/equipo/publicaciones.php?aut_id=8. Consulta hecha el 25 de junio de 2010.

elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, al menos como criterio relevante de interpretación.¹⁵

Respecto al concepto de bloque de constitucionalidad se debe aceptar que la normatividad constitucional no es privilegio exclusivo de los artículos que integran el texto de la Carta Fundamental. El derecho administrativo, en el que se entiende que su fuente principal es la ley, no puede escapar al hecho que señala la existencia de un estatuto superior compuesto por un grupo de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el bloque de constitucionalidad y que comparten con los artículos del texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden jurídico interno. En este sentido, la noción bloque de constitucionalidad como fuente, lo que pretende es transmitir la idea de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional y legal, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros ámbitos normativos, que también son normas constitucionales que gozan de rango superior.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1886, la idea de que ciertas normas de derecho internacional tienen prelación sobre la legislación interna no fue suficientemente esclarecida. La inexistencia de una norma inequívoca que reconociera esa prelación dificultó la admisión de la tesis. Fue esa la razón por la cual la Corte Suprema de Justicia se negó a ejercer el control de constitucionalidad de las leyes frente a los textos de derecho internacional¹⁶. Los textos del derecho internacional no tenían, en ese sentido, fuerza de referencia para determinar la constitucionalidad de las normas legales.

En la Sentencia C-027 de 1993¹⁷ la Corte Constitucional se pronunció diciendo que en el caso en que la violación manifiesta de una norma del derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, produzca como consecuencia la violación de una norma fundamental de nuestra Carta Política, aún después de perfeccionado el tratado, la Corte tiene competencia para pronunciarse sobre su inconstitucionalidad.

La Constitución Política de 1991 marcó una nueva pauta y aunque no fue sino a partir del año 1995 que la Corte Constitucional adoptó el concepto de bloque de

¹⁵ De igual manera, el mismo Rodrigo Uprimny, agrega que el bloque en sentido lato, lo integran: a) las leyes estatutarias y b) las leyes orgánicas haciendo la aclaración de que algunas sentencias de la corte las excluyen del bloque en sentido lato. En este sentido, la distinción realizada, es decir el sentido strictu sensu y el sentido lato del bloque de constitucionalidad, ha sido trazada siguiendo el objetivo de ofrecer un fundamento teórico consistente al control de constitucionalidad de determinados contenidos legislativos en los cuales, además del texto constitucional y las disposiciones que componen el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, deben ser tenidos en cuenta determinados textos legislativos para efectos de adelantar el aludido examen de constitucionalidad. Se trata de la participación que, según lo establecen los artículos 151 y 152 de la Carta, están llamadas a atender las leyes orgánicas y estatutarias. En tal sentido, la Corte Constitucional, ha hecho uso del concepto de bloque de constitucionalidad con el objetivo de justificar la razón por la cual estas leyes especiales, son consideradas en la revisión constitucional de las leyes ordinarias. Así, la Corte acudió al argumento de la superioridad jerárquica normativa propio del bloque de constitucionalidad para definir de manera definitiva el grado de incidencia que tienen las leyes orgánicas y estatutarias en este contexto.

¹⁶ Corte Suprema De Justicia. "...en ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo le es dado confrontar a la Corte la ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1º de la citada ley 74 de 1968 (Pacto internacional de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales)".

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 1993. M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

constitucionalidad, gran cantidad de fallos proferidos con anterioridad a ese año reconocieron la jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales.¹⁸

La expresión bloque de constitucionalidad fue utilizada en las sentencias C-498 de 1993, C-089 de 1994, C-372 de 1994, C-555 de 1994, en el entendimiento de que la expresión está dirigida a que la constitución política es un bloque armónico de preceptos que debe interpretarse de manera global y sistemática.

La Corte Constitucional señaló en su Sentencia C-067 de 2003 que hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que definen los límites del estado, los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, los convenios sobre derecho internacional humanitario, los tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción y el preámbulo de la Constitución.

En ese sentido, debe considerarse que el bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo, es un conjunto de normas, valores y principios, que aunque no aparecen de manera expresa en nuestra Carta, son utilizadas como directrices para la interpretación y control de constitucionalidad de las leyes, por lo que todo el ordenamiento jurídico en su contenido positivo y en su aplicación práctica, debe adecuarse a las normas de jerarquía constitucional, predicándose que el productor del derecho positivo, el ejecutor de las normas y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, instrumento teórico de gran envergadura que enriquece el concepto de constitución y dota al operador jurídico de elementos claves para velar porque la preceptiva normativa interna no obstruya la efectividad de los valores y principios superiores del ordenamiento jurídico.

Dado que la amplitud del concepto encierra una serie de normas, es importante indicar, que al menos en lo que corresponde al Bloque *strictu sensu*, la Corte ha considerado que hacen parte, una variedad de derechos contenidos en instrumentos que cumplen con los requisitos formales establecidos en la Carta, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y los tratados de la ONU en materia de Derechos Humanos. Estos instrumentos junto con la sentencia hito que los ha reconocido como parte del Bloque por ser tratados sobre derechos humanos intangibles, cumplen de plano con todos los requisitos. Tales instrumentos son: Convenios de Ginebra y Protocolo II sobre DIH.;¹⁹ Convención Americana de Derechos Humanos;²⁰ Pacto Internacional de Derechos

¹⁸ La introducción en el texto constitucional de importantes artículos que definen los parámetros que permiten la adopción de normas internacionales en el orden interno, tales como el artículo 9º, el artículo 93, el artículo 94, el artículo 214, el artículo 53 y el artículo 102 de la carta política de 1991. En diversos pronunciamientos la Corte Constitucional ha hecho referencia al bloque de constitucionalidad abordando una única fuente del mismo basada en el criterio del reenvío presente en una norma constitucional expresa. Entre estos se pueden citar las sentencias C-372 de 1994 (Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa), C-555 de 1994 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), C-225 de 1995 (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero), C-578 de 1995 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), C-358 de 1997 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), C-191 de 1998 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), T-568 de 1999 (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz) y la más reciente la C-067 de 2003 (Magistrado Ponente Marco Monroy Cabra).

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T 260 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC) y el Protocolo adicional de San Salvador, sobre derechos económicos, sociales y culturales;²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;²² Instrumentos De Protección De Los Derechos De Los Niños²³ y;²⁴ Convenios de la OIT que hacen parte del bloque.²⁵

Según la Corte Constitucional, no todos los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad, esto es, que no ingresan *in genere* y automáticamente al mismo, sino que su incorporación es decidida atendiendo cada caso en concreto, de acuerdo con su materia y con criterios objetivos. Esto, en tanto que algunos de estos convenios no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional.²⁶

Algunos de los tratados hacen parte del bloque en sentido lato, ya que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección al trabajador y al derecho al trabajo. Si un Convenio prohíbe la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción, corresponde a la Corte señalar específicamente si pertenece o no al Bloque en sentido estricto.²⁷

Dentro del bloque de constitucionalidad también procede incluir "la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); igualmente el Convenio 169 sobre jurisdicción especial indígena; además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos".²⁸

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C 251 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² Corte Constitucional. Sentencia T-256 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández G.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-1068 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería. Se establece que los tratados internacionales que traten sobre los derechos de los niños y que hayan sido ratificados por Colombia hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. Entre estos se encuentran: Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. También, el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-118 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-285 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz. En esta sentencia, En la sentencia T-568/99, la Corte, haciendo una expresa referencia a la pertenencia al Bloque de los derechos consagrados en los convenios de la OIT, señala que "Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia." Igualmente, la Corte Constitucional en el Auto 078 de 1999, en el Auto 078/ 99, ambos con Carlos Gaviria Díaz como magistrado ponente, manifiesta lo siguiente: "el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los

Según el análisis de la Corte a los Convenios, el derecho de asociación sindical es un derecho fundamental y que por ende es susceptible de ser protegido mediante la tutela. Para la Corte²⁹, en relación al Convenio 169 de la OIT, la jurisdicción especial indígena no se encuentra únicamente establecida en la Constitución, ya que dicho Convenio, se integra a la carta fundamental, pues hace parte del bloque de constitucionalidad en cuanto contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aún durante los estados de excepción. Por tal razón, la infracción a las normas de éste puede ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales.³⁰

Según la Sentencia C-1188 de 2005, hacen parte del Bloque, el Convenio de la OIT sobre la edad mínima, y el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil. Otros Convenios de la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad: se encuentran los que tratan sobre derechos humanos fundamentales en el trabajo, así como los Convenios 29 y 105, relativos a la abolición del trabajo forzoso, como también las estadísticas del trabajo (Convenio 160), los asuntos de la simplificación de la inspección de los emigrantes (Convenio 21), la inspección del trabajo (Convenios 81 y 129) y la preparación de las memorias sobre la aplicación de convenios por parte del Consejo de Administración de la OIT (Convenio 116). A pesar de ello, la Corte no se ha limitado a estos instrumentos, sino que ha sobrepasado los criterios formales del Art. 93, estableciendo otras reglas que le permiten integrar instrumentos que a primera vista no cabrían en los parámetros del artículo ya citado.

Así, ha incluido dentro del Bloque: la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,³¹ y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.³² Si bien el primero, tiene un lazo muy íntimo con el derecho a la integridad física, para poder incluir el segundo, sobre desaparición forzada, la Corte tuvo que esgrimir un argumento más complejo.³³ En ese mismo sentido, la Corte

derechos consagrados en ella "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (C.P. art. 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰ Además, en la sentencia T-955/03, la Corte adicionó que debido a la ratificación de los Convenios de la OIT, Colombia se obliga a respetar los derechos de las comunidades afrocolombianas en cuanto sus condiciones sociales, culturales y económicas. Esto sin duda, representa algo más que el sentido lato del Bloque, puesto que adiciona una norma vía bloque de constitucionalidad, sin que cumpla con el requisito de ser irrestringible en estados de excepción.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³² Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil

³³ Corte Constitucional. Sentencia T- 419 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra: "(...) no obstante la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no es en sí un tratado de derechos humanos sino un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de la persona, ya que reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección. Por eso, atendiendo el artículo 94 de la carta, hacen parte del bloque de constitucionalidad, las garantías adicionales de la Convención, que no estén expresas o adscritas directamente en la Constitución.

ya había incluido a la "Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio" en la Sentencia C 177 de 2001.³⁴

Al revisar los pactos de Ginebra, la Corte ha establecido, que respecto de esas normas no hace falta "la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios, ya que son normas de *ius cogens*,"³⁵ lo cual permite suponer, que un derecho o una obligación, cuyo contenido haya sido declarado internacionalmente como norma de *ius cogens* (es decir de imperatividad superior) debe ser considerada como parte integral del Bloque de Constitucionalidad aunque no medie ningún tratado ratificado por Colombia.

Sin embargo, la Corte establece la forma en que debe identificarse un derecho intangible.³⁶ Igualmente, la Corte ha establecido que para que el inciso 2 del art. 93 tenga pleno efecto, es necesario que las interpretaciones de los órganos autorizados por los instrumentos que hacen parte del Bloque, también sean parte del Bloque, sirviendo para la correcta interpretación de los derechos consignados y garantizando así la coherencia del sistema colombiano con el Derecho Internacional.

Interpretaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³⁷

³⁴ Pero la Corte no ha hecho referencia únicamente a Tratados, también ha incluido dentro del Bloque, instrumentos que no cumplen con el requisito de ser Tratados en el sentido del derecho internacional y que por ende no han tenido oportunidad de ser ratificados en Colombia. Es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, citada en sentencias como la T-1211/00, C-1188/05. A esta sentencia se refiere de manera en la C-505 /01, en donde la Corte establece que la Libertad de investigación consagrada en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra integrada a la legislación interna por virtud de su vinculación al bloque de constitucionalidad. En esa misma sentencia se inserta dentro del Bloque a la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sobrepasando así el marco formal que imponía el Art. 93.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis: "la Corte, en la sentencia C-802 de 2002 estableció que se deben observar las siguientes reglas: 1. Cuando el contenido de los derechos expresamente excluidos de restricción excepcional involucra no uno sino un conjunto de prerrogativas que guardan relación entre sí, todas éstas quedan cobijadas por la salvaguarda. 2. Dada la prohibición que tienen los Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con otras normas internacionales, se amplía también el número de derechos excluidos, a menos que en los instrumentos suscritos existan previsiones sobre su suspensión en los mismos términos de los artículos 27 de la Convención y 4º del Pacto. 3. Dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, especial los recursos de amparo y de habeas corpus, también están excluidas de la restricción de su ejercicio". Posteriormente reiterado en salvamento de voto a la sentencia C-1056 de 2004 del M.P. Álvaro Tafur Galvis. y en la sentencia T-1319 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yépez.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yépes: La corte se consideró que (...) el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las Opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente."

Estas interpretaciones se aplican atendiendo el principio de favorabilidad, que obliga a adoptar la interpretación que más beneficie la protección de los derechos humanos. Principios rectores de los informes emitidos por los órganos de la ONU que tienen que ver con la protección de derechos humanos.³⁸ En la sentencia analizada se habla específicamente de los principios rectores del desplazamiento interno, consagrados en el informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas en el Tema de Desplazamientos internos de Personas, y se establece que aquellos informes hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, para resolver cada caso en concreto.³⁹

Según los tratados internacionales, los derechos de los niños prevalecen sobre los de las demás personas, y algunos de los que no se entienden como fundamentales para los demás, se entenderán fundamentales para los niños⁴⁰. Igualmente encontramos instrumentos internacionales de protección de derechos de los niños con algún tipo de discapacidad, como son:

Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la OIT; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental; Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas; el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad; El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental; La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, etc.⁴¹

Las Reglas de Beijing Y Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad.⁴² Hacen parte del bloque de constitucionalidad, y en ellas se nombran, desarrollan e integran las diferentes reglas con relación a la protección de derechos fundamentales y la situación del menor delincuente. Se trata de estándares mínimos que reflejan, en conjunto, a las diversas garantías que el ordenamiento internacional de los derechos humanos reconoce a los menores de edad. Esas reglas hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y son obligatorias por tratarse de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

³⁸ Al respecto ver: Sentencia C-327 de 1997 de la Corte Constitucional. M. P. Fabio Morón Díaz.

³⁹ Además, si son preceptos que reiteran normas incluidas en tratados de Derechos Humanos o de Derecho Internacional Humanitario, algunos de los Principios Rectores pueden tener verdadero rango o jerarquía constitucional, al integrar el Bloque de Constitucionalidad en estricto sentido, de tal forma que sirven de parámetro para evaluar la constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, el Principio Rector No. 29 relativo al derecho de los desplazados al restablecimiento, forma parte del Bloque en sentido estricto, por recoger y reiterar varios tratados de derechos humanos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales (Corte Constitucional, Sentencia T-602/03, p. 30, párr. 1)

⁴⁰ Al respecto ver: Sentencia T-1008 de 2004 de la Corte Constitucional. M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁴¹ Al respecto ver: Sentencia T-1015 de 2005 de la Corte Constitucional. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴² Al respecto ver: Sentencia C-203 de 2005 de la Corte Constitucional. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

También hacen parte del Bloque las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad, protegiéndose con ellas los derechos humanos y las libertades fundamentales de los menores que se encuentren en esa situación.

Igualmente hacen parte del bloque los Tratados limítrofes.⁴³

Según la Corte Constitucional, también hace parte del bloque de constitucionalidad, el Pacto Andino (decisión 351 de 1993, Acuerdo de Cartagena) - Derechos Morales de Autor. Esto, en la medida en que el Acuerdo de Cartagena contiene el Régimen Común sobre derecho de autor y conexos, dado que regula los derechos morales de autor, que son, según considera la Corte, derechos fundamentales, lo que "a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 de la C.P. se incorpora al bloque de constitucionalidad."⁴⁴

4. Algunas manifestaciones del bloque de constitucionalidad en el derecho administrativo

4.1. Los decretos legislativos

En cuanto a los decretos que expide el Gobierno Nacional en el sistema constitucional colombiano, es menester señalar que el Ejecutivo en aplicación de la Constitución Política tiene la facultad de dictar los decretos legislativos como parte de nuestro sistema de fuentes del Derecho, tipología que de ninguna manera puede vulnerar la supremacía de la Constitución y mucho menos los tratados internacionales que limitan la suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción, entre los que cabe resaltar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dentro de los decretos del Gobierno Nacional encontramos los denominados decretos de contenido legislativo. Tal clasificación hace referencia a enunciados normativos expedidos por aquel en casos previstos de manera expresa por la Constitución Política, cuyo alcance es de fuerza material de ley, hasta el punto de derogarlas o subrogarlas. El ordenamiento jurídico-constitucional colombiano establece las siguientes tipologías de decretos de contenido legislativo: los decretos leyes,⁴⁵ los decretos legislativos (los cuales

⁴³ Según la jurisprudencia de la Corte, hacen parte del Bloque debido a que el artículo 101 de la Carta, al definir los límites territoriales del Estado colombiano remite por completo a los tratados internacionales sobre la materia suscritos por Colombia. Como ejemplo, se encuentra la Convención sobre la Plataforma Continental, suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958 e incorporada al derecho colombiano por la Ley 9^a de 1961, en cuanto establece las reglas para delimitar la plataforma continental de los Estados ribereños y los derechos que éstos pueden ejercer sobre esa área submarina, hace parte del bloque de constitucionalidad lato sensu, por lo tanto, las normas que expidan las autoridades públicas no pueden contravenirlos a riesgo de ser declaradas inexequibles por violar el artículo 101 del Estatuto Superior. Sin embargo, es menester precisar que, aun cuando se conviertan en parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, los tratados sobre límites no tienen valor constitucional sino un valor normativo similar al de las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, es decir, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias (Corte Constitucional, Sent. C191/98)31.

⁴⁴ Al respecto ver: Sentencia C-1490 de 2000 de la Corte Constitucional. M. P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁵ El profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez en su texto denominado los decretos en el sistema normativo colombiano -una política estatal de invención normativa- define y caracteriza los decretos legislativos así: "Son textos normativos, con fuerza material de ley, dictados con base en una ley de

abordaremos posteriormente a la luz del bloque de constitucionalidad), el decreto del plan nacional de desarrollo,⁴⁶ los decretos estatutarios⁴⁷ y los reglamentos autónomos.⁴⁸ En el caso de los tres primeros su control fue asignado a la Corte Constitucional, de conformidad con los numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Carta.

Para efectos de este artículo, interesa abordar la tipología de decretos conocida como decretos legislativos, pues es en relación a ellos que se pretende explorar su pertenencia al bloque de constitucionalidad, en tanto allí hay una manifestación concreta de instrumentos internacionales que señala límites al ejecutivo a la hora de expedirlos.

A los decretos dictados con ocasión de los estados de excepción se denominan Decretos Legislativos. Según nuestra Constitución Política de 1991, los estados de excepción son tres: el estado de guerra exterior,⁴⁹ el estado de conmoción interior⁵⁰ y el estado de

facultades extraordinarias, de acuerdo con lo previsto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución. Estas últimas son una clase especial de leyes, por medio de las cuales el Congreso, titular de la facultad legislativa, se despoja de ella para habilitar hasta por seis meses al Presidente de la República y por solicitud de éste para legislar por una sola vez mediante dichos decretos. Una característica propia de los decretos leyes es su permanencia en el tiempo, debido a que siguen vigentes luego de cesar las facultades extraordinarias en virtud de las cuales fueron expedidos. Estos decretos pueden referirse a cualquier materia, salvo las prohibidas en el inciso final del numeral 10 del artículo 150 de la Carta, esto es, para expedir códigos, leyes estatutarias (art. 152 C.P.), leyes orgánicas (art. 151 C.P.), leyes marco (art. 150-19 C.P.)7, ni para decretar impuestos, con lo que se garantiza el principio no taxation without representation que aportó Inglaterra al constitucionalismo, según el cual no puede haber impuestos sin representación popular”.

⁴⁶ El artículo 151 de la Constitución Política indica las materias y el trámite de las leyes orgánicas, incluyendo en ellas la Ley del Plan General de Desarrollo, la que a su vez sirve de fundamento para la expedición de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. Con relación a dicho decreto, el profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez en su texto denominado los decretos en el sistema normativo colombiano –una política estatal de invención normativa–, señala que “... el decreto es una medida supletoria a la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, bajo el supuesto de la necesidad de su existencia, siendo su control de constitucionalidad posterior y por vía de acción en cabeza de la Corte Constitucional, conforme lo dispone el numeral 5 del artículo 241 de la Carta”.

⁴⁷ El profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez en su texto denominado los decretos en el sistema normativo colombiano –una política estatal de invención normativa–, los define así: “Por decreto estatutario o de contenido estatutario ha de entenderse aquel enunciado normativo que es expedido por el Gobierno Nacional y cuya materia debía ser regulada, en principio, por una ley estatutaria en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 152 de la Carta Política”.

⁴⁸ El profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez en su texto denominado los decretos en el sistema normativo colombiano –una política estatal de invención normativa–, señala que “La Constitución Política de 1886 ya consagraba esta categoría de decretos que tanto la jurisprudencia como la doctrina fundamentaban en los numerales 6, 7, 9, 12, 14 y 19 del artículo 120 de esa Carta, y que el sector mayoritario de la comunidad jurídica consideraba como disposiciones infralegales, frente a quienes sostenían que éstas eran piezas normativas que estaban al mismo nivel de la ley16 . En el caso de la Constitución vigente fueron minimizados, existiendo en el sistema constitucional un único caso17 en que el Gobierno Nacional puede dictar este tipo de actos, en ejercicio de la facultad que le atribuye a éste directamente la Constitución y sin sujeción a la ley previa. En la actualidad, se les considera como actos de naturaleza administrativa19, de allí que sea el Consejo de Estado y no la Corte Constitucional la autoridad competente para ejercer su control de constitucionalidad. Pero esa afirmación no significa que su expedición corresponda a una función propiamente administrativa20, por lo que su control de constitucionalidad debería hacerse mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237-2 C.P.) y no vía acción nulidad (art.84 C.C.A.)

⁴⁹ Artículo 212. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el

emergencia económica, social y ecológica,⁵¹ respecto de los cuales se predica que revisten dos etapas: el de la declaratoria del estado de excepción, que se hace por medio de un decreto legislativo y el de la expedición de los distintos decretos legislativos que contienen las medidas necesarias para conjurar la situación planteada con el estado de excepción.

Con la Sentencia C-004 de 1992,⁵² la Corte Constitucional formuló la regla del control de constitucionalidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los que contienen las medidas excepcionales. En ella se señala que dichas preceptivas deben cumplir con el requisito de la conexidad, es decir, que deben estar referidos al estado de guerra, o a la grave alteración del orden público, o a una situación de crisis económica,

restablecimiento de la normalidad. La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión. Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. 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.

⁵⁰ Artículo 213. 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, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración. En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

⁵¹ Artículo 215. 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, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. 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. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

social o ambiental, según el caso que da lugar a la declaratoria del estado de excepción. El artículo 214-1 de la Constitución Política, impone como presupuesto para la validez de dichos decretos, que lleven la firma del Presidente de la República y la de sus ministros,⁵³ debiendo ser dictados durante la vigencia del estado de excepción al que se refieran⁵⁴ y remitidos a la Corte Constitucional para su control, al día siguiente al de expedición de los mismos.

En este sentido, los decretos legislativos tienen por regla general que sobre ellos se realiza por parte de la Corte Constitucional, un control automático y excepcionalmente oficioso, lo que se debe a que si el Gobierno no cumpliera con su deber de remisión, facultaría al Presidente de la Corte Constitucional para solicitar copia auténtica de los decretos expedidos, solicitando a la Secretaría General de la Presidencia de la República, con dos días de término y en subsidio actuará sobre el texto que hubiera sido publicado.⁵⁵

Cabe resaltar que los decretos legislativos que se dicten en estado de guerra exterior y de conmoción interior tienen el carácter de transitorios, suspenden las leyes que sean incompatibles y rigen mientras dure el estado de excepción. En el caso del estado de emergencia económica, social y ecológica, su vigencia es indefinida hasta que el Congreso los modifique o derogue, excepto cuando se trate de nuevos tributos o de variación de los existentes, evento en el cual dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente.

En cuanto a la relación de los decretos legislativos expedidos con motivo de la declaratoria de los estados de excepción, es pertinente señalar que estos debe tener en cuenta para su expedición los Tratados y Convenios Internacionales Relativos a Derechos Humanos ratificados por Colombia, los cuales hemos señalado en líneas anteriores hacen parte del bloque de constitucionalidad y respecto de los cuales de predica en el artículo 93 inciso 1º de la Constitución Política,⁵⁶ prohíben su limitación en los estados de excepción.

Si bien le compete al Presidente de la República hacer un juicio sobre la suficiencia de los medios para hacerle frente a los estados de excepción, dicha competencia tampoco es absoluta ni arbitraria y no puede incurrir en error manifiesto. El Presidente debe, además, respetar los criterios establecidos en la Constitución, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.⁵⁷

⁵³ Artículo 7 Ley 90 de 2002.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁵ Artículo 36 del Decreto 2067 de 1991

⁵⁶ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

⁵⁷ En la Sentencia C-802 de 2002:En especial, la Corte estima que dichas medidas adoptadas al amparo de la conmoción interior deben respetar lo establecido en el inciso 2º del artículo 213 de la Constitución que dispone que éstas sólo pueden ser “las estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos,” criterio constitucional desarrollado en los artículos 8 al 14 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (principio de justificación expresa a la limitación de cada derecho, principio de finalidad, principio de necesidad, principio de motivación, de incompatibilidad con las leyes ordinarias, principio de proporcionalidad, principio de no discriminación y principio de subsidiariedad).

La Corte Constitucional,⁵⁸ se refiere a la interpretación del artículo 93 de nuestra Carta y hace referencia al tema de la prevalencia de los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos. Por ello, señaló en dicha sentencia que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional Humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone a la ley. Aduce que de esa manera 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. Por ende, si ni siquiera los tratados que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción gozan, en nuestro ordenamiento, de rango supraconstitucional, con menor razón puede argumentarse que en general todos los tratados son superiores a la Carta pues ni siquiera alcanzan a tener rango constitucional. De ahí que en dicha sentencia la Corte dijo: "...Por ello esta Corte había precisado que no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad."⁵⁹

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la Constitución establece una clara prevalencia de ella sobre los tratados, con dos excepciones: de un lado, aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales se integran al bloque de constitucionalidad; y, de otro lado, igualmente gozan de un status particular los tratados de límites, puesto que éstos, conforme al artículo 102 de la Carta, son normas particulares pues representan elementos constitutivos del territorio nacional, y por ende del propio Estado colombiano.

La propia práctica y la doctrina internacionales aceptan que un tratado puede ser válido ante el derecho internacional pero inaplicable internamente en un determinado Estado, por violar normas fundamentales del país en cuestión. Lo que sucede en esos casos es que el Estado no puede invocar el derecho interno para disculpar la violación de su compromiso internacional, por lo cual incurre en responsabilidad internacional. En estos eventos, las autoridades nacionales se encuentran entonces en un difícil dilema, pues deben violar la Constitución, para no comprometer la responsabilidad internacional del Estado o, por el contrario, deben violar el tratado, con el fin de respetar el ordenamiento interno.

Conforme a lo anterior, para las autoridades nacionales rige el principio de que el derecho constitucional precede al orden internacional, por lo cual los tratados tienen el valor que la Constitución les asigne. Por ello un juez colombiano está en la obligación de inaplicar un tratado violatorio de la Constitución.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual un Estado puede comprometer su

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero. En dicha sentencia la Corte se pronunció de la siguiente manera: "Ahora bien, como los tratados son normas, esto significa que, conforme al artículo 4º de la Carta, la Constitución prevalece sobre los tratados, con excepción de aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, ya que éstos, como lo ha señalado la Corte en otras sentencias, forman parte del bloque de constitucionalidad."

responsabilidad internacional si sus jueces aplican normas internas contrarias a las cláusulas insertas en un tratado. Por ende, cuando un Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución -esto es, el Presidente y el Congreso en el caso colombiano- tienen la obligación de modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sea sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional. De esa manera, si bien las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno son inevitables en un determinado momento histórico, la evolución jurídica permite una armonización dinámica entre ambos órdenes jurídicos.

En este sentido y basados en los argumentos de la Corte Constitucional, el artículo 93 no sólo constituye una fuente de derechos constitucionales y de derechos fundamentales tutelables, sino que también establece una jerarquía en el ordenamiento jurídico colombiano. Además de incorporar al derecho interno los tratados internacionales de derechos humanos, les otorga prevalencia en el orden interno, es decir capacidad para sobreponerse a otras normas, modificándolas o despojándolas de su vigencia.

Aclarando que tal prevalencia se puede dar siempre y cuando la norma internacional comporte un mayor ámbito de vigencia de los derechos o una mayor garantía que la ofrecida por la norma interna. Ello por cuanto el sentido de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos es el de ampliar y complementar la protección de la dignidad humana que se alcanza en el orden interno. Con ello concuerdan los tratados de derechos humanos al prohibir que sus contenidos sean interpretados en desmedro de normas nacionales o de otros convenios que contemplen una mayor protección de los derechos que la que ellos ofrecen.

La Corte Constitucional ha preferido incorporar los tratados al orden interno mediante su integración en un bloque de constitucionalidad, dándoles la misma jerarquía que tiene la Carta Fundamental, y colocando las normas internacionales de derechos humanos sólo por encima de las leyes, género normativo dentro del cual se encuentran las leyes aprobatorias de tratados internacionales que se ocupen de materias distintas a los derechos humanos, las leyes estatutarias, las leyes ordinarias y los decretos de excepción.

Ha entendido también la jurisprudencia que el artículo 93 no sólo hace referencia a los tratados de derechos humanos propiamente dichos, sino también a los convenios de derecho internacional humanitario, pues éstos hacen parte en sentido genérico del cuerpo normativo de los derechos humanos, es decir del régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana.

Por otra parte no se requiere que las normas internacionales de derechos humanos hagan parte de una determinada codificación para que su contenido pueda ser incorporado al derecho interno. El derecho internacional consuetudinario, rige en el orden colombiano en primer lugar debido a su imperatividad jurídica derivada de sí mismo, es decir de su reconocimiento por la comunidad internacional. En segundo lugar por su incorporación automática que en materia de derecho internacional humanitario hace la Constitución en su artículo 214 N° 2.

Varios han sido los casos en que se ha declarado la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre leyes ordinarias. A este respecto puede citarse la sentencia de la Corte Constitucional que, dejando sin vigencia disposiciones penales que convertía en permanentes normas dictadas al amparo de la commoción interior, estableció límites a los términos de la detención preventiva según lo establecido por el Pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 9º.⁶⁰

Se ha querido restringir el alcance del artículo 93 mediante una interpretación según la cual solamente ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos prevalecen en el orden interno: los derechos intangibles durante los estados de excepción. Tal perspectiva dice necesario leer el artículo 93 en su literalidad y en concordancia con el artículo 214 N°2 de la Constitución, que prohíbe la suspensión de los derechos humanos durante los estados de excepción. Según este punto de vista, para primar sobre otras disposiciones las normas internacionales de derechos humanos deben cumplir con un requisito: ser de aquellas intangibles durante los estados de excepción.

Como consecuencia de esta interpretación ni todos los tratados de derechos humanos tendrían la prerrogativa de la supralegalidad, sino sólo aquellos que tengan alguna cláusula relativa a los estados de excepción; ni tampoco todos los derechos contemplados en aquellos tratados que se ocupan del tema de los estados de excepción, sino exclusivamente aquellos derechos que no pueden ser limitados durante los períodos de anormalidad. A este respecto la Corte Constitucional sostiene que "...También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir cuya conculcación está prohibida durante los estados de excepción."⁶¹

Además según la Corte constitucional "(...) Por vía de una explicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción -tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento- forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados."⁶²

Como vemos pues, en materia de derechos humanos la Constitución colombiana recoge toda la tradición del constitucionalismo occidental, incluyendo sus más modernos postulados, en materia de derechos humanos y mecanismos de protección. El amplio desarrollo que en el texto constitucional encuentra las llamadas tres generaciones de derechos humanos es una prueba evidente de la voluntad del constituyente de hacer de esta materia la piedra angular del ordenamiento jurídico-político.

⁶⁰ Al respecto ver: Sentencia C-400 de 1998 de la Corte Constitucional. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶³ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁶⁴ hacen referencia expresa al derecho constitucional de excepción en cuanto se refiere a la suspensión de las obligaciones que han contraído los Estados Partes y, en consecuencia, la restricción excepcional de algunos derechos y garantías consagrados en tales instrumentos. Con la adopción y entrada en vigor de dichos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como en el Sistema Regional Americano, se ha conformando progresivamente, un sistema que comprende la creación de órganos y mecanismos encargados de supervisar el cumplimiento de las disposiciones estipuladas en dichos tratados destinados a garantizar el goce de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. Estos constituyen el marco ineludible que los Estados Partes en los citados instrumentos y por lo tanto del ejecutivo quien está obligado a respetarlos a la hora de la puesta en vigor de un estado de excepción.

Tanto el Pacto como la Convención permiten que los Estados Partes, en situaciones excepcionales, adopten disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de ellos. No obstante, tanto aquél como ésta condicionan las situaciones excepcionales que permiten la emisión de esas disposiciones. Así, las situaciones excepcionales se someten a especiales exigencias: Que tengan la virtualidad de poner en peligro la vida de la nación y que su existencia haya sido declarada oficialmente, en el caso del Pacto, o que se trate de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, en el caso de la Convención.

⁶³ “Artículo 4º: 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión”.

⁶⁴ Artículo 27 – Suspensión de garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

De igual manera, las disposiciones que suspenden las obligaciones contraídas por los Estados Partes se circunscriben a la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, deben ser compatibles con las demás obligaciones impuestas por el derecho internacional, no deben entrañar discriminación alguna y no pueden comprender la suspensión de derechos inalienables. Esto significa que a la postre, de acuerdo a esos instrumentos, en el Estado Parte radica el deber de informar a los demás Estados las disposiciones cuya aplicación se suspendió y los motivos esgrimidos para ello y, en el caso de la Convención, la fecha en que la suspensión se dio por terminada.

De acuerdo al contenido de las disposiciones ya citadas y conforme a sus implicaciones en el derecho constitucional de excepción de los Estados Partes, el ejecutivo estaría en el deber de aplicar a la hora de expedir los decretos legislativos originados en la declaratoria de los estados de excepción, los principios de intangibilidad de derechos, necesidad y proporcionalidad, temporalidad y legalidad.

La referencia al principio de intangibilidad de los derechos, implica que el ejecutivo en uso de sus facultades extraordinarias estaría en imposibilidad de restringir el núcleo esencial de los derechos humanos. En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido en cuanto al Principio de la intangibilidad de derechos que “En la consagración positiva de estos derechos las disposiciones de la Convención son más amplias que las del Pacto. La Convención Americana considera intangibles los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3), a la vida (Art. 4), a la integridad personal (Art. 5), la prohibición de esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad e irretroactividad (Art. 9), la libertad de conciencia y religión (Art. 12), la protección de la familia (Art. 17), el derecho al nombre (Art. 18), los derechos del niño (Art. 19), el derecho a la nacionalidad (Art. 20) y los derechos políticos (Art. 23). El único derecho intangible contenido en el Pacto, distinto a los enunciados, es el relativo a la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (Art. 11).”⁶⁵

En relación con la intangibilidad de esos derechos en los estados de excepción, la Corte ha sostenido que por el sólo hecho de haberse declarado un estado de excepción no es posible restringir por se los derechos no consagrados como intangibles en los artículos 4º del Pacto y 27 de la Convención; la posibilidad de suspensión de derechos y garantías no tiene un sentido absoluto pues solamente se restringe a la limitación de su pleno ejercicio; el principio de intangibilidad de derechos también se extiende a otros derechos distintos a los señalados en los artículos 27 de la Convención y 4º del Pacto.⁶⁶

Para la Corte Constitucional el principio de intangibilidad de derechos también se extiende a otros derechos distintos a los señalados en los artículos 27 de la Convención y 4º del Pacto, extensión que se origina en tres vías: (i) cuando el contenido de los derechos expresamente excluidos de restricción excepcional involucra no una sino varias prerrogativas que guardan relación entre sí, quedando todas éstas cobijadas por la

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M. P Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁶ En la Sentencia C-802 de 2002 la Corte indica que “Ello es así por cuanto dicha restricción se justifica únicamente cuando se han cumplido los requisitos que los instrumentos internacionales exigen para la declaratoria del estado de excepción... Así, la posibilidad de suspensión de derechos y garantías prevista en la Convención y el Pacto no tiene un sentido absoluto pues solamente se restringe a la limitación de su pleno ejercicio”.

salvaguarda; (ii) se amplía también el número de derechos excluidos, a menos que en los instrumentos suscritos existan previsiones sobre su suspensión; (iii) las garantías judiciales en los estados de excepción, en especial los recursos de amparo y de hábeas corpus, también están excluidas de la restricción de su ejercicio.

Esto quiere decir que existe la prohibición para los Estados Parte y por ende para el ejecutivo en el caso de los decretos legislativos dictados en razón de la declaratoria de un estado de excepción, de proferir medidas de excepción incompatibles con otras normas internacionales, y que si bien la Convención Americana, al enumerar en el artículo 27 los derechos intangibles durante los estados de excepción no hizo referencia expresa a los artículos 7.6 y 25.1, su ejercicio tampoco puede restringirse por tratarse de garantías judiciales indispensables para la efectiva protección de los derechos.

La Corte ha dicho que “es igualmente importante anotar cómo aquellas normas que tienen el carácter de imperativas en el derecho internacional, pese a no figurar entre los derechos y las garantías intangibles, tampoco pueden ser inobservadas en uso de las facultades derivadas del estado de excepción. Así ocurre con el respeto de la dignidad humana; la prohibición de la tortura, los tratos crueles y degradantes, el secuestro y la toma de rehenes y el respeto de las normas del derecho internacional humanitario.”⁶⁷

La referencia al Principios de necesidad y proporcionalidad, entiende que la declaratoria del estado de excepción por parte del ejecutivo se encuentra limitada por cuanto sólo puede estar referida a enfrentar la amenaza que se viene contra el Estado, por lo que ella debe ser necesaria y proporcional, obligando a que la misma sea motivada. La Corte Constitucional sostuvo “El pacto de Nueva York y la convención Americana cualifican la entidad de la perturbación que puede dar lugar a la declaratoria de estado de excepción por un Estado y, por ende, a la posibilidad de hacer uso de la cláusula de suspensión de obligaciones convencionales. De este modo, sólo se entiende legítima la proclamación de un estado de excepción cuando se encuentra motivada en una situación de grave peligro de la vida de la nación, o, en términos de la Convención Americana, una amenaza la independencia o seguridad del Estado. Esta exigencia impone que las medidas tomadas bajo el amparo del estado de excepción se limiten estrictamente a enfrentar idóneamente la amenaza que se cierre sobre el Estado, esto es, que sean necesarias y proporcionales.”⁶⁸

El principio de temporalidad, indica que los instrumentos internacionales establecen como obligatorio para el ejecutivo que aplique las medidas y efecto producido con ellas a través de los decretos legislativos dictados, sean sólo por el término perentorio para superar el hecho que configura la amenaza, cesando coetáneamente con la amenaza que lo motivó. En este sentido:

La especificidad de la aplicación de las medidas de excepción trae consigo su limitada duración en el tiempo; en este sentido, los instrumentos internacionales estudiados obligan a los Estados a aplicar dichas medidas sólo por el término estrictamente perentorio para superar el hecho que configura la amenaza a la vida de la nación. El principio de temporalidad incluye, además, la necesidad que los efectos de las medidas excepcionales también tengan una duración definida y que, como

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁸ Al respecto ver: Sentencia C-802 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

consecuencia de este criterio, se reparen los daños y perjuicios ocasionados a los individuos que se vieron afectados. En el mismo sentido, el estado de excepción debe cesar coetáneamente con la amenaza que lo motivó, o cuando dicha perturbación sea de una entidad tal que pueda ser manejada a través de las facultades ordinarias.⁶⁹

El Principio de legalidad implica que las medidas tomadas por el ejecutivo estén sujetas al Estado de derecho, por lo que la actuación estatal debe estar sujeta a la constitución y la ley. La Corte ha dicho que “Del principio de legalidad se deriva el de protección judicial, en el entendido que es precisamente en los estados de excepción donde se deben reforzar los mecanismos de control. En este punto son de nuevo pertinentes las consideraciones que se hicieron respecto a la prohibición de suspensión de las garantías judiciales mínimas para la protección de derechos, como es el caso de los recursos de amparo y habeas corpus, junto con los demás procedimientos que establezca la legislación interna de los Estados para la efectividad de los derechos y libertades.”⁷⁰

Los anteriores criterios permiten llegar a dos conclusiones. La primera, que tanto el artículo 4º del Pacto como el 27 de la Convención Americana contienen previsiones expresas sobre derechos no susceptibles de ser restringidos por normas dictadas al amparo de los estados de excepción. La segunda, que de la observancia de esos instrumentos internacionales se genera la obligatoriedad de preservar otros derechos y garantías no incluidas de forma expresa en los artículos citados.

4.2. El convenio 169 de la OIT

La Constitución Política,⁷¹ ordena a la administración pública reconocer la existencia de diversas etnias y culturas en la Nación, ordenándole proteger dicha diversidad, colocando en cabeza de ella, la obligación constitucional de evitar que, por causas naturales o por motivos humanos ilegítimos, desaparezcan la diversidad étnica y cultural y disponiendo de forma directa,⁷² que se les reconozca el derecho a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Así mismo, el Convenio 169 de la OIT establece que no debe “... emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente convenio” (artículo 3.2), y que deben “respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos” (artículo 5.b).

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que hace parte del bloque de constitucionalidad, reconoce los derechos de los pueblos indígenas a la integridad cultural y a la supervivencia como comunidades diversas.

En este sentido, los pueblos indígenas tienen el derecho fundamental a la integridad étnica y cultural, lo que supone que el Estado y los particulares deben cumplir con una serie de obligaciones, siendo la más elemental aquella señalada por el Convenio 169 de la OIT de no emplear “ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷¹ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 7.

⁷² Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 330 parágrafo.

humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.” (art. 3.2) Para ello, es necesario precisar que la simple abstención en el uso ilegítimo de la fuerza sobre los pueblos indígenas no constituye una garantía suficiente que avale la supervivencia de los mismos. Por ello, la desaparición física de los pueblos indígenas también se configura como el resultado del abandono, la marginación y la discriminación a las que pueden verse sujetos por parte del Estado y los particulares.

Por ese motivo, el Convenio 169 también obliga a los Estados parte a adoptar, entre otras, “las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados,” así como a tomar “medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (arts. 4°, numeral 1° y 7°, numeral 4°). Todas estas medidas de carácter positivo prestacional se orientan, pues, a preservar la identidad y la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y su realización es un deber fundamental del Estado.

Esto va ligado al tratamiento dado por la Corte Constitucional al tema de la protección a la consulta previa, derecho fundamental de las minorías contra el interés colectivo. La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional con respecto a la protección de la consulta previa en las comunidades indígenas ha sido bastante uniforme en la idea de que es necesaria la protección de este derecho para garantizar la integridad de las comunidades indígenas, y a pesar de unas pocas (muy pocas excepciones), la jurisprudencia de la Corte se ha movido hacia la ampliación de la protección de este derecho.

La Corte ha precisado que la consulta previa es un derecho fundamental, individual y colectivo de los grupos étnicos, que consiste en la posibilidad que tienen dichos pueblos de poder decidir sobre medidas legislativas o administrativas, que los afecten directamente. Es fundamental porque constituye un instrumento básico, por un lado para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas; y por otro, para asegurar su subsistencia como grupo social.⁷³

Por ende, es susceptible de protección por la vía de la acción de tutela. Pues “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta.”⁷⁴

Este mecanismo se ha constituido como uno de los medios de participación para alcanzar la inclusión de dichas comunidades.⁷⁵ Por esto cobra gran importancia, pues Colombia es un Estado que centra sus bases en la democracia participativa y el pluralismo. La consulta previa debe efectuarse conforme a relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes, tendientes a buscar que las comunidades tengan conocimiento pleno sobre los

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03. M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia T 769 de 2009. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, lo cual implica que el gobierno nacional efectúe un estudio detallado que evidencie los impactos reales que el proyecto tendría, tanto en los derechos de los pueblos indígenas y comunidades negras, como sobre el medio ambiente.

Así mismo, se debe garantizar que los grupos étnicos implicados tengan la oportunidad de decidir libremente y sin interferencias extrañas, mediante sus integrantes o representantes, las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros. Igualmente, la Corte ha establecido que la decisión de la autoridad gubernamental debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad, en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En todo caso, deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. Por consiguiente, no tiene el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad, y que, finalmente, ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera cómo se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.⁷⁶

Así mismo, en la última decisión de la Corte se estableció que, antes efectuar la consulta, era necesario que se adelantara un proceso pre-consultivo con las autoridades de las comunidades de cada comunidad indígena o afrodescendiente que pudieran resultar afectadas, en el cual se definan claramente las bases del procedimiento a seguir. Sin embargo, el alcance de este mecanismo es limitado.⁷⁷

Por último respecto al desconocimiento de esta obligación internacional, por una parte se generaría “una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales.”⁷⁸

Por otro lado, en virtud de que Convenio 169 de la OIT hace parte la de Constitución a través del bloque de constitucionalidad, la omisión de la consulta previa, también generaría “consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.”⁷⁹ La Corte consideró que, en virtud del bloque de constitucionalidad (Convenio 169 de 1.989 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes) y del artículo 330 la Constitución Política, el Estado colombiano está en la obligación de efectuar el proceso de consulta

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU 039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁷⁷ La Corte Constitucional en Sentencia C-030 de 2008 manifiesta que “en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-461/08. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

previa cada vez que se prevea una medida, que afecte en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Sin embargo, conforme al artículo 34 del Convenio 169, los Estados partes tienen un gran margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan. En este orden de ideas, en el ordenamiento colombiano los órganos indicados para determinar cómo se cumplirá la obligación internacional son, el Legislador y el Constituyente. En consecuencia, para que la Corte tenga plena certeza de las situaciones en las que procede la consulta previa, debe atenerse a lo dispuesto tanto en la Constitución, como en la ley.

La Constitución sólo reconoce la obligatoriedad de la consulta previa cuando existan decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales en territorios indígenas.

La Corte recogiendo, y ampliando, varios aspectos de la Sentencia SU-039 de 1997, a través de la Sentencia SU-383 de 2003, que se considera como una sentencia hito en la línea jurisprudencial de la consulta previa a las comunidades indígenas.

La Sentencia hito se encarga de una serie de nociones muy importantes, las cuales son las siguientes:

Primero, reitera la jurisprudencia sentada por la Sentencia SU-039 de 1997, en la cual se establece que la consulta previa es un derecho fundamental, “dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, mediante el mecanismo de la consulta previa.”⁸⁰

Además, siguiendo lo expuesto anteriormente, la Corte resalta que “no existe en el ordenamiento un mecanismos distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia,” y por consiguiente, basándose en el artículo 86 de nuestra Constitución, es la tutela el mecanismo para la protección de estos derechos fundamentales.

Segundo, la Corte afirma que para lograr una protección verdaderamente material de todas las comunidades indígenas, afirma que “la protección constitucional del derecho a la diversidad e integridad cultural no requiere individualizarse, porque el derecho a la subsistencia de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales no admite ser diferenciado, sino entendido en función del grupo al que pertenecen.”⁸¹

Tercero, sobre el alcance del derecho fundamental a la consulta previa (y sobre la pregunta de si este derecho sólo es aplicable a la explotación de recursos naturales o también se extiende a leyes sobre fumigación de cultivos), la Corte hace un estudio de su marco jurídico. La Corte reitera que la Ley 21 del 91 estableció que “los gobiernos deberán consultar previamente a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03. M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03. M.P. Álvaro Tafur Galvis

Esta provisión se presta, luego, para que la Corte demuestre como uno de los pilares fundamentales de la nueva concepción de Estado Social de Derecho es el amplio reconocimiento que nuestra Carta, y nuestro ordenamiento, le otorgan a los derechos de las comunidades indígenas.

En un estudio jurisprudencial, la Corte evidencia como, si bien el interés colectivo ha obtenido una fuerte importancia en nuestro ordenamiento, este no puede ir en contra de valores fundamentales de grupos minoritarios, entre los que, por supuesto, se encuentran las comunidades indígenas. Como ejemplo de lo anterior se cita la sentencia fundadora de línea T-482 de 1992, explicada al inicio de este trabajo, en donde se suspende una obra de gran interés colectivo por ser violatoria de los derechos indígenas.

En el mismo hilo argumentativo, la Corte cita nuevamente la sentencia SU-039/97 para reiterar su compromiso con la consulta previa y con la protección de los derechos de las comunidades. Esto para demostrar que el interés colectivo no prima absolutamente.

Dentro del mismo contexto, en la Sentencia SU-510 de 1998, la Corte aludió al Convenio 169 de la OIT, como un instrumento que fortalece y complementa la especial protección que las normas constitucionales dispensan a la integridad, identidad, diversidad étnica y cultural, autodeterminación, oficialidad de lenguas y dialectos de los pueblos indígenas y tribales del territorio nacional, y así mismo como una garantía para la conservación del patrimonio arqueológico nacional.

Cuarto, con base en lo anterior, la Corte concluye que “la definición de Colombia como un Estado social de derecho democrático participativo y pluralista, y por ende el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, comportan considerar los temas de la participación y de la identidad indígena, como presupuestos de existencia del Estado, y como requisitos inescindibles para construir una nacionalidad única, pero real, es decir fundada en una diversidad viable.”⁸²

No se puede, por lo tanto, argumentar “que la consulta sólo procede para propiciar la participación de los representantes de las comunidades en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas” pues “lo que acontece es que el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, en cuanto propende por la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, es una modalidad de participación de amplio espectro, como viene a serlo la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en la que la especificidad del mecanismo para decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas está comprendida.”

Se deja establecido, pues, la gran importancia del derecho a la consulta y su amplio espectro de aplicación.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03. M.P. Álvaro Tafur Galvis

Quinto, la Corte afirma que debe existir el proceso de consulta previa para que los proyectos de fumigación avancen. Sin la consulta, estos están incumpliendo nuestra Constitución y, por consiguiente, no pueden continuar.

Consideraciones finales

El derecho administrativo colombiano no es ajeno a las circunstancias actuales de crisis del Estado, en la que efectos jurídicos notorios de las decisiones de los gobernantes reflejan la flagrante violación de los principios que imperan en un Estado de derecho. Tales efectos están relacionados con la legitimación de medidas adoptadas por quienes cumplen funciones públicas y que para conjurar la crisis incurren en violaciones, amparados en las facultades dadas al gobierno para suspender la aplicación de leyes o de normas constitucionales, extendiendo sus atribuciones a campos que normalmente no son los suyos. De igual manera, es evidente la responsabilidad del Estado en el desbordamiento de los límites constitucionales previamente fijados, y en la puesta en vigor de sistemas caracterizados por la toma de medidas represivas o preventivas previas, puestas a disposición de un órgano determinado del poder público.

Las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, configuran los ámbitos competenciales de las distintas ramas del poder público, puesto que las competencias de las autoridades públicas encuentran en la legalidad interna e internacional, un límite a su ejercicio y al mismo tiempo su fuente.

Las competencias de las autoridades públicas, no sólo se encuentran estipuladas en la Constitución sino en todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad, entre ellas numerosas de origen internacional, de tal forma que al momento de adoptar una norma jurídica, la administración deberá ceñirse no sólo a lo establecido en la Carta Política sino además a consultar el orden internacional. La legalidad internacional se erige en un límite al poder de configuración normativa de las ramas y órganos del poder público, y por tanto deberá estar en relación con lo prescrito en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En síntesis, el problema actual de la administración pública está relacionado con la necesidad que la aqueja, consistente en la revisión de sus actuaciones que muchas veces se sujetan a las exigencias del legalismo normativo pero que están lejos de las directrices consagradas en las normas con rango constitucional y en los instrumentos internacionales.

Es posible afirmar que el bloque de constitucionalidad es una fuente del derecho administrativo, ya que existen diversos instrumentos de carácter internacional que limitan el ejercicio del poder del Estado y que a su vez constituyen su fuente, caso concreto los descritos en este artículo como lo son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 169 de la OIT, por lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional debería desarrollar ampliamente este criterio para conciliar el sometimiento de la administración pública a la figura del Bloque de Constitucionalidad.

Referencias Bibliográficas

- Alexy, Robert (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa- Barcelona.
- Ballen M., Rafael (1995). *Constitución Política de Colombia. Antecedentes, comentarios y jurisprudencia*. Santafé de Bogotá, D.C. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Barreto, Manuel y Sarmiento, Libardo (1997). Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título II: “*De los derechos, las garantías y los deberes*”. Bogotá, Colombia.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- _____. Título VI: “*De la rama legislativa*”.
- Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. Sentencia T-222 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- _____. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- _____. Sentencia C-479 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández.
- _____. Sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- _____. Sentencia C-027 de 1993. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.
- _____. Sentencia C-489 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- _____. Sentencia C-531 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. Sentencia T-594 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____. Sentencia T-028 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____. Sentencia C-089 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- _____. Sentencia C-372 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____. Sentencia C-555 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- _____. Sentencia C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- . Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- . Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- . Sentencia C-251 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- . Sentencia C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- . Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- . Sentencia C-400 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- . Sentencia SU-640 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- . Auto 078 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- . Sentencia T-260 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- . Sentencia T-568 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- . Sentencia C-1022 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- . Sentencia T-202 de 2000. M.P. Fabio Morón Diaz.
- . Sentencia T-256 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- . Sentencia C-1338 de 2000. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- . Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- . Sentencia T-606 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- . Sentencia T-1319 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- . Sentencia C-179 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- . Sentencia C-200 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- . Sentencia C-580 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- . Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- . Sentencia C-1068 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- . Sentencia C-067 de 2003. M.P. Marco Monroy Cabra.
- . Sentencia SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

- _____. Sentencia T-419 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- _____. Sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.
- _____. Sentencia C-038 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- _____. Sentencia C-401 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____. Sentencia C-118 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- _____. Sentencia T-285 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.
- _____. Sentencia C-030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- _____. Sentencia C-461 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____. Sentencia T 769 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- _____. Sentencia T-143 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

De Otto, Ignacio (1998). *Derecho Constitucional Sistema de Fuentes*. Ariel, Barcelona. 6a reimpresión.

Favoreu, Louis y otro (1991). *El Bloque de Constitucionalidad. Simposium Franco-Español de Derecho Constitucional*. Civitas, Madrid.

García De Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, reimpresión de 1994.

Lucas Verdu, Pablo (1953). “Constitución”. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo 5. Barcelona.

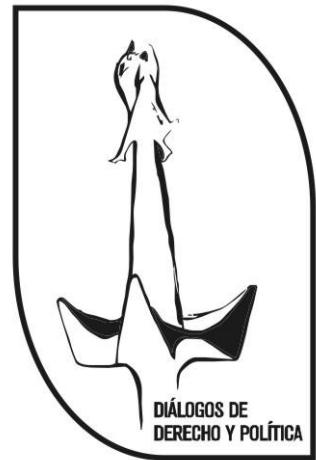
Loewenstein, Karl (1976). *Teoría de la Constitución*. 2a. ed. Ariel, Barcelona.

Pérez Restrepo, Bernardita (1995). *Elementos para la recepción del Bloque de Constitucionalidad en nuestro orden jurídico*. En revista Berbiquí No. 4.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Los decretos en el sistema normativo colombiano –una política estatal de invención normativa*.

Vergara Cortés, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad*. En revista Estudios de Derecho. Año LXII- segunda época- Diciembre de 2000. Volumen LIX, N° 133-134.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta, Madrid, 1999. Traducción de Marina Gascón.



El reconocimiento Constitucional de la unión entre parejas del mismo sexo

Maribel Quintero Vélez
Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia. Correo electrónico:
marquinvel@hotmail.com

Resumen

La Corte Constitucional suplió la omisión legislativa existente frente a la inclusión de las parejas del mismo sexo dentro del mundo jurídico, otorgándoles derechos patrimoniales en la sentencia C-075 de 2007, pero al no determinar su alcance, se hace necesario observar cuáles serían los requisitos necesarios para poder conformar una unión de parejas del mismo sexo, y cuáles son los elementos obligatorios para poder conformar entre éstos una sociedad patrimonial. Igualmente, se analizará la posibilidad de que dicha sociedad, descrita en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990 como una presunción legal, que admite prueba en contrario, pueda conformarse antes del cumplimiento del término de los dos años exigido legalmente, para lo cual se analizarán las posiciones existentes al respecto en la doctrina y los planteamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

Palabras Clave: Parejas del mismo sexo; derechos fundamentales; sociedad patrimonial; presunción legal; concepto de familia; comunidad de vida; permanencia; singularidad.

El reconocimiento Constitucional de la unión entre parejas del mismo sexo*

Introducción

La inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, representa un avance significativo respecto de la protección de sus derechos en materia de igualdad frente a las uniones maritales de hecho consagradas en la Ley 54 de 1990. La defensa de sus derechos, constituye un reto importante para nuestra legislación, pues se reconoce una forma asociativa diferente a la del concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política.

El camino transitado por esta población, no ha sido nada fácil, hasta el punto en que han debido presentarse varias decisiones de la Corte Constitucional acerca de los derechos de las parejas homosexuales, en los que se ha logrado una protección casi integral de sus derechos. Amparo que tuvo su sentencia hito con la C-075 de 2007, donde se les otorgó la posibilidad que de una convivencia permanente, estable y singular, pudiera reclamarse la iniciación de una sociedad patrimonial, siempre que los bienes fueran conseguidos con base en la ayuda, socorro y trabajos mutuos de los integrantes de la pareja del mismo sexo. A este pronunciamiento, le siguieron otros que ratificaron su *ratio decidendi*, y les concedieron, más que derechos patrimoniales, derechos sociales como la afiliación en salud y la pensión de sobreviviente, hasta llegar a la que ha sido considerada como la sentencia más importante, por la cantidad de derechos que concede, la C-029 de 2009.¹

De esta manera, se ha entendido, que hoy en día las uniones de parejas del mismo sexo requieren una protección análoga a la que se encuentran sometidas, desde el año de 1990, las parejas heterosexuales que no estuvieren casadas entre sí, y que convivieran de manera permanente y singular, con base en el respeto del principio de la dignidad humana, y el derecho de la libre asociación, reflejado en el ejercicio de la libre opción sexual y el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual se les ha permitido conformar una pareja con efectos semejantes a los consagrados para las uniones maritales de hecho.

Sin embargo, cuando se dio a conocer la decisión contenida en la Sentencia C-075 de 2007,² se crearon en el ambiente jurídico más cuestionamientos que respuestas, pues la Corte Constitucional no determinó el alcance de su decisión, y tampoco explicó de qué manera se daría la aplicación de la Ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo. Igualmente, como el fallo contemplaba la concesión de derechos patrimoniales, juristas y doctrinantes, cuestionaron si realmente, ello se refería sólo a la posibilidad de reclamar gananciales producto de una sociedad patrimonial, o si además de éste tendrían la posibilidad de exigir otros derechos que no tenían consagración expresa en esta ley, pero que igual hacían parte de la protección brindada a las uniones maritales de hecho, en virtud de la figura de la analogía.

* Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho de Familia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

¹Corte Constitucional. Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²Ibíd., Sentencia C-075 de 2007.

Por todo lo anterior, se pretende ofrecer una aproximación a la aplicación de la Ley 54 de 1990 a este tipo de parejas, que soliciten ser reconocidas legalmente, así como determinar cuáles son sus requisitos y cuando se forma la sociedad patrimonial. Frente a este último aspecto, se intentará también dar respuesta acerca de la posibilidad de que la sociedad patrimonial pueda declararse antes de los dos años exigidos por la Ley, para lo cual se estudiarán, tanto argumentos doctrinales, como la posición de la Corte Suprema de Justicia acerca del tema.

1. Fundamentos constitucionales para reconocerle derechos a las parejas del mismo sexo

La comunidad homosexual ha sido, a lo largo del tiempo, discriminada y desprotegida dentro del mundo jurídico, y se les negaba categóricamente la posibilidad de reconocerles la igualdad de sus derechos civiles y familiares, cuando desde la manifestación de su voluntad, decidían conformar una pareja. Cada vez que se intentaba obtener dicho reconocimiento, las uniones de personas del mismo sexo siempre se tropezaron, más que con razones de fondo y de peso, con circunstancias adscritas a la moralidad pública, que nunca fueron suficientes del todo para negarles su protección, pues siempre fue evidente el privilegio del interés particular de quienes legislaban, sobre la necesidad de regular la realidad que se venía presentando con esta población.

Sin embargo, se debe aclarar que siempre estuvo garantizada la protección en la esfera individual, de la persona homosexual; en todos los casos conseguida a través de sentencias de tutela, donde se reconocieron derechos constitucionales fundamentales como el libre desarrollo a la personalidad, la libre opción sexual y la dignidad humana; pero no se había planteado la posibilidad de ir más allá, hasta el año de 1996, donde se presentó por primera vez una demanda de constitucionalidad contra la Ley 54 de 1990, al considerar que no tenían en cuenta dentro del ámbito jurídico de protección, a las parejas de hombres o de mujeres que decidieran cohabitar de manera estable y permanente.

Al respecto, se plantearon como argumentos, que la Ley violentaba principios fundamentales como el derecho a la igualdad, pues sólo se contemplaba dentro de su ámbito de protección a las parejas de diferente sexo; así como también el de la libre opción sexual, dado que si se admitía que cada persona decidiera libremente su sexualidad, se le negaba la posibilidad de conformar comunidad de vida, en ejercicio de esa sexualidad, con plenos efectos en la Ley. También se esgrimió la violación de otro grupo de derechos que no fueron estudiados a fondo en la decisión tomada en esta oportunidad por la Corte Constitucional frente a la inexequibilidad planteada.

El estudio de constitucionalidad de la Ley demandada y su posterior declaración como exequible, tuvo como resultado la Sentencia C-098 de 1996,³ que fue el primero de los pronunciamientos acerca de la protección de los derechos como pareja de las personas homosexuales, y fue considerada en su momento, como una sentencia fundadora de línea, en tanto se estaba “examinando por primera vez un cierto patrón fáctico con relevancia constitucional. Por esta razón es evidente que la Corte, al decidir estos casos

³Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 7 de Marzo de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

noveles, no cuenta con sentencias anteriores en las que haya una analogía estricta frente a caso nuevo,”⁴ y aunque no cambió en nada su situación pues los dejó por fuera del ámbito de protección jurídico, si constituyó un avance importante, toda vez que dejó abierta la posibilidad de realizar un nuevo análisis si se comprobaba que las condiciones del estudio habían cambiado, y de una u otra manera era necesario su reconocimiento, pero como se consideró que este no era el caso, decidió conminar al Congreso de la República para regular la realidad que se venía presentando, pues la acción de constitucionalidad no era el camino apropiado para obtener tan anhelado reconocimiento.

Por razones diversas, el Congreso no cumplió su obligación de regular el tema, y como las condiciones de las parejas del mismo sexo no mejoraron, se allanó el camino para presentar una nueva acción de inconstitucionalidad con base en argumentos distintos, pero sobre la misma Ley 54 de 1990, la cual tuvo como resultado la Sentencia C-075 de 2007,⁵ y más adelante con base en la línea jurisprudencial presentada por estas dos anteriores, la Sentencia C-029 de 2009.⁶

1.1 El derecho a la libre opción sexual

Este derecho fundamental fue analizado por la Corte Constitucional, como ya se expresó, en la Sentencia C-098 de 1996,⁷ y se hizo con base en el supuesto de si el legislador ha debido incluir dentro del mismo ámbito de protección establecido para las parejas heterosexuales, a las del mismo sexo, que eventualmente podían construir de manera permanente y singular una unión; teniendo claro que se trata de un grupo estigmatizado.

Dicho análisis tuvo como resultado, la conclusión de que la Ley demandada no impedía en ningún momento, el ejercicio de ese derecho fundamental, pues no estaba prohibida la formación de este tipo de parejas, y “(...) la sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. En todo caso, la orientación sexual, en modo alguno empece a las personas a celebrar válidamente con sus pares o con terceros, contratos o negocios de contenido patrimonial, inclusive de naturaleza asociativa.”⁸ De modo que se limitaba el análisis de este derecho, hasta el punto de sostener que el reconocimiento de la libre opción sexual no podía depender de la posibilidad de conformar parejas del mismo sexo, algo completamente cierto, pero que en todo, caso no resolvía de fondo el problema planteado cuando se cuestionó su inconstitucionalidad.

Por ello, y aunque se ratifican en esta sentencia lineamientos interesantes para la protección de este derecho, se puede decir que su análisis se realizó a partir de una posición equivocada, pues lo discutido no era precisamente, si la Ley demandada impedía

⁴López Medina, Diego Eduardo (2006). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá, Colombia: Legis editores S.A., pág. 114

⁵ Op.cit. Sentencia C-075 de 2007.

⁶ Op.cit. Sentencia C-029 de 2009.

⁷Ibíd., Sentencia C-098 de 1996.

⁸Ibíd., Sentencia C-098 de 1996.

la formación de parejas del mismo sexo, algo que desde ningún punto de vista fue el argumento de la demanda, sino, que el problema jurídico radicaba principalmente, en la posibilidad de cada quien de escoger libremente a su pareja, independientemente de si era del mismo sexo o no, y que de esta decisión libre y voluntaria, se pudieran derivar efectos jurídicos tales como la protección de sus derechos mediante la aplicación de la normatividad consagrada para las uniones maritales de hecho.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁹ sostiene en sus consideraciones, la defensa en todos los casos de los derechos de estas personas, pero limita su aplicación a la esfera individual, pues no reconoce la posibilidad de conformar una comunidad de vida, de modo que cuando se reconoce ser homosexual, dicha decisión nada tiene que ver con el querer de iniciar una pareja, pues se minimiza el debate hasta el punto de determinar que tal protección no podía ser brindada, en tanto no correspondía a los fines que tuvo la Ley 54 de 1990 al momento de ser expedida, tal y como fue, la protección de un grupo social específico como lo eran en su momento, las parejas conocidas anteriormente como concubinato, que convivían de modo permanente, estable y singular, y no estaban casadas entre sí.

De esta manera, y aunque se reconoce expresamente que la sexualidad hace parte no sólo del libre desarrollo de la personalidad sino también del núcleo esencial de cada quien, que desde su propia autonomía la define, pues “aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos (C.P. art. 15), pertenece a un campo de su libertad, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente y tampoco se genera un daño social,”¹⁰ no se aprovechó la oportunidad para realizar un debate más a fondo, y garantizar su protección no sólo en el ámbito individual, lo que ya estaba estipulado en distintas sentencias de tutela, sino también cuando se decidiera voluntariamente, en virtud de esa libre escogencia de la sexualidad, conformar un proyecto de vida estable y singular.

1.2 El derecho a la igualdad

Este fue el segundo de los derechos a tener en cuenta cuando se tomó la decisión contenida en la Sentencia C-098 de 1996. Frente a este aspecto, la discusión se concentró en determinar, si cuando se expidió la Ley 54 de 1990, el legislador tuvo razones discriminatorias al no incluir dentro de la aplicación de la misma, a otros grupos o hechos sociales que también debieron ser protegidos. En principio, este derecho establece que no debe existir ninguna distinción respecto del tratamiento de la ley frente a las personas, pues en todo caso se deben respetar los derechos humanos, razón por la cual el Estado tiene la obligación de proteger de la misma forma a todos sus ciudadanos, ofreciéndoles los mismos beneficios y garantías, sin ningún tipo de discriminación; ello significaría que desde ningún punto de vista el Estado puede prescindir de su obligación de proteger a los ciudadanos, y en razón de ello debe poner en funcionamiento todo lo necesario para garantizar el efectivo cumplimiento de este derecho.

⁹Ibid., Sentencia C-098 de 1996.

¹⁰Ibid., Sentencia C-098 de 1996.

Así, como la discusión la concentró en si había existido o no discriminación al momento de expedir tal Ley, nuevamente la Corte regresó al argumento de su finalidad, que no era otra sino la de regular aspectos patrimoniales y los concernientes a la familia, de quienes decidieran conformarla por vínculos naturales, dando alcance al artículo 42 de la Constitución Política, es decir, que la Ley 54 de 1990 obedeció a la necesidad de proteger ese tipo de uniones legalmente, pues “(...) sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por el matrimonio, avanza en el sentido de reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales.”¹¹ Lo anterior, porque si bien es cierto, la sociedad le había, por decirlo de algún modo, brindado su apoyo de forma débil a este tipo de parejas, por intermedio de figuras como el enriquecimiento sin causa y la sociedad de hecho entre concubinos, debido a su complejidad y dificultad probatoria, se limitaban notoriamente las posibilidades de demostrar que en algún punto se tenía un patrimonio en común, perteneciente por partes iguales a ambos componentes de la pareja; también lo era que no existía ninguna normatividad en defensa de sus derechos, algo que finalmente se logró con la Ley 54.

Razones esgrimidas en ese momento, que no perdieron su actualidad, pues en ese entonces la situación de las parejas del mismo sexo era idéntica, lo que no fue tenido en cuenta por la Corte Constitucional al de tomar su decisión, realidad que además de requerir especial atención, debió regularse, pues como es sabido que los hechos reglamentados por la ley son cambiantes, y ante su movilidad, es el derecho quien tiene la obligación de adecuarse, pues de otra manera las regulaciones existentes se convertirían en letra muerta que no podrían aplicarse, por no estar acordes con la realidad.

Como se trataba de proteger la conformación de la familia mediante vínculos naturales, la discusión además de analizar los fines de la Ley, tuvo como argumento de apoyo el hecho de que las parejas del mismo sexo en ningún caso podían considerarse como tal, toda vez que “las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales,”¹² con lo cual se determinó la imposibilidad de brindar una protección en materia de igualdad, a hechos profundamente desiguales, como se consideraba en ese momento, frente al tratamiento de las parejas heterosexuales y las homosexuales, sin que ello significara en ningún caso, la violación de este derecho fundamental.

Al sustentar el derecho de igualdad, en la tesis de la imposibilidad de conformar una familia, la Corte Constitucional como era de esperarse, no permitió el reconocimiento de las uniones homosexuales, olvidando que “cuando las parejas homosexuales deciden hacer vida en común no se trata exclusivamente de meros arreglos económicos. Las parejas heterosexuales tienen en la Ley 54 la garantía de sus derechos, pero a las parejas homosexuales se les ha enviado a resolverlos de manera voluntaria a través de escrituras públicas y otro tipo de arreglos económicos, (...)”¹³ pues en todo caso, como sucedió con

¹¹Op.cit. Sentencia C-098 de 1996.

¹²Ibíd., Sentencia C-098 de 1996.

¹³Fajardo Arturo, Luis Andrés y Sánchez Buitrago, Marcela (2005). *Voces Excluidas: Legislación y derechos de lesbianas, gais, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores del Grupo T.M.S.A., págs. 89- 90

las uniones maritales en su momento, pueden tener además de complicaciones, límites legales, que no garantizaban en ningún caso la protección efectiva de sus derechos.

Sobre este presupuesto comenzó a tomar fuerza la figura de la sociedad de hecho, para proteger de alguna forma el patrimonio conseguido por las parejas del mismo sexo durante su convivencia, utilizando las herramientas ofrecidas por la Ley, para evitar que el esfuerzo de años en la mayoría de los casos, se viera afectado por la falta de regulación legal al respecto. De esta manera, se empezó a comprender que “un mínimo que podría reconocer el Estado colombiano tiene que ver con los efectos patrimoniales de las parejas homosexuales. La diferenciación en este sentido produce una profunda diferenciación entre personas en virtud de su orientación sexual e identidad de género.”¹⁴ Pero, al determinar la inexistencia frente al quebrantamiento del derecho fundamental a la igualdad, se perpetuó la violación de todos sus derechos ante la separación de su pareja o por muerte, lo cual se constituyó en el caso de vulneración más evidente que existía hasta el momento en la legislación, así lo sostienen autores como Fajardo A. Luis y Sánchez B. Marcela cuando señalan que “(...) la Corte Constitucional Colombiana, considerada uno de los órganos más avanzados en el mundo en cuestiones de Derechos Humanos, no ha querido reconocer la violación de los derechos fundamentales. Por su parte el legislador colombiano también ha hecho eco de estas interpretaciones restrictivas y tampoco ha querido reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo.”¹⁵

Sobre este contexto, se abrió la posibilidad para que una nueva decisión de la Corte Constitucional cambiara el escenario de la protección de las parejas homosexuales, y se aplicara de manera plena y congruente el derecho a la igualdad. Con este precedente, se inició un nuevo análisis sobre los hechos antes mencionados, y ello tuvo como resultado, la Sentencia C-075 de 2007,¹⁶ que significó un gran avance en materia de protección de los derechos de la comunidad homosexual cuando decidían conformar una comunidad de vida de forma permanente, estable y singular.

1.3 El derecho a la libre asociación

Este derecho hace parte de un nuevo análisis realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-075 de 2007, cuando mediante una nueva acción de inconstitucionalidad, se volvió a demandar la Ley 54 de 1990, con el objetivo de obtener el reconocimiento de los derechos de las uniones eventualmente conformadas por homosexuales. La sentencia en sí, constituye un importante avance, pues incluyó dentro del ámbito de protección de la Ley demandada, a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, antes de poder llegar a esta decisión, se realizó un interesante test de cosa juzgada frente a lo ya decidido en la C-098 de 1996, pues como es sabido, ya existía un pronunciamiento constitucional anterior sobre los mismos aspectos, y con idéntica finalidad.

Superado entonces el tema de la cosa juzgada, pues se determinó que esta no existía, toda vez que el primer análisis se limitó simplemente a realizar el examen de constitucionalidad sólo con base en el derecho a la libre opción sexual y a la igualdad, y dejó de lado el estudio de todos los demás derechos constitucionales fundamentales o no,

¹⁴Ibid., Fajardo Arturo, Luis Andrés y Sánchez Buitrago, Marcela. Pág. 90

¹⁵Ibid., Fajardo Arturo, Luis Andrés y Sánchez Buitrago, Marcela. Pág. 91

¹⁶Op.cit. Sentencia C-075 del 7 de 2007.

que se pudieran ver violentados con la falta de protección a esta comunidad. Por lo anterior, el nuevo análisis fue realizado con base en derechos que no fueron tenidos en cuenta en el primer fallo, tales como lo son el derecho a la libre asociación y el principio de la dignidad humana.

Generalmente, se ha entendido en la doctrina ese derecho de asociación, “como la convención mediante la cual dos o más personas ponen en común, de manera permanente, bienes, conocimientos o actividad con el fin de alcanzar metas económicas o de cualquier otra naturaleza,”¹⁷ que necesita para poder ejercerse, de la concurrencia de tres elementos esenciales: un acuerdo de voluntades, la permanencia y un objetivo en común. Si ello es así, el caso de las parejas homosexuales cumpliría con todos los requisitos mencionados, pues cuando se habla de una comunidad de vida, se refiere a la posibilidad de conformar una pareja con la intención de convivir (acuerdo de voluntades), permanecer juntos mientras así lo decidan, y conformar una sociedad de bienes (objetivo común).

Fue la anterior, una de las motivaciones principales al demandar nuevamente la exequibilidad de la norma, pues se argumentó que en nuestra Constitución “no se excluye la posibilidad de que las parejas homosexuales hagan uso de su derecho a la libre asociación para convivir en pareja y vivir libremente su sexualidad, toda vez que el concepto de pareja, independientemente de que se trate de personas homosexuales o heterosexuales, se refiere a una forma asociativa diferente al de familia (...).”¹⁸ De esta manera se pretendía demostrar que las uniones homosexuales, podían conformarse independientemente de la posibilidad de construir o no una familia, consideración determinante en las motivaciones de la Sentencia C-098 de 1996, pero que, actualmente no era apta para desconocer la protección jurídica a quienes tenían derecho, dentro del ámbito de aplicación de la Ley de 54 1990. Con esta fundamentación se “desvió” el análisis de la protección patrimonial, del concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la C.P., y se logró que la Corte Constitucional reconociera que:

La decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.¹⁹

Así las cosas, se concluyó la existencia de una discriminación injustificada frente a las parejas del mismo sexo, pues mientras se les reconocía el derecho determinar su sexualidad, tal protección se limitaba sólo al ámbito individual, y, cuando decidían conformar una unión con un proyecto de vida en común, de forma permanente y estable, la defensa de sus derechos les era negada, en tanto no se les permitía resolver legalmente los conflictos patrimoniales que se presentaban cuando cesaba su vida en pareja. Por lo anterior, se decidió, más que proteger a la familia, reconocer a la pareja formada en virtud

¹⁷Velásquez Turbay, Camilo (2004). *Derecho Constitucional*. Bogotá: Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Pág. 389.

¹⁸Op.cit. Sentencia C-075 de 2007.

¹⁹Ibíd., Sentencia C-075 de 2007

del derecho de asociación “(...) que hoy por hoy presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado,”²⁰ razón por la cual mantener su aplicación únicamente para las uniones heterosexuales, significaba no sólo ignorar la realidad formada por este tipo de parejas, sino también mantener esa diferenciación.

1.4 El principio de la dignidad humana

La dignidad humana es un principio fundante de nuestro Estado Social de Derecho, que encuentra su consagración expresa en el preámbulo de nuestra Constitución Política. Como principio, no puede considerarse aisladamente, sino que de su garantía dependen también, muchos de los otros derechos consagrados en nuestro texto constitucional, así, puede decirse que tiene relación directa con las expresiones propias de la autonomía de la voluntad, y con el libre desarrollo de la personalidad.

De manera que, cuando se reclama el respeto de este principio, se está defendiendo el derecho de cada quien a autodeterminarse y a formar una pareja, siempre y cuando no se vulneren derechos de terceros ni el interés general, pues en ningún caso, puede sobreponerse el interés general a derechos inherentes a la persona humana, que es lo sucedido cuando el legislador establece expresamente que serán las parejas heterosexuales quienes tengan derechos patrimoniales y no los homosexuales, pues se está diferenciando a una minoría a quienes no se les permite “(...) la libertad de elección de un plan de vida en concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.”²¹ En este sentido, para la Corte Constitucional resulta claro, que esa falta de protección jurídica a la realidad constituida por las parejas de mismo sexo violenta su dignidad “porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar.”²²

Con base en esta argumentación, se decide finalmente, concederle la protección patrimonial a las parejas del mismo sexo, que en ejercicio de su derecho de libre asociación, decidan de manera libre y voluntaria conformar un proyecto de vida, de manera permanente y singular, pues se reconoce que una decisión en sentido contrario sería como permitir las limitaciones al ejercicio de la autonomía de estas personas, situación que a todas luces, no resulta acorde con el libre desarrollo de su personalidad.

Se ratifica entonces, que la protección no puede limitarse sólo a la esfera individual de la persona, sino que debe ser integral, en todos los campos jurídicos donde pueda ser amparado, y fue allí precisamente, donde lo decidido por la Corte Constitucional en esta ocasión, se queda corto, pues aunque significa un gran avance la aplicación de la Ley 54 de 1990, se les concede derechos patrimoniales de forma genérica, sin especificar claramente cuáles son y cómo se va a garantizar exactamente su cumplimiento. Ello, porque se podría pensar que cuando la sentencia habla de la concesión de derechos

²⁰Ibid., Sentencia C-075 de 2007.

²¹Sentencia T-881 de 2002. Citado por: Corte Constitucional, Sentencia C 075 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²²Op.cit. Sentencia C-075 de 2007.

patrimoniales a las parejas del mismo sexo, no solamente se refiere a la posibilidad de reclamar gananciales si eventualmente se llegara a constituir una sociedad patrimonial, sino también a la de pedir otros derechos, que hasta el momento les eran reconocidos a las uniones heterosexuales, tales como el de pedir alimentos, la afectación a vivienda familiar o el patrimonio de familia.

2. La aplicación de la Ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo

Frente este aspecto, se hace necesario reconocer, que la aplicación de la Ley 54 de 1990 significó un avance importante en cuanto a la protección en materia jurídica y legislativa para el reconocimiento de la parejas del mismo sexo, pues cuando la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad condicionada de la norma, se convirtió en un legislador secundario o negativo, ya que establece los lineamientos sobre los cuales ésta debe interpretarse. Tampoco puede dejarse de lado el hecho de que el efecto más importante de esa protección, es la posibilidad de constituir una sociedad patrimonial, en el entendido de que la expresión “derechos patrimoniales” utilizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-075 de 2007, se refiera exclusivamente a la posibilidad de reclamar gananciales, lo cual necesariamente tuvo que ser aclarado en posteriores pronunciamientos.

En todo caso, debe quedar claro, “que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la Ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparado por la presunción,”²³ y de igual manera, podrán acudir a los medios legales establecidos en la Ley 979 de 2005, como lo son, la conciliación cuando se dé el ánimo entre las partes, ante notario para realizar una escritura pública y hacer efectivos sus derechos patrimoniales, y también se puede acudir ante la jurisdicción, para que un juez, declare la existencia de la pareja.

De otro lado, es necesario precisar, que el reconocimiento brindado a las parejas del mismo sexo es independiente de la discusión que aún hoy en día continúa vigente, sobre la posibilidad de este tipo de uniones de conformar una familia, tal y como lo establece el artículo 42 de la Constitución Política. Sobre el tema todavía no se ha realizado un análisis de mayor profundidad, se considera simplemente como fundamento principal para no poder establecerla, el hecho de que se requiere de un hombre y una mujer, es decir, que la protección recae sólo sobre la familia heterosexual, requisito consagrado no sólo constitucional sino también legalmente. Por el momento, queda claro que la protección brindada a las parejas del mismo sexo, recae, como se expresó, sobre la base constitucional del derecho de la libre asociación y el principio de la dignidad humana, pues se trata de una extensión de la protección consagrada en la Ley 54 de 1990, dado que no existe todavía una Ley que regule su situación, y se les reconoce, sólo como una unión protegida dentro del derecho en vista de su especial condición, pero en ningún caso como una forma válida de construir una familia.

²³Ibíd., Sentencia C-075 de 2007.

2.2 Requisitos para que puedan ser reconocidos como una unión de parejas del mismo sexo

Dado que la Ley 54 de 1990 tuvo como finalidad proteger a la familia por la voluntad responsable de conformarla, se establecieron unos requisitos con el fin de demostrar su existencia, tales como, la exigencia de que la unión marital fuera conformada por un hombre y una mujer, sin matrimonio entre ellos, y que además formaran una comunidad de vida permanente, estable y singular. Sin embargo, las uniones constituidas por una parejas mismo sexo al no ser consideradas como familia, no se les puede exigir por razones obvias, la inexistencia de matrimonio entre ellos, pues se trata de un asunto que ni siquiera encuentra soporte legal en la Ley. Por lo tanto, lo único que deben demostrar las parejas del mismo sexo cuando deseen reconocer su unión, a través de los medios legales que disponen para ello, es la existencia de una comunidad de vida permanente, singular y exclusiva.

Razón por la cual, el factor más importante para que se les pueda brindar protección jurídica a las parejas del mismo sexo, lo constituye la comunidad de vida que es donde finalmente se representa la voluntad de realizar una proyecto en común, pues es donde se establecen “(...) la comunidad de intereses, de esfuerzos y de realizaciones durante el tránsito vital, si bien no con la pretensión del vínculo sacramental ni del lazo matrimonial, al menos con la vocación de una dilatada permanencia.”²⁴ Así, esa comunidad de vida debe transformarse en una convivencia de manera constante, y con el deseo de mantener esa situación, sin exigirles como elemento adicional alguna temporalidad, pues basta con demostrar la intención de convivir por tiempo indefinido. Lo anterior significa, que la aplicación de la Ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo, depende en gran medida de la verificación del elemento de la comunidad de vida, de singular importancia, pues sobre ésta se va a edificar toda la protección allí consagrada, materializando, como lo expresó la Corte Constitucional, el ejercicio de la libre asociación.

Pero, esa comunidad de vida ha de ser permanente, en el sentido de que se trate de “(...) algún periodo determinado o determinable que coloca en evidencia la prolongación de la voluntad de convivir, sin alterar el estado de cosas de la situación, las cuales así duran o persisten cierto espacio de tiempo.”²⁵ Lo cual permite concluir, que dicha comunidad de vida debe estar dirigida a la cohabitación, tal y como se exige para cada pareja heterosexual cuando ha decidido contraer matrimonio y también cuando se comienza una unión marital de hecho, esto es, el compartir lecho, techo y mesa, lo que implica de una manera u otra el establecimiento de ese proyecto de vida planteado de forma durable, no transitoria ni esporádica, pues de otro modo, no podría esperarse que una pareja comparta todos los aspectos y situaciones que trae el compartir día a día.

Además de lo anterior, se exige el elemento de la singularidad de donde “(...) emana la obligación de la fidelidad y la insalvable imposibilidad para los compañeros de hacer vida marital al unísono con otra persona, obligación que impide la coexistencia de la unión

²⁴Montoya Medina, Luis Eduardo (2009). *Derecho de Familia: El drama constitucional de los derechos*. Bogotá: Ediciones Jurídica Radar, pág. 43

²⁵Ibíd., Montoya Medina, Luis Eduardo, pág. 44

marital con otras de la misma o de diferente calidad (...)." ²⁶ Razón por la cual ha de entenderse que la singularidad materializa la obligación de la fidelidad entre la pareja del mismo sexo, que ésta no se ve vulnerada, si uno de los integrantes de la pareja sostiene relaciones accidentales o esporádicas con otra persona diferente, a no ser cuando se demuestre que éstas han sido tan estables y constantes, que desvirtúan en sí mismas la anterior pareja que se había conformado, pues como lo consideró la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 10 de abril de 2007 "(...) la singularidad que le es propia no se destruye por el hecho de que un compañero le sea infiel al otro, pues lo cierto es que aquella, además de las otras circunstancias previstas en la ley, cuyo examen no viene al caso, solo se disuelve con la separación física y definitiva de los compañeros." ²⁷ Así las cosas, la singularidad se extingue únicamente cuando se da la separación definitiva de la pareja, pero no puede sostenerse su terminación simplemente por la ocurrencia de una infidelidad, pues no siempre se rompe con la estabilidad y exclusividad mantenida por la pareja del mismo sexo.

Por todo lo anterior, si se verifica el cumplimiento de todos los elementos: la comunidad de vida determinada en la existencia de "(...) la colaboración, el auxilio, el respeto mutuo, el ánimo de vivir juntos," ²⁸ y además de ello, que dicha comunidad sea permanente, estable y singular, se puede declarar si la pareja así lo desea, la existencia de una convivencia de personas del mismo sexo, porque no existe la posibilidad de constituir una unión marital de hecho, pues lo que se reconoce es la conformación de este tipo de parejas, bajo la protección jurídica consagrada en la Ley 54 de 1990.

2.3 Requisitos para que esa unión tenga efectos patrimoniales

El reconocimiento de la existencia de la pareja del mismo sexo, da pie a que se presuma el nacimiento de la sociedad patrimonial, considerado como el efecto más importante de la protección que les fue otorgada en la sentencia C 075 de 2007. ²⁹ La importancia de ésta sociedad se deriva de la posibilidad de reclamar gananciales, entendidos doctrinariamente como la "comunidad de bienes conformada por los compañeros por el hecho de la unión marital, cuya administración está en cabeza de cada uno de ellos, para el sostenimiento de los mismos," ³⁰ lo cual tiene como resultado necesario que a cada integrante de la pareja del mismo sexo se le otorgue lo correspondiente, en virtud de su participación en la conformación de dicha sociedad, liquidada proporcionalmente en la mayoría de los casos, de acuerdo al patrimonio conseguido por la pareja.

Ahora, para que ese reconocimiento de la pareja del mismo sexo tenga efectos patrimoniales, se necesita del cumplimiento de dos requisitos: el primero, es la existencia de la comunidad de vida permanente y singular, y el segundo, es la temporalidad consagrada en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, para presumir el nacimiento de la sociedad, y no sea necesario por parte de la pareja, probar su existencia. Dicha

²⁶Ibid., Montoya Medina, Luis Eduardo. Pág. 46

²⁷Sentencia del 10 de abril de 2007, Corte Suprema de Justicia. Citado por: Parra Benítez, Jorge. Derecho de Familia. (2008) Bogotá: Editorial TEMIS S.A., pág. 303

²⁸Op.cit. Montoya Medina, Luis Eduardo. Pág. 49

²⁹Op.cit. Sentencia C-075 de 2007.

³⁰Quiroz Monsalvo, Aroldo (2007). *Manual civil de familia: Sociedad Conyugal y Patrimonial de Hecho*. T. VI. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Pág. 168

temporalidad, es referida al término de los dos años de convivencia entre una pareja homosexual sin impedimento legal para contraer matrimonio, o con impedimento legal para casarse, pero con la condición de tener disuelta (no es necesaria la liquidación, pues lo que se busca es la no coexistencia entre sociedades, tal y como lo interpreta, actualmente la Corte Suprema de Justicia al analizar la aplicación de esta exigencia) la sociedad conyugal anterior, antes de iniciar la nueva convivencia.

Disposición ésta que debe ser aplicada en su totalidad a las parejas del mismo sexo en virtud de la igualdad jurídica, pues si bien éstas no pueden contraer matrimonio entre sí, si puede, un integrante de la pareja casarse con una mujer, o, conformar también una unión marital de hecho, como lo exige la ley, situación no prohibida por ninguna normatividad, pues es una realidad social que en nuestro medio existen también personas bisexuales, que pudiendo estar casados, deciden en un momento dado, iniciar una convivencia con una persona de su mismo sexo, razón por la cual, puede tener vigente una sociedad conyugal anterior que debe estar disuelta para poder verificarse la existencia de la sociedad patrimonial. Desde este punto de vista, serían diferentes los elementos necesarios para reconocer la existencia de la pareja del mismo sexo, y los obligatorios para poder conformar la sociedad patrimonial, pues no existe impedimento alguno, para la existencia de la pareja, reconocida por alguno de los instrumentos de ley, sin que se verifique el nacimiento en un momento dado, de la sociedad patrimonial.

2.4 Diferencias entre los requisitos de la unión de parejas del mismo sexo y los de la sociedad patrimonial

De la misma lectura de la Ley 54 de 1990, se puede inferir su intención de separar los elementos o requisitos de la existencia de la unión marital de hecho, consagrados en su artículo primero, entendido en su aplicación, como ya se explicó anteriormente para las parejas del mismo sexo, y los de la sociedad patrimonial en el segundo, por lo cual se hace evidente, la separación de las dos situaciones jurídicas. Es por ello, que se ha considerado, acertadamente en la doctrina, la posibilidad, anteriormente mencionada sobre la existencia de la pareja del mismo sexo, o de la unión marital, sin que de esta situación fáctica se deriven efectos patrimoniales.

Las dos situaciones entonces, pueden pensarse como suplementarias, pues, como ya se indicó, el reconocimiento de la pareja del mismo sexo es indispensable para poder declarar o presumir la existencia de la sociedad patrimonial, de modo su unión, debe primero considerarse como una pareja legalmente constituida declarada por alguno de los medios que trae la Ley 979 de 2005, para que posteriormente puedan ser beneficiarios de una sociedad construida “con el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos”, el cual pertenece a los miembros de la misma por partes iguales, tal y como lo señala el artículo tercero de la Ley 54 de 1990. Lo anterior, nos permite concluir que “en efecto, en primer término, se debe dar la unión marital de hecho cuya prueba se preconstituirá conforme a lo expresado, recurriendo a los medios que para el efecto señala el Código de Procedimiento Civil. En segundo término, habrá que demostrar la permanencia de esa unión por espacio no inferior a dos años.”³¹

³¹Suarez Franco, Roberto (2006). *Derecho de Familia: Régimen de las personas*. T.I. Bogotá: Temis S.A., Pág. 451.

Sin embargo, no se puede perder de vista el hecho de que la temporalidad exigida para que se pueda presumir la existencia de la sociedad patrimonial, no es un requisito necesario para la declaración de la existencia de pareja del mismo sexo, o de la unión marital de hecho, cuando sea el caso, pues para la configuración de la comunidad de vida permanente y singular, la ley no exige ningún término, de modo que no existe razón alguna para considerarlo como un elemento constitutivo de su declaración. Lo anterior, porque existe la tendencia, en un sector de la doctrina y hasta en la jurisprudencia, de confundir los requisitos para la existencia de esta pareja o de la unión marital de hecho, con los necesarios para nacimiento de la sociedad patrimonial, pues se sostiene, que antes de cumplir el término de los dos años, no es posible su reconocimiento, situación que a todas luces, no guarda concordancia con lo manifestado sobre sus diferencias, ni con la finalidad de la ley al separar las dos situaciones jurídicas.

3. ¿Puede la sociedad patrimonial existir antes de los dos años?

La primera parte del artículo segundo de la Ley 54 de 1990 dice: “se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en los siguientes casos:” uno, cuando la pareja del mismo sexo o la heterosexual esté conformada por personas que no tengan impedimento para casarse entre sí, y el segundo, cuando teniendo el mencionado impedimento, la sociedad conyugal que se haya formado, se encuentre al momento de la iniciación de la nueva convivencia disuelta y liquidada según la ley.

En ambos casos, se establece expresamente que la duración de la comunidad de vida permanente y singular deberá ser por “un lapso no inferior a dos años”, lo cual ha significado el establecimiento de dos posiciones en orillas opuestas frente a sus argumentaciones, pues, hay quienes consideran que antes del transcurso de este término, no es posible la existencia de la sociedad patrimonial; máxime cuando la ley exige expresamente para su configuración el transcurso del bienio. De otro lado, quienes tienen una opinión contrapuesta, sostienen que en el artículo segundo de la Ley 54 de 1990 no existen elementos constitutivos de la sociedad patrimonial, sino simplemente requisitos para presumirla, tal y como se infiere de su redacción, pues si fuera de otra manera, el artículo no diría “se presume”, sino “se forma” sociedad patrimonial, caso en el cual, explican si sería necesario el transcurso de los dos años.

Así las cosas, “la presunción del artículo 2º de la ley 54 de 1990 no es regla de fondo, constitutiva de la sociedad patrimonial, sino un medio de prueba de esta. O sea, que “no es requisito para que exista” la sociedad patrimonial, que transcurra el bienio, sino que este permite que opere la presunción.”³² No de otra manera, se estaría de acuerdo con lo establecido por la disposición mencionada, pues la presunción allí consagrada, es legal, no es de derecho, pues de ser así, el texto sería “se presume de derecho, (...)” ya que este tipo de presunciones deben estar expresamente consagradas en la Ley, y no admitiría prueba en contrario, motivo por el cual se haría necesario el transcurso del bienio.

³²Op.cit. Parra Benítez, Jorge, pág. 312

Pero al tratarse de una presunción legal, es perfectamente desvirtuable, si se logra demostrar, por cualquiera de los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, que la existencia de la sociedad patrimonial se dio antes del cumplimiento de los dos años, pues pasado este término, basta con que la pareja del mismo sexo demuestre los elementos constitutivos de la presunción, tales como la existencia de una comunidad de vida permanente y singular, para que la Ley presuma su existencia, y por ende, no tienen que demostrarla.

Esta sería la interpretación más adecuada, conforme a la finalidad que tuvo la Ley 54 de 1990 al ser expedida, tal cual fue la protección de un grupo social evidentemente discriminado, como lo fueron en su momento los concubinatos, y más adelante con la situación presentada con las parejas del mismo sexo, a los cuales se les reconocieron derechos en virtud de la igualdad y de la libre asociación. Por ello, no sería consecuente, que dicha la protección patrimonial se les brindara solamente después de haber pasado los dos años, pues eso sería como propiciar de nuevo el uso inadecuado de figuras como la sociedad de hecho, o el enriquecimiento ilícito, y de otra manera, existiría un vacío jurídico, respecto a cuál sería la normatividad aplicable en el evento de reclamar la disolución de una sociedad que tuvo como duración un término inferior al consagrado por la Ley, es decir, de dos años.

Lo razonable sería entonces, darles la posibilidad de demostrar no sólo la existencia de la convivencia permanente y singular tal y como se hace hoy en día, por los instrumentos de ley, sino también la de la sociedad patrimonial, cuando ésta no se presuma, porque simplemente tuvo una duración menor a los dos años, pues, de no ser así, la protección brindada de todos modos habría quedado en todo caso, incompleta. Y sumado ello a lo anterior, se presentaría la necesidad de determinar qué pasaría con los bienes conseguidos antes de cumplirse dicho término, producto de la ayuda y trabajo mutuos, que deben repartirse en partes iguales entre los integrantes de la pareja, pues de una interpretación tan restrictiva del artículo segundo de la Ley 54 de 1990, no se percibe ninguna solución.

4. Posición de la Corte Suprema de Justicia frente al nacimiento de sociedad patrimonial

El tema del nacimiento de la sociedad patrimonial, ha sido analizado en algunas decisiones, producidas en la Sala Civil, cuando se resuelve en sentencias, el recurso extraordinario de casación. Realmente, el tema de las presunciones, se trata de forma taxativa, es decir, que aparte de las situaciones consagradas en los literales *a* y *b* del artículo segundo de la Ley 54 de 1990, no existen otras vías para obtener el reconocimiento de la existencia de la unión marital de hecho, pues sólo se puede formar, cuando se trate de una pareja sin impedimento legal para contraer matrimonio y que no estén casados entre sí, pues en tal evento, en ningún caso se obtendría la calidad de compañeros permanentes por tener la de cónyuges, ya que de “la adecuada lectura de la Ley 54 de 1990; lleva a concluir que -así confluyeran las demás circunstancias requeridas para ese efecto- no surgirá una unión marital de hecho entre compañeros permanentes -y

menos podrá presumirse el advenimiento de una sociedad patrimonial de esa naturaleza mientras entre ellos subsista un vínculo matrimonial.”³³

El otro camino para lograr ese reconocimiento, se da cuando, teniendo impedimento legal para contraer matrimonio, se disuelve y liquida con un año de anterioridad, la sociedad conyugal que se pudiera haber formado. Inicialmente, en las primeras decisiones que se encuentran sobre esta posibilidad, desde la primera instancia, pasando por el tribunal, hasta llegar a la decisión del recurso de casación, era indispensable que ese año pasara para empezar a contabilizar el tiempo de duración de la convivencia permanente y singular, y, si por alguna u otra razón, ésta se había iniciado antes de terminar con la sociedad conyugal formada durante el matrimonio, se “descontaba” ese año exigido por Ley de la duración total de la unión, y, si no tenían los dos años de permanencia, no se declaraba la existencia de la unión marital, ni la de la sociedad patrimonial.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia cambió el precedente jurisprudencial sembrado sobre esta situación, al considerar, que “no se justifica hacer ninguna diferencia entre quienes tienen vínculo anterior y quienes no, pues lo fundamental es que quienes conforman esa nueva familia, hayan disuelto la sociedad conyugal anterior, si es que la tuvieron, pues como se dijo (...) la cuestión es “rigurosamente económica o patrimonial.”³⁴ De manera que hoy en día, no es dable exigir por los jueces el término de un año posterior a la disolución y la liquidación para que pueda iniciarse la convivencia entre los compañeros permanentes. En este sentido, y aunque se reconoce en un par providencias, lo que se está permitiendo, en el fondo, es el quebrantamiento de la obligación marital de la fidelidad, máxime cuando no existe sentencia de divorcio, sino de separación de bienes o de cuerpos, esto no fue considerado como ningún obstáculo jurídico para permitir la formación de una nueva vida marital con ciertos efectos jurídicos, pues en todo caso, ello se constituiría en una causal válida para solicitar el divorcio.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia dirimió el conflicto que se presentaba, cuando, por los jueces de primera y de segunda instancia se exigía la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, para poder iniciar conforme a la ley, la convivencia entre los compañeros permanentes, pues si se disolvía pero no se liquidaba, entonces no habría lugar a que se declarara la unión marital, ni mucho menos los efectos patrimoniales que de ella se derivan. Así se consideró que “si el designio fue, como viene de comprobarse a espacio, extirpar la eventual concurrencias de sociedades, suficiente habría sido reclamar que la sociedad conyugal hubiese llegado a su término, para lo cual basta simplemente la disolución. Es esta, que no la liquidación, la que le interfiere la muerte a la sociedad conyugal.”³⁵ Por esta razón, se determinó que esa expresión contenida en el artículo segundo de la Ley 54 de 1990, era insubstancial, por encontrarse manifiestamente contraria a la norma de normas, como lo es la Constitución, por lo cual se dejó establecido que la liquidación de la sociedad conyugal no es una condición esencial para

³³Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 2 de septiembre de 2005. Expediente 7819. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

³⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 4 de septiembre de 2006. Expediente 69601. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

³⁵Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 10 de septiembre de 2003. Expediente 7603. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

comenzar la convivencia entre los compañeros permanentes, y se les puedan otorgar, los efectos jurídicos que la Ley tiene consagrados para ellos.

Por otro lado, de la lectura de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, se concluye, que la declaración de la existencia de la unión marital de hecho, se constituye en un requisito sin el cual no se puede presumir el nacimiento de la sociedad patrimonial, ni determinar su existencia, ratificando lo establecido en la doctrina, en tanto no puede existir una sin darse la otra, pero, se confunden de manera evidente, los requisitos necesarios para que se dé una u otra situación jurídica, pues el elemento de la temporalidad, se toma como necesario para declarar la unión marital, desconociendo el hecho de que pueden existir perfectamente este tipo de uniones sin efectos patrimoniales, pues, cuando se analiza el caso en concreto, se pide que la comunidad de vida y la permanencia hayan tenido una duración superior a los dos años, sino no se puede reconocer ni la existencia de la convivencia, ni la sociedad patrimonial. Por lo mismo, no se encuentran pronunciamientos donde se reconozca únicamente, la existencia de la unión marital.

Así las cosas, para que la declaración de la sociedad patrimonial sea exitosa, primero se tienen que comprobar plenamente, los requisitos de la existencia de la unión marital de hecho, pues la falta de uno de ellos, lleva al traste la pretensión del surgimiento de los efectos patrimoniales, de modo que:

(...) si los compañeros son solteros y conviven maritalmente el bienio consagrado por la ley, sencillamente, tal maritalidad hace presumir la sociedad patrimonial, si hubiere algún lazo matrimonial de cualquiera de los compañeros permanentes con terceras personas, se hace indispensable para presumir la sociedad patrimonial, que las respectivas sociedades se hayan disuelto y liquidado en el término reclamado por la ley.³⁶

De esta manera, se ratifica lo expresado anteriormente, en el sentido de que el término de los dos años, se toma por la Corte Suprema de Justicia, como un requisito constitutivo no de la sociedad patrimonial, sino de la unión marital de hecho, razón más que suficiente para concluir que tampoco se admite la posibilidad de conformar la sociedad patrimonial antes de cumplir el término de los dos años, pues aunque se reconoce expresamente que se trata de una presunción legal, que admite prueba en contrario, siempre se determina “la inexistencia de la unión marital de hecho entre los mencionados compañeros bajo el poderoso argumento de que no se prolongó por el mínimo de los dos años exigidos por el legislador, para que surja la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.”³⁷ En todo caso, tal situación no ha sido explorada a fondo por la Corte Suprema de Justicia, pues no existe precedente hasta ahora de un recurso de casación donde se pida el reconocimiento de la sociedad patrimonial antes de cumplir el bienio, dado que en todos los casos analizados, la comunidad de vida permanente y singular siempre se había mantenido por un término superior.

³⁶Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 29 de noviembre de 2002. Expediente 7374. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

³⁷Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Expediente 55601. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

5. De los derechos concedidos actualmente a las parejas homosexuales por la vía jurisprudencial, en virtud de la protección de su unión

Desde la Sentencia C-075 de 2007, donde se le otorgaron derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, sin especificar claramente cuál era su alcance y cuales derechos patrimoniales se refería, se comenzó a allanar el camino, para la concesión de otro tipo de derechos, no sólo en el ámbito patrimonial, sino también de derechos que principalmente se situaban en el campo de lo social. Posteriormente, cuando tomó fuerza la interpretación realizada por algunos doctrinantes y por la misma jurisprudencia, cuando se delimitó la aplicación de esos derechos patrimoniales, a la posibilidad de conformar parejas del mismo sexo, como fruto de una convivencia permanente y exclusiva, y a la de constituir una sociedad patrimonial, se hizo evidente que la protección brindada, estaba lejos de ser integral.

Con este precedente constitucional, y, ante la falta de legislación por parte del congreso, para reconocerles todos los derechos a las parejas de mismo sexo, y así poder garantizar su protección integral, o por lo menos cercana a lo que se había logrado frente a la unión marital de hecho, se fueron presentando ante la Corte Constitucional nuevas demandas de control de constitucionalidad sobre distintas normatividades que de alguna u otra manera, les significó una defensa de sus derechos más allá de la concesión del derecho patrimonial a reclamar gananciales, cuando se formara una sociedad patrimonial.

Dichas de demandas de exequibilidad, tuvieron como resultado pronunciamientos en torno al derecho a la salud, más concretamente, sobre la posibilidad de que un homosexual afiliara a su pareja al POS y cotizara con el fin de que se le brindase atención médica, lo cual hasta la decisión emitida en la Sentencia C-811 de 2007,³⁸ no era posible, en tanto se les negaba dicha afiliación con el argumento de no constituir familia, o una unión marital de hecho, pese a que para la fecha del fallo, ya existía el precedente de la Sentencia C-075 de 2007. Se discriminaba entonces, en razón del ejercicio de la libre opción sexual, situación que constitucionalmente se encontró como censurable. Se les protegió también, en materia de seguridad social, cuando se estableció que el compañero homosexual podía ser beneficiario de la pensión de sobreviviente, en igualdad de condiciones frente a las parejas heterosexuales, dicha disposición quedó plasmada en la Sentencia C-336 de 2008.³⁹ La Corte Constitucional también advirtió, que dichos derechos, en virtud de su gran importancia dentro la sociedad, pueden ser ejercidos sin el cumplimiento del requisito de los dos años, tal y como se había expresado en la Sentencia C-521 de 2007.⁴⁰

Pero, el avance de la protección en materia patrimonial, se evidenció de manera significativa con la promulgación de la Sentencia C-029 de 2009,⁴¹ cuando se les otorgó el derecho a pedir alimentos, en cumplimiento del principio de solidaridad que se deben

³⁸Corte Constitucional. Sentencia C-811 del 3 de octubre de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁹Corte Constitucional. Sentencia C-336 del 16 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁰Corte Constitucional. Sentencia C-521 del 11 de julio de 2007. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴¹Op.cit. Sentencia C-029 de 2009.

entre los integrantes de la pareja del mismo sexo, y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley para ello: vínculo jurídico, capacidad económica y la necesidad. Sin embargo, es importante precisar, que este derecho fue otorgado en las mismas condiciones en que hoy en día lo pueden ejercer los compañeros permanentes dentro de una unión marital de hecho, es decir, mientras se mantenga la convivencia, situación que a todas luces, resulta problemática para que este derecho se pueda ejercer, pues mientras ésta se mantenga, evidentemente no va a existir la necesidad de pedirlos.

En la misma medida, se le protegió a la pareja del mismo sexo, cuando se determinó que podían afectar a vivienda familiar el inmueble destinado a la vivienda de la pareja, pues más allá de que dicho derecho estuviera limitado a la protección de la familia, se decidió extender sus efectos para las uniones del mismo sexo. Con el mismo argumento, tienen también el derecho a hacer uso de la figura del patrimonio de familia inembargable, para mantener los bienes a salvo de terceros, asegurar su habitación y sostenimiento de forma adecuada, evitando actos particulares que pongan en peligro los bienes que pertenezcan a la pareja del mismo sexo.

Igualmente, y con argumentos similares se les concedieron también, además de derechos patrimoniales, derechos en el área penal como la protección contra la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, así como la inclusión dentro las circunstancias de agravación punitiva cuanto se comete un delito en su contra. También se les incluyó íntegramente dentro del régimen especial de las fuerzas militares, y se les dio la posibilidad de reclamar el subsidio tanto en vivienda como familiar, entre otros derechos.

Actualmente, la Corte Constitucional se encuentra en mora de decidir sobre la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar, al definir a instancia de revisión, una sentencia de tutela que interpuso una mujer que exige que su pareja pueda adoptar a su hija biológica, en cuyo caso se plantea la modificación del concepto de familia establecido en la constitución, para que dicha adopción pueda ratificarse, pues ya fue concedida en primera instancia por el juzgado 1 Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, en sentencia con fecha del 4 de noviembre de 2009, que falló a favor de la petición.

También, se está a la espera de la decisión frente a la demanda de inconstitucionalidad que fue interpuesta contra el artículo 113 del Código Civil, donde se define el contrato del matrimonio. Situaciones éstas que han despertado todo tipo de opiniones a favor y en contra, pues se ha considerado que si la Corte Constitucional le da vía libre a la adopción, inevitablemente tendrá que aceptarse el matrimonio entre las parejas del mismo sexo. Sin embargo, cada vez toma más fuerza, la idea de que el matrimonio es un contrato solemne entre las partes, razón por la cual depende del acuerdo de voluntades y no de la definición de familia consagrada en el artículo 42 de la Constitución Política, y si dicha interpretación fuera aceptada, simplemente habría que modificar el Código Civil en lo concerniente a quienes pueden casarse, sin modificar en ningún caso, la definición por todos conocida sobre las formas de constituir una familia.

Consideraciones finales

La inclusión de las parejas del mismo sexo dentro del mundo jurídico, y por tanto la posibilidad de poder conformar sociedad patrimonial, entre muchos otros derechos patrimoniales, sociales, penales y personales, ha sido por vía jurisprudencial, a través de la acción de inconstitucionalidad, donde la Corte Constitucional verificó la vulneración de derechos fundamentales de la libre asociación y del principio de la dignidad humana.

Del análisis jurisprudencial realizado a las sentencias de la Corte Constitucional, con base en el tema de la protección de los derechos de las parejas homosexuales, se puede concluir que la libre opción sexual, se reconocía sólo en el ámbito individual, pero no cuando se deseaba conformar un proyecto de vida permanente y singular, pues en este caso se limitaba su amparo a la definición de familia consagrada en el artículo 42 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, la Sentencia C-098 de 1996, se puede calificar como la fundadora de línea, mientras que la C-075 de 2007 fue la modificadora del precedente jurisprudencial existente. Asimismo, las sentencias posteriores, la C-811 de 2007, C-336 de 2008, y la C-029 de 2009, son en orden a su importancia ratificadoras de esa línea jurisprudencial expresada en el año de 2007.

Para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo por medio de los instrumentos legales que trae la ley, se necesita de la configuración de una comunidad de vida permanente y singular, donde se respeten los principios de fidelidad y cohabitación propios de este tipo de uniones.

Frente a la discusión suscitada por la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan ser consideradas como una forma legal para construir familia, todavía no se ha dicho la última palabra, como quiera que la Corte Constitucional se encuentra pronta a decidir sobre el evento de que puedan adoptar, y casarse conforme a lo establecido en el Código Civil.

Se deben diferenciar de forma clara, los requisitos necesarios para reconocer la unión conformada por personas del mismo sexo, de los obligatorios para que se presuma la existencia de la sociedad patrimonial, los cuales son, la temporalidad, y la existencia de la pareja del mismo sexo.

Si se reconoce el hecho de que la presunción consagrada en el artículo segundo de la Ley 54 de 1990, es legal, y por lo tanto admite prueba en contrario, debe aceptarse también, la posibilidad de que pueda declararse la existencia de la sociedad patrimonial antes de la existencia del bienio, si se llega a demostrar plenamente su existencia, sobre los bienes conseguidos con el producto de la ayuda y trabajo mutuos de los integrantes de la pareja homosexual.

La posibilidad de constituir la sociedad patrimonial antes de los dos años, no es reconocida por la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, ha sentado precedentes importantes, acerca de la aplicación de los literales *a* y *b* del artículo segundo de la Ley 54 de 1990, dejando claro que sólo es necesaria la disolución de la sociedad conyugal,

cuando se tuviere impedimento para contraer matrimonio, y que tampoco es necesario el cumplimiento de un año posterior a esa actuación, para iniciar una nueva convivencia permanente y singular.

Referencias bibliográficas

- Bonilla, Daniel y Iturralde, Manuel A (2005). *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, pág. 387
- Cañón Ramírez, Pedro A (1982). *Derecho Civil I: Personas y Familia*. Bogotá: Editorial ABC., pág. 638
- Congreso De La República. Ley 54. (28, diciembre, 1990). Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1990. no. 39615.
- Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 1996.
- _____. Sentencia C-075 de 2007.
- _____. Sentencia C-811 de 2007.
- _____. Sentencia C-336 de 2008.
- _____. Sentencia C-029 de 2009.
- Corte Suprema De Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 18 de julio de 2000. Expediente 6342. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.
- _____, Sala de casación civil. Sentencia del 29 de noviembre de 2002. Expediente 7374. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.
- _____, Sala de casación civil. Sentencia del 10 de septiembre de 2003. Expediente 7603. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.
- _____, Sala de casación civil. Sentencia del 24 de marzo de 2004. Expediente 7804. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.
- _____, Sala de casación civil. Sentencia del 2 de septiembre de 2005. Expediente 7819. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.
- _____, Sala de casación civil. Sentencia del 21 de junio de 2006. Expediente 50801. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.
- _____, Sala de casación civil. Sentencia del 4 de septiembre de 2006. Expediente 69601. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.
- _____, Sala de casación civil. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Expediente 55601. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

Corral Borrero, María Cristina y Torres Cabrera, Franklin (2002). *Instituciones de Derecho de Familia: legislación, jurisprudencia y doctrina*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., pág. 356

Fajardo Arturo, Luis Andrés y Sánchez Buitrago, Marcela (2005). *Voces Excluidas: Legislación y derechos de lesbianas, gais, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores del Grupo T.M.S.A., pág. 169

Jaramillo, Gustavo León (1991). *Derecho de Familia y de Menores*. Medellín, Antioquia: Universidad de Antioquia, pág. 525

Lafont Pianetta, Pedro (2006). *Manual de Derecho Privado contemporáneo: Parte General*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA., pág. 870

López Medina, Diego Eduardo (2006). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá, Colombia: Legis editores S.A., pág. 366

Montoya Medina, Luis Eduardo (2009). *Derecho de Familia: El drama constitucional de los derechos*. Bogotá: Ediciones Jurídica Radar, pág. 371

Parra Benítez, Jorge (1997). *Manual de Derecho Civil: Personas, Familia y Derecho de Menores*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. pág. 477

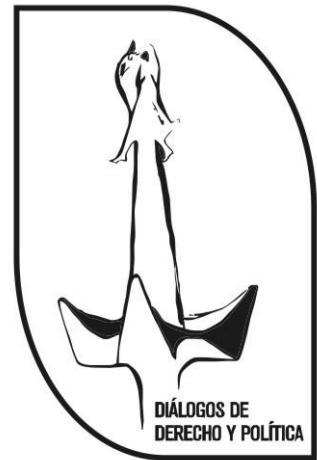
Parra Benítez, Jorge (2008). *Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial TEMIS S.A., pág. 685

Quiroz Monsalvo, Aroldo (1998). *Manual de Civil: General y Sujeto de Derecho*. Santa Fe de Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Pág. 296

Quiroz Monsalvo, Aroldo (2007). *Manual civil familia: Sociedad Conyugal y Patrimonial de Hecho*. T. VI. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., pág. 474

Suarez Franco, Roberto (2006). *Derecho de Familia: Régimen de las personas*. T.I. Bogotá: Temis S.A., pág. 494

Velásquez Turbay, Camilo (2000). *Derecho constitucional*. Bogotá: Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 2004. 588 P. Bernal González, Alejandro. *Procedimiento de Familia y de Menores*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., pág. 676



La guerra civil de 1859: discursos sobre la construcción de un orden

Julián Andrés Muñoz Tejada

Profesor del área de derecho penal de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: julian@soporttelegal.net

Resumen

La guerra civil de 1859-1862 (guerra por las soberanías) es importante en la medida en que presenta el único caso hasta ahora en la historia colombiana de triunfo de las fuerzas rebeldes, así como una gramática bélica planteada no sólo en términos de ejercicio de violencia física, sino también de guerra desde el derecho y discursos antagónicos a propósito de la soberanía. En este escrito se estudiarán algunas ideas de orden en el discurso de liberales y conservadores en el siglo XIX en Colombia. Para estos efectos, en la primera parte del ensayo se expondrán, a modo de introducción, las motivaciones y justificaciones expuestas por las élites de ambos bandos; en la segunda se mostrará cómo la prensa de ambos partidos contribuyó a la configuración de discursos de orden –léase de formas de entender la soberanía–; finalmente, se plantean algunas conclusiones.

Palabras Clave: Guerra civil; soberanía; orden; guerra desde el derecho.

La guerra civil de 1859: discursos sobre la construcción de un orden*

Introducción

Las guerras civiles decimonónicas¹ consistieron, entre otras cosas, en contiendas de tipo elitista² en las que primó la consolidación de un orden pensado por las élites a partir de la dominación -federalista o centralista / liberal o conservadora-, nunca, por ejemplo, a partir de la configuración de un proyecto de seguridad como aquel estado de cosas en el que se garantiza la ausencia de determinados riesgos -físicos en la perspectiva hobbesiana. Desde esta perspectiva, el problema crucial de la política del siglo XIX fue la instauración de un orden soberano que exhibiera su omnipresencia y omnipotencia.³

La contienda armada del siglo XIX estuvo determinada por la instauración de *un orden* a partir del cual concretar el proyecto de estado-nación iniciado desde el proceso de independencia. Esta situación nos ubica en un contexto común a toda Latinoamérica como es el hecho de que difícilmente puede hablarse de un Leviatán que haya sido capaz no solo de concitar obediencia en los súbditos sino también de monopolizar el ejercicio de la violencia en un territorio determinado, con lo cual las gramáticas de la guerra atraviesan el proceso de consolidación del Estado Nacional.⁴

* Este ensayo se realizó en el marco del curso de Historia política y constitucional del siglo XIX en la Maestría en Ciencia Política en el semestre 2010-1, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

¹ Sobre el concepto de guerra civil y la pertinencia de su uso para referir las contiendas del siglo XIX, se puede afirmar que: “El rasgo más importante de una guerra civil es que ella escenifica la lucha entre ciudadanos de la misma comunidad política e implica dos o más fuerzas contendientes, una de las cuales debe ser un ejército regular o cualquier otro tipo de tropa que se encuentre al servicio del gobierno. (...) A esta definición mínima de guerra civil se le pueden agregar cinco anotaciones. La primera señala que la guerra civil se opone a la unidad política y, por tanto, significa o presupone la disolución y fragmentación de dicha unidad; la segunda afirma que el carácter político de la guerra civil está dado porque al menos uno de los contendientes posee un vínculo con el gobierno; la tercera precisa que la guerra civil debe ser entendida, también, como ruptura de la sociedad; la cuarta afirma que la guerra civil siempre incluye la lucha corporal, el uso de instrumentos bélicos y, por tanto, el derramamiento de sangre, y la quinta señala que las guerras civiles deben ser entendidas como luchas regularizadas por la dominación territorial y la soberanía”. Uribe De Hincapié, María Teresa y López Lopera, Liliana María (2006). *Las palabras de la guerra. Un estudio sobre las memorias de las guerras civiles en Colombia*, primera edición, La Carreta Editores – Instituto de Estudios Políticos – Corporación Región, Medellín, pág. 32

² No todas las contiendas armadas tuvieron dicho carácter elitista; por ejemplo, las de 1854 y 1885 movilizaron la participación de sectores no pertenecientes a las élites. Por su parte, los “retozos democráticos” expuestos por Valencia Llano en el Valle del Cauca dan cuenta de cómo los sectores subordinados se vinculan con cierta “autonomía” a las contiendas; autonomía que para las élites de la época era vista con desdén por representar una muchedumbre movida por las pasiones y a la que solo parecía importarle el licor y el desorden. Valencia Llano, Alonso (2008). *Dentro de la ley. Fuera de la ley, resistencias sociales y políticas en el Valle del Río Cauca 1830-1855*, Región – Universidad del Valle, Cali, págs. 170-183.

³ Uribe De Hincapié, María Teresa. *Las soberanías en vilo, en un contexto de guerra y paz*, En: Revista Estudios Políticos, N° 13, julio – diciembre de 1998, págs.. 11-37. Esta autora afirma que una de las condiciones indispensables para pensar un orden soberano consiste tanto su omnipotencia -supresión de órdenes alternativos de facto- como omnipresencia -que su dominio llegue a todos los rincones del territorio-.

⁴ Centeno, Miguel Angel (2002). *The centre did not hold: war in Latin America and the monopolisation of violence*, Dunkerley, James. “Studies in the formation of the nation state in Latin America, Institute of Latin American Studies, London, págs. 55-56.

Con base en lo anterior, en este escrito se abordará el contexto de emergencia de la llamada *Guerra por las soberanías* como denominan María Teresa Uribe y Liliana María López⁵ a la guerra civil librada entre 1859 y 1862 entre facciones rebeldes y gobiernistas cuyo resultado constituyó el primer -y hasta ahora único- triunfo de fuerzas rebeldes sobre el Estado, con el resultado que Valencia Villa ya ha descrito: el surgimiento de otra Constitución Política -ésta de corte Federal- al estilo de una Carta de Batalla.⁶ Ahora, debido al período escogido -inicios de la contienda a comienzos del año 1859- se dejan de lado otros aspectos igualmente importantes como por ejemplo los beneficios del derecho penal en guerra -amnistías- y la manera como se construye la subjetividad del delincuente político.⁷

Generalidades de la contienda del año 1859

Cabe destacar que detrás del discurso por la defensa de la soberanía -o las soberanías-, de los llamados que hiciera la prensa de la época a las armas a favor de uno u otro bando, las condiciones de posibilidad de esta guerra estuvieron dadas, entre otras, por una serie de leyes que restaban o limitaban los poderes de las autoridades provinciales en asuntos como el electoral, el ordenamiento territorial, la intervención del gobierno central en el control regional de las elecciones, temas de Hacienda pública y orden público;⁸ en últimas, el trasfondo de la guerra en mención no era otro que el orden jurídico y las relaciones de dominación en el “proyecto nacional,”⁹ así como el papel de las élites regionales en la puja por mantener su poder político en las provincias.

Cuando se afirma que ésta fue una guerra por las soberanías, lo que se intenta señalar es que lo que estaba en juego no era propiamente el régimen político (central o federal) sino la dominación misma del Estado y su expresión soberana. En este conflicto se trenza un propósito del gobierno central por establecer el dominio directo del Estado mediante el control de los espacios territoriales a través de sus propias burocracias, frente a una resistencia armada y beligerante de intermediarios regionales de ambos partidos, casi todos funcionarios públicos, que reclamaban soberanía territorial para manera con relativa autonomía la vida económica y política de sus regiones, es decir, para mantener y fortalecer formas de dominio indirecto del Estado que les permitiese espacios de maniobra política más amplios para conservar el poder en las regiones y para obligar al

⁵ Uribe De Hincapié, María Teresa y López Lopera, Liliana María (2008). *La guerra por las soberanías: memorias y relatos en la guerra civil de 1859 – 1862 en Colombia*, Instituto de Estudios Políticos – La Carreta Editores, Medellín.

⁶ Valencia Villa, Hernando (1987). *Cartas de Batalla*, Universidad Nacional de Colombia, Fondo Editorial Cerec, Bogotá, págs. 105-148.

⁷ Orozco Abad, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 2006, págs. 106 – 113.

⁸ Uribe de Hincapié, María Teresa. *La guerra por las (...)ob. cit.*, págs. 116-122.

⁹ Un concepto como el de “proyecto nacional” tiene mejor rendimiento en términos explicativos que uno como el Estado, pues sería difícil pensar o imaginarse el Estado en Colombia a mediados del siglo XIX. El “proyecto nacional” es definido por Marco Palacios como: “un medio para estructurar y legitimar una forma de poder interno, búsqueda encabezada por las élites criollas una vez superada la coyuntura de la independencia y necesaria luego del desequilibrio que produce la ruptura del nexo monárquico colonial(...”, Palacios, Marco (Compilador). *Sobre la cuestión regional y el proyecto nacional venezolano en la segunda mitad del siglo. XIX*, En: andresfelipe.pabon.googlepages.com/JUSTIFICACION.pdf, Consulta hecha el 14 de junio de 2010.

gobierno central a negociar sus decisiones con ellos; el régimen político fue un asunto de segundo nivel, lo que estaba en juego era el Estado mismo y sus formas de dominación.¹⁰

Así las cosas, interesa observar los discursos mediante los que se incitó a la población, y en particular el papel de la prensa de la época en la configuración del *animus belli* que alentara el ingreso no solo de intermediarios y jefes político regionales, sino también de las clases sub alternas, a las que, posiblemente, resultara indiferente si se les dominaba por la vía de un régimen de corte federalista o uno de corte centralista.

La prensa y la agitación

La importancia de la prensa en la investigación historiográfica no se explica por el hecho de que en ella aparezca consignada información neutra y avalorativamente expuesta por los editores; por el contrario, la prensa -y en particular la prensa del siglo XIX- tenía como principal objetivo constituirse en instrumento difusor de ideas y creencias de diversa índole.¹¹ De suerte que se constituyó en una importante herramienta ideológica¹² que promocionó distintas nociones o ideas del orden -liberal o conservador- que efectivamente calaron en el imaginario no solo de las élites, sino también de las clases subordinadas, quienes, al parecer, comienzan a sentir identidad política por las ideas que tanto partido liberal como partido conservador difundían en los periódicos.

Sobre el papel de la prensa, exponen Uribe y Álvarez lo siguiente:

La peculiaridad de la prensa radica en que constituye una fuente primaria que no sólo consigna información sino que la interpreta, la valora, la señala, la exalta o la vitupera; en suma, toma partido frente a los sucesos ocurridos, a los que pueden ocurrir y a los que sólo existen en la imaginación, el recuerdo o el mito. Es el contrapunto de la información-desinformación; una visión móvil y cambiante de la realidad vista a través de los cristales opacos de la ideología, de los intereses particulares que se movieron en los diferentes espacios económico-políticos de la república, del sentido común, de las interpretaciones y las intencionalidades político-partidistas del director del periódico y de su grupo social.

En tanto que documento sesgado y subjetivo, la prensa refleja los imaginarios de una época, los sentidos comunes y las maneras mediante las cuales se argumenta o contra argumenta sobre los más variados asuntos de la vida nacional; pero para una correcta utilización de este material es necesario tomar distancia frente a lo consignado por la prensa. Ese tomar distancia tiene que ver con la necesidad de conocer de antemano las corrientes políticas y económicas que se movían en el seno de la sociedad, los intereses

¹⁰ Ibíd. , pág. 41

¹¹ Uribe de Hincapié, María Teresa y Álvarez Gaviria, Jesús María (2002). *Cien años de prensa en Colombia*. Catálogo indizado de la prensa existente en la Sala de periódicos de la Biblioteca Central de la Universidad de Antioquia, segunda edición, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, pág. 10

¹² Lo ideológico aquí referido no se entiende como falsa conciencia -en clara referencia al marxismo-, sino conjunto de creencias, como aquella escala de valores o principios que estructuran un horizonte de expectativas en términos de configuración de respuestas, justificación de posturas y definición de identidades. En este sentido, las ideologías son un conjunto de creencias que incluyen símbolos, rituales y un discurso que dota de coherencia dichas ideas o creencias. Guariglia, Osvaldo. *Ideología, verdad y legitimación*, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 1993, págs. 115-116; Van Dijk, Teun A (2000). *Ideología un enfoque multidisciplinario*, Gedisa, Madrid, págs. 44-45

que el periódico defiende o ataca, los proyectos políticos de dominación y control, pero también las fuerzas que se oponen y los mecanismos que se construyen en esa lucha; en fin, para una correcta utilización de esta fuente, es necesario descubrir la opacidad, la mediación ideológica que se sitúa entre la realidad y el escrito; es decir, realizar la crítica interna o el análisis del texto para, a la vez que se identifica la información, deducir actitudes y comportamientos políticos que pueden dar luz sobre aspectos aún desconocidos de la historia.¹³

Así las cosas, en este apartado se expondrán algunos fragmentos de prensa que responden a la agitada y convulsa realidad del segundo trimestre del año 1859, sobre todo lo relacionado con la polémica ley electoral del dicho año -detonante y pretexto de movilización por parte del General Mosquera-, por la manera como supuestamente dicha normatividad le recortaba manejo autónomo a las provincias por las élites regionales e inmiscuía al Estado central en sus asuntos. Esto fue relatado el periódico liberal la Causa del Pueblo.

La lei electoral espedida en el presente año, es una lei contraria a la República, i lo es porque esa lei no permite la libre expresión de todos los intereses sociales y políticos del pueblo, formulados por las diversas comuniones políticas que dividen a los habitantes del territorio nacional. Esa lei es una red que solo retiene lo que conviene al pescador que la maneja. I como este país no ha abdicado aún, sus sentimientos varios en política, esa lei que solo da paso a la expresión de las opiniones ministeriales, condena al silencio los intereses liberales, ofreciendo como el resultado de la opinión total del país, la opinión de las determinadas ideas del bando que hoy gobierna la República. Esta lei, pues, es un molde, una bocina de mentira, i la República es la verdad. La verdad! I solo con la verdad puede haber paz, orden verdadero i estabilidad donde quiera. Este principio sencillo y seguro como cierto, es el que nos ha hecho reflexionar en el triste estado moral de este país; pues a la par que el gobierno hace un tipo de mentira en su famosa lei de elecciones, otros hombres que deberían huir millares de leguas del camino de una imitación tan ajena de su propio decoro, nos ponen en la necesidad de protestar contra ellos, ante la opinión de las mayorías liberales del Estado de Cundinamarca: "que el pueblo liberal no abdica su bandera, en manos de ninguna secta política, i que rechaza i protesta desde ahora, contra la usurpación de la soberanía nacional, que consagra aquella lei."(...)

La nueva lei de elecciones destinada a matar los efectos del sufragio popular, aleja toda esperanza de que por medios regulares i pacíficos, vuelvan los pueblos a ser dueños de su suerte.

Por esa lei, la usurpación que hasta ahora se ha ejercido de echo, contra la soberanía del pueblo, ha quedado sancionada de derecho; i allá en el curso de los tiempos, ni vestijios siquiera dejará para vuestros hijos, de la República independiente i libre fundaron nuestros mayores. Hombres honrados de todos los partidos! hoi todo es abominación, iniquidad, latrocinio e injusticia de parte de los que se titulan nuestros gobernantes (...)"

(...)

¹³ Uribe De Hincapie, María Teresa y Álvarez Gaviria, Jesús María. Ob. Cit., págs. 12-13.

En fin, abajo la autoridad social ¡Abajo el gobierno! Esta es la última palabra del sacerdocio radical. Pero ¿cómo? ¿Acaso gradualmente, moralizando al hombre por la santidad del derecho i la armonía de la justicia universal? No tal! (...) La tarea es más fácil: se deroga el código penal...¿i qué queda para mantener ilesos el derecho ante el egoísmo brutal de los malvados? Qué queda? Pues la opinión!....los malvados contenidos por la opinión.¹⁴

Pero claro, la prensa de filiación conservadora también se pronunció, esta vez a favor de la citada ley:

(...) hemos visto inculpaciones contra el actual Congreso i Gobierno nacionales, suponiendo en ellos un plan para echar por tierra el sistema federal que nos rige, sustituyéndolo con el antiguo centralismo.

(...) La federación puede perecer de dos maneras, o por la independencia completa de los Estados i destrucción del vínculo federal, o por el retorno al antiguo centralismo. Cualquiera de estas dos eventualidades daría en tierra con la federación (...)

(...) Nosotros lo que queremos es que si la mayoría de los ciudadanos del Estado opina por la derogatoria de la lei de elecciones, que se le pida la derogatoria de dicha lei; pero si la mayoría de los Estados no la pide, i el Congreso federal no la otorga que continúe obedeciendo la lei (...)

Si sus intenciones son patrióticas y pacíficas; que presenten sus ideas de reformas, que si son en sentido federal es seguro que las apoyaremos, i juntos formaremos mayoría constitucional; pero a qué fin esta propaganda ardorosa i apasionada contra el Gobierno? Ah! Es que se quiere hacer odioso políticamente al Congreso, i al P.E de la confederación, i odiosos personalmente a los ciudadanos que los componen. Eso es todo, pero ese ha sido el primer paso, el preludio de la revolución; i por eso nosotros apoyamos a los que tal hacen llamarse conservadores (...)¹⁵

La misma preocupación se hizo sentir en algún sector de la prensa antioqueña:

Al fin salió la lei de elecciones que tanto ha dado que decir a la prensa radical. A la verdad la disposición de nombrar el Congreso i. el P.E. los miembros del Consejo electoral, es indudablemente mala, por los malos nombramientos que se pueden hacer, por las intrigas de mala lei que se ponen en juego en los cuerpos colegiados, y porque en definitiva los que hacen la elección son los Senadores y Representantes de cada Estado, (...)"

Hace algunos días que los periódicos de la capital nos traen graves rumores de una próxima e inminente perturbación del orden público de la Confederación , atribuyéndola los radicales a la lei de elecciones, i los conservadores a las ambiciones de algunos personajes. Estos rumores han tomado mayor consistencia con las

¹⁴ Periódico *La causa del pueblo*, trimestre I, Bogotá 10 de mayo de 1859, Archivo histórico Universidad de Antioquia, Rollo N° 0197. Otro periódico de notable filiación liberal es el *Tiempo de Bogotá*; en su edición del 24 de mayo de 1859 respalda las acciones del General Mosquera y responsabiliza al Gobierno Nacional por el, en ese momento, inminente estado guerra. Ver: Periódico *El Tiempo*, 24 de mayo de 1859, Archivo histórico Universidad de Antioquia, Rollo 006.

¹⁵ Periódico *El federalista*, Confederación Granadina, Estado del Cauca, Trim. 1, Cali, 1 de junio de 1859, Rollo N° 0241.

amenazas de algunos periódicos i con la hostilidad manifiesta del ciudadano Jeneral Mosquera a la actual administración nacional, i el juicio que ha emitido con respecto a la mencionada lei (...)

Véase, pues, que un alzamiento en esta circunstancias (sic), sería de la más alta trascendencia; que él comprometería la existencia misma de la nación, i esto sin contar las consecuencias económicas i morales que serían más funestas aún.

Es, pues, un deber i un interés de patriotismo mantener la paz a todo trance. Por medio de esta, i usando el derecho de discusión i publicación de que felizmente gozamos, se puede obtener mucho más, ocurriendo a las vías de hecho. Estas, son siempre funestas, i solo se pueden i deben emplear, cuando todos los medios legales han llegado a ser ineficaces para salvar el derecho. Mientras tanto es profundamente inmoral apelar a ellas. (Texto subrayado fuera del original)

Felizmente en el Estado de Antioquia la paz ha llegado ser una necesidad para todos, i el espíritu de orden i de subordinación ha calado profundamente en las masas. Nosotros no tememos ningún desorden en el Estado, i si, lo que Dios no permita, en algún otro Estado se levanta el grito de la rebelión, ese grito no encontrará eco entre nosotros (...)"

Si esas leyes son impopulares, el pueblo al hacer uso del derecho de sufragio, elevará a las curules de sus representantes a los a los individuos que le den seguridad de obrar de acuerdo con la opinión pública, de acatar la voluntad nacional. I hoy no hai ni siquiera pretesto para decir que el pueblo no puede manifestar su voluntad, porque está oprimido por el poder; pues jamás el gobierno ha sido más débil, jamás ha tenido menos fuerza material a su servicio (...)¹⁶

Nótese la manera como se construye una narrativa pro o contra subversiva sin recurrir a otros elementos que la defensa de la soberanía sobre la base de la legalidad de las formas –si nos referimos a los conservadores-, o la justicia de la lucha radical por encarnar una presunta verdad en contraposición a la “abominación, iniquidad, latrocinio e injusticia” del bando conservador.

Lo particular es que la soberanía que pretendía instaurarse –léase proyecto de orden- se pensaba de manera distinta dependiendo de que sus contenidos fueran formulados por el partido liberal o por el partido conservador. Existían, en efecto, diferencias notorias entre el orden pensado por los liberales y el concebido por los conservadores. Para los primeros constituían pilares de la acción política aspectos como: libertad religiosa, libertad económica y Estado mínimo.¹⁷ Por su parte, el conservatismo concebía el orden a partir de la infalibilidad de los principios cristianos, el papel de la Iglesia Católica como la única depositaria de tales principios, mayor protagonismo del Estado en la regulación de las relaciones sociales y económicas, y un descreimiento por las enseñanzas del utilitarismo y sensualismo de orientación benthamiana.¹⁸

¹⁶ Periódico *El Estado*, Medellín 13 de mayo de 1859, Archivo Histórico Universidad de Antioquia, Rollo N° 0236.

¹⁷ Palacios, Marco (1999). *Parábola del liberalismo*, Editorial Norma, Bogotá, pág. 88

¹⁸ Delphar, Helen (1994). *Rojos contra azules*, traducción de Álvaro Bonilla Aragón, Procultura, Bogotá, págs. 170-171

Ahora, cabe aclarar que los discursos de agitación de las élites liberal y conservadora no se corresponden totalmente con una idea de orden centralista o federalista respectivamente; es decir, no todos los conservadores propugnaban por un orden centralista, como tampoco todos los liberales clamaban por uno federalista. De hecho, al finalizar la guerra de 1854 el federalismo que se adopta responde más a la oportunidad y la conjura de riesgos políticos que a una auténtica convicción sobre su conveniencia como sistema político. En tal sentido, don Felipe Pérez decía lo siguiente: “Igual gloria o igual mengua para ellos (los partidos) pues si es cierto que la parte más avanzada en ideas del Partido Liberal era federalista en su totalidad, también lo es que el Congreso que sancionó la federación en su último y más solemne acto era conservador en su mayoría”. En igual sentido se pronunciaba en junio de 1857 el periódico *El porvenir*: “(...) la federación no fue de hombres de una sola bandera política; este halló adalides y adversarios tanto entre conservadores como entre los liberales. La reforma es ahora nacional y de las ventajas que reporte al país como de las consecuencias adversas que traiga serán responsables todos.”¹⁹

Conclusión

Tanto la construcción de un orden federalista como de uno centralista envuelven la pretensión por legitimar las formas de autoridad política que se consolidaron²⁰ en las provincias desde el proceso de independencia.²¹ Ello, sin embargo, no niega el hecho de que se existen profundas diferencias entre el proyecto de orden del liberalismo radical –usualmente vinculado con el federalismo- y el conservatismo –usualmente vinculado con el centralismo-, en temas como el manejo económico –librecambio-, las relaciones con la iglesia, los derechos y libertades del individuo, o la noción misma de ciudadanía.

Podría pensarse que tales diferencias no trascienden el plano meramente discursivo.²² No obstante, las diferencias de tipo práctico se pueden identificar en aspectos como la forma en que se concibieron las relaciones con la iglesia y el papel determinante de ésta en el control social de la población, en particular en asuntos como la educación pública, la regulación de la economía –librecambista o proteccionista-, el tamaño del Estado y su papel interventor en las relaciones entre los particulares y entre éstos y el Estado, la ordenación del territorio en términos de centralismo o federalismo, la manera de concebir los derechos de libertad –de manera ampliada o restringida-.

De esta manera, la guerra por las soberanías presenta precisamente un panorama en el que se exponen formas de ordenar la sociedad con base en discursos que definían la soberanía de manera diversa. Unos promovían el proyecto federalista –Mosquera y los rebeldes- y su discurso de autonomía y autodeterminación de los Estados federados frente al estado

¹⁹ Uribe de Hincapié, María Teresa y López Lopera, Liliana. *Las guerras por la soberanía (...)* ob. Cit., pág. 95

²⁰ Es importante precisar que la consolidación de autoridad fue un proceso lento en algunas zonas, como por ejemplo, las aledañas al Río Magdalena, en las cuales se presentó una mayor resistencia a la dominación de las élites emergentes. Zambrano Pantoja, Fabio. La geografía de las guerras en Colombia, en: “Memorias de la II cátedra anual de Historia Ernesto Restrepo Tirado: Las guerras civiles de 1830 y su proyección en el siglo XX, Museo Nacional, 2001, Bogotá, págs. 236-238

²¹ Calderón, María Teresa y Thibaud, Clement (2002). *La construcción del orden en el paso del antiguo régimen a la República. Redes sociales e imaginario político del Nuevo Reino de Granada al espacio grancolombiano*, En: Anuario colombiano de historia social y de la cultura, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Historia, Num. 29, Bogotá, pág. 136

²² Palacios, Marco (2002). *La clase más ruidosa y otros ensayos sobre política e historia*, Editorial Norma, Bogotá.

central –principalmente el papel de las burocracias en los Estados–; los otros –el Presidente Ospina y sus aliados–, defendían al proyecto centralista sobre la base de la preeminencia del Estado central que restaba poder a las burocracias de los Estados federados.²³

No se pretende minimizar el impacto de la contienda a una mera disputa por las asignaciones burocráticas. Esta guerra supuso, en cambio, una confrontación de ideas y concepciones sobre el Estado y la forma de entender la soberanía.

En conclusión, al iniciar la guerra de 1859 se construyen discursos de un orden soberano a partir del cual se definen las relaciones entre los individuos y entre éstos y el Estado que en ese momento, empleando palabras de Marco Palacios, no pasaba de ser un “proyecto nacional”. Las fuerzas gobiernistas y rebeldes justificaron su lucha sobre la base de la defensa de la soberanía; la discordia se presenta a partir de la manera como se entendía la soberanía entre los radicales y entre los conservadores, en últimas sobre la manera como se quería ordenar la sociedad en asuntos como el tributario y la garantía de los derechos, entre otros.

²³ Uribe de Hincapié, María Teresa y López Lopera, Liliana. *Las guerras por la soberanía...ob.* Cit., págs. 43-49.

Referencias Bibliográficas

Calderón, María Teresa y Thibaud, Clement (2002). *La construcción del orden en el paso del antiguo régimen a la República. Redes sociales e imaginario político del Nuevo Reino de Granada al espacio gran colombiano*, En: Anuario colombiano de historia social y de la cultura, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Historia, Núm. 29, Bogotá.

Centeno, Miguel Angel (2002). *The centre did not hold: war in Latin America and the monopolisation of violence*, Dunkerley, James. "Studies in the formation of the nation state in Latin America, Institute of Latin American Studies, London.

Delphar, Helen (1994). *Rojos contra azules*, traducción de Álvaro Bonilla Aragón, Procultura, Bogotá.

Guariglia, Osvaldo (1993). *Ideología, verdad y legitimación*, Fondo de cultura económica, Buenos Aires págs. 115-116.

Orozco Abad, Iván (2006). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá.

Palacios, Marco (2002). *La clase más ruidosa y otros ensayos sobre política e historia*, Editorial Norma, Bogotá.

_____. *Parábola del liberalismo*, Editorial Norma, Bogotá, 1999.

_____. (Compilador). *Sobre la cuestión regional y el proyecto nacional venezolano en la segunda mitad del siglo XIX*. En: andresfelipe.pabon.googlepages.com/JUSTIFICACION.pdf, sitio web consultado el 14 de junio de 2010.

Uribe de Hincapié, María Teresa y Álvarez Gaviria, Jesús María (2002). *Cien años de prensa en Colombia*. Catálogo indizado de la prensa existente en la Sala de periódicos de la Biblioteca Central de la Universidad de Antioquia, segunda edición, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín.

Uribe De Hincapié, María Teresa y López Lopera, Liliana María (2006). *Las palabras de la guerra. Un estudio sobre las memorias de las guerras civiles en Colombia*, primera edición, La Carreta Editores – Instituto de Estudios Políticos – Corporación Región, Medellín.

_____. *La guerra por las soberanías: memorias y relatos en la guerra civil de 1859 – 1862 en Colombia*, Instituto de Estudios Políticos – La Carreta Editores, Medellín, 2008.

_____. *Las soberanías en vilo, en un contexto de guerra y paz*, En: Revista Estudios Políticos, N° 13, julio – diciembre de 1998

Valencia Llano, Alonso (2008). *Dentro de la ley. Fuera de la ley, resistencias sociales y políticas en el Valle del Río Cauca 1830-1855*, Región – Universidad del Valle.

Valencia Villa Hernando (1987). *Cartas de Batalla*, Universidad Nacional de Colombia, Fondo Editorial Cerec, Bogotá.

Van Dijk, Teun A (2000). *Ideología un enfoque multidisciplinario*, Gedisa, Madrid.

Zambrano Pantoja, Fabio (2001). *La geografía de las guerras en Colombia*, en: “Memorias de la II cátedra anual de Historia Ernesto Restrepo Tirado: Las guerras civiles de 1830 y su proyección en el siglo XX, Museo Nacional, Bogotá.

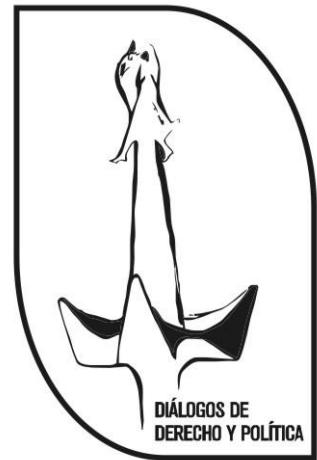
Prensa siglo XIX

Periódico El Estado, Medellín 13 de mayo de 1859, Archivo Histórico Universidad de Antioquia, Rollo N° 0236

Periódico La causa del pueblo, trimestre I, Bogotá 10 de mayo de 1859, Archivo histórico Universidad de Antioquia, Rollo N° 0197.

Periódico El federalista, Confederación Granadina, Estado del Cauca, Trim. 1, Cali, 1 de junio de 1859, Rollo N° 0241.

Periódico El Tiempo, 24 de mayo de 1859, Archivo histórico Universidad de Antioquia, Rollo 006.



SIDA: una enfermedad cuya principal causa y consecuencia es la discriminación

Sabrina Ayelén Cartabia

Estudiante de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA).
Asistente de investigación en el Centro de Estudios de Sociedad
y Estado (CEDES), Buenos Aires (Argentina). Correo
electrónico: scartabia@hotmail.com

Resumen

El siguiente artículo aborda la problemática del SIDA en relación con la discriminación. Para ello, se analiza cómo influye esta última como un factor de propagación de la enfermedad sobre determinados grupos haciéndolos más propensos a contraerla, y una vez infectados se presenta como un obstáculo para realizar un correcto abordaje de la afección, generando complicaciones en su calidad de vida. Si bien la comunidad internacional ha destinado recursos y ha reconocido la importancia de luchar contra dicho flagelo, la visión referida a cómo actuar sobre determinados grupos no ha sido incluida. Es por esta razón que actualmente encontramos que ciertas porciones de la población son más vulnerables a contraer la enfermedad que otras.

Palabras Clave: SIDA; discriminación; grupos vulnerables; grupos étnicos; mujeres; minorías sexuales; políticas de Estado.

SIDA: una enfermedad cuya principal causa y consecuencia es la discriminación

“Es la Humanidad la que se encuentra seropositiva, no existiendo una “minoría” de enfermos”

Declaración de los derechos fundamentales de la persona que vive con HIV/SIDA

1. Introducción

A lo largo de este trabajo se abordará la problemática referida al SIDA, observando las dos caras de una misma moneda: la discriminación. Ésta es la causa principal por la cual el virus se propaga con tanta intensidad. Influye sobre determinados grupos haciéndolos más propensos a contraer la enfermedad, y una vez infectados, se presenta como un obstáculo para realizar un correcto abordaje de la afección (entendido como acceso a las pruebas de HIV, diagnóstico adecuado, tratamiento integral y prevención de su diseminación).

Sí bien en el mundo entero ha crecido la incidencia de la lucha contra esta enfermedad, la visión referida a cómo actuar sobre determinados grupos no ha sido incluida. Es por esta razón que actualmente encontramos que ciertas porciones de la población son más vulnerables a contraer la enfermedad que otras. Para paliar esta situación es necesario integrar ó transversalizar la perspectiva de minorías sexuales, niñez, grupos étnicos, y género. Sin dejar de considerar las necesidades diferentes según el lugar y el tiempo.

Sin embargo los responsables de establecer estrategias, preparar políticas y asignar presupuestos para la prevención y el tratamiento del VIH, pasan con frecuencia por alto las necesidades particulares de estos grupos. Y las inversiones en las tareas de prevención siguen siendo lamentablemente inadecuadas.

Los Estados deben realizar esfuerzos para cumplir con el Objetivo de Desarrollo del Milenio 6, que consiste en detener y comenzar a reducir la propagación de la pandemia del HIV para 2015.

2. Discriminación y estigmatización, el antes y el después del HIV

“El VIH sólo pregunta una cosa a aquellos a quienes ataca: ¿Eres un ser humano? Y ésta es la pregunta correcta. ¿Eres un ser humano? Porque las personas que viven con el VIH no se han convertido en una especie de alienígenas: son humanos.”

Mary Fisher, activista contra el SIDA

El síndrome de inmuno deficiencia adquirida tiene desde sus orígenes una connotación discriminatoria. En la década del 80 fue presentado como una enfermedad relacionada con los homosexuales. En la actualidad se la sigue emparentando con la promiscuidad y

un estilo de vida frenético y desordenado. Sin embargo este flagelo universal no discrimina al hacerse presente.

El VIH no es una enfermedad mortal. Es una enfermedad crónica sensible a los tratamientos médicos, no obstante, la epidemia ha continuado su expansión. La desigualdad entre sexos, el estigma¹ y la discriminación² debilitan los esfuerzos por frenar el avance de la propagación del virus. Esto se debe a que, por una parte no se han resuelto las condiciones sociales que aumentan el riesgo³ y la vulnerabilidad⁴ relacionados con el virus. Por la otra debido al fuerte estigma que se ciñe sobre los seropositivos el cual genera que, muchos prefieran no realizarse el test y continuar ignorando su estado de salud o no comunicar el resultado, lo cual hace imposible tomar las medidas de bioseguridad necesarias para evitar su propagación.

El estigma relacionado con el VIH-SIDA es altamente complejo, dinámico y de profundo arraigo en la sociedad. Se vincula a desigualdades más amplias que están vigentes en la misma y a posturas morales, a menudo negativas, referidas al comportamiento sexual.

La discriminación y estigmatización hacia los infectados por el virus de HIV, reconoce diversas causas tales como: la falta de sensibilización y conocimientos sobre los efectos nocivos que derivan de ellos; temor, fundado sobre el desconocimiento y la falta de información adecuada, a contraer la enfermedad por establecer contacto con seropositivos; la creencia de que la enfermedad se contrae a causa de comportamientos inmorales o impropios considerados negativos.⁵

La discriminación hacia las personas que viven con el VIH y hacia quienes se piensa que viven con el virus se produce en familias y otras redes sociales. Existe también discriminación institucionalizada, entendida como leyes, políticas y procedimientos oficiales orientados negativamente a las personas que viven con el VIH o a grupos que se piensa que viven con el VIH, así como también la discriminación en el lugar de trabajo o

¹ ONUSIDA (2003). El estigma en relación con el VIH se define como: "... un "proceso de desvalorización" de las personas que viven o están asociadas con el VIH y el sida"

² La discriminación se refiere a las acciones que se realizan por motivos del estigma. La discriminación relacionada con el VIH se desprende del estigma y se refiere al tratamiento injusto y malintencionado de una persona a causa de su condición real o percibida en relación con el VIH. Ídem.

³ Riesgo: probabilidad o posibilidad de que una persona contraiga la infección por el VIH. Ciertos comportamientos crean, aumentan y perpetúan el riesgo. Por ejemplo, las relaciones sexuales sin protección con una pareja cuyo estado serológico respecto al VIH se desconoce, las parejas sexuales múltiples con quienes se mantienen relaciones sexuales sin protección y el uso de drogas inyectables con agujas y jeringas contaminadas. Informe sobre la epidemia mundial de SIDA, 2008 pág. 65

⁴ Vulnerabilidad: deriva de una serie de factores fuera del control de la persona que reducen la capacidad de individuos y comunidades para evitar el riesgo de contraer el VIH. Estos factores pueden incluir: falta de los conocimientos y las aptitudes requeridas para protegerse a sí mismo y a los demás; factores relativos a la calidad y la cobertura de los servicios (pág. ej. imposibilidad de acceder a los servicios debido a la distancia, el costo u otros factores); y factores sociales como violaciones a los derechos humanos o normas sociales y culturales. Estas normas pueden incluir prácticas, creencias y leyes que estigmatizan y restan poder a ciertas poblaciones, limitan su capacidad para acceder o usar los servicios y bienes de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Estos factores, por sí solos o combinados, pueden crear o exacerbar la vulnerabilidad individual y colectiva al VIH. Ídem.

⁵ ONUSIDA (2008)

en ámbitos de atención sanitaria.⁶ La omisión es también una forma de discriminación en los casos en que se desatienden o minimizan las necesidades y los intereses de las personas que viven con el VIH o las poblaciones estigmatizadas.

La discriminación es una violación de los derechos humanos y está prohibida por las leyes internacionales sobre derechos humanos. La Comisión de Derechos Humanos, actualmente el Consejo de Derechos Humanos, ha declarado que la discriminación por motivos de “otras condiciones” incluye el estado de salud y, en consecuencia, el VIH.

Es fundamental establecer una relación directa entre el HIV y los DDHH. De esta manera se garantiza que los gobiernos, el sistema de las Naciones Unidas, los donantes y el sector privado sientan la obligación y la capacidad de ayudar en la aplicación de los derechos necesarios para responder al VIH. Es un enfoque que coloca las normas y los principios relativos a los derechos humanos en el corazón mismo de todos los procesos de programación pertinentes al VIH y que faculta a las personas para que conozcan y reivindiquen sus derechos.⁷

Por otra parte, la discriminación, genera otros conflictos a los cuales se debe buscar solución. 1- gran cantidad de enfermos encuentran barreras para alcanzar los tratamientos médicos prescriptos. 2- la sociedad excluye a los seropositivos, marginándolos del ámbito laboral, educativo y social. 3- Muchas personas evitan realizarse ó no pueden acceder al test de HIV. 4- el género: las mujeres son 4 veces más propensas a contraer SIDA que los hombres.⁸

La violencia hacia los infectados se evidencia como un síntoma más de la enfermedad. Actúa sobre las estructuras psicológicas del infectado debilitándolo. El paciente no sólo debe asumir el hecho de padecer una enfermedad crónica que puede conducirlo a la muerte, sino que además sufre la marginación de la sociedad, la pérdida de su trabajo y las dificultades derivadas de proveerse de los medicamentos necesarios para tratar la afección. Los seres humanos son animales inherentemente sociales, y su salud física y psicológica se deteriora cuando se los aísla o se los separa de su grupo social.

Es por esta razón que muchas personas deciden no someterse a las pruebas, aunque estén en el grupo de alto riesgo. Quienes padecen la infección pueden no estar dispuestos a revelar su estado por miedo al estigma y al rechazo. Por otra parte sólo el 12% de las personas que desean someterse a una prueba de HIV tiene posibilidades de hacerlo.⁹ Si estas pruebas estuvieran disponibles de manera más generalizada, quienes obtuvieran resultados positivos podrían ser remitidos para tratamiento, apoyo y atención, y tendrían la oportunidad de hablar con personas informadas que podrían ayudarles a comprender

⁶ “74 países restringen la entrada o la estadía de las personas en función de su estado serológico respecto del VIH, entre ellos, 12 países que prohíben la entrada de personas con VIH por cualquier razón o por cualquier período de tiempo.” Informe sobre la epidemia mundial de sida 2008, ONUSIDA, pág.77

⁷ Ídem., pág. 66

⁸ AIDS - 5 years since ICPD, UNAIDS (1999), En: <http://www.unaids.org/publications/documents/human/gender/newsletter.pdf>. Consulta hecha el 23 de junio de 2009.

⁹ ONUSIDA, UNFPA y UNIFEM, *Women and HIV/AIDS, Confronting the Crisis*, Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, Fondo de Población de las Naciones Unidas, y Fondo de Desarrollo para la Mujer de las Naciones Unidas, Ginebra/Nueva York, 2004, pág. 17

lo que significa su situación como portadores del VIH y explicarles cómo pueden llevar una vida productiva y satisfactoria. En este sentido la estadística indica que sólo un 10% de los infectados conocen su condición.¹⁰

Evitar hacerse el test de HIV o no acceder al mismo, tiene consecuencias negativas en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad. Pero esta situación no sólo afecta a quienes se encuentran infectados, si no a la sociedad en su conjunto ya que bajo estas circunstancias la diseminación del virus se vuelve más fácil.

En íntima relación con este punto se encuentra el derecho a la confidencialidad del resultado de la prueba de HIV. Quien se realiza el test es la única persona a la cual se le puede informar su resultado, no pudiendo evadirse su consentimiento para realizar el mismo o divulgar su contenido. Es una práctica difundida incluir pruebas de HIV en los exámenes preocupacionales, sin el conocimiento de quien será sometido a análisis. Esto determina que sea muy difícil, para los seropositivos conseguir trabajo.

El marco normativo de los Estados debe ser una fuerza que arrase con el estigma, la discriminación y la vulnerabilidad. Protegiendo a las personas infectadas de estos flagelos por medio de herramientas legales tales como el amparo¹¹ ó derogando las leyes que criminalizan a los enfermos¹². Las leyes también pueden proteger a otros grupos (por ejemplo, a los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, usuarios de drogas o profesionales del sexo) de las violaciones de derechos humanos, en especial de la violencia, el vilipendio, la discriminación y la falta de acciones judiciales debidas.

Por otra parte, desde las agencias educativas debe abordarse la problemática. Otorgando correcta información y sensibilizando a los alumnos respecto a los efectos nocivos que genera la discriminación. Los medios de comunicación también son útiles en la difusión del discurso antiestigmatizante.¹³ Debe fomentarse la interacción laboral y cultural de los infectados de HIV con la sociedad, revalorizando el lugar que el enfermo ocupa como persona dentro de la comunidad.

Es fundamental que dentro de las unidades sanitarias el enfermo encuentre apoyo y contención, así como los tratamientos y medicinas que aporten a mantener su estado de salud. En este punto es importante resaltar la relevancia que tiene en la formación de los profesionales de la salud. Esta debe estar integrada con un conocimiento profundo de los DDHH, y de la importancia de su cumplimiento.

¹⁰ La Coalición Mundial sobre la Mujer y el Sida. "Mantener la promesa un programa de acción para la mujer y el SIDA", 2006 pág. 14

¹¹ "Un tercio de los países del mundo carecen de amparos legales contra la discriminación por el HIV." Informe sobre la epidemia mundial de sida 2008, ONUSIDA, pág. 64

¹² El derecho penal aplicado sobre los enfermos de SIDA alienta la percepción de que las personas que viven con el VIH son delincuentes y debilita el objetivo de acceso universal, no discriminación ni estigmatización.

¹³ "Los medios pueden desempeñar un papel esencial en la reducción del estigma y la discriminación relacionados con el VIH. En 2007, la Red Nacional de Sida de Zambia capacitó a más de 300 periodistas para que informaran sobre cuestiones relativas al VIH. La Campaña Nacional contra el Estigma Relacionado con el VIH de Ghana, lanzada en enero de 2007, incluyó anuncios en la televisión y la radio nacionales que preguntaban: "¿Quién es usted para juzgar? Las personas que viven con el VIH son iguales a usted?". Informe sobre la epidemia mundial de sida 2008, ONUSIDA, pág. 83

En este marco podemos afirmar que el Sida no es sólo una enfermedad, sino un conflicto social.

3. Problemas relacionados con la niñez, la juventud y el HIV

No alcanzar el objetivo sobre el VIH/SIDA afecta de manera negativa en con una incidencia fenomenal a los niños y niñas del mundo. Las posibilidades para progresar en el logro de otros objetivos, tales como reducir la pobreza extrema, el hambre, la mortalidad materno infantil, mejorar la salud y proporcionar educación primaria, entre otras se ven truncadas.

La pandemia deja a millones de niños, niñas, adolescentes y jóvenes expuestos al peligro y necesitados de protección. El SIDA está redefiniendo el significado mismo del concepto de infancia para millones de niños y niñas, privándoles de muchos de sus derechos humanos: del cuidado de sus progenitores; de sus maestros y sus modelos de conducta; de su derecho a la salud; de su educación y sus posibilidades para el futuro; de la protección que necesitan contra la explotación y el abuso; entre otros. En este sentido vale la pena citar:

El Sida no ha dejado intacto a ningún país, ni rico ni pobre. En los 54 países donde la incidencia del VIH entre los adultos ha alcanzado a más del 1% de la población general, el VIH/SIDA afecta directamente a millones de niños, niñas, adolescentes y jóvenes. En los países con mayor número de casos, los sistemas de salud tienen cada vez menos capacidad para prestar tratamiento y cuidados a los niños y sus familias. Las escuelas han comenzado a dejar de funcionar, al perder a sus maestros que se enferman y mueren. Los agricultores, hombres y mujeres, cada vez están más enfermos para realizar su labor. Las familias afectadas venden sus propiedades, y gastan cada vez mayores cantidades de dinero en atención de la salud, empobreciéndose todavía más. Todos aquellos niños y niñas que no han perdido a un miembro de su familia debido al VIH/SIDA, han perdido a maestros, compañeros de clase y vecinos, y a otras personas que les servían como modelos de conducta.¹⁴

Todos los días

Se producen cerca de 1.800 infecciones por VIH entre los niños y niñas menores de 15 años, la mayoría debidas a la transmisión de madre a hijo. 1.400 niños y niñas menores de 15 años mueren debido a enfermedades relacionadas con el SIDA. Más de 6.000 jóvenes entre 15 y 24 años contraen el VIH.

Después de más de 20 años

Menos de un 10% de las mujeres embarazadas reciben servicios para evitar la transmisión del VIH a sus recién nacidos. Menos de un 10% de los niños y niñas que han quedado huérfanos o son vulnerables a causa del SIDA reciben asistencia pública o tienen acceso a servicios de apoyo.

¹⁴ UNICEF, "Un llamamiento a la acción. Niños y niñas, el rostro oculto del SIDA", octubre 2005, pág. 4

Menos de una tercera parte de las mujeres de 15 a 24 años de África sub sahariana están plenamente informadas sobre cómo evitar la enfermedad.¹⁵

Distintos llamamientos, entre los que podemos citar: la Cumbre del G-8 de 2005, la Cumbre Mundial de 2005, y otras declaraciones y compromisos sobre el VIH/SIDA, UNICEF, ONUSIDA, exhortan a la sociedad mundial en su conjunto a que se unan en una campaña para apoyar las actividades nacionales necesarias para asegurar que ésta sea la última generación de niños y niñas que deban soportar la carga del SIDA. Esta petición es lógica teniendo en cuenta que la dispersión del virus hacia los niños es totalmente evitable. Ya que con un adecuado y temprano diagnóstico, puede realizarse el adecuado tratamiento a la madre evitando la transmisión vertical del virus durante el embarazo, el nacimiento y la lactancia. Muchos de los 270,000 niños que murieron en 2007 nunca recibieron un diagnóstico de HIV, ó entraron bajo tratamiento.¹⁶ En este sentido vale la pena citar: "La comunidad internacional lleva ya más de dos décadas preocupándose por el SIDA. Sin embargo, sus repercusiones sobre la infancia no se han tenido debidamente en cuenta."¹⁷ En la misma línea de la afirmación precedente veremos algunos problemas relacionados con dicha falencia.

Muchos niños son privados de nacer sin la enfermedad. La estadística nos muestra que un 35% de los niños y niñas nacidos de madres VIH-positivas contraerán el virus.¹⁸ A muchos otros se les priva de su infancia, debiendo asistir a la muerte de sus padres. Se calcula que, a nivel internacional, 15 millones de niños y niñas han quedado huérfanos a causa del VIH/SIDA. Menos de un 10% de estos niños y niñas reciben actualmente algún tipo de apoyo y de servicios públicos.¹⁹ A los niños y niñas se los priva de la medicación que requieren, menos de un 5% de los niños y niñas seropositivo tienen acceso a tratamiento pediátrico contra el SIDA. Aunque hay medicamentos pediátricos son más caros que los indicados para adultos,²⁰ difíciles de administrar y suelen tener un mal sabor. Los laboratorios que investigan y desarrollan medicamentos han dudado en invertir en la preparación de productos pediátricos debido a que la infección por VIH entre los niños y niñas de los países industrializados ha sido prácticamente eliminada, mientras que la demanda de productos infantiles en los países de bajos ingresos sigue siendo incierta. Otro problema es la falta de un diagnóstico específico para las niñas y los niños infectados menores de 18 meses, la ineficacia de los sistemas de distribución de suministros y la ausencia de un personal médico cualificado para tratar a estos niños y niñas. También debemos resaltar que se los priva de la educación, esto se debe a que, en

¹⁵ Los datos estadísticos fueron extraídos de UNICEF, "Un llamamiento a la acción. Niños y niñas, el rostro oculto del SIDA", octubre 2005 pág. 2

¹⁶ UNICEF, UNAIDS, WHO, *Towards Universal Access: Scaling up HIV services for women and children in the health sector – Progress Report 2008*, New York, 2008.

¹⁷ UNICEF, *Un llamamiento a la acción. Niños y niñas, el rostro oculto del SIDA*, octubre 2005 pág.2

¹⁸ ONUSIDA, UNICEF y USAID, "Niños al borde del abismo 2004, Un informe conjunto sobre nuevos cálculos en la cifra de huérfanos y un marco de acción", Population, Health and Nutrition Information project para la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, Washington, D.C., 2004, pág. 8

¹⁹ UNICEF, *Un llamamiento a la acción. Niños y niñas, el rostro oculto del SIDA*, octubre 2005 pág.6

²⁰ " Los cuidadores de los niños más pequeños tienen muchas veces que dividir y triturar las fórmulas para adultos a fin de administrárselas a los niños, y corren el riesgo de darles una dosis inadecuada o excesiva" "las formulaciones pediátricas del mismo tipo son de cuatro a ocho veces más caras, según la edad y el peso del lactante." Ídem. pág. 7

los países más afectados (que también son los más pobres) se ha desarticulado la demanda de educación, la provisión de maestros, los recursos disponibles para las escuelas y la calidad de la enseñanza.²¹ Cuanto más se propaga la enfermedad, los niños y las niñas se educan en menor medida, generando esto un impacto negativo en la sociedad entera, ya que estos futuros adultos carecerán del conocimiento y la confianza necesarios para protegerse y prepararse para una vida plena y productiva. Muchos niños no tienen cubiertas sus necesidades nutricionales ni tienen acceso a agua potable, esto sin lugar a duda afecta su posibilidad de sobrevivir, desarrollarse y crecer. Los niños y niñas que viven con VIH tienen mayores necesidades nutricionales que otros. Esto se debe a que la desnutrición debilita el sistema inmunológico y hacer que la infección por VIH avance más rápidamente. Lamentablemente en los hogares donde los adultos han contraído la enfermedad la disponibilidad de alimentos disminuye ante la imposibilidad de estos de trabajar. En este sentido es importante destacar que en los países cuya economía se basa en la agricultura, los padres enfermos tienen menos posibilidades de enseñar a sus hijos el arte de cultivar, esto ahonda el problema de la escasez de alimentos y la productividad de las futuras generaciones.

Es notoria la relación directa que hay entre pobreza y avance del virus. En este sentido los estados deben evaluar y generar políticas que hagan especial hincapié en la reducción de la pobreza de los niños y niñas que, ante esta situación, he imposibilitados de medios para subsistir, recurren al peligroso cóctel formado por la mendicación, el delito y la prostitución infantil.

La ONU, por medio de su documento “Un llamamiento a la acción. Niños y niñas, el rostro oculto del SIDA”, propone cuatro líneas de acción referidas a la problemática de la niñez y el HIV:

- Prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo
- Proporcionar tratamiento pediátrico
- Prevenir la infección entre los adolescentes y los jóvenes
- Proteger y apoyar a los niños y niñas afectados por el VIH/SIDA

Proveer servicios que contemplen la asistencia técnica y otro tipo de apoyo para la integración en los servicios de maternidad y salud infantil de las intervenciones de prevención de la transmisión de madre a hijo y los programas de tratamiento del VIH/SIDA, es fundamental para disminuir la incidencia de la transmisión materno-infantil.

En esta línea los Estados deben mejorar su capacidad para identificar a las mujeres y los niños y niñas que viven con VIH y proporcionarles servicios, incluido el acceso a las pruebas del VIH, tratamiento antirretroviral y tratamiento de infecciones oportunistas.

²¹ “Aquellos maestros que no viven ellos mismos con el VIH, suelen faltar a su trabajo porque tienen que ocuparse de familiares enfermos. Su moral disminuye a medida que sus colegas mueren a causa del SIDA y las condiciones de trabajo se deterioran. En los hogares más pobres, que consagran a la enseñanza la proporción más elevada de sus ingresos, los costos de la educación y de los uniformes y materiales educativos pueden llegar a ser prohibitivos.” Ídem., pág.9

La educación sexual temprana de los adolescentes es fundamental, si no disponen de la información necesaria para evitar el contagio se ven imposibilitados de protegerse.²² Por otra parte estar informados les permite tomar decisiones racionales. Contrariamente a esta necesidad, la estadística revela que los jóvenes no toman seriamente a la profilaxis al momento de mantener relaciones sexuales.²³ Los adolescentes pueden no entender o desestimar cuan expuestos están a contraer enfermedades de transmisión sexual (ETS), incluido el HIV. Esto se evidencia en algunos países, donde incluso teniendo acceso a buena información respecto a las ETS y el HIV, no creen ser vulnerables a contagiarse.²⁴ Un ejemplo de la afirmación precedente puede observarse en UK, donde el número de jóvenes con clamidia, gonorrea y herpes genitales ha crecido en más de un 100% desde 1995.²⁵

Evidentemente el mensaje referido a la prevención de ETS no obtiene una buena recepción entre los jóvenes.

Para que los jóvenes internalicen la protección se debe empezar a pensar campañas que recepten sus necesidades, que son cambiantes según las circunstancias y el lugar. Al mismo tiempo se les debe facilitar información sobre la sexualidad en líneas generales y particularmente referidas a las ETS, ya que constantemente miles de jóvenes se inician sexualmente y pueden nunca haber recibido información, soporte o consejos referidos al HIV, lo cual volvería irrelevante a la enfermedad.

Es fundamental que cuenten con espacios donde aclarar sus dudas y acceder a profilaxis, en caso contrario podría generarse una construcción errónea de la pandemia basada en mitos y estigmas. Es relevante, en este punto, considerar el papel que deben tener los padres cuando consideramos a los menores de edad. Exigir una autorización de los mismos supone una barrera que aleja a los jóvenes del sistema sanitario y que no supone beneficio alguno. A partir de una determinada edad los niños tienen conciencia de su cuerpo y de su sexualidad. Los estados deben determinar un estándar objetivo que les permita acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva.²⁶

Por otra parte es de gran relevancia otorgarle a los jóvenes oportunidades para desarrollar sus habilidades, brindándoles mayor confianza, lo cual repercutirá a la hora de tomar decisiones y cuidar de sí mismos, promoviéndose de esta manera su igualdad y su salud sexual.

²² Las encuestas de indicadores sobre el SIDA, Encuestas de Demografía y Salud y Encuestas Agrupadas de Indicadores Múltiples (MICS) para 2000–2004 revelaron que menos de la mitad de las mujeres jóvenes de 15 a 24 años conocían métodos para evitar la transmisión.

²³ THT (2007, 4 de julio), 'Survey highlights shocking ignorance about HIV, 25 years after death of Terry Higgins'

²⁴ Who *information factsheet*, nº 186 En: <http://www.who.int/inf-fs/en/fact186.html>, consulta hecha el 17 de julio de 2003.

²⁵ Health Protection Agency "All new episodes seen at GUM clinics: 1997 - 2006. United Kingdom and country specific tables", Julio de 2007.

²⁶ En este sentido el Estado argentino, por medio de la ley 25.673/2003 y su decreto reglamentario, estableció que sólo los menores de 14 años deben concurrir acompañados por sus padres a los servicios de salud sexual y reproductiva.

Es importante señalar la importancia que tiene la Convención sobre los Derechos del Niño. En sus artículos 24 y 25, se establecen las obligaciones de los estados ratificantes en relación con el derecho a la salud del niño, debiendo reconocerse en su favor el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades. Esforzándose por que ningún niño sea privado de tales servicios. En particular los Estados están obligados a tomar medidas tendientes a reducir la mortalidad infantil; 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; combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; 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; desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

Los Estados Partes están obligados a adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños, y reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación. Por otra parte se comprometieron a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido, teniéndose en cuenta sobre todo, las necesidades especiales de los países en desarrollo.

4. El Sida y la problemática de género

“Toda estrategia sobre el SIDA debería superar la prueba: ¿funciona para las mujeres?”
Dr. Peter Piot, Director Ejecutivo, ONUSIDA

El SIDA está afectando a un número cada vez mayor de mujeres y niñas.²⁷ Cerca de 25 años después de haberse iniciado la epidemia, las desigualdades entre los sexos y la baja

²⁷ Se aportan los siguientes datos estadísticos para reforzar la hipótesis: En todo el mundo están viviendo con el VIH unos 17,3 millones de mujeres de edad igual o superior a 15 años; o sea, el 48% del total mundial. Las tres cuartas partes (76%) de todas las mujeres VIH-positivas viven en África sub sahariana, donde las mujeres constituyen el 59% de los adultos infectados por el virus. En África sub sahariana son mujeres casi tres de cada cuatro (74%) jóvenes de 15-24 años que viven con el VIH. En Asia, Europa oriental y América Latina, una proporción creciente de las personas que viven con el VIH son mujeres y niñas. Las mujeres representan actualmente el 30% de los adultos que viven con el VIH en Asia. Las cifras son mayores en algunos países de la región, y llegan al 39% en Tailandia y al 46% en Camboya. En Ucrania, que tiene una de las epidemias de crecimiento más rápido en Europa, las mujeres representan actualmente cerca de la mitad (46%) de los adultos infectados por el VIH. En el Caribe, el 51% de los adultos que viven con el VIH son mujeres, mientras que en las Bahamas y Trinidad y Tobago las cifras se

condición social de la mujer siguen siendo dos de los principales factores impulsores del VIH. Sin embargo, las respuestas actuales al SIDA no abordan, en conjunto, los factores sociales, culturales y económicos que exponen a las mujeres al riesgo de contraer el VIH y les imponen de forma desproporcionada las consecuencias de la epidemia. Las mujeres y niñas tienen menos acceso a la educación y a la información sobre el VIH; por lo general no gozan de igualdad en el matrimonio y las relaciones sexuales, y continúan siendo las principales cuidadoras de los miembros de la familia y la comunidad que sufren enfermedades relacionadas con el SIDA. Para ser más eficaz, la respuesta al SIDA debe tener en cuenta los factores que continúan colocando a las mujeres en situación de riesgo.²⁸

La condición social desigual de las mujeres genera desventajas a la hora de recibir información referida a la prevención, negociar encuentros sexuales protegidos y acceder a los tratamientos en caso de infección.

Lo expuesto en el párrafo precedente se debe a que: 1-se considera que las mujeres no deben saber de sexo.²⁹ Se las considera como promiscuas o adulteras si buscan información referida a una vida sexual activa sin riesgos. En contraste los hombres son incentivados a experimentar sexualmente a temprana edad y tener más de una pareja sexual a lo largo de sus vidas. 2- Las mujeres ven disminuidas sus capacidades para negociar sobre las circunstancias en las que tiene relaciones sexuales. Esto se debe a la inequidad en la distribución del poder, los recursos económicos y sociales. Muchas mujeres y niñas de bajos recursos se ven forzadas a prostituirse para percibir ingresos. En estas circunstancias sus posibilidades de exigir prácticas de sexo seguro son muy bajas.³⁰ 3- El género influye también en el pronóstico y tratamiento de la enfermedad. Las diferencias que se presentan respecto del acceso a la información, el prurito referido a realizar el análisis y poner en evidencia su enfermedad³¹ configuran las condiciones para que sea más difícil obtener diagnóstico y tratamiento. Esto deriva en que las mujeres seropositivas tengan una esperanza de vida menor que los hombres³² Esta circunstancia se ve potenciada por la realidad socioeconómica de América Latina, donde la tendencia es que en los hogares donde hay personas de distinto sexo infectadas, se tienda a preservar las necesidades nutricionales y tratamiento del jefe de familia masculino.

La violencia contra las mujeres es un fenómeno habitual a lo largo y a lo ancho del mundo. Las situaciones de abuso que deben vivir las mujeres son ignoradas o minimizadas. De esta manera se les arrebata el bienestar, su salud y sus derechos. En este

sitúan en el 59% y 56%, respectivamente. En los Estados Unidos de América, el SIDA es la principal causa de mortalidad entre las mujeres afro americanas de 25-34 años. "Mantener la promesa un programa de acción para la mujer y el SIDA", La coalición Mundial Sobre la Mujer y el Sida, 2006 pág. 8

²⁸ Ídem, pág. 3

²⁹ Aníbal D'Auria, *El anarquismo frente al derecho: lecturas sobre propiedad, familia, estado y justicia*, Buenos Aires, Libros de Anarres, 2007, pág. 130

³⁰ Women and VIH/AIDS, WHO Fact sheet 242 (2000) En: <http://www.who.int/inf-fs/en/fact242.html> Consulta hecha el 30 de junio de 2009.

³¹ "Cuando las mujeres ponen en evidencia que son VIH positivas también enfrentan el riesgo de la violencia así como del abandono por parte de sus parejas, familiares y amigos. Un estudio realizado en los EE.UU. muestra que el 20.5% de las mujeres infectadas por el VIH reportaron abuso físico." OMS, 2000

³² Gender and VIH/AIDS UNAIDS Fact Sheet (2001) En: http://www.unaids.org/fact_sheets/files/GenderFS_en.pdf, consulta hecha el 29 de junio de 2009.

sentido vale citar: "Los estudios en Sudáfrica y Tanzania indican que las mujeres que han sido objeto de violencia tienen una probabilidad hasta tres veces mayor de estar infectadas por el VIH que las mujeres que no han experimentado violencia."³³

La violencia -incluso el miedo a la violencia- también impide que muchas mujeres y niñas averigüen o revelen su estado del VIH, o que accedan a servicios básicos sobre el SIDA. En esta línea vale citar:

En Camboya, el miedo a la violencia doméstica parece ser uno de los motivos por los que un número inesperadamente bajo de mujeres utilizan servicios de asesoramiento y pruebas del VIH en algunos dispensarios prenatales.³⁴

En un dispensario de Zambia, cerca del 60% de las mujeres que reunían las condiciones para recibir terapia antirretroviral gratuita rechazaron el tratamiento, en parte porque temían la violencia y el abandono si revelaban su estado del VIH a sus parejas.³⁵

Se evidencia una relación directa entre violencia de género (tanto sexual como doméstica) y la infección. Podemos afirmar esto teniendo en cuenta que la proporción global de mujeres VIH-positivas ha aumentado progresivamente. Este proceso es más visible en los países donde el virus se propaga mayoritariamente por vía sexual, tales como África, América Central y el Caribe.³⁶

En el sentido antes señalado es interesante observar los siguientes datos estadísticos:

- En 1997 mujeres constituían el 41% de las personas VIH positivas, en 2002 esa cifra había llegado casi al 50%.³⁷
- A fines de 1999, mujeres constituían 25% y 30% de los adultos seropositivos al VIH en América Latina y el Caribe, respectivamente. Actualmente, esos porcentajes han aumentado a 30% y 50%.³⁸
- En el Caribe, aproximadamente 3.000 niños nacen al año de madres seropositivas. A la medida que crece el número de mujeres infectadas por VIH, también aumenta el número de niños infectados por VIH.³⁹

³³ Amfar (2005). *Gender-based violence and HIV among women: assessing the evidence*. Issue Brief No. 3, Junio. Disponible en <http://www.amfar.org/cgi-bin/iowa/programs/publicp/record.html?record=28>. Consulta hecha el 30 de junio de 2009.

³⁴ Duvurry N, Knoess J (2005). *Gender Based Violence in Cambodia: Links, Opportunities and Potential Responses*. Agosto. OMS, Campaña Mundial de Prevención de la Violencia, Centro Internacional de Investigaciones sobre la Mujer, Organismo Alemán de Desarrollo (GTZ).

³⁵ Fleischman J (2005). *Strengthening HIV/AIDS Programs for Women: Lessons for U.S. Policy from Zambia and Kenya*. Center for Strategic and International Studies. Washington. Disponible en http://www.globalaidsalliance.org/docs/Strengthening_AIDS_Programs_for_Women.pdf. Consulta hecha el 30 de junio de 2009.

³⁶ ONUSIDA/OMS Resumen Mundial de la Epidemia del VIH/SIDA. Ginebra, 2001.

³⁷ ONUSIDA/OMS, 2004 Informe sobre la epidemia mundial de SIDA. 2004.

³⁸ ONUSIDA/OMS Resumen Mundial de la Epidemia del VIH/SIDA. Ginebra, 2001.

³⁹ Bilali, C. *Eighteen years of the VIH/AIDS Epidemic in the Caribbean: A summary*. Presentación de CAREC <http://www.carec.org/publications/presentations.htm> consulta hecha el 30 de junio de 2009.

La violencia sexual entendida desde la óptica tradicional (que incluye al abuso y a la violación) así como la inclusión de una concepción superadora en la que se enmarcan la incapacidad de las mujeres para negociar el uso de condones o las condiciones bajo las cuales las relaciones sexuales ocurren, entre otras; constituyen factores de riesgo frente a la propagación Enfermedades de Transmisión Sexual. Es interesante observar los siguientes datos de la región de América Latina:

- Más del 36% de las niñas y el 29% de los niños han sufrido abuso sexual infantil en la región.⁴⁰
- Hasta una tercera parte de las adolescentes en la región ha sufrido una iniciación sexual forzada.⁴¹
- En algunos países casi una de cada cuatro mujeres señala haber sido víctima de violencia por parte de su pareja.⁴²
- El 90% de niñas Peruanas entre 12-16 años que dieron a luz fueron embarazadas por violación, frecuentemente por incesto.⁴³

Por otra parte el tráfico de mujeres y niñas con fines de explotación sexual es una de las formas más extendidas de violencia de género y un factor determinante de la propagación del VIH/SIDA ya que las posibilidades de negociar el sexo protegido y el uso del condón son mínimas o nulas.

Las prestaciones de atención después de una violación y de profilaxis posexposición son obligaciones de los Estados. En este sentido se debe generar un espacio sanitario al cual la mujer se sienta segura de recurrir. Debe brindársele contención, evitándosele padecimientos que la victimasen doblemente.

Es fundamental tener en cuenta que el éxito de la terapia antirretroviral en las mujeres depende esencialmente de las libertades y derechos jurídicos, un comportamiento cultural de apoyo y un sistema sanitario favorable. Deben derribarse los obstáculos que impiden a las mujeres acceder al test, así como al tratamiento antirretroviral. En diversos países existen trabas legales que generan diferencias de género que alejan a las mujeres de los servicios sanitarios. En este sentido vale citar: “Los tribunales de justicia de Zambia están fomentando el miedo a la revelación entre las mujeres, ya que la ley concede el divorcio a los varones cuyas mujeres se someten a la prueba voluntaria del VIH o reciben tratamiento antirretrovírico sin su aprobación.”⁴⁴

⁴⁰ Informe de la OPS/OMS, 2003

⁴¹ Informe de la OPS/OMS, 2002

⁴² Ídem.

⁴³ UNFPA, Estado de la Población Mundial 1997, El derecho a optar: Derechos de procreación y salud reproductiva.

⁴⁴ la coalición mundial sobre la mujer y el sida: “Mantener la promesa un programa de acción para la mujer y el SIDA”, 2006 pág. 16

Todas las personas que viven con el VIH se enfrentan a estigma y discriminación. Pero las mujeres las experimentan con mayor frecuencia, tienen más probabilidades de sufrir las formas más duras y perjudiciales y encuentran mayores dificultades para afrontarlos. En este sentido citamos: “las mujeres tienen una probabilidad significativamente mayor que los varones de sufrir discriminación, acoso y agresión sexual, hasta el punto de verse obligadas a cambiar el lugar de residencia.”⁴⁵

En cuanto al género, nos encontramos ante una profundización de la discriminación. Esto se debe a que antes de contraer la enfermedad, en razón del sexo las mujeres se encuentran en una posición desigual; que hace de ellas un grupo propenso a contraer VIH. Una vez diagnosticada la enfermedad, los problemas que padecen las mujeres en relación con el género, referidos a la violación de sus derechos se ahondan

Aun cuando las mujeres tienen acceso a la información y a los artículos básicos (por ejemplo, preservativos), las normas de género que dictan un papel desigual y más pasivo para las mujeres en la toma de decisiones socavan la autonomía de éstas, exponen a muchas a la coacción sexual y les impide insistir en la abstinencia o en que sus parejas masculinas usen preservativos.

Prevenir la infección por el VIH dentro del matrimonio y otras relaciones prolongadas significa ir más allá de la tradicional fórmula AFP (abstención, fidelidad y preservativos). Este enfoque sólo ofrece opciones viables a las mujeres y niñas cuando forma parte de un conjunto más amplio de medidas que tienen en cuenta las realidades de su vida. En el caso de las mujeres casadas, la abstinencia y el uso de preservativos, suelen ser opciones excepcionales. A menudo, las mujeres jóvenes se casan con varones de mayor edad, que han sido sexualmente activos durante más tiempo y tienen mayores probabilidades de haber contraído infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH⁴⁶ A corto plazo, esto significa que más parejas deberían recibir asesoramiento y pruebas del VIH, que se requieren medidas para reducir el matrimonio a edades muy tempranas, y que deben adoptarse normativas jurídicas que protejan a las mujeres y niñas contra la coacción y la violencia sexual dentro del matrimonio. A largo plazo es necesario asegurar un mayor poder social y económico de las mujeres y niñas.

En este camino la escolarización cumple un papel fundamental en tanto que a mayor nivel educativo, mejores perspectivas de vida. Las mujeres con estudios saben mejor cómo protegerse contra el VIH y tienen más probabilidades de retrasar el inicio de la actividad sexual y utilizar preservativos cuando son sexualmente activas. Esto se debe a que se sienten más seguras de sí mismas y conocen sus derechos. Generando que la relación de poder entre hombres y mujeres sea más homogénea. En este sentido vale la pena citar: “Las investigaciones realizadas en siete países africanos indican que las mujeres jóvenes con educación secundaria o superior, en comparación con las que carecen de educación

⁴⁵ Paxton S. (2005). *AIDS-related discrimination in Asia*. AIDS Care 2005, pág. 413

⁴⁶ Glynn Jr. et al. *Why do young women have a much higher prevalence of HIV than young men? A study in Kisumu, Kenya and Ndola, Zambia*. AIDS, 15 (suppl 4) 2001, págs. 51-60

formal, tienen como mínimo una probabilidad cinco veces mayor de poseer un conocimiento exhaustivo sobre el SIDA.”⁴⁷

El hecho de que la profilaxis sea exclusivamente masculina, es un obstáculo en la prevención del VIH. Esto se ve potenciado en sociedades machistas, donde el sexo se ejerce como una forma de dominación.

Las expectativas tradicionales relacionadas con la masculinidad y con el comportamiento sexual masculino también aumentan el riesgo de infección entre varones adultos y jóvenes. Los roles masculinos machistas típicos que exigen que los hombres y los niños varones sean duros, agresivos, sexualmente dominantes y que asuman riesgos con frecuencia se asocian con comportamientos que aumentan el riesgo de que contraigan infección por el VIH. Esos comportamientos incluyen un elevado número de parejas sexuales, el consumo de drogas o alcohol y la negativa a buscar atención sanitaria para las infecciones de transmisión sexual.⁴⁸ La naturaleza recíprocamente nociva de ciertas normas de género subraya la importancia de que los hombres y los niños varones participen en todas las acciones orientadas al cambio. Los varones adultos y los muchachos pueden ser una fuerza poderosa para cuestionar y reconfigurar los estereotipos perjudiciales de masculinidad, confrontar la violencia contra las mujeres y asumir su parte de responsabilidad en la prevención del VIH durante las relaciones íntimas. Los varones adultos y los muchachos tienen que desempeñar un papel más significativo para abordar la desigualdad entre los sexos. En la actualidad, los varones modelan gran parte del mundo en el que viven las mujeres. Por tanto, también deben ser partícipes en el cambio social. Los programas orientados a la mujer han de incluir a los varones como asociados con el fin de que contribuyan a fomentar estructuras sociales que sean más propicias para las mujeres.

En este sentido es fundamental trabajar en políticas que fomenten la conciencia respecto a la enfermedad en los hombres y mujeres. Arribar esta problemática es muy difícil por las características sociológicas de, por ejemplo, América Latina. Donde desde las diferentes agencias del Estado se ha reproducido durante años discursos que no favorecían a la igualdad de géneros. Pero con la incorporación de los Estados latinoamericanos a la CEDAW⁴⁹ y de la Convención de Belem Do Pará⁵⁰ existe la obligación de tomar medidas efectivas para lograr la no discriminación entre Hombres y Mujeres.

La mayoría de los planes sobre el SIDA presupone un mundo idealizado en el que los varones y las mujeres son iguales y capaces de tomar decisiones bien fundamentadas, un mundo en el que las personas pueden optar libremente por la abstinencia sexual, asegurar la fidelidad de las parejas, mantenerse fieles ellas mismas o utilizar preservativos sistemáticamente. En el mundo real, las mujeres se enfrentan a una gran diversidad de factores de riesgo relacionados con el VIH que no afectan a la mayoría de los varones. Las

⁴⁷ Más específicamente: nueve veces más probable en Burkina Faso, siete veces en el Camerún, seis veces en Kenia y Malí, y cinco veces en Uganda y Zambia. Diversas Encuestas Demográficas y de Salud (2000-2005). En: <http://www.measuredhs.com/hivdata>. Consulta hecha el 17 de 2009.

⁴⁸ CIIM, 2007; OMS, 2007.

⁴⁹ En: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en. Consulta hecha el 30 de junio de 2009

⁵⁰ En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>. Consulta hecha el 29 de junio de 2009.

desigualdades entre los sexos y la pobreza atrapan a millones de mujeres en la dependencia económica de sus parejas masculinas y las exponen a la violencia y agresión sexual, todo lo cual pone en peligro su capacidad de protegerse contra el VIH. Es necesario reevaluar las estrategias y servicios existentes sobre el SIDA con el fin de asegurar que sean beneficiosos para las mujeres.

5. Importancia de la lucha contra la homofobia

El mayor impacto del HIV sobre la comunidad homosexual también se relaciona con el estigma y la discriminación. Desde sus inicios la enfermedad se presentó como un castigo hacia ciertos comportamientos sexuales que la sociedad calificaba como inmorales. Es por esa razón que en un primer momento se la llamó “Peste Rosa”.

En muchos países se los margina del acceso a los servicios de prevención. En este sentido las leyes que criminalizan a los homosexuales generan obstáculos que impiden la prevención y tratamiento de la enfermedad.⁵¹ La discriminación institucionalizada también se refleja en actos de omisión, como cuando el nivel de los recursos del VIH dirigidos a las necesidades de hombres que tienen relaciones con hombres, usuarios de drogas inyectables o profesionales del sexo no es acorde con la epidemiología local, o cuando los sistemas de vigilancia del VIH no realizan un seguimiento de dichos grupos ni formulan políticas destinadas exclusivamente a ellos.

Los programas dirigidos a estos grupos deben contar con la participación activa de los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres del lugar donde se aplican, para garantizar que las iniciativas aborden las verdaderas necesidades y circunstancias.

No se podrá dar efectiva protección a los hombres que tiene relaciones con otros hombres mientras persista la homofobia. En este sentido el pasado 15 de mayo de 2009, en la ciudad de Panamá, La ONU realizó un llamamiento para controlar la epidemia del HIV en América Latina y en el Caribe, instando a los países a hacer esfuerzos para eliminar la homofobia y la transfobia.⁵²

6. Diferencias según los países y regiones

Las diferentes regiones y países del mundo tienen diferentes necesidades a la hora de luchar contra el SIDA.

El coito heterosexual continúa siendo la fuerza impulsora de la epidemia en África sub sahariana.

⁵¹ Informe sobre la epidemia mundial de sida ONUSIDA (2008) "...en 2007, 91 países (en su mayoría de ingresos bajos y medianos) tenían leyes que prohibían las relaciones sexuales consensuadas entre adultos del mismo sexo (Ottosson, 2007). Siete países imponen la pena de muerte a los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres", pág. 87

⁵² En: http://nacionesunidas.or.cr/index.php?option=com_content&task=view&id=187&itemid=121. Consulta hecha el 30 de junio de 2009.

En Asia las vías de contagio son heterogéneas e impulsoras de la enfermedad en similar medida. Entre ellas se encuentran el uso de drogas inyectables,⁵³ la prostitución, y las relaciones sexuales desprotegidas.

En Europa oriental y Asia central el riesgo se concentra en gran parte entre usuarios de drogas inyectables, profesionales del sexo y sus diversas parejas sexuales.⁵⁴

En el Caribe la principal vía de transmisión del VIH es el coito heterosexual sin protección, remunerado o de cualquier otro tipo. No obstante, las relaciones sexuales entre hombres, aunque en general negadas por la sociedad, constituyen también un factor significativo en varias epidemias nacionales.⁵⁵

En la región de América Latina, a transmisión del VIH se da principalmente entre hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, profesionales del sexo y, en menor medida, entre usuarios de drogas inyectables.⁵⁶

En América del Norte, Europa Occidental y Central, donde los ingresos son altos, padecen epidemias heterogéneas, aunque sus perfiles epidemiológicos se diversificaron a medida que la epidemia evolucionó. Sin embargo en USA y UK, la principal fuerza impulsora de la enfermedad son las relaciones sexuales entre hombres. A su vez, a pesar de los avances médicos que han reducido drásticamente la mortalidad relacionada con el HIV, es la población afro americana la que presenta más casos de SIDA.⁵⁷

En Oceanía las principales vías de contagio son las relaciones desprotegidas heterosexuales y homosexuales.⁵⁸

La información y datos estadísticos aportados precedentemente indican que, no existe una fórmula universal y estática de cómo se debe luchar contra la epidemia. Los distintos Estados deben constantemente actualizar sus políticas preventivas, destinando especial atención a aquellos grupos que se presenten como más vulnerables.

⁵³ “El uso de drogas inyectables constituye un factor de riesgo importante en las epidemias de varios países asiáticos. Se cree que apenas menos de la mitad de las personas que vivían con el VIH en China en 2006 se infectaron por utilizar equipos de inyección contaminados (Lu et al., 2006; Ministerio de Salud de China, 2006). Se han detectado altos niveles de infección entre los usuarios de drogas inyectables en el noreste de India y en varias grandes ciudades fuera de esta región, incluida Tamil Nadu, donde, según se estima, el 24% de los consumidores de drogas estaban infectados en 2006 (Instituto Nacional de Salud y Bienestar Familiar y Organización Nacional para el Control del Sida, 2007). El uso de equipos de inyección contaminados (junto con las relaciones sexuales sin protección entre los usuarios de drogas inyectables y sus parejas habituales) es también la fuerza impulsora de la epidemia en Vietnam (Tuang et al., 2007) y en Malasia, donde más de dos tercios de las infecciones por el VIH hasta la fecha se han producido entre usuarios de drogas inyectables (Reid, Kamarulzaman y Sran, 2007)”. Informe sobre la epidemia mundial de SIDA, 2008 págs. 48 y 49

⁵⁴ Ídem., págs. 52 y 53

⁵⁵ Ídem., págs. 53 y 54

⁵⁶ Ídem., págs. 55 y 56

⁵⁷ “Los afro americanos representan el 12% de la población de USA y al mismo tiempo al 50% de los nuevos contagios.” Centers for Disease Control and Prevention, HIV/AIDS Surveillance System and National Vital Statistics National Healthcare Disparities Report, 2005, disponible En: <http://www.ahrq.gov/qual/nhdr05/index.html>. Consulta hecha el 26 de junio de 2009.

⁵⁸ Informe sobre la epidemia mundial de SIDA (2008) pág. 62

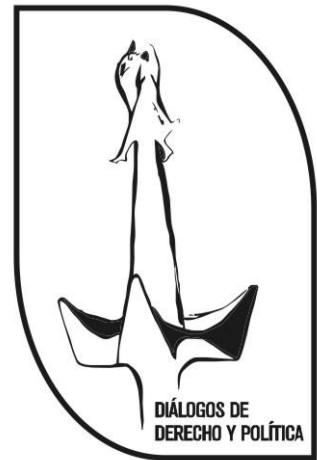
7. Conclusiones

- El éxito a largo plazo de la respuesta a la epidemia del VIH exigirá que se avance constantemente en atender las cuestiones de violaciones de derechos humanos, desigualdad entre sexos, estigma y discriminación.
- Es primordial que el enfoque de tratamiento y prevención del HIV recepte las necesidades específicas de los diferentes grupos. Respetando la diversidad y fomentando la no discriminación.
- En el caso de los niños debe integrarse el tratamiento pediátrico ordinario. Esto requiere un aumento en los vínculos entre los programas pertinentes referidos al HIV y los de supervivencia de la infancia tales como: administración de suplementos de vitamina A, inmunización, consejería y apoyo en materia de prácticas de alimentación óptimas y seguras para los lactantes y los niños de corta edad, terapia contra la diarrea, tratamiento con antibióticos para la neumonía, y distribución de mosquiteros tratados con insecticidas en las zonas donde haya paludismo, dengue, fiebre amarilla, etc. Evidentemente estas necesidades varían constantemente según el tiempo y lugar.
- El entorno clínico debe ser el adecuado para cada grupo. Respetándose las diferentes necesidades según el lugar y el tiempo.
- Es fundamental que la información que se brinde sea de fácil acceso y comprensión para todos los grupos en particular. Debiendo incluirse los tópicos que particularmente afecten a esa porción de la población.
- La capacitación de los profesionales involucrados, no debe dejar de considerar en ningún caso, la perspectiva de cada sector afectado. El mensaje debe ser adaptado a las diferencias entre los géneros y entre los distintos grupos de edad. La formación debe tender a la sensibilización respecto a los DDHH, permitiendo entender la interrelación profunda e indivisibilidad que existe entre ellos.
- Cada estado deberá analizar en particular la situación de quienes sean más vulnerables a la enfermedad, como consecuencia de un inadecuado abordaje de la enfermedad en su prevención, diagnóstico y tratamiento. Es su obligación desarrollar programas que recepten la diversidad y necesidades de cada sector de la sociedad. Por ejemplo en relación a aquellos que usan drogas inyectables, puede adoptarse la medida de entregar jeringas descartables, en el marco de la reducción de daños.⁵⁹
- Debe integrarse a las niñas al sistema educativo obligatorio, fomentándose la independencia laboral y económica de las mujeres. Muchas veces deberá

⁵⁹ “En casi todas las regiones fuera del África sub sahariana, el VIH afecta en forma desproporcionada a usuarios de drogas inyectables, hombres que tienen relaciones sexuales con hombres y profesionales del sexo.” Informe sobre la epidemia mundial de SIDA, 2008 pág. 30

acompañarse con una reforma legal que impulse la igualdad de géneros, respetando las diferencias existentes entre estos. Los derechos de la mujer deben pasar a ser realidades para la mujer. De esta manera su vulnerabilidad decrecerá.

- Sí se pretende lograr una disponibilidad más universal de servicios sobre el VIH, es imperativo abolir los obstáculos basados en el género.
- La lucha contra el SIDA se inscribe en una mejora en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Cualquier esfuerzo que no integre estas políticas será infructuoso.
- Los Estados deben generar normativas tendientes a eliminar la discriminación y estigmatización de los enfermos de HIV, debiendo asegurar su estricto cumplimiento. En esta misma línea debe protegerse a las poblaciones que presenten mayor riesgo y garantizar que se les reconozcan los mismos derechos humanos que al resto de la población.
- El tercio de países que carecen de amparos legales contra la discriminación por el VIH deben promulgar esas leyes inmediatamente.
- Los programas de prevención no alcanzarán su eficacia máxima a menos que estén respaldados por iniciativas eficaces que traten los factores sociales que aumentan el riesgo y la vulnerabilidad, como la desigualdad entre sexos, la discriminación y el estigma relacionados con el VIH, y la marginación social de las poblaciones más expuestas al VIH.



Colombia frente a los convenios de la doble tributación internacional

Beliña Herrera Tapias

Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Docente e investigadora del grupo de Derecho Privado de la Corporación Universitaria de La Costa. Correo electrónico: bherrera3@cuc.edu.co

Luz Rodríguez Rivera

Contadora Pública y estudiante de Derecho. Integrante del semillero de investigación de Derecho privado de la Corporación Universitaria de La Costa.

William Arrieta Solano

Contador Público y estudiante de Derecho. Integrante del semillero de investigación de Derecho privado de la Corporación Universitaria de La Costa.

Resumen

Los fenómenos de la globalización y la internacionalización del comercio han establecido indirectamente en los Estados la labor de celebrar convenios y legislar en lo concerniente al diseño de nuevas formas de integración e inversión extranjera que permitan a los ciudadanos nacionales y extranjeros tener una seguridad jurídica sobre las ventajas y desventajas legales, económicas y especialmente sobre los beneficios tributarios que se otorgan al realizar una inversión, puesto que para desarrollar una buena operación de inversión es necesario conocer las alternativas que le permitan minimizar la carga tributaria, o al menos, diferir en el tiempo el pago del impuesto.

Este artículo es producto de la investigación denominada “El impuesto de renta y patrimonio a la luz de los tratados para evitar la doble tributación internacional”, desarrollada en el marco de la línea de investigación de asuntos mercantiles, en el grupo de Derecho Privado de la Corporación Universitaria de la Costa, y en él se analiza la normatividad colombiana frente a aquellas políticas y convenios internacionales relacionados con la doble tributación internacional y el flujo de inversiones.

Palabras Clave: Impuestos; inversión; convenios; tributación; economía; impuesto de renta y patrimonio.

Colombia frente a los convenios de la doble tributación internacional*

Introducción

Desde 1990, el gobernante colombiano de turno ha venido implementando una serie de estrategias de promoción de la inversión extranjera que contempla una serie de modificaciones normativas, incluida la Constitución misma, y la realización de diversos acuerdos que tienen por objeto su promoción y su protección. Al ser el presidente y su gabinete conocedores de la economía del país y la política que ha de tomarse al respecto, imparten normas para que haya una participación de la inversión extranjera, que hasta la fecha ha sido minima por las pocas garantías que se le brinda; inversión que podría desplegar nuevos mercados nacionales, generar competencia en los mercados existentes y desarrollar nuevos empleos.

Por lo tanto La consecuencia de estas acciones es un aumento significativo de los capitales foráneos en el país, pues bien como política macroeconómica de fortalecimiento interno y de consecución del desarrollo sostenible a corto y mediano plazo la atracción de la inversión extranjera se ha convertido en una prioridad para los gobiernos, entre ellos el colombiano.

Se abordará este tema desde el punto de vista tributario dentro de este trabajo, tratando especialmente el fenómeno de la Doble Tributación Internacional y los mecanismos que se requieren para evitarlo, por ser de importancia para los inversionistas Extranjeros dado que, directa o indirectamente, el efecto impositivo termina por definir el costo y posibilidad de cualquier proyecto de inversión.

El fenómeno de la doble tributación es universal y se agudiza en la medida en que las economías se integran, en el marco de la denominada “globalización”, a través del cual las naciones integran sus actividades y recursos, en procura del mutuo desarrollo social. Lo que ha conllevado a que los Estados se vean obligados a prestar especial atención a la doble tributación, e incluyan en sus políticas de desarrollo programas de evaluación y adopción de instrumentos tributarios, que sean procedentes como incentivos para atraer nuevas inversiones ; pues bien, el fenómeno de la doble tributación no sólo afecta al contribuyente (Inversionistas extranjeros y/o empresarios Nacionales) que además afecta a los mismos Estados, por factores que se enumeraran más adelante y que apuntan al detrimento del ingreso fiscal del Estado.

En la actualidad Colombia no cuenta con disposiciones de carácter general que eliminen la doble tributación internacional, pero sí se cuenta con un Estatuto Tributario que contiene reglas de tributación internacional para evitar la doble tributación y que permita disminuir la carga impositiva tanto para las personas naturales como para las jurídicas. Razón por la cual este trabajo de investigación se enfocará en Los Tratados de Doble

* Este artículo es producto de la investigación denominada “El impuesto de renta y patrimonio a la luz de los tratados para evitar la doble tributación internacional” Desarrollada en el marco de la línea de investigación de asuntos mercantiles, en el grupo de Derecho Privado de la Corporación Universitaria de la Costa “CUC”.

Tributación, desde el punto de vista colombiano, de acuerdo a los lineamientos de la Constitución Nacional y lo reglamentado en el Estatuto Tributario Colombiano bajo el modelo de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE).

1. Estructura jurídica de los convenios internacionales para doble tributación

La intención de este capítulo es proporcionar un concepto general de la Estructura jurídica del poder tributario desde la perspectiva internacional y bajo los principios en la que se enmarca este fenómeno en Colombia. Es importante recordar que todo Estado es soberano dentro de su jurisdicción para la imposición de normas tributarias, al tiempo, ningún Estado puede realizar labor alguna relacionada con los aspectos tributarios en otro Estado, sin el consentimiento del mismo. En ese sentido, ningún funcionario puede, en país ajeno, ejercer labores de vigilancia fiscal, solicitar o recopilar pruebas, etc., sin el consentimiento del Estado anfitrión.¹

1.1 De los regímenes tributarios

Los regímenes tributarios varían de un país a otro, pero todos buscan estar acordes con las necesidades económicas sociales y políticas. Desde esta perspectiva, los Gobiernos:

- Identifican al contribuyente, (Sujeto Pasivo)
- Fijan el alcance del tributo, (Hechos)
- Establecen la tasa aplicable y, (Tarifa)
- Determina la base gravable.

Un Estado sólo puede gravar a un sujeto (contribuyente) cuando éste mantiene algún vínculo o conexión con el país, desde sus leyes internas. Sin el lleno de este requisito, no puede ejercerse derecho de cobro alguno en materia tributaria.

Debe concurrir alguna conexión entre la jurisdicción fiscal y una persona gravable, así como un hecho generador para que surja una obligación fiscal. No puede existir un impuesto si no hay un sujeto que deba pagar dicho impuesto y tampoco cuando, existiendo el sujeto, no hay un ingreso gravable.

Por lo general, las leyes tributarias imponen un impuesto a los sujetos o personas fiscales bajo las disposiciones que dan origen a la obligación sustancial. Aun así, no se imponen a todas las personas, sino sólo a aquellas que tienen objetos o ingreso gravables durante el período fiscal vigente. Algunos países cobran el impuesto sobre los objetos fiscales o el ingreso gravable de las personas, casos en los cuales la ley interna tiene una disposición adicional que obliga a un sujeto fiscal al pago del impuesto.²

Existen dos clases de sujetos fiscales: los residentes y los no residentes. Los primeros se gravan sobre los ingresos mundiales (obligación ilimitada o total y los segundos, solamente se gravan sobre sus ingresos y ganancias dentro del país (obligación limitada).

¹ Rohatgi, Roy (2008). *Principios básicos de Tributación Internacional*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia, págs. 25-47

² Urns, Leo y Krever, Richard (2000). *Individual Income Tax. (Tax Law Design and drafting)* Kluwer Law International: Deventer. Australia, pág. 309

Generalmente los países gravan al residente y a los no residentes a partir del monto de sus ingresos obtenidos dentro de la jurisdicción. Pero esta medida se extiende, en los residentes, a los ingresos obtenidos en otras jurisdicciones, con fundamento en la residencia.

Algunos países siguen el régimen tributario territorial, es decir, que no gravan los ingresos de fuente extranjera de los residentes, casos en los cuales, la residencia fiscal se convierte en algo muy irrelevante, excepto cuando el tema es abordado en un Tratado Internacional.

El residente se define bajo las normas fiscales internas del Estado. Una persona que no es residente fiscal bajo la ley interna es un no residente. Un no residente normalmente paga impuestos sobre los ingresos derivados solamente en ese país. Su obligación fiscal está limitada al impuesto sobre el ingreso que se causa, deriva o surge de fuentes internas.

Los no residentes también pueden ser tratados de manera diferente a los residentes en otros aspectos, así:

- Pueden gravarse sobre una base diferente a la de los residentes (tasa más alta o más baja, ningún descuento personal, impuesto final fijo o plano, base presunta de utilidad, etc.).
- Pueden estar obligados a pagar impuestos adicionales comparados con los residentes en las mismas circunstancias: impuestos sobre las utilidades de sucursales.
- Pueden estar exentos de impuestos que pagaría los residentes: ningún impuesto sobre ciertos intereses o inversiones de portafolio.
- Pueden estar sujetos a retenciones de impuestos y reglas de cumplimiento más rigurosas debido a las dificultades prácticas en hacer cumplir las leyes fiscales.
- Debido a que los tratados de impuestos solamente aplican a los residentes de un Estado Contratante, no pueden solicitar los beneficios del tratado.³

1.2 Naturaleza jurídica de los modelos de convenio OCDE

En estos acuerdos internacionales se pueden acordar mecanismos de compensación tributaria para evitar o contrarrestar el doble gravamen, como las de la reciprocidad, la deducción, la exención y el crédito de impuestos. Igualmente pueden establecerse exoneraciones totales o parciales de impuestos directos o indirectos, aun con base en la simple cooperación internacional. Al respecto UCKMAR concluye “En el Modelo de los impuestos directos se adoptó el criterio de la fuente para los impuestos reales y el de la residencia para los impuestos personales, mientras que para la eliminación de la doble

³ Rohatgi, Roy. Op. cit., págs. 348-349.

imposición se eligió el método de la deducción”⁴ Los Tratados o acuerdos bilaterales, al igual que los acuerdos multilaterales, constituyen la solución más adecuada para la solución de la Doble Tributación Internacional. No obstante, en la práctica, resulta bastante difícil, aunque no imposible obtener acuerdos multilaterales sobre esta materia, debido a las dificultades de orden económico, político y jurídico.

El papel primordial de los acuerdos internacionales sobre impuestos, es buscar y adoptar criterios uniformes de gravabilidad que evite la interferencia de diversas facultades impositivas y por ende la Doble Imposición Económica Internacional. Debido a que en ocasiones los Estados no adoptan un criterio uniforme con respecto a la gravabilidad, como por ejemplo el carácter de gravar las rentas en el país donde se originen, es decir que la inversión sólo se tribute en el Estado donde se hace la inversión, independientemente del domicilio o residencia del sujeto beneficiado, propietario o poseedor⁵. Esta norma general tiene algunas excepciones donde prima ya el estatuto personal, residencia o domicilio del sujeto, como sucede con los beneficios de las empresas de transporte internacional y con los dividendos. En estos casos, la renta se considera originada en el país del domicilio del sujeto.

1.3 Métodos para atenuar o evitar la doble tributación

Existe diversidad de Métodos y los más usados de acuerdo a la ponencia de primer debate del Senado acerca del Convenio entre Colombia y Chile aprobado a través de la Ley 1231 de diciembre 23 de 2008 que además fue objeto de control constitucional, son: el método de la imputación y el Método de Exención.

Método de la imputación: de acuerdo con este, el Estado de residencia, somete a gravamen todas las rentas de la persona, incluidas las que obtienen en el extranjero, pero tiene en cuenta los impuestos que el residente ha pagado en el país donde ha invertido, permitiéndole que se los deduzca, reste o descuento del impuesto a pagar en su país. Este método sólo elimina parcialmente la doble imposición, porque normalmente la deducción o descuento del impuesto pagado en el extranjero se permite sólo hasta el límite del impuesto que le habría correspondido pagar de haberse realizado la inversión en el Estado de residencia.

Método de Exención: según el cual el Estado de residencia renuncia a su potestad tributaria frente a las rentas procedentes del Estado de la fuente; es decir, permite a sus residentes excluir de la base las rentas obtenidas en el extranjero. Con este sistema, la inversión realizada tributa sólo en el Estado donde se hace la inversión, por lo que resulta más ventajoso para el contribuyente. Es así como en materia del impuesto sobre las ventas, el método utilizado es el de la exención para los artículos que se exporten, que se supone pueden ser afectados en el país consumidor con gravámenes semejantes.

De manera paralela la doctrina manifiesta; que el Estado puede evitar o disminuir el fenómeno de la doble tributación internacional, de acuerdo a los siguientes métodos “(i)

⁴ Uckmar, Víctor (2003). *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Págs. 95 y 96

⁵ Evans Marquez Ronald (1999). *Régimen Jurídico de La doble tributación Internacional*. Editorial MC Graw Hill. Caracas, Venezuela, págs. 47- 55

de forma unilateral, medidas tomadas por un Estado sin convenio de doble imposición, en virtud del criterio de la residencia, es decir de acuerdo al poder tributario otorga a los no residentes algunos descuentos para incentivar las inversiones extranjeras, (ii) de forma bilateral (en concreto, los métodos de exención y de imputación) medidas que solo figuran en los convenios de doble imposición y que son propias de las llamadas soluciones concertadas por los Estados.”⁶

Métodos unilaterales: son medidas que los países implantan en sus propias legislaciones, es decir cada Estado establece sus propias reglas, por lo tanto las normas entran en conflicto. La técnica más usada entre otros para evitar la doble tributación es el denominado: Método Del Descuento “Este método previene o elimina parcialmente la doble tributación en el Estado de la residencia a través de otorgamiento de un descuento por los impuestos pagados en el Estado de la fuente.”⁷

Método Bilateral: son las que surgen entre los países con el objeto de reducir la carga impositiva que deben soportar los sujetos pasivos, en este método la voluntad de las partes se manifiesta en el texto del tratado internacional para evitar la doble tributación “medidas que solo figuran en los convenios de doble imposición y que son propias de las llamadas soluciones concertadas por los Estados.”⁸ Los métodos bilaterales son acogidos en el Modelo convenio de la organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE), en su capítulo V, los métodos para eliminar la doble imposición en su Artículo 23 A., los métodos de exención y 23 B método de imputación. Este Método tiene su origen en el Derecho internacional y su ventaja frente al Método unilateral, se fundamenta en que podría eliminar la doble tributación internacional cuando los países adoptan los mismos criterios.

A propósito de estos métodos Víctor Uckmar, afirma que las principales técnicas de eliminación o atenuación de doble imposición internacionalmente conocidos son:

- El de la Exención de las rentas producidas en el extranjero
- El de la deducción del impuesto o de la imputación
- El de la deducción del impuesto extranjero de la renta imponible.
- El de la alícuota reducida para las rentas producidas en el exterior, y
- El de la exención con alícuotas progresivas.

Bajo esa clasificación Uckmar se refiere a ellos concluyendo que: “La doble imposición incide notablemente sobre el comercio internacional, al someter al sujeto pasivo a una doble carga fiscal, que lo obliga, en determinada circunstancias, a renunciar a las operaciones internacionales afectadas por este fenómeno, optando entonces por aquellas puramente internas, soportando solo la carga fiscal local, porque poseen un costo más reducido que las primeras. Precisamente para “evitar los conflictos normativos” y los efectos distorsivos que los mismos producen sobre la competencia, nacieron los convenios internacionales para evitar la doble imposición. Dichos convenios, son actos que

⁶Rohatgi, Roy (2008). *Principios básicos de Tributación Internacional*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. pág. 24

⁷Ibidem. Pág. 126

⁸ Evans., Op. cit., pág. 24

contienen declaraciones de voluntad, de naturaleza bilateral donde ambas partes regulan normativamente sus relaciones.”⁹

Método De Imputación O De Crédito De Impuesto (Tax Credit): el Estado de residencia (el país importador de capital), por ejemplo, grava la totalidad de la renta mundial, sobre la base del importe total de la renta del contribuyente pero imputa, deduce o acredita los impuestos pagados en el extranjero. De esta manera el país de residencia considera los impuestos extranjeros como si hubieran sido percibidos por el país inversor, es decir de acuerdo a lo acordado en el convenio de doble imposición, se puede someter a impuesto en otro Estado al inversor y el de la residencia le rebaja o acredita el impuesto. Al respecto el Instituto Colombiano de Derecho Tributario “ICDT” manifiesta lo siguiente:

Consiste en que el país exportador de la inversión concede al contribuyente un descuento equivalente a los impuestos que pague en el exterior con motivo de la realización de rentas fuera del país. Este sistema, como lo ha anotado de manera unánime la doctrina, no favorece en absoluto la inversión extranjera en beneficio de los países en vía de desarrollo porque, si bien evita la doble imposición hace nugatorios los beneficios o exenciones que eventualmente dispongan las legislaciones de los países receptores.¹⁰

El Método de Imputación se clasifica de dos formas:

Imputación Integral (Crédito Directo): se imputa el impuesto extranjero sin limitación alguna, de tal manera que si hubiera sido superior al nacional se puede pedir la devolución del mismo en el país de residencia.

Imputación Ordinaria (Crédito Indirecto): se imputa el impuesto extranjero pero hasta el límite del impuesto nacional sobre las rentas obtenidas en el extranjero. Sistema de Crédito de impuesto, que tiene dos posibilidades según lo acordado en el Convenio de Doble Imposición CDI:

- Que el crédito se compute por país (per country limitation), o
- Que se compute en forma general (overall limitation).

Método De Crédito Por Impuesto Exonerado (Tax Sparing): su finalidad es fomentar la inversión en los países importadores de capital, es un mecanismo para aplicar la deducción por doble imposición internacional que permite que una empresa o entidad residente en un Estado, pueda deducirse en dicho país impuestos no pagados (“spared taxes”) en otro Estado, por razón de exoneraciones o franquicias concedidas por el país de la fuente. Sobre este tema el ICDT, lo define así: “Permite que el contribuyente que obtenga la renta en el exterior materia de exención en el país de fuente, sea favorecido en su país de origen con un descuento equivalente al impuesto no pagado como

⁹ Uckmar, Víctor (2003). *Curso de Derecho tributario Internacional*. Bogotá Colombia. Editorial Temis. Tomo II. págs. 24 y 25

¹⁰ Instituto Colombiano de Derecho Tributario ICDT, 1^a Edición. Edit LEGIS. Bogotá, Colombia. pág. 423

consecuencia del beneficio fiscal. Por eso se denomina descuentos por impuestos exonerados,”¹¹ medida que no es aceptada en algunos países desarrollados.

Sea como fuere, no todos estos métodos garantizan una plena eliminación de la doble imposición.

1.4 Medidas para combatir la elusión

Siendo la Elusión una realidad que debe afrontar un Estado, por las posibles pérdidas concernientes a ingresos fiscales internos y globales, las autoridades de Impuestos expedirán normas internas para combatirla. Por lo tanto los Estados en los Convenios de impuestos bilaterales o multilaterales tratan este tema para lograr evitar este fenómeno, a través de mecanismos, como los de precios de transferencia, paraísos fiscales, abusos de tratados, subcapitalización, comercio electrónico. Son medidas desarrolladas por parte de los Estados contratantes, para combatir la elusión y tratan además, realizar asistencia mutua entre las administraciones, y con ello permita la posibilidad de contar con información del exterior de manera confiable y oportuna.

1.4.1 Precios de Transferencia (Transfer Pricing). Muchos países siguen las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico “OCDE”, Organismo internacional del cual Colombia no hace parte, y que ha intentado indicar a países miembros y países no miembros, una serie de elementos que se deben tener en cuenta para aplicar las reglas de precios de transferencia tema que ha sido tratado por la OCDE a través del artículo 9 de su modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Patrimonio y que permite la ubicación del gravamen sobre la renta en el país de la fuente.

Con esta regla se debe entender que los precios a los cuales una empresa transfiere bienes tangibles o intangibles o presta servicios a empresas relacionadas lo han efectuado como si las hubieran realizado empresas independientes.

El sistema de Precios de Transferencia tiene por finalidad impedir o identificar aquellas empresas de los mismos grupos económicos o asociadas, que realizan prácticas de traslados o modifiquen (de acuerdo a su beneficio) del Estado de residencia al país que prevé menor carga impositiva o de inexistente impacto fiscal el gravamen de las rentas obtenidas, generando mayores costos en aquellas empresas de mayor carga fiscal. Vr.gr, la filial ABC que se encuentra ubicada en Colombia y con el fin obtener un mayor beneficio en una exportación fija un precio distinto a los del mercado, superior o inferior a favor de su matriz AB ubicada en otro Estado, es probable que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN en el caso de Colombia y/o la Administración Tributaria del otro país, al valorar la operación compruebe que el valor de la importación/exportación esté subestimado (o sobreestimado) y por tal razón el valor de venta de la empresa Colombiana, o el de compra de la empresa del otro Estado, no sea el pactado sino el que determine la Administración Tributaria mediante la aplicación de precios comparables. Y como consecuencia del aumento del precio de venta hacia el otro Estado, el margen de renta de la filial en Colombia se aumentará, lo mismo que su

¹¹ Instituto Colombiano de Derecho Tributario ICDT, 1^a Edición. Edit LEGIS. Bogotá, Colombia. pág. 426

impuesto de renta en el país. Sin embargo, esa mayor renta para la sociedad nacional, debería comportar un aumento correlativo en el precio de compra de los productos por parte de la empresa del otro Estado para reducir de esa manera la renta gravada en ese otro Estado.

1.4.2 Reglas para el intercambio de Información: en algunos tratados de Doble tributación, se prevé el intercambio de información, ejemplo de ello es la ley 1261 de 2008 que trata sobre el "convenio entre la república de Chile y la república de Colombia para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio", el tema sobre el intercambio de información, es tratado en el artículo 26, y lo enuncian así: "Las autoridades competentes de los Estados Contratantes intercambiarán la información que previsiblemente pueda resultar de interés para aplicar lo dispuesto en, el presente Convenio, o para la administración o la aplicación del Derecho interno relativo a los impuestos de toda naturaleza o denominación exigibles por los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales, en la medida en que la imposición así exigida no sea contraria al Convenio."

El intercambio de la información, es un tema importante en los convenios, porque en el evento que exista sospechas de evasión o elusión fiscal permite, al Estado solicitante confrontar y comprobar la veracidad de la información consignada por parte del contribuyente en su declaración tributaria, en el supuesto que se encuentre obligado. De las conclusiones tomadas se requerirá o no al contribuyente. En Colombia, la entidad que hace esas verificaciones es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

1.5 Limitaciones de los tratados internacionales de tributación

Fundamentalmente, los tratados en materia tributaria buscan garantizar los derechos tributarios de los países contratantes y proveer garantías al contribuyente, en el sentido de evitar la doble tributación. También se desprenden de este tipo de tratados otras virtudes, como las de brindar garantías a los Estados en operaciones internacionales y estimular la actividad económica, particularmente en materia tributaria.

A la luz de las constituciones de los Estados, un tratado puede restringir los poderes para el cobro de impuestos o el monto del impuesto a cargo de la ley interna de cada Estado, pero no puede incrementarlos. Es decir, que en virtud de un tratado, no se puede incrementar el monto de los tributos, en lo que podría interpretarse como una aplicación de la favorabilidad.

El tratado establece el monto máximo de un impuesto en un Estado contratante, a partir del acuerdo entre los dos estados contratantes, cuando fue concluido. Así las cosas, puede exonerar o reducir impuestos, pero no puede crear nuevos tributos o procedimientos de cálculo, o ampliar o introducir nuevos impuestos o impuestos adicionales. Por lo general, un tratado no provee una base para una carga impositiva ya mayor que la aplicable bajo la ley interna del Estado contratante. En países que requieren aprobación parlamentaria, la ley interna impide la imposición de impuestos adicionales, mediante el mecanismo de tratados de impuestos.

Los tratados, usualmente aunque no siempre, tienen prioridad sobre la ley interna. Por lo tanto, en la medida en que los tratados se mantienen sin modificación por un período y toman tiempo para ser renegociados, proveen certeza y protección contra cambios adversos de las leyes tributarias internas.¹²

1.6 Los tratados suscritos por Colombia en materia de impuestos

Colombia, a tono con la “globalización” se ha visto en la obligación de concurrir al derecho tributario internacional, para evitar que un mismo hecho, originado de las relaciones económicas o comerciales entre residentes de diferentes Estados ocasione cargas tributarias en dos o más Estados.

De los tratados que se han suscrito se encuentra un Acuerdo Multilateral denominado pacto Andino, y además ha suscrito varios convenios bilaterales y se encuentra en negociaciones diplomáticas para suscribir, otros convenios que tratan la temática de la doble tributación y/o prevenir la evasión fiscal.

Aun cuando no sea materia de estudio, enunciaremos en la siguiente figura, los países con los cuales Colombia ha suscrito convenios, y que se encuentran vigentes a la fecha:

Cuadro 1. Convenios vigentes, suscritos por Colombia

País	Ley	Impuestos	Fecha
Perú, Ecuador y Bolivia,	Acuerdo Multilateral	Comunidad Andina. Evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal	Pacto Andino en 1971
España,	1082	Evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en Renta y Patrimonio	<u>Julio 31 de 2006</u>
Chile	1261	Evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en Renta y Patrimonio	Diciembre 23 de 2008
Canadá		Evitar la doble tributación y la prevención de la evasión fiscal sobre los impuestos de renta y patrimonio.	Noviembre 24 de 2008
Suiza	1344	Evitar la doble imposición en Renta y Patrimonio	Julio 31 de 2009
Alemania		Evitar la doble tributación de las empresas de navegación marítima y navegación aérea en impuesto de renta y capital. Ley 16 de 1970.	Suscrito el: 10/sep/65 Inicio en: 14/jun/71
Argentina		Exención a la doble tributación de las empresas marítimas y aéreas. Se realizó por Canje de Notas. Ley 15 de 1970.	Suscrito el: 15/sep/67 Inicio en: 22/mar/71
Chile		Evitar la doble la doble tributación de las empresas marítima y aérea, en el sector de Renta y Capital. Ley 21 de 1972	Suscrito el: 19/mar/70 Inicio en: 10/feb/78
Brasil		Exención a la doble tributación de las empresas marítimas y aéreas. Se realizó por Canje de Notas. Ley 71 de 1993	Suscrito el: 28/jun/71 Inicio : Provisional

¹² Rohatgi, Roy. *Principios básicos de Tributación Internacional*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. pág. 60

Venezuela	Regula la tributación de la inversión estatal y de las empresas de transporte internacional. Ley 16 de 1976.	Suscrito el: 22/nov/75 Inicio en: 10/nov/76
Italia	Evitar la doble tributación en Renta y Patrimonio, derivada del ejercicio de la navegación marítima y aérea. Ley 14 de 1981.	Suscrito el : 21 dic/79 Inicio en: 9/oct/87
Estados Unidos	Exoneración reciproca de impuestos sobre ingresos derivados de la operación de barcos y aeronaves. Ley 04 de 1988	Suscrito el: 16 oct/87 Inicio en: 29/ene/88

Fuente: Resumen realizado por los autores, tomado de los diferentes convenios, suscritos por Colombia.

Los últimos Convenios que ha suscrito Colombia para evitar la doble tributación, se halla apoyada en el modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE. Entre los países con los cuales se encuentra adelantado negociaciones se encuentran México, Estados Unidos, India y varios países de la comunidad europea.

Una vez realizados los convenios las autoridades de impuestos se deben sujetar a los principios de tributación internacional en caso de querer hacer cumplir sus leyes internas en el exterior, dado que un Estado no puede imponer su ley tributaria en otro, en algunos casos aplican una presión indirecta sobre los no residentes y extranjeros presentes en su propio territorio. Cuando esto ocurre se presenta una violación a los principios de Derecho.

No obstante que existen disposiciones internacionales que generan obligatoriedad fiscal, cuando estos se encuentran bajo un Tratado de impuestos al modelo del OCDE, estas en algunas ocasiones son violadas por algunos Estados que han suscrito convenios. El artículo 26 del MC OCDE también establece que las autoridades de impuestos de los Estados Contratantes pueden intercambiar información, el artículo referido permite compartir información relacionada en materia tributaria para prevenir la evasión fiscal y los fraudes, a menos que sean contrarias a las disposiciones del Tratado.

Una directiva de la Comunidad Europea (1977) prevé la asistencia en asuntos fiscales entre los países miembros y existe también disposiciones similares contempladas en la Convención sobre Asistencia Mutua Administrativa en Asuntos Fiscales de la OCDE/Consejo de Europa (1988), el cual entró en vigor en 1995. En el año 2003, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE adicionó un artículo 27, separado sobre la “Asistencia en el Cobro de Impuestos” en el Modelo de Convención.¹³

2. Impacto de los regímenes tributarios en Colombia

2.1 Ley interna y tratado

En relación a las disposiciones constitucionales de cada Estado, es de anotar que las mismas deciden la interacción entre la legislación interna y las obligaciones del tratado internacional. El párrafo de reporte de la OCDE de 1989, menciona al respecto: “El nivel atribuido a las obligaciones del tratado, tal como se incorpora a la ley interna, determina

¹³ Rohatgi, Roy. *Principios básicos de Tributación Internacional*. Editorial Legis.1º Edición en español. Pág. 40.

si las derogatorias que se derivan son inconstitucionales o no. Al final, la alternativa es darle prioridad ya sea a las obligaciones internacionales de un Estado o a la soberanía de decisión de los representantes elegidos de un país.¹⁴

Así mismo lo establece el autor Rohatgi: "La derogatoria de tratados es el término utilizado cuando una ley ó acción posterior entra en conflicto con obligaciones previas de un tratado"¹⁵ Las derogatorias de los tratados pueden ser intencionales o no intencionales. Las derogatorias intencionales de los tratados incluyen situaciones como la ley posterior que anula una ley anterior o los tratados de impuestos. Las derogatorias que son intencionadas pueden surgir en los siguientes casos:

- Una decisión de la Corte que puede ser contraria a la interpretación común de las partes al tratado. Tales decisiones legales pueden representar una derogatoria del tratado, aunque un Estado tiene el poder legislativo de reversar el efecto y la reversión legislativa consultada con la parte al tratado puede ser un remedio aceptable.
- Un Estado puede redefinir un término indefinido del trabajo bajo su ley interna, que efectivamente derogue el tratado. Tales cambios en la ley interna son permitidos sólo cuando son compatibles con el contexto del tratado y aceptado por el otro, es decir, cuando no se cambia el sentido del tratado y, además, existe consenso entre los Estados Contratantes.
- Un Estado puede sin intención invalidar o contradecir las disposiciones de un tratado.

Al respecto, es de observar que los tratados se rigen por el principio de *pacta sunt servanda* o de buena fe. Los Estados contratantes se comprometen mutuamente a respetar y aplicar las disposiciones del tratado, bajo el derecho internacional. Además, el artículo 27 de la CVDT requiere que la ley interna no pueda servir como justificación para el no cumplimiento de las obligaciones del tratado.

En la práctica, la derogatoria de tratados a través de legislación posterior debe ser expresamente intencionada. Aun si las derogatorias de tratados son factibles bajo la ley interna, se presume que un Estado no quiere violar sus obligaciones derivadas de un tratado a las luces del derecho internacional público. Las Cortes generalmente presumen que el poder legislativo no intenta modificar o derogar un tratado. Se requeriría para ello de una legislación con una medida especial que fuera claramente irreconciliable con las disposiciones del tratado o diera evidencia de una clara intención de hacer obligatoria una derogatoria del tratado.

El reporte de la OCDE, por otro lado, consideró la derogatoria de un tratado a través de la legislación interna contraria, como un acto ilegal bajo el derecho internacional. Este sugirió que los miembros deberían evitar derogatorias de tratados y consultar entre sí cualquier legislación que pudiera conducir a violaciones de los tratados. También

¹⁴ Chapoy Bonifaz, Dolores (1997). *Derecho Financiero*. Editorial Mc Graw Hill. México.

¹⁵ Rohatgi., Op., cit., pág. 547

desalentó la legislación unilateral que pudiera conducir a una derogatoria para hacerle frente a conflictos derivados de los tratados.

En síntesis, los tratados normalmente invalidan otras leyes internas contrarias. Las leyes de impuestos en varios países especifican que son aplicables sin importar que exista legislación contraria. En consecuencia, si las disposiciones del tratado, en su implementación entran en conflicto con otras leyes internas, el tratado prevalece.

2.2 Ley sobre estabilidad jurídica

En Colombia independiente de los tratados o convenios económicos se establece para la inversión una herramienta unilateral representada en los Contratos de Estabilidad Jurídica, con el ánimo de fortalecer la inversión ya sea nacional o extranjera, dado que las disposiciones tributarias en Colombia son cambiantes en el tiempo y se requiere fortalecer las inversiones por tal razón se expidió la Ley 963 de 2005. Y tiene como finalidad la de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Contratos que permiten al inversionista de acuerdo a la actividad a realizar, no cambiar las normas vigente al momento de la firma del contrato, salvo a la obligación de declarar y pagar los tributos e inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decrete bajo estados de excepción ni con relación a los impuestos indirectos. Tampoco procede la mencionada protección sobre normas declaradas inconstitucionales o ilegales por los tribunales judiciales colombianos durante el término del contrato.

Ley de estabilidad Jurídica, que fue objeto de demanda de inconstitucionalidad contra sus artículos 1, 2, 3, 4 y 6 (parciales) aduciendo el demandante que mediante un simple contrato se puedan limitar las competencias del Congreso para interpretar, reformar y derogar las leyes, concediéndole tal atribución a un comité que aprueba contratos. Otro tanto sucedería con la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Además las normas acusadas conllevan a una vulneración del principio de igualdad, por cuanto determinadas personas poseedoras de grandes capitales, durante un período que oscila entre tres (3) y veinte (20) años tengan amparadas meras expectativas de lucro, violándose además el artículo 95 Superior, según el cual “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.” Sobre el mismo asunto la Corte se pronunció así:

Los contratos de estabilidad jurídica son de carácter administrativo, con objeto lícito, sinalagmáticos, suscrito entre el Estado y un determinado inversionista nacional o extranjero, mediante el cual, de conformidad con diversos artículos de la Ley 963 de 2005, el primero se compromete a garantizarle al segundo que, durante un determinado tiempo (entre 3 y 20 años), se le continuarán aplicando unas determinadas normas jurídicas expresas y precisas estipuladas en el texto del contrato, y sus correspondientes interpretaciones, las cuales fueron consideradas determinantes para realizar la inversión; a cambio, el inversionista se compromete a:

- (i) llevar a cabo una nueva inversión o a ampliar una existente;
- (ii) presentar un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes,

al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar;

(iii) en caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación de un Comité creado por la ley, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica;

(iv) cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa;

(v) acatar fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales;

(vi) cumplir “con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.¹⁶

2.2.1 Beneficios y Descuentos en Colombia: en el Régimen interno (Estatuto Tributario ET) de acuerdo al Capítulo X Descuento Tributario, artículo 254 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 15 de la Ley 1111 de 2006 y el artículo 256, contempla un beneficio o descuento para los contribuyentes nacionales que perciban Rentas de Fuentes Extranjeras, sujetas al impuesto sobre la renta en el país de origen, indiferentemente de que el país haya suscrito un acuerdo o convenio de integración económica.

Estos descuentos se denominan crédito fiscal (tax credit), es un mecanismo que permite a las empresas evitar parcial o totalmente la doble tributación en sus operaciones globales, es decir los impuestos que paga en el exterior los puede descontar de la obligación tributaria que tenga a cargo en Colombia.

Es importante aclarar que el crédito fiscal se encuentra limitado, entre otros por las limitaciones generales más representativas que pueden ser:

- Por aquellos impuestos que por su naturaleza pueden ser catalogados como un verdadero impuesto sobre la renta, o que se establecen como sustitución al mismo (retenciones en la fuente);
- A los impuestos pagados sobre las rentas que para el país de la residencia son catalogadas como de fuente extranjera; y...
- Se limita a una suma igual al impuesto que resultaría de aplicar la tarifa del país de la residencia al mismo ingreso que se está gravando en el país de la fuente.

¹⁶ Corte Constitucional de la República De Colombia. Sentencia C-320/06 MP Jaime Córdoba Trivino.

- Las anteriores limitaciones constituyen una mayor carga tributaria para el inversionista en menoscabo de su utilidad y/o beneficio.

Es un mecanismo unilateral por parte de los Estados, no obstante esta Norma ha sido demandada con el ánimo de extender dicho beneficio al extranjero no residente y que no se limite solo al contribuyente nacional. A juicio de la Corte Constitucional el Estado Colombiano en ejercicio de su soberanía es libre de prever condiciones especiales a sus nacionales, así como otros Estados pueden plasmarlas a favor de los suyos.

Además esta norma, contempla que en el evento se presenten casos, de dividendos o participaciones en el exterior; el descuento se aplica para cualquier inversión, que tengan los nacionales o extranjeros residentes en el país, en cualquier parte del mundo, siempre y cuando el contribuyente haya tributado en el exterior. Cuando la tarifa de la renta del exterior es superior que en Colombia, el descuento se limita hasta la tarifa de renta que rija. (Oficio 65231 de agosto 13 de 2009. Descuentos tributarios por impuestos pagados en el exterior; oficio tributario 100845 de octubre de 2008)

La norma que constituye una clara posibilidad de exención para beneficio de los extranjeros es el enunciado en el artículo 233¹⁷ del Estatuto Tributario, exención que se encuentra contemplada en la Convenios de Doble Imposición (CDI), vigente en Colombia.

2.3 Precio de transferencia en Colombia

En Colombia este tema tiene como objetivo evaluar cada ente y sus dirigentes o responsables, desde el punto de vista de organización empresarial, y también para fines de la determinación de las obligaciones comerciales y de impuestos.

Se encuentra regulado en el Estatuto Tributario capítulo XI. Artículos 260-1 al 260-11, proveniente del artículo 28 de la Ley 788 de 2002 y reformas del artículo 41 de la Ley 863 de 2008, tiene como finalidad esta normativa evitar que entre empresas del mismo grupo económico se trasladen la utilidad gravable del Estado, traslados que es factible a través de utilización de mecanismos, como la subfacturación o sobrefacturación e incluso facturación de transacciones ficticias, y así poder fijar indebidamente los ingresos y gastos entre las empresas vinculadas, y con ello minimizar la carga tributaria, incurriendo con esta práctica a la evasión fiscal de manera ilícita.

2.3.1 Obligados a Cumplir el sistema de Precios de Transferencia: los sujetos pasivos de acuerdo al artículo 260-1, son los contribuyentes del Impuesto de Renta que celebren operaciones con vinculados económicos del exterior. Los precios de transferencia se encuentra regulado dado que ante una carga impositiva excesiva, el contribuyente podría recurrir a estas prácticas; que es concebida como una manipulación que surge de las relaciones comerciales entre compañías vinculadas para disminuir el margen de utilidad y

¹⁷ Estatuto Tributario De Colombia. Artículo 233. Rentas exentas de personas y entidades extranjeras. Los extranjeros tendrán derecho a las exenciones contempladas en los Tratados o Convenios Internacionales que se encuentran vigentes. Los agentes diplomáticos y consulares acreditados en Colombia gozarán de las exenciones contempladas en las normas vigentes.

por tanto el ingreso gravable tendría el mismo resultado en alguna de las dos jurisdicciones en conflicto. Por lo tanto los precios de transferencia se utilizan como un procedimiento para fijar los valores monetarios a los bienes y servicios entre entidades vinculadas.

2.3.2 Vinculados Económicos: para la calificación de vinculados económicos o partes relacionadas, en lo atinente a los precios de transferencia se consideran los casos previstos en los artículos 260, 261, 263 y 264 del Código de Comercio, artículo 28 de la Ley 222 de 1995 y artículos 450 y 452 del Estatuto Tributario. La vinculación se manifiesta en todas las sociedades que conforman el grupo, aunque su matriz esté domiciliada en el exterior. El control puede ser individual o conjunto, sin participación en el capital de la subordinada o ejercido por una matriz domiciliada en el exterior o por personas naturales o de naturaleza no societaria.

2.3.3 Obligaciones formales, declaraciones y Estudios: cuando se presentan vínculos económicos con el exterior, se contempla la obligación de cumplir con:

- El deber formal de presentar declaración informativa de precios de transferencia, (diligenciar formulario diseñado por DIAN)¹⁸
- Elaborar la respectiva documentación comprobatoria (Estudios, documentos y demás soportes con los cuales el contribuyente demuestre que sus ingresos, costos y deducciones y activos adquiridos en el respectivo año gravable¹⁹ y...
- Presentar la declaración consolidada.

De acuerdo al artículo 8 del Decreto 4349 de 2004, información que deberá prepararse y estar disponible ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a más tardar el 30 de junio del año inmediatamente siguiente al año gravable al que corresponde la información, documentación que deberá conservarse por un término de cinco (5) años.

Es clara también la ley en establecer mediante el artículo 714 del Estatuto Tributario, que las declaraciones quedan en firme en el término de dos años y el artículo 147 establece que cuando haya pérdidas la firmeza será de 5 años.

2.3.4 Vinculados no obligados: la ley tributaria²⁰ establece requisitos mínimos de patrimonio e ingresos, que se deberán cumplir para estar obligados al régimen de precios; así, los contribuyentes del impuesto sobre la renta con:

- Patrimonio bruto en el último día del año o período gravable sea igual o superior al equivalente a 100.000 UVT (valor año 2010: \$2.455.500.000) ó
- Con Ingresos brutos del respectivo año, iguales o superiores al equivalente a 61.000 UVT (valor año 2010: \$1.497.855.000).

¹⁸ DR 4349 de 2004, artículo 2

¹⁹ DR 4349 de 2004, artículo 7

²⁰ Estatuto Tributario Colombiano, Artículo 260-8. Obligación De Presentar Declaración Informativa. Ajuste de salarios mínimos en términos de UVT por el artículo 51 de la Ley 1111 de 2006 (A partir del año gravable 2007). Artículo modificado por el artículo 44 de la Ley 863 de 2003

2.3.5 Métodos y criterios de comparabilidad: los criterios de Comparabilidad²¹ consisten en que las operaciones que son realizadas entre los vinculados económicos logren ser comparables con las que realizarían partes independientes en las mismas condiciones. Son comparables aquellas transacciones entre las que no existan discrepancias que afecten: el precio, el margen de ganancias o. el monto de la contraprestación ó cuando, en aquellos casos, tales diferencias se eliminen en virtud de algún ajuste. Para efecto de los ajustes de las mencionadas diferencias, se podrán tomar en cuenta aquellos elementos o circunstancia que reflejen en mayor medida la realidad económica de las transacciones.

Por otra parte tenemos que los métodos reconocidos por la OCDE y que a su vez fueron adoptados por la normatividad Colombiana, se encuentran:

- Precio comparable no controlado (PC) “Compara el precio cargado por bienes o servicios transferidos en una transacción controlada con el precio cargado por bienes o servicios transferidos en una transacción comparable no controlada en circunstancias comparables. Las diferencias entre los dos precios puede estar indicando que las condiciones de las relaciones comerciales y financieras de las empresas asociadas no están sobre una base de arm's length, y que el precio de la transacción controlada debe ser sustituido).²²
- Precio de Reventa (PR): “Parte del precio de venta de un determinado producto que ha sido adquirido a una entidad vinculada, precio que se minorara en el margen de reventa habitual para obtener el precio de adquisición en situaciones de libre concurrencia.”²³
- Por el precio de la transacción no controlada.
- Costo Adicionado (CA)
- Partición de Utilidades (PU)
- Residual de Partición de Utilidades (RU)
- Márgenes transaccionales de utilidad de operación (TU)

Conclusiones

El gobierno colombiano en los últimos años tratando de mejorar las condiciones del inversionista extranjero y nacional ha buscado fortalecer la apertura económica y generar incremento en la inversión extranjera, realizando a través de diferentes mecanismos como es el caso de las negociaciones de convenios para evitar la doble tributación fundamentados en el modelo de la organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE).

Hasta la fecha se han negociado y firmado convenios con países como España, Chile, Suiza, México, Canadá y se adelantan negociaciones con India y otros países de la comunidad europea; y como medida unilateral se ha celebrado contratos de estabilidad jurídica que son mecanismos para los inversionistas nacionales y extranjeros que les permiten consolidar sus inversiones de manera segura y estable durante la vigencia del

²¹ Estatuto Tributario Colombiano. Artículo 260-3

²² Anónimo. Criterio digital, En: http://www.iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/horlacher.pdf. Consulta hecha el 25 de marzo de 2010.

²³ J. Hortalá i Vallve. “informe sobre precio de transferencia de la OCDE de 1979 a 1985. Pág. 274

contrato, que de acuerdo a las disposiciones consagradas en el Estatuto Tributario en especial, los Artículo 12 y 254 que consagran la figura del descuento tributario (TAX CREDIT), por impuestos pagados en el exterior, como un mecanismo para evitar la doble tributación que puede generarse cuando las rentas de fuente extranjera obtenidas por una persona natural o jurídica colombiana, que están sujetas al impuesto sobre la renta en nuestro país, son simultáneamente gravadas en el país de origen, es decir, en el país en el cual está ubicada la fuente que las produce y que genera un incremento patrimonial para el contribuyente.

Para los inversionistas extranjeros ya sean personas naturales o jurídicas contempla en el Artículo 233 del Estatuto Tributario el derecho a las exenciones contempladas en los Tratados o Convenios Internacionales que se encuentran vigentes.

Finalmente debemos precisar que los convenios bilaterales para evitar la doble imposición tiene como objetivo fundamental instrumentar medidas para delimitar la potestad tributaria de los estados, en unos casos se atribuye a uno de los estados el derecho exclusivo de la tributación en la determinación de la renta y el patrimonio y en otros casos compartida, en nuestro caso colombiano, el estado comparte el importe de la tributación del impuesto de renta y complementarios con el otro estado contratante permitiendo en la mayoría de los tratados tomar como descuento tributario o rentas exentas los impuestos pagados o ingreso recibido en el otro Estado.

Referencias bibliográficas

Abella Mancera, María del Pilar, et al (2008). *El impuesto sobre la Renta en el Derecho Comparado*. Bogotá, Colombia. Instituto Colombiano de Derecho Tributario, págs. 309 - 313.

Altamirano, Alejandro, et al (2006). *Estudios de derecho internacional tributario*. Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Tributario - Legis Editores, Bogotá, Colombia. Págs. 116-118

Amoros, Narciso (1963). *Derecho Tributario. Editorial de Derechos Financieros*. Madrid, España, pág. 108

Anónimo. Criterio digital, En: http://www.iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/horlacher.pdf, marzo 25 de 2010.

Anónimo. *Inversión extranjera*. En: <http://www.colombiaespasion.com/es/asi-es-colombia/26-colombia-en-cifras/286-inversion-extranjera>.

Arango, Mejía Álvaro (1992). *Derecho Tributario*. Ed. Instituto de Derecho Tributario. Bogotá, Colombia. pág. 100.

Chapoy Bonifaz, Dolores (1997). *Derecho Financiero*; Editorial Mc Graw Hill; México. Pág. 123 - 125.

Congreso de la República. Ley 16 de 1970

_____. Ley 15 de 1970

_____. Ley 21 de 1972

_____. Ley 624 de 1989

_____. Ley 71 de 1993

_____. Ley 16 de 1976

_____. Ley 14 de 1981

_____. Ley 04 de 1988

_____. Ley 222 de 1995

_____. Ley 633 de 2000

_____. Ley 788 de 2002

_____. Ley 863 de 2003

_____. Ley 963 de 2005

_____. Ley 1111 de 2006

_____. Ley 863 de 2008

_____. Ley 1231 de 2008

Decisión 291 de 1991 de la Comunidad Andina de Naciones

Decisión 578 de 2004 de la Comunidad Andina de Naciones

Evans Marquez, Ronald (1999). *Régimen Jurídico de La doble tributación Internacional*. Editorial MC Graw Hill. Caracas, Venezuela. Págs. 47- 55

Fonrogue, Giuliani (1977). Derecho Financiero Vol. I 3a Edición. Editorial Depalma. Pág. 268

Monsalve Tejada, Rodrigo (2008). *Impuestos 2008. Estatuto Tributario Concordado*. Medellín, Colombia. Centro Interamericano jurídico - Financiero, pág. 137

Urns, Leo y Krever, Richard (2000). *Individual Income Tax. (Tax Law Design and drafting)* Kluwer Law International: Deventer Australia, pág. 309

Presidencia de la República. Decreto 410 De 1971

_____. Decreto 825 De 1978

_____. Decreto 259 de 1992

_____. Decreto 4349 De 2004

_____. Decreto 4349 de 2004

Corte Constitucional. Sentencia C-320/06. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C.

_____. Sentencia C-734/02 expediente 3943 Corte Constitucional, Magistrado Ponente Manuel Cepeda Espinosa.

Restrepo, Juan Camilo. *Hacienda Pública* 4^a Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Agosto de 1999, pág. 128,129, 130 y 131.

Rohatgi, Roy (2008). *Principios Básicos de Tributación Internacional*. Bogotá, Colombia. Legis Editores, págs. 25, 47, 348-349

Uckmar, Víctor (2003). *Curso de Derecho tributario Internacional*. Bogotá Colombia. Editorial Temis. 2003. Tomo II. Págs. 24-96

Smith, Adam (2003). *Investigación de las riquezas y causas de las riquezas*, editorial de Edwin Cannan, traducción 2^a Ed, México. Libro V capítulo 2 parte 2.