

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

ESTUDIOS DE DERECHO

Directora
Olga Lucía Lopera Quiroz

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA, SURAMÉRICA**

Año LXXIII – segunda época- enero - junio de 2016
Volumen LXXIII, N°. 161

**ESTUDIOS DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

Rector

Mauricio Alviar Ramírez

Decana

Clemencia Uribe Restrepo

Directora/Editora

Olga Lucía Lopera Quiroz

Comité Editorial

María Rocío Bedoya Bedoya	Doctora en Gobierno y Asuntos públicos, profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría	Magíster en Derecho, profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana.
Diego Eduardo López Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
Elena Larrauri Pijoan	Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.
Juan Antonio García Amado	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

Comité Científico

Guillermo Lariguet	Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina
Mauricio García Villegas	Profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Colombia.
Núria Terribas	Directora del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. España.
Ricardo Hoyos Duque	Exmagistrado del Consejo de Estado. Profesor universitario. Colombia.

Árbitros

Rafael Eduardo Wilches Durán	Luis Bernardo Ruiz Jaramillo
Guillermo Lariguett	Luisa Fernanda Cano Blandón
Gabriele Vestri	Jorge Eduardo Vásquez Santamaría
María Elisa Camacho López	Andrea Alarcón Peña
Andrés Botero Bernal	Max Yuri Gil
Luis Felipe Vivares	Diana Patricia Arias Holguín
Jhon Fernando Restrepo Tamayo	Patricia González Sánchez
William Fredy Pérez Toro	Natalia Eugenia Gómez Rúa
Dora Cecilia Saldarriaga Grisales	Rubén Darío Jaramillo Cardona
Diana María Restrepo Rodríguez	Dúber Armando Celis Vela
Miguel Ángel Montoya Sánchez	

Asistente Editorial

Nora Alba Cossio Acevedo

Traductor

Jorge Alberto Cossio Acevedo

Estudiante en práctica académica

Jaiver Alemán Giraldo

Autor obras separatas

Lina María Muñoz Osorio. Contadora Pública, Especialista en Revisoría Fiscal, Especialista en Gestión Tributaria y Magíster en Ciencias Contables de la Universidad de Antioquia. Docente e investigadora de tiempo completo del Departamento de Ciencias Contables de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Antioquia, gestora de la línea de investigación de caracterización internacional de la contabilidad del Grupo de Investigaciones y Consultorías Contables GICCO.

Estudios de Derecho se encuentra en los siguientes índices y bases bibliográficas: Categoría B Publindex, Colciencias, Colombia; Lexbase, Colombia; Sociological Abstracts (Soc-Abs), Estados Unidos; GALE-CENGAGE Learning, Estados Unidos; International Bibliography of the Social Sciences (IBSS), Inglaterra; Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE), México; Latindex, México; EBSCO Publishing, Estados Unidos; ProQuest Estados Unidos; SCIELO.

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y sea con fines académicos. Asimismo, se permite el acceso abierto a su contenido propendiendo por una mayor circulación del conocimiento.

Valor de la suscripción anual en el país: \$20.000

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

Valor de la suscripción en el exterior: US\$30

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: Editorial L. Vieco S.A.S.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 106

Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

Teléfono: (574) 219 58 60

Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Editorial L. Vieco S.A.S. Teléfono (574) 448 96 10

Correo electrónico: comercial@lvieco.com

Política editorial

Estudios de Derecho es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Contribuye al debate de las ideas en torno al derecho y la política y fomenta el diálogo con otras disciplinas. Prioriza la publicación de artículos producto de investigación, escritos por autores nacionales y extranjeros. Está dirigida a politólogos, abogados y, en general, a profesionales interesados en las áreas sociales del conocimiento. La revista está numerada con el ISSN 0120-1867 y se encuentra en diversos índices y bases bibliográficas.

Los artículos deben ser originales y no haber sido remitidos a otra revista simultáneamente; recibidos y revisados los aspectos formales por la dirección de la revista y el Comité editorial, se designan los árbitros que evalúan el texto siguiendo el principio de anonimato tanto para el autor como para el evaluador; analizados los conceptos de los pares se decide sobre la publicación, publicación sujeta a modificaciones o no publicación del artículo. La dirección de la revista comunica la decisión a los autores; si el artículo es publicable, el autor envía a la dirección de la revista, la cesión de derechos patrimoniales en la que autoriza la reproducción del artículo, su distribución, comercialización y divulgación por cualquier medio, impreso o electrónico, incluida la internet. Los planteamientos expuestos por los autores, no comprometen a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

La revista Estudios de Derecho autoriza la reproducción total o parcial de los artículos publicados en ella, siempre y cuando se cite la fuente y sea con fines académicos. Asimismo, permite el acceso abierto a su contenido propendiendo por una mayor circulación del conocimiento y puede ser consultada en <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza, invicta en su fecundidad”
(Del Himno de la Universidad de Antioquia. Letra de Édgar Poe Restrepo)

Editorial policy

Estudios de Derecho is a biannual journal from the School of Law and Political Sciences of the University of Antioquia. It contributes to the debate of ideas on law and politics, and encourages dialog with other disciplines. The Journal prioritizes the publishing of papers resulting from research projects written by national or international authors. Its target audience includes political scientists, lawyers and, in general, any professionals interested in the social areas of knowledge. The journal's ISSN is 0120-1867. Estudios de Derecho appears in several bibliographical indexes and databases.

Manuscripts must be original and have not been submitted to another journal simultaneously. reviewers are assigned once the manuscripts have been received and the formal steps have been taken by the journal's director and editorial board. Reviewers review the text while following the principle of anonymity for both the author and the reviewer. After analyzing the reviewers' feedback, the Journal decides whether the manuscript is suitable for publication, not suitable for publication, or suitable for publication after modification. Then, authors are notified of the journal's decisions. Once the paper has been approved for publication, the author shall notify the Journal of the transfer of rights. In this document, the author authorizes the Journal to reproduce, distribute, market and disseminate the manuscript by any means, printed or electronic, including as an on-line resource. The views expressed here are those of the authors and do not necessarily reflect the positions of the School of Law and Political Sciences of the University of Antioquia.

The journal Estudios de Derecho authorizes the total or partial reproduction of papers published in it as long as the source is acknowledged and the reproduction is for academic purposes. Likewise, it allows open access to its content as it endorses better dissemination of knowledge. The Journal can be accessed from: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza, invicta en su fecundidad”
(Del Himno de la Universidad de Antioquia. Letra de Édgar Poe Restrepo)

Política editorial

Estudios de Derecho é uma publicação semestral da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia. Contribui com o debate das ideias em torno do direito e da política e fomenta um diálogo com outras disciplinas. Prioriza a publicação de artigos decorrentes de pesquisas, escritos por autores nacionais e estrangeiros. Está voltada para cientistas políticos, advogados e, em geral, para profissionais interessados nas áreas sociais do conhecimento. A revista está numerada sob o ISSN 0120-1867 e é possível encontrá-la em diversos índices e bases bibliográficas.

Os artigos devem ser originais e não ter sido submetidos a outra revista simultaneamente; depois de recebidos e revisados os aspectos formais pela diretoria da revista e o Comitê editorial, são nomeados os árbitros que avaliam o texto seguindo o princípio de anonimato tanto para o autor quanto para o avaliador; após analisados os conceitos dos pares decide-se sobre a publicação, publicação sujeita a modificações ou não publicação do artigo. A diretoria da revista comunica a decisão aos autores. Após aprovação do artigo, o autor envia à diretoria da revista, a cessão dos direitos patrimoniais onde autoriza a reprodução do artigo, a sua distribuição, comercialização e divulgação por qualquer meio, impresso ou eletrônico, incluída a internet. As propostas apresentadas pelos autores não envolvem a Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia.

A revista Estudios de Derecho autoriza a reprodução total ou parcial dos artigos publicados nela, desde que seja citada a fonte e seja para fins acadêmicos. Igualmente, permite o acesso aberto ao seu conteúdo visando uma maior circulação do conhecimento e pode ser consultada em <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza, invicta en su fecundidad”
(Del Himno de la Universidad de Antioquia. Letra de Édgar Poe Restrepo)

Contenido

Editorial

15-16

Nora Alba Cossio Acevedo

Tensiones existentes entre el marco jurídico para la paz y el derecho internacional público en la negociación del conflicto armado interno

17-32

Tensions present between the legal framework for peace and Public International Law in negotiating the internal armed conflict

Tensões existentes entre o quadro jurídico para a paz e o direito internacional público na negociação do conflito armado interno

Clara María Mira González

El derecho como razón pública y el patriotismo de la Constitución. La filosofía práctica como soporte de la democracia

33-56

Law as public reason and the patriotism of the Constitution. Practical philosophy as support of democracy

O direito como razão pública e o patriotismo da Constituição. A filosofia prática como suporte da democracia

Oscar Mejía Quintana

Lineamientos de política pública de desarrollo rural para Colombia: los casos de Flor del Monte, La Peña y San Rafael en el municipio de Ovejas (Sucre, Colombia)

57-78

Guidelines for Rural Development Public Policy for Colombia: the case of Flor del Monte, La Peña and San Rafael in the Municipality of Ovejas (Sucre, Colombia)

Diretrizes de Política Pública de Desenvolvimento Rural para a Colômbia: os casos de Flor del Monte, La Peña e San Rafael no Município de Ovejas (Sucre, Colômbia)

María Rocío Bedoya Bedoya

Respuestas coyunturales al desarrollo rural. Reflexiones analíticas para la construcción de políticas públicas participativas para la ruralidad

79-98

Conjunctural answers to rural development. Analytical reflection for the construction of participatory public policies for rurality

Respostas conjunturais ao desenvolvimento rural. Reflexões analíticas para a construção de políticas públicas participativas para a ruralidade

Patricia Elena Giraldo Calderón

Alianza Medellín-Antioquia, 2012-2015. Resultados y perspectivas

99-123

Medellín-Antioquia Alliance, 2012-2015. Results and prospects

Aliança Medellín-Antioquia, 2012-2015. Resultados e perspectivas

Olga Lucía Zapata Cortés

Análisis del marco jurídico para la reparación colectiva a grupos étnicos en Colombia: caso comunidades negras del Chocó

125-154

Analysis of the legal framework for collective reparation to ethnic groups in Colombia: black communities of el Chocó case

Análise do quadro jurídico para a reparação coletiva a grupos étnicos na Colômbia: caso comunidades negras do Estado do Chocó

Yeicy Lorena Echavarría Rentería

Lisneider Hinestroza Cuesta

Los hijos del Estado: desventajas sociales ante una larga espera para su adopción

155-179

Children of the State: social disadvantages facing a long wait for adoption

Os filhos do estado: desvantagens sociais perante uma longa espera para a sua adoção

Lina Marcela Estrada Jaramillo, Beatriz María Arango Orozco, Ángela María Mesa González, Carolina Vergara Tobón, Manuela Noreña González, Manuela Tamayo Monsalve, Daniela López Lopera, Julián Andrés Correa Barros

El papel de la religión en la esfera de lo público: análisis a partir de la discusión sobre la regulación del matrimonio igualitario en Colombia en la Sentencia C-577 de 2011

181-203

The role of religion within the public sphere: analysis from the discussion on the regulation of egalitarian marriage in Colombia in the Sentence C-577 of 2011

O papel da religião no plano público: análise a partir da discussão sobre a regulamentação do casamento igualitário na Colômbia na Sentença C-577 de 2011

Javier Orlando Aguirre Román, Alonso Silva Rojas, Ana Patricia Pabón Mantilla

Análisis de los tiempos para el otorgamiento de la licencia ambiental en Colombia

205-225

Analysis of the time for granting the environmental license in Colombia

Análise dos tempos para a concessão da licença ambiental na Colômbia

Carlos Alberto Zárate Yepes, Norman Andrés Gómez Quintero, Diana Castaño Torres, Viviana Gil Hernández

Ubicación de las normas internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis doctrinario

227-249

Location on International standards of economic content in the Colombian legal system: doctrinaire analysis

Localização das normas internacionais de conteúdo econômico no ordenamento jurídico colombiano: análise doutrinária

Carolina Vásquez Arango

Sobre el concepto de justicia según Hans Kelsen

251-270

On the concept of justice according to Hans Kelsen

Sobre o conceito de justiça segundo Hans Kelsen

Jose Miguel Camacho-Castro

Editorial

*Nora Alba Cossio Acevedo*¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a01

Pensar en la *generación del conocimiento* implica apostarle a la creación de medios y estrategias para su génesis, comunicación y extensión de su uso a diversos sectores. Para el marketing del conocimiento, la ventaja debe reflejarse en compartir el saber con mayor eficiencia.

Uno de esos medios por los que en la actualidad se crea y difunde conocimiento son las “*redes de conocimiento*”, entre las que se encuentran las “*comunidades virtuales*” y las “*comunidades virtuales de conocimiento*”, que surgen de la asociación entre varias redes que se unen para intercambiar: información (*redes de información*); capital científico y cultural (*redes científicas, inteligentes, de expertos, de colegas, colegios invisibles*) o construir aprendizajes (*observatorios, comunidades de aprendizaje, de conocimiento, de propósito, de prácticas, de interés, inter o transdisciplinarias, o de construcción*); para realizar programas o proyectos (*redes institucionales o de cooperación*); compartir conocimientos especializados (*redes temáticas*); posibilitar la apropiación social o la intermediación del conocimiento (*redes de popularización de la ciencia o de transferencia*) o simplemente para relacionarse o crear vínculos (*redes sociales o comunidades online, de discusión u opinión*).

El conocimiento producido en red es más dinámico porque se difunde con más facilidad, es participativo porque es la colaboración la que orienta la relación, sin embargo, dentro de los riesgos planteados están: el exceso en el flujo de información, el consumismo, la trivialidad, los distintos lenguajes, la negociación de los sentidos y significados de los discursos expuestos, el desconocimiento de los derechos de autor, los sistemas de almacenamiento de los productos, las prácticas organizacionales; adicionalmente, están: el rol de los distintos actores

¹ Abogada, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: nora.cossio@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia

Citación de este artículo con el sistema APA: Cossio Acevedo, N. A. (2016). Editorial. *Estudios de Derecho*. 73(161), 15-16. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a01

y sus vínculos, agentes –intermediarios y de información-, expansionistas de fronteras, negociadores, traductores, guardianes, personal de enlaces, colaboradores, mediadores, especialistas, representantes, coordinadores, consultores y agentes inter-cohesionados. (Albornoz & Alfaraz (ed.); ONS, 2013, p. 5).

Este *sistema de producción de conocimiento en redes* constituye un reto para los investigadores y docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A. como escenario de formación y participación en investigación y en los procesos de enseñanza-aprendizaje, lo que nos exige i) diseñar escenarios virtuales con soportes multimediales y una metodología apropiada al tipo de red; ii) asimilar los distintos lenguajes y formatos multimedia; iii) aprender de propiedad intelectual para entornos virtuales; iv) lograr la participación de distintas comunidades y organizaciones culturales, políticas, académicas y gubernamentales; v) propiciar una política acceso libre para permitir la apropiación social del conocimiento; y vi) transformar la práctica investigativa en una práctica de red colaborativa.

La “Política para mejorar la calidad de las publicaciones científicas de Colciencias (2016)” propone incrementar la *visibilidad y el impacto* de la producción científica nacional, a fin de que ingrese “en los círculos mundiales de comunicación científica”, en esa medida, las *redes de conocimiento* nos posibilitan la realización de investigaciones participativas o colaborativas con pares internacionales, facilitarán la publicación de los resultados en otros idiomas y en coautoría, lo que sin duda contribuirá a que nuestra producción intelectual sea conocida por audiencias foráneas y logre el estándar de la nueva métrica exigida para permanecer dentro del ranking de revista indexada.

Por otro lado, debemos analizar los debates sobre los dilemas que nos plantea esta política, entre los que se destacan: i) que el indicador índice-H es de tipo cuantitativo y no se corresponde con nuestra dinámica de producción regional, ii) que desconoce la particularidad de las distintas disciplinas; iii) que se contradice con la política de apropiación social; y iii) que la estratificación que propone para las revistas, desincentiva los incrementos obtenidos por los investigadores en materia salarial y prestacional.



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón del Descanso
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

*Tensiones existentes entre el marco jurídico para la paz y el derecho internacional público en la negociación del conflicto armado interno**

DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a02](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a02)

* Artículo de reflexión resultado de la investigación El derecho y la guerra en Colombia: Sobre la posibilidad de negociar el conflicto armado interno en el marco del derecho internacional, adscrito al grupo de investigación Estudios Jurídicos, línea de investigación en Derecho Público. El proyecto se propuso descifrar las tensiones existentes entre el derecho internacional público y el derecho interno en la regulación del conflicto. La autora de este artículo fue la investigadora principal y fueron coinvestigadores los estudiantes Emmanuel Castillo Piedrahita y Andrés Alejandro Ocampo Arbeláez, gracias a su colaboración pudimos concluir este proyecto.

Citación de este artículo con el sistema APA: Mira González, C. M. (2016). Tensiones existentes entre el marco jurídico para la paz y el derecho internacional público en la negociación del conflicto armado interno. *Estudios de Derecho*. 73 (161), 17-32. DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a02](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a02).

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2016

Fecha de aprobación: 28 de abril de 2016

Tensiones existentes entre el marco jurídico para la paz y el derecho internacional público en la negociación del conflicto armado interno

Clara María Mira González¹

Resumen

El artículo que se presenta a continuación, realiza un análisis del acuerdo general celebrado por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC – y el gobierno nacional en meses pasados, del marco jurídico para la paz y de algunas de las normas y sentencias del derecho internacional público, especialmente aquellas referidas a las negociaciones con grupos alzados en armas, respecto a la aplicabilidad de los delitos políticos y a la posibilidad de conceder amnistías e indultos por los actos cometidos dentro del conflicto armado interno.

Lo anterior, en aras de descifrar las tensiones existentes entre el marco jurídico para la paz, acuerdo general de terminación del conflicto y el derecho internacional de los conflictos armados a partir de un análisis de la constitucionalidad y la validez general del acuerdo en el marco del derecho internacional.

Palabras clave: conflicto armado, marco jurídico para la paz, delito político, acuerdo para la paz, amnistías e indultos.

Tensions present between the legal framework for peace and Public International Law in negotiating the internal armed conflict

Abstract

The article analyzes the general agreement conducted by the Revolutionary Armed Forces of Colombia – FARC – and the Colombian Government in recent months, the legal framework for peace and some of the rules and sentences of public international law, especially those related to negotiations with armed groups, regarding the applicability of political crimes and the possibility of amnesties and pardons for acts committed during the internal armed conflict.

The above, in order to decipher the tensions present between the legal framework for peace, the general agreement for ending the conflict and the international law of armed conflict from an analysis of the constitutionality and the general validity of the agreement under the international law.

Keywords: armed conflict, legal framework for peace, political crime, agreement for peace, amnesties and pardons.

Tensões existentes entre o quadro jurídico para a paz e o direito internacional público na negociação do conflito armado interno

Resumo

Este artigo realiza uma análise do acordo geral assinado pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia –FARC– e o Governo colombiano em meses anteriores, do quadro jurídico para a paz e de algumas das normas e sentenças do direito internacional público, especialmente aquelas referidas às negociações com grupos armados, no que respeita à aplicabilidade dos crimes políticos e à possibilidade de conceder anistias e indultos pelos atos cometidos dentro do conflito armado interno.

O anterior, para efeitos de decifrar as tensões existentes entre o quadro jurídico para a paz, acordo geral de terminação do conflito e o direito internacional dos conflitos armados a partir de uma análise da constitucionalidade e a validade geral do acordo no quadro do direito internacional.

Palavras-chave: conflito armado, quadro jurídico para a paz, crime político, acordo para a paz, anistias e indultos.

1 Abogada de la Universidad EAFIT, Especialista en Gerencia de la Seguridad Social de la Universidad CES, Especialista en Estudios Internacionales y Magister en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: cmira@ces.edu.co.

Tensiones existentes entre el marco jurídico para la paz y el derecho internacional público en la negociación del conflicto armado interno

Introducción

El conflicto armado interno en Colombia ha estado atravesado por una multiplicidad de causas y factores que le restan cualquier posibilidad de enmarcarlo en categorías tradicionales como las de la guerra civil, la violencia criminal, el terrorismo o la delincuencia. (Waldman, 2007).

Dicha ambigüedad en su definición y las consecuencias que se han derivado de un tratamiento al parecer confuso del actor armado (Pérez, 2007), el desarrollo del conflicto en un período de larga duración, los actores que se involucran en él y el contexto de una sociedad con vastos problemas sociales y de insatisfacción de necesidades básicas, hacen necesaria una mirada de la negociación del conflicto, en este caso teniendo en cuenta las tensiones existentes entre un derecho internacional que se manifiesta tanto en el tratamiento de crímenes de lesa humanidad, genocidio y guerra a través del Estatuto de Roma, como en las normas que regulan el conflicto armado interno bajo figuras como la amnistía y el indulto, incluidas en el Protocolo II anexo a los Convenios de Ginebra y en el derecho colombiano. La regulación de la guerra en Colombia y con ella del propio conflicto, pareciera ser un asunto que hoy en día no puede desligarse del derecho internacional.

La idea misma de la posibilidad de una concesión de amnistías e indultos desde un decreto presidencial, se enfrenta con la imposibilidad que ha planteado el Tribunal Penal Internacional de hacer uso de estos instrumentos y con las sentencias de la Corte Interamericana que, como en el caso *Barrios Altos vs Perú*, *Velásquez Rodríguez vs Honduras* y *Ríos y otros vs Venezuela*, consideraron que estos instrumentos eran incompatibles con las normas contenidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Los ejemplos pululan: crímenes de lesa humanidad que hoy son procesados desde el Tribunal Penal Internacional y que impiden el juzgamiento de delitos internamente con penas menores, amnistías e indultos que son prohibidas desde el derecho internacional y que por ende hacen inoperante, por lo menos desde la

jurisprudencia de los altos tribunales, el perdón y el olvido como marco jurídico de negociación, la indefinición de delitos o tipos penales que podrían considerarse como dispositivos penales abiertos que impedirían, eventualmente, aplicar el código penal colombiano en el juzgamiento de delitos comunes o que, permitirían un doble juzgamiento y por supuesto, las asociaciones de los delitos políticos a delitos comunes, que en la jurisdicción interna impedirían juzgar la motivación misma del actor armado como lo ha señalado la Corte Constitucional en Colombia en las consideraciones que ha realizado en sus sentencias como la C- 1055 de 2003 o la C-538 de 2008.²

Todas estas consideraciones, a las que se enfrenta el gobierno colombiano actualmente, conducen entonces a preguntarnos lo siguiente: ¿Cuáles son las tensiones actuales existentes en el marco jurídico para la paz y derecho internacional público?

Este artículo se divide en dos capítulos: el primero analiza el marco jurídico para la paz y las sentencias de constitucionalidad que hicieron el control del mismo y, el segundo, analiza las tensiones existentes entre el derecho internacional y el derecho interno en la negociación del conflicto armado, para terminar con algunas conclusiones.

1. El Marco Jurídico para la Paz, una tensión entre derecho internacional público y derecho interno

El 23 de septiembre del 2015, el gobierno colombiano expidió un comunicado en el que establecía que reafirmaba sus compromisos con los acuerdos a los que se había comprometido hasta la fecha con las FARC – EP en la Habana y en el que concertaba con este grupo armado, una fórmula de justicia que, parafraseando al comunicado, pudiese garantizar los derechos de las víctimas y la construcción de una paz tanto estable como duradera. En dicho comunicado, se establecían los siguientes compromisos del Gobierno Nacional, entre otros:

- a. La creación de una jurisdicción especial para la paz que contará tanto con salas de justicia como con un tribunal para la paz.
- b. El establecimiento de una jurisdicción especial para la paz para juzgar a todas las personas, incluido el gobierno, que hubiesen participado en el conflicto, “en especial respecto de los casos más graves y representativos” (Comunicado No. 60 de 23 de septiembre de 2015).

2 En estas sentencias la Corte Constitucional consideraba básicamente que la naturaleza de los delitos de secuestro, terrorismo con bombas y narcotráfico no permitía su equiparación como delitos políticos.

- c. El reconocimiento de dos tipos de procedimientos judiciales para procesar a quienes hubiesen participado en el conflicto: una, más suave – consistente en una sentencia que condena por las conductas reconocidas por los victimarios -; otra, más fuerte, consistente en un proceso contradictorio³ ante los jueces del tribunal, para conductas no reconocidas por los victimarios.
- d. El otorgamiento de la amnistía más amplia posible para quienes resultaren involucrados en la comisión de delitos conexos y políticos.
- e. La dirección de las sanciones a los victimarios hacia la finalidad de un restablecimiento cada vez más amplio de los derechos de las víctimas y, finalmente, la consolidación de la paz a través de restauraciones y reparaciones del daño basadas en el trabajo, para aquellos que reconocieran su responsabilidad.

Los compromisos que proponía el gobierno, al parecer, se enfrentaban con lo que este mismo había afirmado en el Acto Jurídico No. 1 de 2012, que no solo contradecía en algunos puntos al comunicado, sino que planteaba también varias tensiones respecto a la concordancia de esta norma con el derecho internacional.

En el *Marco Jurídico para la Paz*, el gobierno nacional había pactado el establecimiento de mecanismos de justicia transicional que modificaban los artículos 66 y 67 transitorios⁴ de la Carta Política, todos ellos encaminados a un

3 Se entiende como proceso contradictorio aquel que no estaría sujeto a una rebaja de penas por confesión de delitos, y, en el que, por ende, debe probarse ante los jueces la responsabilidad por los crímenes cometidos.

4 El artículo 66 de la Constitución Política señala lo siguiente: “Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo.

Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección.

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones

objetivo: “facilitar la terminación del conflicto y el establecimiento de una paz jurídica estable y duradera” (Preámbulo del Acto Jurídico No. 1 de 2012). Los mecanismos establecidos en el *Marco Jurídico para la Paz*, consistían básicamente en lo siguiente:

- a. El establecimiento de formas de justicia transicional de manera excepcional, no obstante, su consideración como instrumentos destinados a la terminación del conflicto cuya función es la reparación y el logro de la paz estable y duradera. Su consagración a través de una ley estatutaria. (Marco Jurídico para la Paz – Acto Legislativo No. 1 de 2012).
- b. La orden al Congreso de la República, para la aprobación de una Ley que creara una Comisión de Verdad, que, citando el artículo primero, “definiera su objeto, composición, atribuciones y funciones”.
- c. La orden al Fiscal General de la Nación de determinar los criterios de priorización en la investigación y sanción de conductas penales. De acuerdo con un criterio de mayor gravedad tanto en la investigación como en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad, genocidio o guerra y graves violaciones a derechos humanos y otra investigación y sanción, y otro de mayor levedad para los demás, estableciendo además la potestad del congreso de definir los delitos que van a ser considerados como delitos políticos, con la respectiva prohibición de incluir en ellos crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática.

extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.

En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.

PARÁGRAFO 1o. En los casos de la aplicación de instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que hayan participado en las hostilidades, esta se limitará a quienes se desmovilicen colectivamente en el marco de un acuerdo de paz o a quienes se desmovilicen de manera individual de conformidad con los procedimientos establecidos y con la autorización del Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2o. En ningún caso se podrán aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiriendo. El artículo 67 transitorio de la Constitución Política, señala lo siguiente: “Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos”.

- d. La orden, también para el Fiscal General de la Nación, de determinar los casos en los que procede la suspensión de la ejecución de la pena y la aplicación de sanciones extrajudiciales, penas alternativas o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de las mismas. (Acto Legislativo No. 1 de 2012).
- e. El condicionamiento de los mecanismos anteriores a procesos de dejación de armas, liberación de secuestrados, desvinculación de menores de edad reclutados forzosamente, aceptación de responsabilidad y, en todo caso, el reconocimiento de la verdad, aplicación de la justicia y reparación de las víctimas por parte de los miembros de los grupos armados. Asimismo, la reserva de los instrumentos de justicia transicional, única y exclusivamente para los actores armados que “hubiesen sido parte del conflicto” (Acto Jurídico No. 1 de 2012).

El *Marco Jurídico para la Paz*, fue controlado por la Corte Constitucional en las sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014. En la primera sentencia, la Corte Constitucional evaluó la demanda presentada por los actores que consideraban que el Acto Legislativo No. 1., era inconstitucional en el establecimiento de criterios de priorización y en la selección de los instrumentos de justicia transicional que permitirían centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, de genocidios y de guerra que fuesen cometidos de manera sistemática, en la expresión máximos y en la expresión sistemática. (Sentencia C-579 de 2013).

Adicionalmente, dado que el marco jurídico, permitía al Fiscal General de la Nación renunciar de manera condicionada a la persecución penal de todos los casos no seleccionados, terminaban entonces -según los actores-, sin perseguirse ni juzgarse algunos delitos que hacían parte del conflicto y por los cuales también podían producirse violaciones de derechos.

Según los demandantes, las expresiones como: máximos responsables de delitos, sistemática y todos, sustituían un pilar fundamental de la Constitución cual era aquel de proteger derechos fundamentales de las víctimas.

La Corte, para resolver la demanda, hizo un examen minucioso del Acto Legislativo bajo un juicio de sustitución y en su decisión, consideró que no se presentaba sustitución constitucional alguna en el *Marco Jurídico para la Paz*, en cuanto, la reforma a la Carta Política implicaba una necesaria imputación de delitos de lesa humanidad, de genocidio y de guerra y no su impunidad; y, asimismo -entendía el alto tribunal-, que no se veía vulnerada la naturaleza parcial o total de la Constitución en tanto no se variaba su eje esencial definitorio, es decir, no se modificaba el modelo de Estado Social de Derecho.

Anotaba entonces, que el hecho de que se permitiera seleccionar violaciones graves a derechos humanos para efectos de juzgarlas y procesarlas, estaba fundamentada en principios del derecho interamericano, como los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana y del derecho internacional, que garantizaban la investigación penal de los responsables, posiblemente no la imposición de la pena privativa de la libertad, pero, en todo caso, la víctima podía constituirse en parte civil del proceso para obtener tanto la justicia, como la verdad y la reparación que continuaban siendo para la Corte Constitucional partes fundamentales de la justicia transicional y que no comportaban riesgo alguno en la demanda.

En la segunda sentencia, la Corte Constitucional se refirió a dos temas que resultaban siendo muy relevantes para efectos de examinar las tensiones existentes entre el marco jurídico para la paz – Acto Legislativo No. 1 de 2012 – y el derecho internacional. El primero de estos temas fue el delito político, y el segundo, la sustitución constitucional.

Frente al delito político, la Corte Constitucional había enunciado los presupuestos relativos a la participación política de los grupos armados en el contexto de la justicia transicional y frente a esto, la corporación había señalado que la justicia transicional estaba “constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda, (sic) en los cuales era necesario utilizar gran variedad de mecanismos con el objeto de lograr la reconciliación y la paz, realizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, restablecer la confianza en el Estado y fortalecer la democracia, entre otros importantes valores y principios constitucionales” (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014, p. 110).

El delito político, en este contexto, era un instrumento que, según la corporación, garantizaba que las personas por la naturaleza de los actos delictivos cometidos con ocasión del conflicto armado, pudieran obtener las siguientes ventajas en su tratamiento legal:

- a) No ser sometidas a penas de extradición.
- b) Permitirles la participación política.
- c) Concederles la amnistía y el indulto por los delitos políticos.

Para la Corte Constitucional, era claro, que solo aquellas personas que cometieran actos con la finalidad de contradecir el orden constitucional vigente y con motivos altruistas, pudieran acceder a dicho beneficios. No obstante, no se considerarían delitos políticos, los delitos de terrorismo cometido con bombas, los de narcotráfico,

los de secuestro, los de extorsión, y los crímenes de lesa humanidad y genocidios realizados de manera sistemática⁵.

Adicionalmente, la consideración de un delito como político, no excluía la pena, solo podía condonarse dicha pena en la medida en la que el gobierno decidiera realizar un otorgamiento de amnistías o indultos.

La calificación del delito como político, se constituía, según la corporación, en un presupuesto necesario para que aquellos actores pudieran entrar a fortalecer las instituciones democráticas y para consolidar en Colombia un Estado Social de Derecho donde estuviese garantizada la participación política.

Frente a la sustitución constitucional, en esta sentencia, el alto tribunal analizó los presupuestos de la demanda que consideran que el *Marco Jurídico para la Paz* es sustitutivo de la Constitución, para ello identificó una premisa mayor, una premisa menor y unas conclusiones y lo hizo bajo la forma de un silogismo, como método de aplicación del derecho.

Premisa mayor

La participación política como principio fundante y transversal al régimen constitucional colombiano, resulta esencial en la conformación, ejercicio y control del poder en un Estado Democrático como el establecido a partir de la Constitución de 1991. Los límites que a la misma se establezcan no podrán tener fundamento en condenas impuestas por la comisión de delitos políticos o de aquellos que se consideran conexos a delitos políticos. (Sentencia C-577 de 2014).

Premisa menor

Una Ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, en consecuencia, no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.

Conclusión

Consideraba -la Corte Constitucional- que no se sustituía la Constitución con el *Marco Jurídico para la Paz*, dado que la propia legislación ya había establecido los parámetros para definir cuáles delitos podrían ser considerados como conexos al delito político y cuáles conexos al delito común y, en este sentido, había excluido

5 En la sentencia no es definida, en ninguno de sus apartes, a qué se refiere el carácter sistemático de los delitos.

expresamente los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, el narcotráfico y el terrorismo⁶.

Asimismo, la Corte Constitucional definía, en esta sentencia, la naturaleza de la Constitución Política como democrática, participativa y pluralista, defendiendo la diversidad de la misma y aludiendo a los actores que participaron en ella. En el texto político, añadía, están referidos los procesos de justicia transicional que suponían medidas de participación política haciendo posible un “posconflicto”⁷ y en donde no se negaba la posibilidad de condena frente a delitos políticos.

Concluía entonces la Corte que no existía parámetro de naturaleza constitucional que pudiese coartar o limitar “la libertad de configuración del poder constituyente constituido al momento de determinar qué delitos son conexos al delito político, para los precisos efectos de permitir la participación en política de quienes sean condenados por la realización de estas conductas” dado que, existían límites claros respecto a las prohibiciones frente a su tratamiento⁸.

2. El derecho internacional público frente a la negociación del conflicto armado interno

En las líneas anteriores, analizábamos el *Marco Jurídico para la Paz* y las sentencias de la Corte Constitucional que hicieron su control frente a las demandas de inconstitucionalidad del mismo y que concluían que este se encontraba ajustado a los parámetros de la Constitución, de igual forma, señalábamos las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en cuanto a la naturaleza de los delitos políticos y las conclusiones que esta arrojaba respecto a la sustitución constitucional.

Luego se hará referencia a la manera como el derecho internacional, en algunas de sus normas ha regulado el tratamiento del conflicto armado y en particular, ha establecido fórmulas para su negociación. En este análisis, no se incluyen todas

6 Dichos delitos estarían excluidos de la consideración como delitos amnistiables e indultables, dado que estos delitos desconocen las obligaciones insertas en la propia constitución y relativas al respeto de los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario; se mencionan las siguientes normas: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; Convención sobre los derechos políticos de la mujer y convenio sobre pueblos indígenas y tribales.

7 Este término es bastante discutido, por cuanto la sociedad colombiana no se encuentra realmente en un estado de cesación del conflicto.

8 Los límites del tratamiento de los delitos políticos son los siguientes: a) los delitos comunes no son amnistiables ni indultables. b) aquellos delitos conexos al delito común tampoco podrían ser beneficiarios de dichas figuras; c) la extradición es una medida aplicable solo a delitos comunes y finalmente d) las personas condenadas por delitos comunes no podrían participar en política.

las normas del derecho internacional sino solo aquellas en donde se introducen parámetros en la negociación del conflicto armado interno. Dichas normas se analizan junto con las leyes que las aprueban y las sentencias de constitucionalidad que las controlan, pero, es importante advertir, que solo se relacionan los puntos referidos a la negociación de los conflictos armados internos y en particular al colombiano.

Las normas seleccionadas son las siguientes: el Protocolo II Anexo a los Protocolos de Ginebra para la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994 que aprueba dicho Protocolo y la sentencia que realiza el control de su constitucionalidad, la C-225 de 1995. Asimismo, se describirá el Estatuto de Roma adoptado en Colombia por la Ley 585 de 2002, que aprueba en Colombia su implementación respecto al tratamiento legal de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y guerra por un tribunal penal internacional y, finalmente, la Sentencia C-578 de 2002 que controla su constitucionalidad.

Una primera aproximación a la negociación de los conflictos armados de carácter no internacional, la ofrece el Protocolo II Anexo a los Protocolos de Ginebra para la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. En él, la Organización de las Naciones Unidas, realiza las siguientes consideraciones respecto al concepto de conflicto armado y a la forma en la que se recomienda negociar un conflicto armado de carácter no internacional. En relación con el concepto de conflicto armado, el Protocolo señala lo siguiente:

El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3o. común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1o. del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo⁹.

9 Respecto a la definición de conflicto armado internacional, el artículo primero del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, lo define en los siguientes términos: Es aquel conflicto armado que se desarrolla entre los pueblos que luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. (Art. 1 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra).

Asimismo, se añade qué actos no estarían sujetos a su tratamiento como conflicto armado y entre ellos incluyen: “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados” (Parágrafo 1 del Protocolo II Anexo a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas en Conflictos Armados de carácter no internacional). De otro lado y con respecto a la forma de terminación de este tipo de conflictos, en el capítulo de disposiciones penales, el Protocolo incluye varias disposiciones:

- a) La obligación de no impartir pena alguna a los involucrados en las hostilidades, sino en virtud de una sentencia proferida por un tribunal con las garantías de imparcialidad y de independencia de sus jueces.
- b) La garantía de todos los mecanismos de defensa judicial, incluidos los medios de defensa individual necesarios, dada la responsabilidad que deberá ser atribuida individualmente.
- c) La prohibición de la pena de muerte a los sindicados de delitos producto del conflicto armado interno.
- d) La prohibición de sancionar actos u omisiones que no estuvieren tipificados previamente en el derecho interno.
- e) La presunción de inocencia del sindicado en el proceso penal hasta tanto no se demuestre su culpabilidad.
- f) La no obligación del sindicado de declarar contra sí mismo o a declararse culpable.
- g) El derecho a presenciar el juicio penal por parte del acusado.
- h) Y finalmente, la de otorgar, de la manera más amplia posible, amnistías e indultos a las personas que hayan tomado parte del conflicto armado o que se encontraran privadas de la libertad con motivos relacionados al mismo¹⁰ (Artículo 6 del II Protocolo anexo a los convenios de Ginebra para el tratamiento de las víctimas del conflicto armado no internacional aprobado por la Ley 171 de 1994).

En la Sentencia C-225 de 1995, que controló la constitucionalidad del Protocolo, la Corte Constitucional se refirió a las formas de negociación del conflicto armado incluidas dentro del protocolo mencionado. En ella, el tribunal

10 El numeral 5 del artículo 6to del Protocolo antes referido, señala lo siguiente: A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder, procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

constitucional, consideraba que el Protocolo II Anexo a los Convenios de Ginebra para el tratamiento de las víctimas del conflicto armado interno, no obligaba al gobierno nacional a negociar bajo la figura de los indultos y las amnistías con los actores armados, sino que, al establecer que el Estado procuraría negociar estos conflictos armados con estas herramientas, no negaba, con ello, ni la naturaleza de las amnistías y de los indultos, destinadas, única y exclusivamente a los delitos políticos y conexos, los que consideraba la Corte Constitucional, se derivan del conflicto armado, ni la posibilidad de que, dentro de las estrategias de negociación, se destinaran mecanismos diversos para establecer la responsabilidad de los actores armados dentro del mismo. Por ende, terminaba la Corte Constitucional, señalando que dependía de la estrategia política del gobierno la de definir qué delitos contenían una connotación política.

Las normas de regulación de conflictos armados internos, naturalmente, deben ser complementadas con aquellas que han ido definiendo la responsabilidad penal de crímenes de lesa humanidad, genocidios o guerra, como actos, también derivados del conflicto armado interno.

El Tribunal Penal Internacional fue adoptado mediante el Estatuto de Roma. Este instrumento internacional define qué crímenes son considerados como de lesa humanidad, genocidio o guerra¹¹ e incluye su carácter imprescriptible.

En la Sentencia C-578 de 2002, la Corte Constitucional, realizó el control de constitucionalidad de dicho estatuto e incluyó las siguientes consideraciones relacionadas con la concesión de amnistías e indultos por los crímenes objeto de competencia del Tribunal Penal Internacional y la naturaleza de los delitos.

Se establecía, en dicha sentencia, la imposibilidad de proferir leyes en donde fueran concedidas amnistías en blanco o leyes de punto final que pusieran fin al conflicto armado interno o que impidieran a las víctimas el recurso judicial efectivo para poder satisfacer su derecho a la justicia, no obstante, permitía la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales en materia de delitos políticos o conexos siempre que estos se ajustaran a la Constitución Política colombiana y a las normas internacionales adoptadas por el gobierno colombiano.

En las consideraciones, la corporación definía que, conforme a los principios de indisponibilidad e incapacidad, establecidos por el Estatuto de Roma, el gobierno colombiano, no estaba en capacidad para conceder amnistías e indultos con ciertas características en materia de delitos políticos, dado que estas estarían indicando la

11 Los crímenes de agresión no han sido definidos dentro del Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional asumirá competencia una vez sean definidos estos crímenes.

falta de voluntad del mismo para juzgar los delitos objeto de la jurisdicción penal internacional. Al respecto concluía la corporación:

No obstante lo anterior, y con el fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva. Por ello, el Estatuto de Roma, al recoger el consenso internacional en la materia, no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí las que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia.

Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos, consagrados en instrumentos como, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Añade, en estas consideraciones, el carácter inderogable del *ius cogens*, la necesidad de articular estas disposiciones con las normas que promueven el otorgamiento de amnistías e indultos lo más ampliamente posible a los actores armados involucrados en el conflicto, no obstante, señala de manera precisa, cuáles deben ser los límites de las mismas.

Conclusiones

Una vez vistos, el *Marco Jurídico para la Paz*, las sentencias de la Corte Constitucional que examinaron su constitucionalidad y las normas del derecho internacional público referidas a la negociación de conflictos armados internos y, en particular, al otorgamiento de amnistías e indultos frente a los actores armados que han cometido actos dentro del mismo, nos queda concluir que el Protocolo II Anexo a la Convención de Ginebra que regula los derechos de las víctimas, no contiene realmente prohibición alguna respecto a la naturaleza de los delitos que sería amnistiables o indultables, antes bien establece que es posible otorgar amnistías e indultos de la manera más ampliamente posible.

La Corte Constitucional al pronunciarse sobre las normas internacionales ha ido introduciendo consideraciones conforme a lo que considera delitos políticos y conexos a los mismos y ha añadido como delitos comunes, los delitos de terrorismo, secuestro y narcotráfico. Delitos que son cometidos en el contexto del conflicto armado interno.

El Derecho Internacional de los Protocolos Anexos al Convenio de Ginebra manifiesta un garantismo penal mayor que el derecho del Estatuto de Roma y, en términos de validez pareciera que dicho estatuto no se ajusta a los parámetros establecidos para el tratamiento del conflicto armado y del actor armado, establecidos en el derecho internacional de los conflictos armados internos, particularmente en aquel contenido en el II Protocolo Anexo a los Convenios de Ginebra, ello, es, nuevamente, una manifestación del poder penal expansivo y punitivo y de un optimismo penal que funciona como símbolo de la justicia en el derecho. (González, 2010).

No obstante, es alentador, de la lectura de los acuerdos contenidos en el comunicado No. 60 firmado por el gobierno y las FARC y del *Marco Jurídico para la Paz*, contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 2012, constatar cómo tanto el gobierno nacional como la Corte Constitucional han podido establecer fórmulas de responsabilidad que no han hecho uso, o por lo menos, no necesariamente, del derecho penal, de igual forma, cómo se han establecido parámetros de ponderación que permitirían al Fiscal General de la Nación determinar los casos en los que, eventualmente, de un lado, procedería la suspensión de la pena y de otro, podrían aplicarse mecanismos alternativos a la justicia penal.

Referencias

- González, J. (2010). La Corte Penal Internacional (CPI) y la internacionalización del derecho penal. *Diálogos de derecho y política*. 4. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/7081/6565>.
- Organización de Estado Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos vs Perú*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.
- Organización de Estado Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf.
- Organización de Estado Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ríos y otros vs Venezuela*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf.

- Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Recuperado de [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).
- Organización de las Naciones Unidas. Protocolo I Adicional a los Protocolos de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>.
- Pérez Toro, W. F. (2007). La difícil aproximación al delito político. *Estudios Políticos*. 31, pp. 43-60.
- República de Colombia. Comunicado No. 60 de 23 de septiembre de 2015. “Sobre acuerdo de creación de una jurisdicción especial para la paz”. Recuperado de http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/20150923_03-Comunicado_conjunto-N-60-sobre-el-Acuerdo-de-creacion-de-una-Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx.
- República de Colombia. Congreso de la República. Acto Jurídico No. 1 de 2012. “Por medio del cual se establecen los mecanismos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DEL%2031%20DE%20JULIO%20DE%202012.pdf>.
- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 742 de 2002. “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5964>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 (2014).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 (2013).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-538 (2008).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1055 (2003).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 (2002).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 (1995).
- República de Colombia. Ley 171 de 1994. “Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0171_1994.html.
- Waldmann, Peter. (2007). *Guerra civil, terrorismo y anomia social*. Bogotá: Editorial Norma.



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón del Sabio
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

*El derecho como razón pública y el patriotismo de la Constitución. La filosofía práctica como soporte de la democracia**

DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a03](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a03)

* Artículo de reflexión.

Citación de este artículo usando el sistema APA: Mejía Quintana, O. (2016). El derecho como razón pública y el patriotismo de la Constitución. La filosofía práctica como soporte de la democracia. *Estudios de Derecho*. 73(161), 33-56. DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a03](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a03)

Fecha de recepción: 3 de mayo de 2016

Fecha de aprobación: 9 de junio de 2016

El derecho como razón pública y el patriotismo de la Constitución. La filosofía práctica como soporte de la democracia

Oscar Mejía Quintana¹

Resumen

Este escrito reconstruye, en una primera parte, el planteamiento sobre el consenso entrecruzado que Rawls desarrolla en el libro *Liberalismo Político* en cuyo marco despliega su idea de la razón pública como sustento vertebral de una democracia constitucional. En una segunda parte, el artículo retoma el planteamiento de Habermas sobre el patriotismo constitucional y los aportes de Honneth y Wellmer a la configuración conceptual de la figura. Finalmente, en la tercera parte, se retoma la propuesta de Rawls sobre el papel que una filosofía práctica (moral, política y jurídica) tiene que jugar socialmente en el marco de una democracia deliberativa.

Palabras clave: derecho como razón pública, deliberación, patriotismo constitucional, democracia deliberativa, papel de la filosofía práctica.

Law as public reason and the patriotism of the Constitution. Practical philosophy as support of democracy

Abstract

This paper reconstructs, in a first place, the approach to the overlapping consensus that Rawls develops in the book *Political Liberalism* under which unfolds his idea of public reason as vertebral support of a constitutional democracy. In the second part, the paper takes the approach of Habermas on constitutional patriotism and the contributions of Honneth and Wellmer to the conceptual configuration of the figure. Finally, in the third part, Rawls's proposal on the role that a practical philosophy (moral, political and legal) has to play socially in the context of a deliberative democracy, is retaken.

Keywords: law as public reason, deliberation, constitutional patriotism, deliberative democracy, role of the practical philosophy.

O direito como razão pública e o patriotismo da Constituição. A filosofia prática como suporte da democracia

Resumo

Este artigo reconstrói, em uma primeira parte, a abordagem sobre o consenso entrecruzado que Rawl desenvolve no livro *Liberalismo Político*, em cujo quadro desdobra a sua ideia da razão pública como apoio vertebral de uma democracia constitucional. Em uma segunda parte, o artigo retoma a abordagem de Habermas sobre o patriotismo constitucional e as contribuições de Honneth e Wellmer à configuração conceitual da figura. Finalmente, na terceira parte, retoma-se a proposta de Rawls sobre o papel que uma filosofia prática (moral, política e jurídica) tem que desempenhar socialmente no quadro de uma democracia deliberativa.

Palavras-chave: direito como razão pública, deliberação, patriotismo constitucional, democracia deliberativa, papel da filosofia prática.

1 Profesor Titular del Departamento de Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Filósofo (UNC), M.A. en Filosofía Moral y PH.D. en Filosofía Política (P.W.U., USA). Adelantó su segundo Doctorado en Filosofía del Derecho (UNC) bajo la dirección del Profesor Guillermo Hoyos. Correo electrónico: omejiaq@unal.edu.co

El derecho como razón pública y el patriotismo de la Constitución. La filosofía práctica como soporte de la democracia

Introducción

En el apartado “¿La Muerte del Derecho?” de su libro, *El Derecho como Razón Pública* el Profesor Owen Fiss (2007), de la Universidad de Yale (USA), hace una corta pero muy sugestiva semblanza histórica y analítica del desarrollo del derecho en el último medio siglo en los Estados Unidos, fácilmente extendible al mundo occidental y, en cierta forma, por el efecto catalizador de la globalización neoliberal, al mundo entero, allí donde el derecho funge como medio de organización social.

El argumento de Fiss (2007) es que el derecho se ha polarizado por la influencia de dos corrientes en Estados Unidos, una la del Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*) que concibe el derecho como eficiencia, y otra, los Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies*) que concibe el derecho como política. Ambas, sin embargo, coinciden en no reconocer que el derecho puede estar sustentado en un tercer término, no absoluto ni excluyente de los anteriores: el derecho como razón pública.

En Colombia, guardadas proporciones por supuesto en la medida en que ninguna de estas escuelas ha logrado afianzarse en nuestro medio, asistimos a una lectura análoga donde el derecho se ve desgarrado entre el binomio que, en los albores de la Constitución del 91, algunos colegas llamaron el viejo derecho versus el nuevo derecho, que más tarde se redujo a formalismo versus antiformalismo y que con el paso de los años se ha venido decantando, a nivel de la filosofía del derecho y la teoría jurídica por lo menos, en una tensión cada vez más aguda y polarizante entre una amalgama iusnaturalista-positivista-autoritaria (donde caben las lecturas eficientistas neoliberales) y una garantista-interpretativista-crítica (donde caben también las posturas feministas, marxistas moderadas y posmodernas).

El texto de Fiss (2007), quien toma distancia de ambas posturas, no da sin embargo claves para comprender qué es lo que podríamos considerar “derecho

como razón pública” y aunque sus alusiones a una moralidad pública, sin referencia a autores específicos, nos daría licencia para relacionarlo con Dworkin o Rawls, su análisis en este punto es más de tipo histórico y social sin dar pistas, insisto, que nos permitan definir conceptualmente tan particular propuesta.

Quisiera aprovechar este vacío para intentar precisar los linderos conceptuales y la proyección de este planteamiento para lo cual exploraré, inicialmente, la noción rawlsiana de razón pública, dado que ha sido Rawls no solo quien introdujera la categoría en su libro *Liberalismo Político* (1993) sino que posteriormente la habría de profundizar (*The idea of public reason revisited*, 1997) en lo que sería el último texto que prácticamente escribiera antes de su muerte.

Pero la idea de razón pública tiene una proyección inmediata que es la de deliberación pública y legitimación constitucional. En el artículo mencionado Rawls (1997) lo sugiere, pero quien ha desarrollado la noción ha sido Jürgen Habermas y su propuesta del patriotismo constitucional como única forma de vinculatoriedad intersubjetiva en las sociedades complejas contemporáneas (siendo Colombia, especialmente, una de ellas). Esto nos remite a una reveladora discusión –adelantada por la tercera generación de la Escuela de Frankfurt-, sobre desde donde sustentar ese patriotismo constitucional cuando no hay –ni tiene que haber- un ethos hegemónico que pueda respaldarlo.

Pero en toda esta discusión gravita el papel que juega la filosofía práctica (moral, política y del derecho) en los procesos de deliberación pública y que en esta oportunidad quisiera pensar como un homenaje a la memoria del Maestro Guillermo Hoyos. Aunque Habermas ha definido el papel de la filosofía como “vigilante e interprete” creo que el ejemplo vital del profesor Hoyos se acercó más a la propuesta rawlsiana a la que, en tal caso, me aproximaré para mostrar su rol de soporte crítico de esa razón pública y ese patriotismo constitucional que no solo requieren un ethos democrático, sino una filosofía práctica militante y defensora. En ese orden, la **hipótesis de trabajo** que este escrito ilustra es la siguiente:

El concepto de derecho como razón pública que, a la manera hegeliana, conciliaría los momentos que han polarizado al derecho reduciéndolo, ya a su dimensión de eficacia (Escuela del Análisis Económico del Derecho) ya como mera política (Estudios Críticos del Derecho), requiere, para su reconstrucción normativa iusfilosófica y teórico-jurídica, sustentarse en el diseño rawlsiano del consenso entrecruzado y la razón pública, que permita comprender la mediación constitucional entre política y derecho, en el marco de un modelo de democracia deliberativa, y cuya fundamentación de vinculatoriedad intersubjetiva y proyección social, solo puede ser proporcionada por la noción de eticidad democrática y patriotismo constitucional tal como Habermas y la tercera generación de la Escuela de Frankfurt la ha desarrollado. Todo lo cual remite al papel público que

la filosofía práctica, como reflexión crítica, debe acometer en procura de acompañar y dar sustento conceptual a tales procesos, encaminado a afianzar una cultura política sustentada en una sólida paideia constitucional.

Como debe ser obvio -aunque no sobra advertirlo- quiero concebir esta propuesta de un derecho como razón pública como inscrita en la línea de una teoría crítica del derecho, nunca como una apología de la concepción de derecho dominante y hegemónica hoy en nuestro medio. Propuesta que busca potenciar los flujos contrahegemónicos que al interior del campo jurídico colombiano se vienen dando y que en un primer momento la Corte Constitucional catalizó en tal sentido pero que, después, ha sido rabiosamente confrontada por la reacción que los paradigmas convencionales, iusnaturalista y positivista, han tenido contra la Constitución del 91, a la sombra de una oscura tendencia política autoritaria que ha venido consolidándose en el país desde hace más de una década.

1. Rawls: la idea de razón pública

La idea de razón pública en la obra de Rawls está inicialmente formulada en el marco de lo que denomina *overlapping consensus* o consenso entrecruzado, categoría clave para comprender el énfasis sociológico que le confiere a lo que denomina liberalismo político que solo así puede ser diferenciado del liberalismo procedimental que rechaza de manera enfática. Liberalismo político en ese sentido es un *factum* sociológico que se impone en las sociedades complejas para ser administradas consensualmente por las diferentes formas de vida que deseen comprometerse en su manejo.

Ese consenso entrecruzado, que culmina con la noción de razón pública, muestra el entramado político –en últimas democrático-deliberativo– que soporta posteriormente los procesos constitucionales, tanto en su dinámica como en sus marcos de interpretación. La razón pública se articula en forma directa con esa dinámica deliberativa, tanto en un primer nivel político (los foros ciudadanos de la razón pública), como en un segundo nivel constitucional (los términos de razonabilidad a los que el tribunal se atiene en su deliberación e interpretación constitucional).

De aquí se inferiría que la consideración del derecho como razón pública tiene un anclaje profundamente deliberativo y democrático antes que legal y formalista, tanto en sus insumos básicos en las fuentes previas de la elaboración normativa, como en la interpretación y adjudicación constitucional, por lo menos, e incluso, en la misma decisión judicial de los procesos legales.

1.1 Liberalismo político y pluralismo razonable

La obra del 93 culmina una larga serie de revisiones que Rawls introduce a la versión original de su *Teoría de la Justicia. Political Liberalism*, recoge el núcleo de aquellas e integra una nueva visión de la justicia que, como ya lo había planteado en 1985, define como **concepción política** de la misma, la cual consolida el giro sustancial ya asumido. El libro formula varios cambios de fondo, el más importante siendo la distancia que toma frente al kantismo y la definición de un constructivismo no comprensivo, como columna metodológica de su teoría. Pese a que mantiene varios conceptos que Rawls siempre ha sostenido que se han inspirado en la filosofía práctica kantiana (Höffe, 1998), ahora enfatiza las diferencias que distinguen su concepción del liberalismo de Kant.

Liberalismo Político (Rawls, 1996) representa, así, la asunción crítica de los argumentos comunitaristas y la crítica al liberalismo clásico, mediado por la lectura tanto de Hegel y sus conceptos de reconciliación y eticidad, como de Marx y su concepción del capitalismo como un sistema injusto, al igual que de la tradición republicana y su concepto de deliberación ciudadana, permitiéndole a Rawls su **ruptura definitiva** con el liberalismo doctrinario y su concreción de un modelo de sistema político normativamente incluyente.

En efecto, para Rawls (1996) y (2002) la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, dado un contexto social compuesto por una diversidad de clases y grupos a su interior, es la de un **pluralismo razonable** de doctrinas omnicomprensivas razonables en el marco de una cultura política y unas instituciones que garanticen mínimamente procesos de consensualización.

El fundamento normativo de este pluralismo razonable debe ser, según Rawls (1996, pp. 165-205) (2002, pp. 254-258), una concepción política de la justicia consensualmente concertada por el conjunto de sujetos colectivos comprometidos con esa sociedad. El pluralismo razonable tiene como objetivo la obtención de un **consenso entrecruzado** (*overlapping consensus*), el cual constituye el constructo principal de la interpretación rawlsiana sobre una democracia consensual. El consenso entrecruzado viene a ser el instrumento procedimental de convivencia política democrática que solo a través de él puede ser garantizada.

Este liberalismo consensual, que Rawls califica como político en oposición al liberalismo procedimental, formalista y de mayorías, cuya fuerza y proyección reside en la flexibilidad y transparencia del procedimiento político de deliberación e intersubjetividad ciudadanas, supone la existencia en el seno de la sociedad de varias doctrinas omnicomprensivas razonables, cada una con su propia concepción

del bien, pero compatibles con el pluralismo que caracteriza a los regímenes constitucionales.

1.2 El *Overlapping Consensus*

Aunque la formulación rawlsiana del *overlapping consensus* establece dos etapas, leído integralmente puede ser discriminado en cinco momentos diferentes. El primero es el de *modus vivendi* que Rawls (1993) advierte no debe ser confundido con el consenso entrecruzado en la medida en que este es siempre el final y no el comienzo del proceso. En tal sentido, el *modus vivendi* correspondería a lo que podríamos llamar un “acuerdo de mayorías” donde, como tal, persisten desacuerdos y conflictos con las minorías discriminadas, conflictos que precisamente tienen que ser resueltos en forma pacífica, a través de medios constitucionales.

De ahí que el segundo momento, primera etapa para Rawls del *O.C.*, sea el que denomina **consenso constitucional** que en cierta forma evoca, por contraste, al famoso “contrato constitucional” de Buchanan (1975) donde los vencedores imponen sus términos a los vencidos en el marco de un “pacto” constitucional que simplemente convalida lo logrado en el estado de naturaleza por la fuerza. Por el contrario este momento es concebido por Rawls como la etapa en la que los actores del conflicto logran ser incorporados a la vida social a través de mecanismos constitucionales que moderan la radicalidad de las hostilidades, abriendo el poder constitucional y democráticamente a los grupos que luchan por él.

Esto origina un tercer momento intermedio de convivencia ciudadana donde, ya moderado el conflicto, se ambienta y genera un espectro de **virtudes cívicas** que al propiciar un clima de razonabilidad, de espíritu de compromiso, de sentido de equidad política y de reciprocidad, sienta las condiciones mínimas de deliberación pública necesarias para la etapa subsiguiente, que es la vertebral del proceso.

El cuarto momento, segunda etapa para Rawls, es la del **consenso entrecruzado**, el consenso de consensos, que fija el contenido de la concepción política de justicia que determina de la sociedad. Fruto de la más amplia deliberación ciudadana, incluye para su determinación la forma en que bienes sociales primarios y libertades políticas van a ser repartidas socialmente y, por tanto, los diversos grupos políticos deben plantear propuestas en tal sentido que precisen su regulación en la estructura básica de la sociedad a nivel económico y político.

Este *O.C.* define lo que Rawls, en la línea kantiana, denomina **concepción política de la justicia**, es decir, el consenso que las diferentes visiones razonables – las que quieren participar en la administración de la sociedad- tienen sobre el proyecto societal que las identifica, obviamente sin desmedro de sus

propias concepciones de vida buena, definiendo principios y valores políticos constitucionales suficientemente amplios como para consolidar el marco común de la vida social y política, especificando los términos de cooperación social que este liberalismo consensual intenta concretar y sobre los cuales los grupos ciudadanos, desde su absoluta libertad de conciencia y perspectivas omnicomprensivas, concilian con sus propios valores morales y políticos particulares.

Por supuesto, el espacio donde este consenso entrecruzado se consolida es el **foro público** de la deliberación política -de ahí porque ello constituya la esencia misma de la democracia deliberativa que Rawls propone-, donde los diferentes grupos y sujetos colectivos presentan sus correspondientes propuestas a la sociedad en general. Solo una dinámica política tal puede sustentar hoy en día la convivencia en las sociedades complejas y heterogéneas constituidas por una pluralidad de formas de vida.

1.3 La razón pública

Podría decirse que con el momento de la razón pública culmina el proceso del *overlapping consensus* en una figura que en parte recuerda el equilibrio reflexivo de la *Teoría de la Justicia*, en cuanto no solo acompaña todo el transcurso deliberativo del consenso entrecruzado que viene desencadenándose especialmente desde la etapa del consenso constitucional sino que, llegado a este punto, recoge el acuerdo político además tanto en los esenciales constitucionales que el tribunal supremo debe inferir del mismo, sino también como marco de razonabilidad, es decir deliberativo, de sus propias interpretaciones.

En una primera formulación, la razón pública no es, así, concebida en términos esencialistas, análoga a la noción ilustrada de razón: se articula estrechamente con procesos políticos, en primer lugar, si se quiere constituyentes, que desembocan, en segundo lugar, en estructuras constitucionales orientadas al diseño institucional de la sociedad y la fijación de criterios de justicia constitucional general, siempre inspirados en el espíritu de la dinámica deliberativa que les da su origen y razón de ser.

En una segunda formulación, Rawls (1993) hace más evidente la íntima dialéctica permanente -de ahí el paralelo con la figura del equilibrio reflexivo- entre el poder constituyente y el poder constituido, con lo cual el riesgo de hipostasiar su mandato en disposiciones formales anquilosadas, queda reducido sustancialmente en cuanto este último -el poder constituido- está sometido al permanente escrutinio deliberante de un poder constituyente afianzado de manera profunda en los flujos cotidianos de una cultura política en si misma deliberativa.

El derecho como razón pública tiene en este orden un anclaje tanto político como constitucional. En el primer caso se identifica con una cultura política deliberativa que define simultáneamente un ángulo de caracterización de una cultura jurídica que, en la línea antiformalista, se podría caracterizar además como consensual y discursiva, tal como podría tratarse desde Rawls, Habermas y Alexy.

En el segundo caso, el constitucional, el poder constituido se encuentra constreñido permanentemente por la dinámica deliberativa de un poder constituyente, en el mismo sentido de Negri (1994), que le asigna a la justicia constitucional los términos de razonabilidad de una ciudadanía militante que funge, como diría Peter Häberle (2002, pp. 109-151), como intérprete primario de la Constitución.

1.3.1. Razón pública y deliberación

En efecto, la concepción rawlsiana de este liberalismo político –concebido en clave sociológica antes que doctrinal- se cierra con un quinto momento: el de la **razón pública**. Rawls comienza recordando que la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar es esencial para toda democracia constitucional. Ello supone que los principios concertados consensualmente –y que determinan los esenciales constitucionales de esa colectividad- tienen una prioridad relativa, se podría decir que política, sobre los valores particulares de cada comunidad. De ahí porque esto se traduzca en que la concepción política de justicia impone límites a los modelos de vida permisibles y, en ese orden, los planes de vida ciudadanos que los transgredan no son moralmente justificables ni políticamente legítimos (1996, pp. 247-290).

Para Rawls (1996), la razón pública **no es una razón abstracta** y en ello reside la diferencia con la noción ilustrada de razón, cargada todavía del titanismo propio de la Ilustración que hacía concebirla casi como una gran fuerza cósmica –cuando no metafísica-, que se desplegaba por la historia de la humanidad propiciando progreso y bienestar. Como razón pública posee foros y cuestiones concretas donde se expresa y sobre las cuales se manifiesta.

En sociedades complejas como las nuestras, heterogéneas en su composición sociocultural, su expresión es, primero que todo, una razón ciudadana, es decir, un **poder constituyente primario** cuyos miembros, en tanto sujetos colectivos, son quienes, como ciudadanos, ejercen un poder político y legislativo promulgando leyes y rectificando su constitución cuando fuere necesario.

Pero esta razón pública no se circunscribe al foro legislativo sino que es, antes que todo, asumida por la ciudadanía **como criterio de legitimación** de la estructura básica de la sociedad en general, es decir, de sus principales instituciones económicas, políticas y sociales, incluyendo un índice de bienes sociales primarios

consensualmente concertado para ser repartido de manera equitativa entre las diferentes formas de vida que la componen.

El contenido de la razón pública es, pues, el contenido de los principios fijados por la concepción de justicia públicamente concertada y aunque su principal expresión, en un régimen democrático, es el **Tribunal Constitucional**, los esenciales constitucionales que este debe preservar y defender son los derivados del consenso político –es decir, del *O.C.*- de los diferentes sujetos colectivos que deliberativamente contribuyen al manejo societal². De ahí porqué sea en últimas ese consenso, en tanto producto de la deliberación pública, el que defina los términos de razonabilidad y corrección del tribunal supremo, con lo cual queda este siempre sometido a lo que podríamos definir como el mandato macro-político de la sociedad.

1.3.2. La razón pública revisitada

Quizás el último texto que escribe Rawls, ya que el siguiente es más bien una edición que prepara uno de sus asistentes, Erin Kelly, y que Rawls logra revisar solo parcialmente, es el de la **razón pública revisitada** (*The idea of public reason revisited*, 1997). Esta reelaboración de “La idea de razón pública” de *Liberalismo Político* adquiere en momentos un tinte marcadamente hegeliano que recuerda el talante de la *Filosofía del Derecho* de Hegel, en especial cuando Rawls explora dimensiones tan puntuales de la vida cotidiana como las de la religión y la familia en su propósito de exponer las raíces más profundas de la razón pública.

Rawls comienza explicitando la **estructura de la razón pública** desde cinco aspectos: las cuestiones políticas fundamentales; los funcionarios y candidatos públicos que la personifican; las concepciones políticas razonables que la componen; la aplicación de estas a la promulgación de las leyes; y el control ciudadano que se ejerce sobre ellas. Todo lo cual se articula con el **foro político público** que, a su vez, se puede dividir en tres partes: las decisiones judiciales; el discurso de los funcionarios públicos; y el discurso de los candidatos a cargos públicos.

Rawls distingue entre la cultura política pública y la cultura política de base de la sociedad civil y establece el origen del primero en el seno de la ciudadanía democrática de una democracia constitucional que, además para Rawls, responde en su dinámica a una **democracia deliberativa** que cumple a su vez tres condiciones: primero, tiene una idea de razón pública; segundo, se enmarca en unas instituciones democráticas constitucionales; y tercero, convoca un apoyo significativo entre los

2 Ver Mejía, O. (1996. “El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls” (Estudio Preliminar) en John Rawls, *El Derecho de los Pueblos*, Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes).

ciudadanos (2001, pp. 160-164). Así pues, la cultura política pública se define en la deliberación pública sobre las instituciones democráticas frente a la cultura política de base que se antoja particular y específica frente a la primera (pp. 176 y ss).

Rawls (2001) precisa enseguida el **contenido de la razón pública** especificando que este viene dado por el diálogo al interior de una “familia de concepciones políticas de justicia”, nunca por una sola, que necesariamente incluye, como características comunes, un listado de derechos, libertades y oportunidades, la prioridad política de estos y, finalmente, medios que garanticen la realización efectiva de aquellos entre todos los ciudadanos. De ahí porque la razón pública nunca pueda definirse *ad eternum*: inevitablemente reconoce otras concepciones, incluso “más radicalmente democráticas que la liberal” (p. 166) y puede contener nociones tradicionales de bien común y solidaridad. En el cuadro de una concepción política de justicia así definida discurre pues la argumentación y deliberación pública.

Rawls aborda finalmente las relaciones entre razón pública, religión y familia. Frente a la primera estipula que la base innegociable de esa relación la proporciona la constitución política que nunca puede subordinarse en favor de presupuestos religiosos de ninguna índole. La tolerancia y la libertad de conciencia son centrales e irrenunciables en una democracia constitucional (2001, p. 175). Frente a la segunda enfatiza que la justicia política de una sociedad tiene que aplicarse a la familia pues no de otra manera se garantiza que la condición de mujeres e hijos esté adecuadamente regulada por principios democráticos concertados. Las mismas desigualdades de género solo pueden regularse si se concibe a la familia como parte de la estructura básica (pp. 181-183).

2. Eticidad Democrática y Patriotismo de la Constitución

Una vez hemos articulado el derecho en las bases de la razón pública rawlsiana y observar que ello supone una ciudadanía que funja como intérprete deliberante de la constitución (Häberle, 2002) y, por ese camino, de la ley en sí misma, cuando esta ha sido el producto consensual y discursivo de una amplia deliberación pública a través de los canales jurídicos institucionales, la inquietud que se impone, digo, es dual: una, cual es el “sujeto” (entrecomillas para no sustancializarlo de entrada) sobre el que descansa esa razón pública para obviar la objeción de ser una razón pública abstracta; y dos, si el “sujeto” de esa razón pública nos permite fundamentar normativamente –en términos conceptuales– el lazo intersubjetivo que requeriría tal pretensión.

Acudiré para ello a las nociones de eticidad democrática y de patriotismo de la constitución, la primera desde lo que podemos denominar la tercera generación de

la Escuela de Frankfurt, Wellmer, Honneth y Dubiel, y la segunda desde Habermas, a mi modo de ver íntimamente imbricadas en lo que creo es uno de los diálogos y discusiones más enriquecedores entre los miembros de la Teoría Crítica actual. La reconstrucción normativa de la eticidad democrática nos permitirá sostener de manera más cómoda y convincente la noción habermasiana de patriotismo de la constitución que, como veremos, constituye su columna vertebral.

2.1 La eticidad democrática

El concepto de eticidad democrática se sustenta en tres categorías correspondientes: la de democracia como dispositivo simbólico de Dubiel (1997), la de eticidad postradicional de Honneth (1997) y, finalmente, la de eticidad democrática propiamente dicha de Wellmer (1993).

La categoría de “democracia como dispositivo simbólico” remite a la conclusión de que el mandato normativo de las revoluciones democráticas de la modernidad, fue que el trono del poder no puede ser ocupado *ad eternum* por ninguna eticidad sustantiva (llámese soberano o clase social), y que la alternación del poder se impone, en consecuencia, como criterio sustancial e irrenunciable de lo político.

La categoría de “eticidad postradicional” muestra como el derrumbe del mundo y de la conciencia tradicional en la modernidad tardía solo puede recomponerse, desde la noción hegeliana de reconocimiento que supone formas intersubjetivas posconvencionales que, a partir del amor y la solidaridad como expresiones neurálgicas del tejido social y la eticidad, posibiliten que el derecho catalice socialmente las regulaciones jurídicas que permitan la convivencia entre extraños.

Y, por último, la categoría de “eticidad democrática” muestra que la tensión entre libertad y comunidad no es excluyente ni dicotómica, que la democracia es un proyecto simultáneamente liberal y comunitarista sostenido a través de formas postradicionales y postconvencionales de asociación y regulación y que, por tanto, tiene necesariamente ser concebida y mediada procedimentalmente. El trono vacío del poder solo puede ser llenado por una eticidad democrática que procedimentalmente garantice la alternación permanente del poder y que así posibilite el acceso al poder de todas y cualquiera de las diferentes formas de vida que componen esa sociedad.

2.1.1. Dubiel: la democracia como dispositivo simbólico

Con la ejecución del soberano absolutista como ocupante ilegítimo del espacio del poder, el trono del poder queda **vacío en el plano simbólico** (Dubiel, H. et al,

1997). En adelante, ninguna persona ni grupo puede formular frente a la sociedad civil una exigencia legítima de personificar y perpetuarse en el poder. En ello reside la esencia de la cuestión democrática: la democracia moderna es la forma de gobierno donde ni el príncipe o un grupo cualquiera se puede adueñar del poder. Su carácter reside en la fortaleza de su institucionalidad. Así, los procesos constituyentes republicano-democráticos representan históricamente el primer acto de **autoinstitución explícita** de la sociedad civil.

El dispositivo simbólico de la democracia reconoce a todos los miembros de la sociedad civil el derecho a acceder al espacio público y participar en la resolución de los conflictos sociales para reivindicar la perenne lucha por el acceso a lo público y por el **derecho fundamental a tener derechos**. Esta lucha extrae sus energías de una idea de autodeterminación que pone en movimiento la **imaginación política** y la **práxis reivindicativa** que se opone a los **privilegios y jerarquías sociales tradicionales** de un orden social heterónimo (Dubiel, H. et al, 1997, 169).

En la Revolución Francesa la voluntad del pueblo quiso ocupar el lugar del poder que había quedado vacío: [Dubiel pone de presente cómo un grupo de revolucionarios franceses impone el proyecto de autolegislación racional, en primera instancia políticamente y después por la fuerza en contra de otros grupos]. La razón se apoderó del lugar vacío del poder y como voluntad racional quiso ilegítimamente transformarse en esencia de la **política secularizada y posmetafísica**.

Los **regímenes totalitarios**, contrario a este dispositivo simbólico de la democracia, desembocan en [la destrucción del dispositivo simbólico y] la pretensión de sometimiento de la sociedad por la violencia a una ideología determinada. Con la idea de una sociedad sin clases, por encima de la libertad y la igualdad de las personas, se instaura un interés general homogéneo que, si bien proporciona criterios para la justicia, intenta legitimar el poder del partido, suprimiendo la representación simbólica de una sociedad civil.

La línea de separación entre Estado y sociedad civil se desvanece como también la línea que separa el poder político del administrativo. El poder deja de estar vacío y se presenta como un órgano personificado, capaz de reunir todas las fuerzas de la sociedad. [La fusión simbólica de sociedad y poder político origina la instrumentalización de la sociedad como objeto en procura de lograr objetivos de desarrollo social]. El dispositivo simbólico de la democracia queda sometido a una razón instrumental que se apodera del lugar vacío del poder (Dubiel, H. et al, 1997, pp. 149-150).

El capitalismo tardío acelera la desacralización de la cuestión democrática y, en su exacerbación procedimentalista, logra en su inercia despersonalizar el poder,

sometiéndolo –como tiene que ser- a la alternancia partidista. El lugar vacío del poder se recupera pero al costo de una liturgia procedimental fría y distante que parece clamar por ser colmada. La pregunta es entonces: ¿quién puede llenar, en términos postmetafísicos y postconvencionales, el trono vacío del poder?

2.1.2. Eticidad postradicional: Honneth

La pregunta abierta por Dubiel es respondida por los otros compañeros de ruta de esta tercera generación de la Escuela de Frankfurt³. Una primera respuesta la da Axel Honneth cuya perspectiva se sustenta en los modelos de reconocimiento hegelianos, de acuerdo con los cuales la construcción del sentido personal que permite generar lazos comunitarios se aleja del individualismo liberal, puesto que la autorrealización tiene como condición *sine qua non* la **experiencia del reconocimiento** (1997, pp. 206-215).

Las formas claves de reconocimiento “el amor, el derecho y la solidaridad, se constituyen en los preparativos intersubjetivos de protección que aseguran la libertad interior y exterior” (1997, p. 210). La libertad –sostiene Honneth- no queda reducida a ausencia de obstáculos externos, como lo pregona el ideario liberal, sino que adquiere relevancia también la idea de **libertad interior**, para la cual el reconocimiento constituye un factor central.

El tránsito a una eticidad postradicional que se sustenta a su vez en un reconocimiento postradicional fundado intersubjetivamente en las experiencias del amor y la solidaridad, en la medida en que estas experiencias representan “cualquiera sea la forma que históricamente haya[n] adoptado, el núcleo más profundo de cualquier forma de vida que se califique de ética” (Honneth, 1997, p. 213), permiten que el derecho quede anclado a **condiciones intersubjetivas** para su realización sin las cuales se convertiría en lo que ha derivado por su ausencia: una simple consagración procedimental de reconocimiento.

Solo gracias a un derecho sustentado en términos postradicionales, que catalice los flujos de reconocimiento fundados en las experiencias previas de amor y solidaridad que soportan el tejido social primario, puede consagrar la valoración simétrica entre ciudadanos jurídicamente iguales. El lugar vacío del poder empieza a ser llenado por una eticidad postradicional capaz de articular estas tres condiciones (amor, derecho, solidaridad) en el marco de una democracia que logra balancear los fríos procedimientos formales con la tibieza de una solidaridad entre extraños (Honneth, 1997, p. 215).

3 Raullet, G. (2009). “La tercera generación de la Escuela de Frankfurt” en La Filosofía Alemana después de 1945. Universitat de Valencia, pp. 318-326.

2.1.3. Eticidad democrática: Wellmer

Pero la mediación política no es suficientemente explícita en Honneth. La alternativa puede encontrarse mejor en el concepto de **eticidad democrática** que Wellmer (1993, pp. 77-101) reconstruye en la discusión entre liberales y comunitaristas. Para Wellmer, las dos corrientes subrayan elementos complementarios de una misma tradición: los liberales acentúan la insuperabilidad de los derechos fundamentales y el derecho de libertad liberales. Los comunitaristas apelan al republicanismo de los orígenes de la sociedad americana y las tradiciones de autogobierno democrático en municipios y asociaciones.

Para los liberales, los derechos individuales de libertad constituyen el núcleo normativo de la tradición liberal y la democracia moderna. Los comunitaristas reivindican los presupuestos olvidados, en los cuales los derechos de libertad son producidos en formas de vida comunitaria: los primeros protegen los derechos fundamentales individuales, mientras que los segundos, la primacía de la vida comunitaria y el derecho de autodeterminación colectiva.

Wellmer busca integrar las motivaciones comunitaristas a la teoría liberal en lo cual se apoya en Michael Walzer para quien el comunitarismo correctamente entendido sería liberalismo correctamente entendido (Walzer citado por Wellmer, 1993, pp. 80-81). Walzer sostiene que los **valores fundamentales liberales y democráticos** se remiten recíprocamente los unos a los otros, y la crítica comunitarista a la sociedad liberal lo que reclama es la legitimidad de la conexión interna entre derechos fundamentales liberales y participación democrática (p. 83).

La idea de democracia es una forma de praxis comunitaria que no puede desligarse de los derechos fundamentales liberales. De tal forma, la democracia es un **proyecto liberal y comunitario** necesariamente sustentado en una expresión postradicional de eticidad democrática que, como tal, tiene que ser concebida procedimentalmente. El trono vacío del poder solo puede ser llenado por una eticidad democrática que procedimentalmente garantiza la alteridad del poder.

La democracia es un proyecto liberal a la vez que comunitario: ambos presuponen (...) la ruptura histórica con **formas de vida sustanciales** (...). En la sociedad (...) democrática no hay idea de la vida buena, no hay orientaciones valorativas o identidades culturales de tipo sustancial que puedan quedar abstraídas a la revisión y a la crítica, ni siquiera las interpretaciones de ese consenso liberal y democrático, que es el único fundamento posible de eticidad democrática. En ese sentido la democracia moderna es **esencialmente transgresiva** y sin ningún suelo firme (...) Lo que en el concepto de una **eticidad democrática** aparece paradójico es que habría que definirlo no en términos "sustanciales" (...) sino (...) "procedimentales": (...) un **núcleo procedimental** de la eticidad democrática (1993, p. 90).

2.2 Habermas: patriotismo de la Constitución

He querido mostrar hasta el momento que el “sujeto” que sostiene la razón pública no puede fundarse sino en una eticidad democrática, es decir, postradicional, no sustancial, que además de garantizar la simbólica alternación moderna del trono vacío del poder puede, también, sustentar consensual y discursivamente –en la línea de reflexión rawlsiana y habermasiana- la dinámica deliberativa que tal razón conlleva intrínsecamente.

Pero esta eticidad democrática, para quedar plenamente fundamentada, requería –como lo pediría Lukacs- una mediación concreta. Esa mediación se la proporcionará Habermas y su propuesta de una soberanía popular procedimentalizada con lo cual la eticidad democrática, cuyo núcleo normativo ya Wellmer había declarado procedimental, queda con ello procedimentalizada democráticamente, es decir, a través de mecanismos institucionales jurídicamente normados, lo que además refuerza la relación derecho-razón pública.

Habermas asumirá esa labor conceptual en tres momentos: primero, deshipostasiando –en una dirección que no deja de recordar a Negri- la noción liberal-burguesa de soberanía popular, jurídicamente fijada en la convicción de que esta es una sola y se manifiesta de manera exclusiva en la voz unificada del legislador como fuente monolítica del derecho. Segundo, mostrando su noción de “patriotismo de la constitución” como el único sustrato normativo –frente a las “patrias de mano en pecho”- con que las diferentes formas de vida pueden convivir y coexistir en el marco de un estado democrático de derecho en las sociedades complejas contemporáneas.

Y tercero, en una significativa polémica que adelanta Habermas con el entonces cardenal Ratzinger antes de que fuera nombrado papa, donde lo confronta mostrando que es precisamente este patriotismo fundado en una constitución consensuada por todos los sujetos colectivos de una nación, el único lazo de relacionamiento intersubjetivo posible en las sociedades postseculares donde ya no existe una tradición única vinculante entre todos. Pretender que solo una concepción tradicional puede ser la fuente de vinculación intersubjetiva es sencillamente convalidar la dominación de una minoría mayoritaria, eventualmente, frente a las demás formas de vida existentes.

2.2.1. Soberanía popular deshipostasiada

La clave de bóveda que requería Habermas para concretar su teoría del estado democrático de derecho la encuentra en un significativo texto que le permite

desarrollar una audaz reinterpretación de la revolución francesa y además, paradójicamente, tomar partido por Bakunin frente a Marx (1990).

La pregunta recurrente –señala Habermas- ha sido siempre de qué forma conciliar el derecho de la mayoría con el derecho de las minorías de tal forma que la voluntad general no conduzca a una **dictadura de la mayoría**, excluyendo los intereses de los grupos minoritarios. Habermas intenta superar esta dicotomía recurriendo inicialmente, con Julius Fröbel (*Sistema de Política Social*, 1848), a una versión de la democracia que se fundamenta, además de la mayoría, en el principio de la libre discusión como complemento de aquella (Habermas, 1990, p. 50).

El problema de la formación política de la voluntad popular nunca fue asumido por los clásicos marxistas cuyo principal interés se centró en la crítica de la economía política. La cuestión democrática no es abordada de manera proactiva por el marxismo ortodoxo, dejando que ese vacío fuera llenado exclusivamente por el pensamiento liberal. Pero en cambio, si fue el **anarquismo** de Bakunin el que entró a mediar en esta contradicción entre soberanía popular y democracia.

La propuesta anarquista de un sistema de organización social basado en la dinámica de las asociaciones espontáneas constituye la solución normativa a esa dicotomía insuperable entre liberalismo y marxismo sobre la cuestión democrática. La soberanía popular no se limita al procedimiento democrático-liberal juridizado, ni puede ser reducida a una expresión ideológico-alienante de la sociedad capitalista. Se trata –digámoslo en categorías postmodernas- de “deconstruir” la soberanía popular, deshipostasiándola *qua* enteología jurídica unitaria y unívoca en que el pensamiento positivista-liberal la encasquetó para concebirla mejor –desde una perspectiva anarquista- en su compleja multiplicidad plural constituyente (Habermas, 1990, pp. 52-53).

Con esta fórmula Habermas confronta el concepto de legitimación procedimental que el positivismo liberal convalida, mostrando que la reconstrucción normativa de la legitimidad está mediada por un proceso deliberativo de formación y voluntad de opinión pública autónoma que le confiere contenido sustancial a los procesos jurídico-institucionales. Solo así la soberanía popular puede representar, en palabras de Hanna Arendt, el dinámico y múltiple **poder comunicativo** del mundo de la vida que se expresa a través de la amplísima red de espacios y discursos públicos de una sociedad (Habermas, 1990, pp. 55-56).

Una soberanía popular plural, no única ni unívoca, procedimentalizada democráticamente, y que así tiene que ser interpretada por el tribunal constitucional. La constitución pierde su carácter estático y queda sujeta a interpretaciones en flujo. La constitución no es letra momificada: su contenido tiene que revolucionarse

regularmente a la luz de las representaciones renovadoras que se infieren de la praxis deliberante de las múltiples formas de vida y sujetos colectivos de la sociedad. La democracia es así concebida como un proyecto social abierto fundado en una constitución falible e institucionalizada en procedimientos de formación deliberativa de voluntad colectiva. Tal es la mediación viva de una **eticidad democrática procedimentalizada** que funja como sustento normativo de una cultura política democrática (Habermas 1990, p. 57).

2.2.2. El patriotismo constitucional

Pero ¿qué puede cohesionar intersubjetivamente a esa eticidad democrática para no pretender cándidamente que solo la mera liturgia procedimentalista del formalismo jurídico pueda garantizarla? El derecho como razón pública tiene en la respuesta a esta pregunta la clave de bóveda de su realización.

A raíz de las discusiones sobre la conciencia histórica y la identidad nacional, Habermas reflexiona en torno a los elementos comunes que pueden identificar a una **colectividad cohesionada** por un territorio común pero fragmentada y polarizada en torno a los elementos de su ser nacional e, incluso, sobre la interpretación de su propia historia (Habermas, 1989; 1996; 1998, 1998a). La conciencia histórica y la identidad nacional no pueden seguir definiéndose desde las proyecciones de un “yo nacional” aparente que eventualmente mimetice la autoconciencia ya de una minoría dominante, ya de una mayoría totalitaria, o reivindicando tradiciones contextuales que se imponen como comunes, o una identidad excluyente que no considere las minorías existentes (Prieto, 2003, pp. 440-447).

Habermas muestra como la modernidad tardía se resuelve, primero, desde **expresiones postradicionales de conciencia** y, segundo, desde **formas postnacionales de identidad**. En el primer caso, la referencia a una tradición común es insuficiente y tiene que dar paso, no solo a la tolerancia y el pluralismo de múltiples formas de vida, sino al reconocimiento institucional de las mismas en el marco de un estado democrático de derecho. En el segundo, a identidades que desbordan los estrechos marcos de una nacionalidad ficticia, consagrando y garantizando la convivencia democrática de las diversas eticidades sustantivas que coexisten en un territorio dado (Habermas, 1989, pp. 83-121).

En este punto es que se impone la figura del **patriotismo de la constitución** como la forma de conciencia, identidad y asociación históricas postconvencionales, es decir, basada en los únicos principios que pueden ser ya comunes, los derivados de un **consenso constitucional** donde la multiplicad de formas de vida se dan el orden jurídico-político que concertan en el marco de procesos constituyentes o constitucionales vinculantes (Velasco, 2003, pp. 127-148).

Este constituye la única fuente de **solidaridad social** que las sociedades complejas pueden admitir hoy en día, acudiendo, ya no a tradiciones comunes (estadio preconventional) o a intereses generales (estadio convencional), sino a la determinación consensual de principios normativos, morales, jurídicos y políticos, mediados constitucionalmente, que posibiliten la convivencia de las diferentes eticidades y sujetos colectivos que buscan compartir un mismo territorio y constituir una organización societaria común (Habermas, 1996, pp.211-250).

2.2.3. Fundamentos postseculares del Estado democrático

En su polémica con el entonces Cardenal Ratzinger, Habermas refuerza su posición confrontando la posibilidad de una **fundamentación prepolítica** del estado democrático de derecho (Habermas & Ratzinger, 2008, pp. 9-33). Frente a los argumentos de Ratzinger para cimentar el estado liberal desde presupuestos tradicionales, religiosos o metafísicos, Habermas profundiza su línea de pensamiento para defender la legitimación del poder político desde una perspectiva secularizada, reflexionando sobre los límites recíprocos que tanto un pensamiento postilustrado como confesional deben tener entre sí para respetar sus propias órbitas (pp.12-13).

Compartiendo con Rawls la base sociológica que, en términos de un liberalismo político, tienen *de facto* las sociedades postseculares, Habermas parte de una “justificación no religiosa y postmetafísica de los principios normativos del Estado constitucional democrático” que, en la línea de Kant, renuncia al iusnaturalismo, tanto tradicional como religioso, con derivaciones salvíficas (Habermas & Ratzinger, 2008, p. 15).

El punto central tiene que ver de nuevo con la solidaridad ciudadana. Habermas impugna tanto las formas de legitimación tradicional-carismáticas descritas por Weber como su propuesta alternativa de una legitimidad legal-racional y la variante de legitimación funcional parsoniana y le apuesta a la única forma de **legitimidad postconvencional** justificable en sociedades complejas: una legitimidad deliberativa cuya fuente solo pueden ser los consensos socio-políticos consagrados constitucionalmente.

Así como un tipo de solidaridad mediada jurídicamente no logra consolidar el lazo social horadado, tampoco la vuelta a fundamentos religiosos prepolíticos puede garantizarlo para una sociedad fragmentada en una multiplicidad de formas de vida. En cualquiera de los dos caminos, las **formas de vida minoritarias** son las que se ven afectadas por esquemas de discriminación y exclusión, morales y políticos.

Para Habermas, solo los **derechos de comunicación, participación y deliberación** de una colectividad pueden avalar que las diferentes formas

de vida generen una solidaridad común. Tales derechos, que tienen que ser garantizados constitucional y legalmente, solo pueden concretar la aspiración de una comunidad dada a través de un pacto político que necesariamente sea postmetafísico, postconvencional y postreligioso. Sin negar el origen particular de sus eventuales raíces prepolíticas, las bases motivacionales postnacionales solo pueden estructurarse en términos postradicionales.

Tal es el “**vínculo unificador**”, no religioso ni fundado en tradiciones particulares, que, al amparo de la constitución, vehiculiza una solidaridad y legitimidad ciudadanas, cohesionadas deliberativa y democráticamente. Es, de nuevo aquí, donde se revela el sentido y proyección de un patriotismo constitucional y, por su intermedio, de un derecho como razón pública, como la mejor posibilidad de fundamentación y vinculación societal de una sociedad postsecular (Habermas & Ratzinger, 2008, p. 29).

3. Razón Pública, Constitución y Filosofía Práctica

Quisiera tomar dos símiles, sin sus respectivas fundamentaciones en aras de la brevedad y abusando del giro relativo que, enseguida y a título de mera ilustración, pretendo darles: uno de Jon Elster (1997) sobre el “cemento de la sociedad” y otro de Habermas (1991) “la filosofía como vigilante e intérprete” (pp. 9-29). El primero para señalar que el cemento que une derecho, razón pública y patriotismo de la constitución no puede ser otro que una filosofía práctica pública que, críticamente, acompañe tales procesos, dándole la consistencia necesaria para cohesionarlos en función de la deliberación social que se requiere para el efecto.

Y el segundo, tensando a sus extremos la metáfora habermasiana, para precisar el carácter que esta debe comportar en tanto vigilante de los procesos de deliberación pública e intérprete entre las diferentes esferas que la filosofía práctica necesariamente involucra en su consideración en tanto teoría y filosofía moral, teoría y filosofía política y teoría y filosofía del derecho, recíprocamente.

Pero más allá de estas metáforas, creo que es Rawls quien mejor se acerca de manera explícita al papel que, en general, una filosofía práctica tiene que jugar socialmente. En efecto, en uno de sus últimos libros, *Justicia como Equidad: una Reformulación (Justice as Fairness. A Restatement,)* que constituye una indicadora revisión del conjunto de su obra, Rawls destaca, específicamente, el rol que la filosofía política tiene en las sociedades contemporáneas (2002, pp. 23-27), donde el ascendiente tanto de Hegel como de Marx se hace evidente, señalando la pauta para el conjunto de la filosofía práctica.

En primer lugar, siempre en el marco de una cultura política pública, la filosofía política tiene un **papel práctico**, en cuanto tiene la responsabilidad de explorar y definir los términos del conflicto político y presentar alternativas de solución (2002, p. 23). Ello se impone por la presencia latente del conflicto en toda sociedad y la necesidad de lograr alternativas plausibles que garanticen la estabilidad de la misma. La filosofía política tiene que orientarse a detectar y precisar tales conflictos que generalmente subyacen a los acuerdos de mayorías y que mantienen tensiones con las minorías desfavorecidas (p. 23).

De ahí que, en segundo lugar, la filosofía política tenga un **papel de orientación** frente al conflicto político, lo que además implica la evaluación pública de las condiciones objetivas y subjetivas del conflicto (Rawls, 2002, p. 24). Esto supone evaluar, no solo a los actores del mismo (que es lo que por lo general se hace), sino también a las instituciones en la dinámica del mismo, dado que aquel no se propicia solo por los actores en disputa, sino por el rol regulador que las instituciones han o no han jugado en el conflicto social.

En tercer lugar, el **papel de reconciliación**, que Rawls (2002, p. 25) reconoce directamente inferido de la *Filosofía del Derecho* de Hegel (1821). Reconciliación del conflicto, no solo de los actores entre sí, sino también de estos con las instituciones, en la medida en que la filosofía política nos revela el papel histórico y social que ellas han jugado y de qué manera tendría que subyacer a las mismas un proyecto societal que pueda ser interpretado en favor de todas las formas de vida que conviven en la sociedad.

Y, finalmente, retomando la tradición crítica, la filosofía política tiene el **papel de proyectar una utopía posible**, la necesidad de concebir una proyección realista, es decir, un modelo de sociedad capaz de ser apoyado por las diferentes perspectivas políticas actuantes en ella (Rawls, 2002, p. 26), sin quedar anclados a la agenda política del día a día, a los imperativos de gobernabilidad del momento. Más allá del viejo Hegel, donde la razón queda anclada a la realidad y viceversa, Rawls reclama la necesidad de no dejar de soñar, de imaginar un mundo mejor que nos guíe en la construcción de una sociedad plena y justa porque, precisamente, “los límites de lo posible no vienen dados por lo real” (p. 27), en una pretensión que evoca aquella romántica pero necesaria superación de la enajenación en el joven Marx.

Planteadas estas tareas, Rawls propone, por último, como dominio de la filosofía política, **la cuestión de la estabilidad** (2002, pp. 241-268). Rompiendo con las problemáticas tradicionalmente abordadas por la disciplina (la política buena, la obediencia al ordenamiento, la legitimidad, el poder), plantea la estabilidad como “el dominio de lo político” (p. 241). Esto involucra, en últimas, la capacidad de la filosofía política por apoyar una razón pública, más que consensual, deliberante

y, a través de la deliberación, propender porque las diferentes formas de vida que conviven en la sociedad reconozcan que su marco constitucional propicia un sistema de cooperación mutuo.

Para Rawls, el problema de la estabilidad de una sociedad –cualquiera que sea– constituye el problema sustancial que debe enfrentar hoy en día la filosofía política. La estabilidad define el objetivo primordial de ese **consenso político entrecruzado**, en su naturaleza misma deliberante, sobre el que debe basarse el manejo de la sociedad y que configura el sentido último que esa razón pública y ese patriotismo constitucional juegan a su interior y para lo cual la filosofía práctica, en general, asume un papel mediador, desplazando su eje de un rol normativo a uno prioritariamente práctico (1996, pp. 165-205).

Los diversos exponentes de esa filosofía práctica pública, en sus variados niveles moral, político y jurídico, más que ciudadanos-filósofos distantes y soberbios, tienen, en ese contexto, la responsabilidad social –a través de la deliberación pública– (como nos lo enseñó el Profesor Guillermo Hoyos) de educarnos como ciudadanos deliberantes y, en la cotidianidad misma de esa democracia deliberativa, aprender a reconocer como su expresión deliberante la razón pública intersubjetiva que dé cuenta de la producción del derecho y nos hermane bajo el techo de la Gran Casa de la Constitución.

Conclusión

Inicié este escrito tomando como *leitmotiv* el corto pero provocador ensayo del profesor Fiss sobre “La Muerte del Derecho” donde plantea, frente a la alternativa dilemática del derecho como mera eficacia o el derecho reducido a política, la del derecho como razón pública, sin fundamentar su sugestiva opción. A lo largo de este ensayo he intentado mostrar desde donde puede sustentarse el derecho como razón pública, acudiendo en primera instancia a Rawls y su planteamiento de la razón pública el cual, como vimos se da en dos momentos de su obra y que apunta, en esencia, al sustrato deliberativo que en la ciudadanía debe tener, primero, la asunción de la constitución y, segundo, la producción del derecho.

Enseguida mostré que la razón pública, y el derecho a su interior, requieren una mediación normativa que permita concretar los límites de su aspiración y encontramos en las propuestas de la eticidad democrática y el patriotismo de la constitución, de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt y Habermas respectivamente, las categorías que permiten comprender la razón pública, no solo articulada a procesos de deliberación pública, sino como el necesario soporte intersubjetivo que un marco constitucional y la producción de derecho que se da

en sus límites requiere para ser socialmente consistente y propiciar la estabilidad que la sociedad precisa.

Por último, en la tercera parte, puse de presente el íntimo papel que juega la filosofía práctica (moral, política y del derecho) en apuntalar críticamente los procesos deliberativos que sostienen la razón pública y el patriotismo constitucional, tomando el planteamiento rawlsiano sobre el rol de la filosofía política como pretexto para esa reflexión, enfatizando la responsabilidad social que sus representantes tienen en el propósito de educarnos, deliberando públicamente, como ciudadanos deliberantes.

Así pues, la triada derecho como razón pública-patriotismo de la constitución-filosofía práctica constituye el trípode sobre el que descansa una democracia constitucional alimentada por la cultura político-jurídica de una ciudadanía deliberativa y deliberante, donde todas las formas de vida, sin excepción, han sido y están llamadas al manejo consensual de la sociedad y donde los parámetros de justicia e interpretación constitucional responden, no solo a los procedimientos constitucionales, sino a los términos de razonabilidad, es decir, de deliberación, que la dialéctica de la ciudadanía precisa en la dinámica discursiva misma sobre su trasegar político, jurídico y constitucional.

En ese orden, creo haber ilustrado suficientemente la **hipótesis de trabajo** que animó este escrito, a saber:

El concepto de derecho como razón pública que, a la manera hegeliana, conciliaría los momentos que han polarizado al derecho reduciéndolo, ya a su dimensión de eficacia (Escuela del Análisis Económico del Derecho) ya como mera política (Estudios Críticos del Derecho) requiere, para su reconstrucción normativa iusfilosófica y teórico-jurídica, sustentarse en el diseño rawlsiano del consenso entrecruzado y la razón pública que permita comprender la mediación constitucional entre política y derecho, en el marco de un modelo de democracia deliberativa, y cuya fundamentación de vinculatoriedad intersubjetiva y proyección social solo puede ser proporcionada por la noción de eticidad democrática y patriotismo constitucional tal como Habermas y la tercera generación de la Escuela de Frankfurt la ha desarrollado. Todo lo cual remite al papel público que la filosofía política, como reflexión crítica, debe acometer en procura de acompañar y dar sustento conceptual a tales procesos, en procura de afianzar una cultura política sustentada en una sólida paideia constitucional.

Referencias

- Buchanan, J. (1975). *The limits of liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- Dubiell H., [et al.]. (1997). *La cuestión democrática*. Madrid: Huerga y Fierro Editores.

- Elster, J. (1997). *El cemento de la sociedad*. Barcelona: Gedisa.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Häberle, P. (2002). *Constitución como cultura*. Bogotá DC: Universidad Externado.
- Habermas, J. (1989). *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Técnos.
- Habermas, J. (1990). La soberanía popular como procedimiento. *Revista Foro* (12), Bogotá: foro por Colombia en *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press (1996), pp.463-490.
- Habermas, J. (1996). *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid, Técnos.
- Habermas, J. (1998a). *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1998). *Más allá del Estado nacional*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2003). *Acción comunicativa e identidad política*, Madrid: CEC.
- Habermas, J.; & Ratzinger, J. (2008). *Entre razón y religión*, México: FCE.
- Höffe, O. (1988). “Dans quelle mesure la théorie de John Rawls est-elle kantienne?” en *Individue et justice sociale*, Paris: Editions Du Seuil.
- Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica.
- Mejía, O. (1996). “El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls” (Estudio Preliminar) en John Rawls, *El Derecho de los Pueblos*, Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes).
- Negri, A. (1994). *El poder constituyente*. Madrid: Libertarias-Prodhufl.
- Raulet, G. (2009). *La filosofía alemana después de 1945*. Universitat de Valencia.
- Rawls, J. (1993). *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo Político*, Barcelona: Crítica.
- Rawl, J. (1997). *The idea of public reason revisited* en *The University of Chicago Law Riview* (64), 765-807.
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes*. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (2002). *Justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Velasco, J. C. (2003). *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza.
- Wellmer, A. (1993). “Condiciones de una cultura democrática” en *Finales de Partida: la Modernidad Irreconciliable*. Valencia: Fronesis.



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón Flora
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

Lineamientos de política pública de desarrollo rural para Colombia: los casos de Flor del Monte, La Peña y San Rafael en el municipio de Ovejas (Sucre, Colombia)*

DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a04](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a04)

* Artículo de investigación resultado del proyecto *Diagnóstico socioeconómico de las comunidades de Flor del Monte, La Peña y San Rafael pertenecientes al municipio de Ovejas*, departamento de Sucre, adscrita al grupo de investigación Gobierno y Asuntos Públicos, terminado el 14 de julio de 2015, inscrito en el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia, cofinanciado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en convenio con la Corporación Nuevo Arco Iris. Participó el Semillero de Estudios Políticos Rurales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, vinculado al citado grupo de investigación. Fue Investigadora principal la autora de este artículo y coinvestigadora Alix Bibiana Gómez Vargas, ambas profesoras de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia e integrantes del grupo de investigación Gobierno y Asuntos Públicos.

Citación de este artículo con el sistema APA: Bedoya Bedoya, M. R. (2016). Lineamientos de política pública de desarrollo rural para Colombia: los casos de Flor del Monte, La Peña y San Rafael en el municipio de Ovejas (Sucre, Colombia). *Estudios de Derecho*. 73 (161), 57-78. DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a04](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a04).

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2015

Fecha de aprobación: 12 de noviembre de 2015

Lineamientos de política pública de desarrollo rural para Colombia: los casos de Flor del Monte, La Peña y San Rafael en el municipio de Ovejas (Sucre, Colombia)

*María Rocío Bedoya Bedoya*¹

Resumen

Este artículo presenta algunas recomendaciones para la formulación de lineamientos de política pública de desarrollo rural con enfoques territorial, poblacional y de derechos para el municipio de Ovejas (Sucre, Colombia). Para el logro de este propósito, se aborda en un primer momento al contexto político y normativo y las principales problemáticas de Montes de María, en un segundo momento, al contexto político, la normativa y la institucionalidad del municipio de Ovejas. Y, en un tercer momento, se hacen las recomendaciones para la formulación de líneas de acción de política pública de desarrollo rural, a partir del análisis de la fuente documental y el trabajo empírico realizado en la investigación.

Se desea aportar elementos para continuar avanzando en la construcción de una política de desarrollo agrario integral para Colombia con enfoques que permitan atender los requerimientos de los territorios en sus distintas dimensiones y los derechos de sus pobladores, teniendo en cuenta las diferencias de género y étnicas, la participación democrática y la necesidad de fortalecer la institucionalidad pública y la gobernanza local (Naranjo Giraldo, Lopera & Granada, 2009).

Palabras clave: política pública, desarrollo rural, Colombia.

Guidelines for Rural Development Public Policy for Colombia: the case of Flor del Monte, La Peña and San Rafael in the Municipality of Ovejas (Sucre, Colombia)

Abstract

This article presents some recommendations for the formulation of guidelines of rural development public policy with a territorial, population approach and rights for the municipality of Ovejas (Sucre, Colombia). To achieve this purpose, initially it addresses the political and regulatory context and the main problems facing Montes de María, in a second instance, the political context, the rules and institutions of Ovejas municipality. And, in a third moment, the recommendations for the formulation of lines of action regarding rural development public policy are given, from the analysis of document sources and empirical research work, as well.

It is desired to provide elements to further progress in building a policy of comprehensive agricultural development for Colombia with approaches to meet the requirements of the territories in their various dimensions and the rights of their people, taking into account gender and ethnic differences, democratic participation and the need to strengthen public institutions and local governance (Naranjo Giraldo, Lopera, & Granada, 2009).

Keywords: public policy, rural development, Colombia.

Diretrizes de Política Pública de Desenvolvimento Rural para a Colômbia: os casos de Flor del Monte, La Peña e San Rafael no Município de Ovejas (Sucre, Colômbia)

Resumo

Este artigo apresenta algumas recomendações para a formulação de diretrizes de política pública de desenvolvimento rural com enfoques territorial, populacional e de direitos para o município de Ovejas (Sucre, Colômbia). Para a consecução deste propósito, aborda-se em um primeiro momento o contexto político e normativo e as principais problemáticas de Montes de Maria, em um segundo momento, o contexto político, a normativa e a institucionalidade do município de Ovejas. E, em um terceiro momento, fazem-se as recomendações para a formulação de linhas de ação de política pública de desenvolvimento rural, a partir da análise da fonte documental e do trabalho empírico realizado na pesquisa.

Pretende-se fornecer elementos para continuar avançando na construção de uma política de desenvolvimento agrário integral para a Colômbia com enfoques que permitam atender às necessidades dos territórios em suas diferentes dimensões e os direitos de seus moradores, levando em consideração as diferenças de gênero e étnicas, a participação democrática e a necessidade de fortalecer a institucionalidade pública e a governação local (Naranjo Giraldo, Lopera, & Granada, 2009).

Palavras-chave: política pública, desenvolvimento rural, Colômbia.

1 Profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, integrante de los grupos de investigación Gobierno y Asuntos Públicos y Derecho y Sociedad. Universidad de Antioquia; Calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia Correo electrónico institucional: maria.bedoya@udea.edu.co. Correo electrónico personal: mariarociobedoyabedoya@gmail.com

Lineamientos de política pública de desarrollo rural para Colombia: los casos de Flor del Monte, La Peña y San Rafael en el municipio de Ovejas (Sucre, Colombia)

Introducción

El municipio de Ovejas se encuentra ubicado en el departamento de Sucre (Colombia) y hace parte de una subregión que históricamente ha tenido que enfrentar problemas y tensiones relacionadas con el conflicto armado, el desplazamiento forzado, el despojo, la compra masiva de tierras y la implementación de modelos productivos basados en la ganadería extensiva, monocultivos y explotación minera. Algunos de estos problemas se deben, entre otras razones, a que el rol del Estado en materia de desarrollo rural y agropecuario y como regulador de mercados de tierras y de procesos de distribución de ingresos relacionados con la actividad agropecuaria, ha sido mínimo a pesar de disponer de varios instrumentos para lograr estos objetivos. (Baribbi & Spijkers, 2011).

Se presentan algunas recomendaciones para la formulación de lineamientos de política pública de desarrollo rural en el municipio de Ovejas, bajo el supuesto de que hoy es urgente una Política de Desarrollo Rural Integral en Colombia si en verdad queremos construir la paz (Machado, 2012, pp. 31 - 58) y particularmente en ese territorio que ha sido epicentro de la lucha agraria en el país y laboratorio de la reforma agraria impulsada por Lleras Restrepo en la década del 70 del siglo pasado.

El artículo se estructura en tres partes. En la primera, se examinan algunos elementos históricos y de la dinámica territorial de Montes de María. En la segunda, se sondea el contexto político, normativo e institucional del municipio de Ovejas y el departamento de Sucre. Y, en la tercera, se presentan las recomendaciones para la formulación de líneas de acción de políticas públicas de desarrollo rural con enfoques territorial, poblacional y de derechos, tomando como insumos fundamentales los hallazgos del trabajo de campo y los aportes realizados por: la Agenda Agraria para el Desarrollo Rural Integral, Incluyente, Sostenible y Sustentable para la región de los Montes de María (Unión Europea, Corporación Nuevo Arco Iris, CECAR, Acción Social & Fundación Red Desarrollo y Paz de

los Montes de María, 2010), la Mesa Campesina Regional de los Montes de María (Porrás Mendoza, 2011) y la Mesa de Interlocución y Concertación de los Montes de María (2014), espacios en los que participaron algunos habitantes de la región.

Metodológicamente, el artículo atiende a los lineamientos de tres enfoques de políticas públicas: desarrollo rural con enfoque territorial, que da cuenta de la especificidad de los territorios en sus distintas dimensiones y las particularidades de sus habitantes; perspectiva poblacional para el abordaje diferencial por género y etnia; y el enfoque de derechos, que prioriza el paradigma del desarrollo humano y los derechos que se derivan del mismo, como elemento fundamental de la política de desarrollo rural. Desde un enfoque cualitativo, se combina el estudio de casos (Coller, 2005) con la investigación documental (Galeano Marín, 2012) a través de entrevistas y cartografía social. En el marco de la investigación, este artículo pretende aportar insumos que sirvan para la formulación de una política pública de desarrollo rural en Colombia, pensada desde y para los territorios y pobladores que precisan de ella.

1. Elementos históricos y dinámica territorial en Montes de María

A continuación se hace una breve reseña del proceso histórico de la reforma agraria y las principales problemáticas, potencialidades y fortalezas de la economía campesina en Montes de María.

1.1 El proceso histórico de la reforma agraria

En los años 60 y 70 del siglo XX el Gobierno de Carlos Lleras Restrepo impulsó la reforma agraria y situó a los Montes de María como laboratorio experimental de la misma, nombrando como gobernador de Sucre a quien venía de ocupar la subdirección del Instituto Colombiano de Reforma Agraria INCORA, poniendo en marcha un modelo reformista de profundo calado social y económico e impulsando la primera Organización Nacional de Usuarios Campesinos –ANUC-, a lo cual respondieron las élites nacionales con represión y violencia y con el Pacto de Chicoral, acuerdo bipartidista aupado por la Administración de Pastrana Borrero para imponer el modelo empresarial de desarrollo rural integrado, en lugar del modelo redistributivo de reforma agraria propuesto por Lleras Restrepo, lo que terminó alentando un proceso de reconcentración de la propiedad rural, todo ello agravado por las contradicciones y conflictos internos del movimiento campesino. (Porrás Mendoza, 2011, p. 3).

1.2 Dinámicas territoriales en Montes de María

Montes de María ha sido un territorio diverso e intercultural. La población total se calcula en 438.911 personas, de las cuales el 5.16% es población indígena, el 28.96

afrodescendientes y el 65.88% restante es campesina, caracterizadas históricamente por la agricultura familiar, incluyendo la pesca y la producción diversificada de alimentos, lo que ha permitido que la región se convierta en un territorio fundamental para el sistema agroalimentario de la Costa Caribe Colombiana. (Mesa de Interlocución y Concertación de los Montes de María, 2014, pp. 16 - 17).

Algunos de los problemas más sentidos en esta región, según la Mesa de Interlocución, tienen que ver con la falta de tierras para quienes la trabajan. A esta realidad se suma la implementación de un modelo de desarrollo rural y agrario que afecta negativamente la producción agroalimentaria y que está determinando los usos predominantes de la tierra con usos productivos del suelo y la ganadería extensiva que ocupa no solo la totalidad de los suelos de vocación pecuaria, sino que además se ha extendido sobre suelos con vocación forestal, agrícola, ciénagas y playones, impactando la producción de alimentos, la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

Esta región también está siendo afectada por el mercado injusto de compra de tierras que intensifica la desigual estructura de tenencia de la tierra y la desestabilización social, como producto del actual modelo de desarrollo rural que beneficia a las grandes extensiones -latifundios-, por medio de megaproyectos, en detrimento del campesinado que vive en minifundios y sin capacidad de respuesta.

Tras más de cuarenta años de reivindicaciones agrarias por parte del campesinado montemariano y de puesta en marcha de un fuerte proceso de reforma agraria, el diseño incompleto de la política pública y la violencia generalizada en la región han impedido que la democratización de la propiedad se convierta en el motor del desarrollo rural regional y del mejoramiento de la calidad de vida de las familias y comunidades campesinas y han provocado niveles de pobreza muy altos, especialmente en zonas rurales, de acuerdo con los censos de 1993 y 2005 (Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, 1993 & 2005). En la actualidad avanzan de manera acelerada e irracional los monocultivos de palma aceitera y maderable en los municipios de Mahates, San Onofre, San Juan Nepomuceno, San Jacinto, Ovejas, Tolvujeo y Carmen de Bolívar, principalmente. Estos se vienen expandiendo y consolidando en la región dado que son considerados estratégicos y promisorios en la política pública de desarrollo rural de los últimos gobiernos, en detrimento de los recursos hídricos y de la agricultura familiar y encontrando que en los municipios donde avanzan los monocultivos es donde se presenta el mayor desplazamiento forzado, despojo y compra masiva de tierras. (Mesa de Interlocución y Concertación de los Montes de María, 2014).

Así mismo, se encuentra que la explotación minera y de hidrocarburos se concentra en caliza, materiales de construcción y carbón, y ocupan 18.820 hectáreas,

ubicados en los municipios de San Juan Nepomuceno, San Jacinto, Carmen de Bolívar, Toluviejo y Colosó y los hallazgos de gas y petróleo. Las áreas que están solicitadas para concesión alcanzan las 74.600 hectáreas ubicadas en los municipios de San Juan Nepomuceno, María la Baja, Carmen de Bolívar, San Jacinto, El Guamo, Ovejas, Colosó y San Onofre. Y el área de exploración es de 537.200 hectáreas, lo cual representa la casi totalidad del área de Montes de María. (Mesa de Interlocución y Concertación de los Montes de María, 2014).

Otra gran problemática gira alrededor de la pesca artesanal, que también tiene relación con los sistemas productivos predominantes en la región. Históricamente, comunidades que han habitado los territorios de ríos y ciénagas de Zambrano, Córdoba y el Guamo, María la Baja y San Onofre, han utilizado la pesca como fuente de sustento y para su comercialización, sin embargo, estos territorios están enfrentando conflictos por desecamientos de ciénagas, apropiación y uso indebido de playones y terrenos comunales, contaminación ambiental, pesca industrial y pesca indiscriminada. (Entrevista 7, 2014).

2. Contexto político, normativo e institucional en el municipio de Ovejas y el departamento de Sucre

En este apartado se hace referencia al contexto político, al marco legal y de política pública, así como a la institucionalidad vigente en materia de desarrollo rural en el municipio de Ovejas y el departamento de Sucre.

2.1 Contexto político del municipio de Ovejas

Ovejas es un municipio del departamento de Sucre, fundado el 2 de junio de 1776 por el español Antonio de la Torre y Miranda. Tiene una población de 24.000 habitantes, está ubicado en la orilla de la carretera troncal de Occidente a 45 Km de distancia de la Ciudad de Sincelejo, a una altura de 277 metros sobre el nivel mar, goza de una temperatura ambiente de 27°C, que se caracteriza por los siguientes aspectos: culturalmente es conocida como la Universidad de la Gaita y a su vez capital de los Montes de María. La lucha, la alegría y la hospitalidad de su gente son algunas de las cualidades de los hombres y mujeres de esta tierra, amantes y defensores de la democracia, la paz y la libertad. (Alcaldía de Ovejas, 2012).

Políticamente, Ovejas como parte de los Montes de María ha sido una región afectada sistemáticamente por episodios de violencia, producto de las disputas de diversos actores por el control territorial y por los recursos naturales. Allí han confluído fracciones armadas tanto de izquierda como de derecha, y han hecho presencia tanto el proyecto paramilitar como la política de seguridad democrática

que puso en marcha el gobierno de Álvaro Uribe Vélez en el período 2002-2010-. (Porrás Mendoza, 2011, p. 4). Según los mismos habitantes, la presencia de todos ellos, ha impactado negativamente a la comunidad. (Grupo Focal 53, 2014) y (Entrevista 35, 2014).

Económicamente Ovejas enfrenta unas difíciles condiciones productivas, de empleo, y en general, del aparato económico de los territorios que lo componen, a pesar de los legendarios cultivos de tabaco, aguacate, ñame, yuca y maíz, los cuales lo ponen como una gran despensa agrícola en la zona de la alta montaña por la cantidad y calidad de sus productos. Además, cuenta con reservas forestales y fuentes de agua viva. (Cartografía Social 37, 2014).

Socialmente el municipio afronta altas tasas de desempleo, pobreza e inseguridad y tiene problemas de conectividad vial, contaminación ambiental de la cuenca del Arroyo Mancomojan, inexistencia de una laguna de oxidación, consumo de agua no potable, desintegración cultural y territorial, entre otros. (Entrevista 34, 2014).

Todos estos problemas y tensiones que afectan al municipio, se deben, entre otras razones, a la ausencia del Estado en materia social y a la existencia de un modelo de políticas para el sector agrario, enmarcada en el modelo neoliberal que se sustenta en el proceso de desregulación y valorización de las funciones del mercado en una economía más abierta y menos protegida. (Machado, 2005).

2.2 Normatividad y Política Departamental y Municipal

El Enfoque de Desarrollo Rural asumido en el Plan de Desarrollo Municipal Confianza y Compromiso Social 2012 – 2015, propone: “a) promover la inclusión de sus territorios en los Programas de Desarrollo Rural con Enfoque Territorial, apoyando al (Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER, 2011) en su diseño e implementación; b) fortalecer las capacidades técnicas y operativas de las Unidades Municipales de Asistencia Técnica Agropecuaria (UMATA) y la operación y funcionamiento de los Consejos Municipales de Desarrollo Rural; y, c) promover el apalancamiento de los proyectos productivos para la reactivación económica a través de los recursos de financiación del gobierno departamental y nacional en el marco tanto de las convocatorias públicas existentes como de los proyectos que requieran cofinanciación” (Alcaldía de Ovejas, 2012, pp. 38 - 42).

Aunque el plan dice que promueve el enfoque de desarrollo rural con enfoque territorial y se compromete a apoyar al INCODER en su diseño e implementación, lo cierto es que el desarrollo rural con enfoque territorial va más allá de incluir los territorios en los planes, programas y políticas, proponiendo una visión multisectorial de economía territorial (Vargas, 2011), que en el municipio de Ovejas no existe.

Ahora bien, el enfoque de Desarrollo Rural Territorial ligado al propósito de consolidación territorial expresado en el Plan de Desarrollo Municipal, no hace más que acentuar el modelo de la Seguridad Democrática promovido durante el gobierno de Uribe Vélez, cuyos énfasis fueron puestos en la seguridad territorial entendida como seguridad ciudadana y en la inversión extranjera. Dichas estrategias han traído poco desarrollo rural al municipio de Ovejas, ya que el desempleo, la pobreza y la inseguridad, siguen siendo las notas predominantes en la región.

En relación con la armonización del Plan Nacional de Desarrollo Municipal con las políticas nacionales y sectoriales, existe una débil articulación y coordinación entre los distintos niveles de gobierno (vertical), así como al interior de cada uno de ellos (horizontal) y pocos recursos de que dispone el municipio por estar clasificado en la sexta categoría al no superar los 22.000 habitantes (Entrevista 42, 2014), lo que se traduce en bajos niveles de gobernabilidad y poca articulación entre la administración municipal y las organizaciones sociales existentes en el municipio, lo cual refleja una acción pública alejada de las necesidades reales de los territorios. (Entrevista 43, 2014).

Estas dificultades de articulación y coordinación entre los distintos niveles de gobierno, se deben probablemente a la presencia de otras variables que suelen condicionar a las políticas públicas, tales como el contexto, la capacidad institucional, los recursos disponibles, los niveles de articulación entre organizaciones públicas, entre otras, lo que indica que no siempre las políticas públicas son la alternativa de solución más eficaz a los problemas públicos. (Bedoya Bedoya & Tamayo Castro, 2014).

Plan Departamental del Desarrollo de Sucre 2012-2015. Uno de los fundamentos programáticos es *la política nacional agraria y de desarrollo rural* cuyo sector aparece como uno de los cuatro más dinámicos de la económica regional (infraestructura, vivienda y equipamiento, turismo y desarrollo rural), con capacidad de definir el rumbo de la economía en los años venideros. En el eje de *Desarrollo Rural y Productivo*, se plantea que el departamento de Sucre presenta una débil estructura productiva soportada predominantemente por la producción primaria agropecuaria, con poco valor agregado y dependiente del mercado interno, lo que tradicionalmente ha ocasionado el estancamiento económico.

Política Nacional de Consolidación y Reconstrucción Territorial PNCRT. Tiene como fundamento la seguridad territorial, a través de la cual se pretende proteger al ciudadano y propender por un desarrollo económico, social e institucional. El modo de articular el Plan Municipal de Desarrollo del Municipio de Ovejas con el PNCRT se posibilitaría generando las condiciones que permitan la entrada coordinada, integral, gradual y permanente de la oferta pública, privada y de

cooperación internacional al territorio; visibilizando la problemática de la región y las demandas sociales para movilizar la oferta de servicios tanto estatales como privadas, propiciando el acercamiento de la población a las instituciones del Estado, la generación de confianza y la construcción de canales de acceso a sus servicios; fortaleciendo las capacidades institucionales locales como el buen gobierno local y la participación ciudadana; planeando y ejecutando proyectos de respuesta rápida para la construcción de confianza y fortaleciendo a las organizaciones comunitarias para el ejercicio del Control Social. (Presidencia de la República, 2011).

El Gobierno de Álvaro Uribe Vélez constituyó el Plan Nacional de Consolidación Territorial con el objetivo de volver a los territorios controlados por grupos insurgentes. Dicho plan delimitó geográficamente el país en 14 zonas consideradas como estratégicas para su ejecución, conformadas por 86 municipios y 17 departamentos, en los cuales se concentró una Acción Integrada del Estado con un fuerte componente de copamiento militar. Estas zonas coincidían con las áreas en las que predominaba la presencia activa de las FARC y el ELN, así como con la ubicación de 5 de las 7 bases militares de los Estados Unidos en Colombia. (Presidencia de la República, 2011).

En el año 2008, el Presidente Álvaro Uribe anunció que la región se encontraba en situación de “postconflicto”, respaldando esta afirmación con las siguientes acciones: i. La desmovilización de los Bloques paramilitares “Héroes de los Montes de María”, con sus frentes Canal del Dique, Central Bolívar y Golfo de Morrosquillo, en 2005; ii. El fuerte golpe militar perpetrado por la fuerza pública contra las FARC en el 2007, con la muerte de Martín Caballero - Comandante del Frente 35 y miembro del Bloque Caribe de las FARC-; iii. El incremento exponencial de la presencia de la fuerza pública en los Montes de María y, iv. La implementación del Plan Nacional de Consolidación de la Seguridad en el territorio desde el año 2007 en la región. (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2012).

2.3 Institucionalidad del desarrollo rural en el departamento de Sucre y en el municipio de Ovejas

Las principales entidades públicas encargadas del desarrollo rural en el departamento de Sucre y en el municipio de Ovejas, son:

- El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural “INCODER”, entidad del orden nacional que se propone:

lograr el desarrollo sostenible e integral del sector rural, de sus territorios y comunidades, para que los productores rurales de menor nivel de desarrollo relativo ubicados al interior de la frontera agrícola, sean la base de una vigorosa clase media rural, aportando a la generación de riqueza colectiva, en el respeto al medio ambiente. (Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, 2011, pp. 17-18).

- Las Corporaciones Autónomas Regionales de Colombia “CAR” son la primera autoridad ambiental a nivel regional, creadas por ley, integradas por las entidades territoriales, dotadas de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargadas por la ley de administrar dentro del área de jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente. (Corporación Autónoma Regional del Atrántico, 2014).

- La Corporación Autónoma Regional de Sucre “CARSUCRE” tiene su sede en Sincelejo y su jurisdicción es en el departamento de Sucre, salvo los municipios que forman parte de la Corpomojana. Su director general es el representante legal de la Corporación y su primera autoridad ejecutiva, pero no es agente de los integrantes del Consejo Directivo y actúa a nivel regional con autonomía técnica, consultando la política nacional. Así mismo, atiende las orientaciones y directrices de los entes territoriales, de los representantes de la comunidad y del sector privado que sean dados a través de los órganos de dirección. (Corporación Autónoma Regional de Sucre).

- Las Unidades Municipales de Asistencia Técnica “UMATA” tienen como tarea central reorientar la explotación agropecuaria en los municipios de Colombia, con la perspectiva de ofrecer rentabilidad y mayores ingresos a los campesinos. Para conformar esta, el concejo municipal emite un acuerdo por medio del cual abre un rubro presupuestal para cofinanciar el servicio y autorizar al alcalde, bien sea para crear en la nómina los cargos de personal que conforman la unidad, o para contratar el servicio de entidades públicas o privadas especializadas en la materia. (Periódico El Tiempo, 1995).

- Los Consejos Municipales de Desarrollo Rural “CMDR” son espacios de participación creados por la Ley 101 de 1993, para la concertación de las políticas y programas dirigidas al desarrollo de los territorios rurales, en este sentido los CMDR facilitan la participación de los habitantes rurales en la toma de decisiones que los afectan, pero además es un espacio para el ejercicio de una ciudadanía comprometida en la gestión, ejecución, seguimiento y control del desarrollo rural en su municipio. (Periódico El Tiempo, 1996).

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER-, La Corporación Autónoma Regional –CAR-, la UMATA y los Consejos Municipales de Desarrollo Rural, actúan deficientemente. El INCODER interviene en la restitución y titulación de tierras (Entrevista 45, 2014) y según datos suministrados el 24 de marzo de 2014 por la Unidad Administrativa Especial de Sincelejo, el registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, da cuenta de que en esos territorios hay víctimas del conflicto armado después del primero de enero de 1991, que están interesadas en el proceso de restitución de tierras impulsado por la Ley 1448 de 2011. En el corregimiento de la Peña hay 8 solicitudes, en San Rafael, 112 y en Flor del Monte 64. (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, 2014).

3. Recomendaciones para la formulación de líneas de acción de políticas públicas de desarrollo rural

Las principales fuentes que han orientado la elaboración de las recomendaciones son algunos documentos construidos con la participación de los habitantes de la región de Montes de María y otros informes producidos por el (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2011), (Konrad Adenauer Stiftung KAS, 2012) y el director de Planeta Paz (Salgado Arámendez, 2012). De todos ellos, se elaboran los criterios para el diseño de las políticas públicas de desarrollo rural territorial en clave de principios, conceptos, temas nodales y la enunciación de las líneas estratégicas a ser desarrolladas por los diseñadores de políticas públicas de desarrollo rural para Colombia.

- Principios del desarrollo rural territorial en Colombia

Algunos de los principios que deben orientar la política de desarrollo rural en Colombia y que no aparecen en el proyecto de *Ley de tierras y desarrollo rural* presentado por el actual gobierno en el año 2012, son los siguientes:

- Propender por el desarrollo humano de los territorios rurales de manera integral, como enfoque de la política en el cual debe estar comprometida la responsabilidad pública del Estado mediante la regulación, intervención y planificación del mundo rural, lo que se debe traducir en más Estado y menos Mercado.
- Profundizar el papel de la equidad en la lucha contra la pobreza e incorporar este concepto en la política con enfoque de derechos.
- Transformar las relaciones de poder en los territorios rurales, para lo cual es necesario atender las dinámicas territoriales y los problemas de la corrupción y el clientelismo, tan presentes en estos, al tiempo que garantizar los procesos

democráticos de las comunidades en la toma de decisiones sobre la cuestión agraria.

- Considerar la diversidad de la sociedad rural en Colombia y establecer tratamientos diferenciales por población, esto es, por género y etnia, en la política de desarrollo rural.
- Incorporar en la política de desarrollo rural una visión amplia del territorio que vaya más allá de lo sectorial agrícola, que considere las distintas dimensiones e intervenga la estructura actual de la propiedad de la tierra.
- Reconocer y considerar en la formulación de la política que el mundo rural colombiano es un ámbito con múltiples conflictos debido a las disputas por la tierra y el control de los recursos naturales y a la emergencia de las economías de enclave relacionadas con la explotación de la minería y los hidrocarburos. (importancia del contexto).
- Hacer un mapeo del conjunto de actores que se mueven e intervienen en el mundo rural y aprovechar sus potencialidades para el desarrollo de estos territorios y regiones.
- Establecer una clara diferenciación entre el desarrollo rural y el desarrollo agrario.
- Incorporar en los planes, programas y políticas de desarrollo rural, la visión ambiental como eje articulador de los mismos.

Además de los principios, se considera relevante precisar los conceptos de desarrollo rural y desarrollo rural con enfoque territorial, a fin de hacer visibles las nociones que deben guiar la construcción de la política pública de desarrollo rural con enfoque territorial.

- Conceptos esenciales

El concepto del desarrollo rural, debe estar constituido por una visión global de la sociedad nacional articulada con la sociedad global, mediante una comprensión y análisis del Estado y una propuesta de desarrollo nacional, que diferencie entre desarrollo rural y desarrollo agrario y que a partir de un diagnóstico amplio y una interpretación integral de la sociedad rural, comprenda el mundo campesino y fundamente una teoría del cambio. Orlando Plaza (1998) citado por (Salgado, 2012).

Y el concepto de desarrollo rural con enfoque territorial señala como punto de partida el análisis dinámico e integral de las dimensiones económicas, sociales, ambientales y político institucionales. Aspira a reducir la pobreza y las inequidades en la distribución de los ingresos (Sepúlveda, Echeverri & Rodríguez, 2005) y

(Schejtman & Berdegué, 2004); a mejorar la seguridad alimentaria de los pobladores rurales; a impulsar el desarrollo humano de los actores sociales; a mejorar tasas de crecimiento; a promover patrones adecuados de transporte y movimiento de bienes y a promover patrones de uso sostenible de los recursos naturales, todo ello a través de la cohesión social y la cohesión territorial, como propósitos superiores que deben transversalizar todos los demás elementos. IICA (2003) citado por (Salgado, 2012).

- **En cuanto a los temas nodales** o ámbitos de las políticas públicas para el desarrollo rural, podríamos señalar dos esferas, una más general, aplicable a todas las políticas públicas de desarrollo rural en cualquier territorio colombiano, y otro más particular, aplicable a una política pública de desarrollo rural con enfoque territorial, poblacional y de derechos para el departamento de Sucre y una política pública de desarrollo rural con enfoques territorial, poblacional y de derechos para el municipio de Ovejas, estas dos últimas, teniendo en cuenta las particularidades de esos territorios y las necesidades de sus pobladores.

En la esfera general, y retomando algunos de los planteamientos realizados por Salgado (2012), es preciso tener en cuenta los siguientes **ámbitos**: i) desarrollo productivo y agroindustrial; ii) tratamiento de los factores de producción (tierra, capital, trabajo y tecnología) y el desarrollo de sus mercados; iii) la política de tierras; iv) políticas referidas al comercio y los mercados; v) políticas orientadas al desarrollo social y político (capacidades, seguridad, justicia, diferencias étnicas y de género); vi) bienes públicos; vii) seguridad alimentaria, biocombustibles y minería; viii) el manejo de los recursos naturales y el cambio climático; ix) la articulación rural-urbana, su convergencia con las regiones y las integraciones horizontales y verticales en el territorio y; x) el ordenamiento territorial. Todo ello con perspectiva territorial y no sectorial (Jolly, 2007) como siempre se ha hecho en Colombia, haciendo el esfuerzo por coordinar y articular mercados, sociedad y Estado.

En la esfera particular, se debe considerar el Plan de Desarrollo Municipal Confianza y Compromiso Social 2012-2015 (Alcaldía de Ovejas, 2012), las promesas que este ha formulado y no ha cumplido, y los resultados del diagnóstico socio económico realizado en los corregimientos de La Peña, San Rafael y Flor del Monte en el marco de la investigación, priorizando aquellos problemas que la comunidad percibe como prioritarios y las particularidades culturales de sus habitantes.

Del examen realizado al Plan de Desarrollo Municipal Confianza y Compromiso Social 2012-2015, podemos decir que resulta deseable: i) un enfoque de desarrollo rural territorial real y no solo formal como aparece en dicho plan; ii) un enfoque poblacional que establezca diferencias entre los campesinos, los afros y los indígenas que son las poblaciones que habitan la ruralidad y que atienda de manera

especial a las mujeres, los niños y los jóvenes rurales que son quienes sufren mayor discriminación; iii) un enfoque de derechos que priorice el paradigma del desarrollo humano y los derechos que se derivan del mismo, como elemento fundamental de la política de desarrollo rural territorial; iv) unas instituciones pensadas para dar respuesta a las necesidades de los territorios y no para responder a las demandas de los sectores. Todo esto implica cambios en el andamiaje institucional que ha sido concebido para manejar problemas sectoriales con una visión tradicional de lo rural, como lo esencialmente agropecuario. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2011).

De otro lado, v) convendría mirar otras experiencias exitosas de desarrollo rural territorial en Brasil, Chile y México y que se recogen en el estudio realizado por la oficina regional de la FAO en asocio con el BID, de allí se pueden aprender otras formas de hacer, con otros enfoques y otras metodologías; vi) se precisa también de un gran liderazgo e intervención del Estado que en los últimos años lo ha cedido al mercado en un país con grandes desequilibrios e inequidades, lo que se ha traducido en mayor pobreza, más desempleo y aumento de la inseguridad en estos territorios, a pesar de su vocación agrícola, la gran fertilidad de sus tierras, su potencial en producción ganadera y su gran acervo cultural.

Se requiere además, vii) un presupuesto público adecuado a los retos trazados por la política. El actual Plan Nacional de Desarrollo destina el 2.4% de la inversión pública al sector agropecuario y desarrollo rural (clasificado por locomotora) y cerca del 4% al clasificar las inversiones por sectores (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2012), lo que resulta insuficiente para atender todos los problemas que se presentan en los territorios rurales; viii) es preciso tener en cuenta el grado de ruralidad del territorio, con el propósito de priorizar y graduar la aplicación de los instrumentos definidos para el desarrollo rural según las características de los municipios o de sus agrupaciones en los territorios.

De los resultados del diagnóstico socioeconómico en los corregimientos de la Peña, San Rafael y Flor del Monte se infiere que una política de desarrollo rural con los enfoques territorial, poblacional y de derechos, debe precisar en primer lugar, la intervención de los problemas en orden de prelación expresado por las comunidades:

i) Una atención prioritaria al problema del agua potable que es una necesidad básica insatisfecha que puede causar otros problemas graves como la afectación de la salud y de los alimentos de sus habitantes, por el uso de agua contaminada (Grupo Focal 53, 2014); la afectación de la seguridad alimentaria de la comunidad por la falta de sistemas de riego adecuados (Entrevista 42, 2014); la existencia potencial de conflictos entre estas comunidades debido a que la gestión del alcantarillado

para el corregimiento de la Peña, está ocasionando el desvío de aguas negras hacia el corregimiento de Flor del Monte (Entrevista 34, 2014);

ii) Otras necesidades básicas insatisfechas son la falta de un sistema de recolección de basuras (condiciones de saneamientos), de alcantarillado y de relleno sanitario para San Rafael y Flor del Monte y en el municipio de San Rafael, falta de viviendas dignas, de centros de educación superior para los jóvenes que quieren acceder a su derecho a la educación, de infraestructura y de personal calificado para el servicio básico de salud y de espacios recreativos y de esparcimiento (Cartografía Social 52, 2014). Toda esta precariedad en las condiciones de vida está provocando una desesperanza en los jóvenes de este territorio, que no ven oportunidades de desarrollo y sueñan con migrar tras la búsqueda de mejores horizontes. (Grupo focal 39, 2014).

En relación con las condiciones económicas y productivas, es importante incorporar en la política el paradigma del desarrollo humano rural que permita mejorar las condiciones económicas y productivas de los actores sociales atendiendo a los graves desequilibrios y desigualdades que viven los territorios rurales colombianos, los cuales se traducen en altos niveles de pobreza y desempleo. Así mismo, que en la política se considere un concepto amplio de ruralidad, dada la creciente pluriactividad de la economía campesina por su progresivo empleo en actividades que no son agropecuarias tanto en el predio, como fuera de éste. Actividades como las artesanías, el comercio, el transporte, el turismo rural y el procesamiento de productos agropecuarios, constituyen las dinámicas de la nueva ruralidad. (Kay, 2007).

En los territorios estudiados se encontró: i) que hay sustitución de cultivos de yuca, ñame, y ajonjolí por tabaco; ii) que se generan ingresos monetarios y no monetarios a través de proyectos productivos, producción agrícola, algunos asalariados rurales y apropiación de parte de los cultivos; iii) que la producción está centrada en la agricultura, con graves problemas de comercialización por falta de vías terciarias, dependencia del clima, ausencia de sistemas de riego adecuados y problemas de competitividad; iv) que la economía está basada en la agricultura, la ganadería y las actividades del subsuelo con la presencia de Hocol y otras empresas interesadas en la industria extractiva.

Las condiciones sociales y de participación política de estas comunidades con tradición histórica de movilización y lucha, son aspectos que deben ser considerados en el diseño de la multicitada política de desarrollo rural. De un lado, para garantizar la calidad democrática a través de la participación de sus pobladores, quienes tienen conocimientos y experiencias acumuladas acerca de las características, necesidades y potencialidades de sus territorios. De otro lado, se deben potenciar la cantidad de

liderazgos que existen en los tres corregimientos, generando sinergias y articulando esfuerzos con actores institucionales, empresarios y organismos internacionales; en aras de alcanzar los desarrollos deseados para esos territorios que tienen dificultades en su gestión financiera, administrativa y en el ejercicio de los mecanismos de participación. (Entrevista 7, 2014).

En síntesis, estos serían los lineamientos de política pública de desarrollo rural para Colombia, que incorpore los enfoques teóricos presentados y las propuestas y necesidades de las comunidades rurales:

- Más Estado y menos mercado
- Revalorización de lo rural para entender su multifuncionalidad y pluriactividad (Pachón Ariza, 2011).
- Democratización del acceso y la propiedad sobre la tierra. (Ordoñez Gómez, 2012, pp. 115 - 127).
- Desarrollo rural integral (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2011) y sostenible, con enfoques territorial, poblacional (Villarreal Méndez, 2012, pp. 102 - 103) y de derechos.
- Desarrollo institucional (Konrad Adenauer Stiftung KAS, 2012) acorde al enfoque territorial (López Montaña, 2012, p. 59) y comprometido con el reconocimiento de derechos.
- Convergencia entre procesos urbanos y rurales, pero con perspectiva diferencial (Konrad Adenauer Stiftung KAS, 2012).
- Concepto ampliado de lo rural o nueva ruralidad. (Kay, 2007).
- Nuevo modelo de poblamiento regional que desestime la concentración de la población en los grandes centros urbanos y otorgue garantías para poblar los centros rurales. (Porrás Mendoza, 2011).
- Compromiso del gobierno con el impulso y fortalecimiento de las organizaciones rurales y en la garantía de sus derechos de representación.
- Identificación de los renglones estratégicos y potenciales del desarrollo rural en Colombia, en beneficio de sus propios habitantes.
- Autonomía y participación de todos los actores del sector rural en el diseño de planes, programas y políticas públicas de desarrollo rural y en la ejecución de éstos, cuando posean los conocimientos técnicos.
- Políticas que garanticen la seguridad alimentaria

- Política Pública de Estado adaptada al contexto, esto es, que apunten a la superación de problemas endémicos como la violencia y la pobreza.
- Política Pública cuyos alcances sean: la solidaridad, la dignidad, la inclusión y la paz (Mesa de Interlocución y Concertación de los Montes de María, 2014).
- Provisión de bienes públicos por parte del Estado.
- Construcción de democracia e institucionalidad local.
- Transformación productiva que acoja la clasificación agroecológica de los suelos I y II para las actividades productivas en las áreas de desarrollo rural.
- Diagnóstico e interpretación de la sociedad rural de hoy.
- Comprensión del mundo campesino y de las necesidades y cultura de sus habitantes.
- Articulación de la ruralidad con la sociedad nacional y con la sociedad global.
- Educación rural agroecológica acorde con las necesidades de las comunidades y los nuevos desarrollos de las tecnologías y de las comunicaciones.
- Capacitación a los actores rurales para que formulen sus propios planes y proyectos de desarrollo.
- Veeduría ciudadana frente a los acuerdos sobre desarrollo rural.
- Estímulos a la economía solidaria asociativa y agro-empresarial.
- Priorizar la financiación de entidades de desarrollo rural gubernamental y de organizaciones campesinas.
- Eficiencia económica.
- Justicia social.

Conclusiones

En el municipio de Ovejas no existen políticas públicas rurales con enfoque territorial en dominios específicos de intervención gubernamental. Esta situación se debe a varias razones: la agenda política local se concentra en resolver problemas de primera necesidad (letrinas, alcantarillado, algunos proyectos productivos), debido a que en este territorio no se encuentran satisfechas las necesidades básicas. Además, instituciones como el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER-, La Corporación Autónoma Regional –CAR-, la UMATA y los Consejos Municipales de Desarrollo Rural, actúan deficientemente en campos que todavía no alcanzan

a generar un gran impacto en el desarrollo rural del municipio, lo que revela la necesidad de nuevos procesos institucionales que permitan mayores y mejores niveles de coordinación y articulación entre los distintos niveles de la administración y con los habitantes de los territorios .

Aunque el Plan de Desarrollo del municipio de Ovejas se compromete con una política de desarrollo rural con enfoque territorial, esto no se traduce en cambios reales que hagan posible la convergencia entre procesos urbanos y rurales en los territorios que hacen parte del departamento de Sucre y el municipio de Ovejas. Además, se precisa de un concepto ampliado de lo rural, lo cual implica repensar el espacio, el territorio, el uso de los recursos naturales, los enfoques para encarar la política de desarrollo rural, el rol de los actores y el cambio institucional.

Así las cosas, es preciso considerar las propuestas que en los últimos años se vienen planteando desde las mismas organizaciones sociales de la región y por organismos e instituciones como el PNUD, Planeta Paz, la Fundación Konrad Adenauer Stiftung y otras instancias tales como centros de pensamiento y universidades, a fin de construir una propuesta de política pública de desarrollo rural integral para los territorios y regiones colombianas, con las siguientes características: suficientemente democrática, que responda a una visión amplia, integral y sistémica de desarrollo rural (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013); que propenda por atender las particularidades de cada territorio y las necesidades de sus pobladores, en función de sus características culturales, de género y étnicas; para lo cual es importante incorporar las dimensiones y los alcances que se desprenden de la perspectiva del desarrollo rural con enfoques territorial, poblacional y de derechos.

Por último, y desde una perspectiva metodológica, conviene señalar que una de las estrategias de investigación social cualitativa que permite “condensar los anhelos y las tensiones de muchas voces silenciadas” (Stake, 1994), como ha ocurrido en Colombia con los campesinos y demás habitantes rurales, es el estudio cualitativo de caso, el cual brinda la posibilidad de conocer las condiciones reales de los territorios y acceder a las visiones, percepciones y representaciones de sus habitantes; estrategia que con enfoques teóricos interdisciplinarios puede posibilitar una mayor riqueza analítica y un mejor conocimiento de micro realidades que en los datos aportados por los estudios cuantitativos -también muy relevantes por cierto-, no es posible conocer.

Referencias

- Actor institucional. (28 de febrero de 2014), Entrevista 7 (S. Quintero, entrevistador). Departamento de Sucre, Colombia.
- Actor social. (25 de febrero de 2014), Entrevista 34. (L. Valencia, entrevistador), Corregimiento de La Peña.
- Actor social. (25 de febrero de 2014), Entrevista 35. (A. Cuartas, entrevistador), Corregimiento de la Peña.
- Actor social. (27 de febrero de 2014), Entrevista 42. (M. R. Bedoya, entrevistadora), Corregimiento de San Rafael.
- Actor social. (25 de febrero de 2014), Entrevista 43. (J. C. Fernández), Corregimiento de San Rafael.
- Alcaldía de Ovejas. (2012). *Plan de Desarrollo Municipal: Confianza y compromiso social 2012-2025*. Ovejas: Alcaldía municipal.
- Baribbi, A. & Spijkers, P. (2011). *Campesinos, tierra y desarrollo rural. Reflexiones desde la experiencia del tercer laboratorio de paz*. Bogotá: Acción Social-Unión Europea.
- Bedoya Bedoya, M. R. & Tamayo Castro, J. A. (2014). *La territorialización de las políticas de desarrollo rural en Colombia: el caso del Municipio de Ovejas, Departamento de Sucre en Colombia*. Paper presented at the IX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociedades Rurales Latinoamericanas: diversidades, contrastes y alternativas, México, octubre 6 al 11.
- Cartografía Social 37. Hombres, mujeres, jóvenes y niños de La Peña. (Febrero 26 de 2014), Corregimiento de la Peña. Realizada por Luisa Fernanda Valencia y Alexander Cuartas.
- Cartografía Social 52. Hombre, mujeres, jóvenes y niños de San Rafael. (Febrero 26 de 2014), Corregimiento de San Rafael. Realizada por Juan Camilo Fernández y María Rocío Bedoya.
- Carvajal Burbano, A. (2009). *¿Modelos alternativos de desarrollo o modelos alternativos al desarrollo?* Cali: Escuela de Trabajo Social y Desarrollo Humano.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *La política de reforma agraria y tierras en Colombia. Esbozo de una memoria institucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Coller, X. (2005). *Estudio de Casos (Vol. 30)*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Corporación Autónoma Regional de Sucre. Visión de la Corporación Autónoma Regional de Sucre. Recuperado de http://www.carsucre.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=105&lang=es.
- Corporación Autónoma Regional del Atlántico. (2014). Las Corporaciones Autónomas Regionales de Colombia CAR. Recuperado de <http://www.crautonomia.gov.co/index.php/institucional/funciones-de-la-cra>.

- Delegados del Gobierno de la República de Colombia (Gobierno Nacional) y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). (2012). Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Recuperado de <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf>.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE. (1993). Censo General de Población y Vivienda 1993. Recuperado de http://formularios.dane.gov.co/Anda_4_1/index.php/catalog/113.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE. (2005). Censo General 2005. Recuperado de <http://www.dane.gov.co/index.php/esp/poblacion-y-registros-vitales/censos/censo-2005>.
- Departamento para la prosperidad social DPS. (2012). *Unidad administrativa especial para la consolidación territorial*. Recuperado de <http://www.dps.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=641&conID=965&pagID=5114>.
- Gaceta Departamental de Sucre. (2012). Plan Departamental de Desarrollo de Sucre 2012 – 2015. Recuperado de www.ocaribe.org/cargar_imagen.php?tipo=22&id=49
- Gallicchio, E. (2010). El desarrollo local: ¿territorializar políticas o generar políticas territoriales? Reflexiones desde la práctica. *Eutopía*. (1), 11 - 23.
- Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER. (2011). *Estrategia de desarrollo rural con enfoque territorial*. Bogotá: INCODER.
- Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER. (2011). Estrategia de desarrollo rural con enfoque territorial del INCODER 2010-2014. Recuperado de http://www.incoder.gov.co/Desarrollo_Rural/Estrategia_de_Desarrollo_Rural.aspx
- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA. (2012). Montes de María. Entre la consolidación del territorio y el acaparamiento de tierras. Aproximación a la situación de Derecho Humanos y Derecho Internacional Humanitario en la región (2006-2012), Recuperado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/otras/montes1/informe.pdf>.
- Jolly, J. F. (2005). Gobierno y gobernancia de los territorios, sectorialidad y territorialidad de las políticas públicas. *Desafíos*, 12, 51-85.
- Jolly, J. F. (2007). *Territorialidad y sectorialidad de las políticas públicas. Aspectos analíticos y utilidades normativas de un esquema de análisis de las políticas públicas en el territorio*. En: Ensayos sobre políticas públicas, 289 - 349. Bogotá: Universidad Externado.
- Kay, C. (2007). Algunas reflexiones sobre los estudios rurales en América Latina. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, (29), 31 - 50.
- Konrad Adenauer Stiftung KAS. (2012). *Recomendaciones y líneas de acción para la política pública de desarrollo rural en Colombia*. Kas Papers, Colombia.

- Líderes de Flor del Monte, San Rafael y La Peña (26 de febrero de 2014), Grupo Focal 53. (M. R. Bedoya, Orientadora). Corregimiento de San Rafael.
- López Montaña, C. (2012). *La institucionalidad en el proyecto de ley de desarrollo rural*. En: Propuestas, visiones y análisis sobre la política de desarrollo rural en Colombia (pp. 59 - 65). Bogotá: Oxfam.
- Machado, A. (2005). *Las políticas y el modelo de desarrollo agropecuario. La Academia y el sector rural*, 5, 17-36.
- Machado, A. (2012). *Desarrollo rural, ¿camino para construir la paz? Propuestas, visiones y análisis sobre la política de desarrollo rural en Colombia* (pp. 31 - 58). Bogotá: Oxfam.
- Machado, A., Suárez Montoya, A., López Montaña, C., Molina, J. P., Salgado Aramendez, C., Villarreal Méndez, N. & Ordoñez Gómez, F. (2012). *Propuestas, visiones y análisis sobre la política de desarrollo rural en Colombia. Voces de académicos y expertos*. Bogotá: Oxfam.
- Mesa de Interlocución y Concertación de los Montes de María. (2014). *Propuestas de desarrollo rural y agrario construidas por organizaciones campesinas, afrodescendientes, consejos comunitarios, cabildos indígenas, mujeres, jóvenes y víctimas del conflicto armado de Montes de María. "En Busca de la Permanencia Digna en el Territorio"*. Cartagena de Indias: Corporación Desarrollo Solidario.
- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2014). Agro es tema central de encuentro de vicepresidentes en la altillanura colombiana, Recuperado de <https://www.minagricultura.gov.co/noticias/Paginas/Noticias.aspx>
- Muller, P. (2006). *Las Políticas Públicas*. Bogotá: Universidad Externado.
- Naranjo Giraldo, G., Lopera, J. & Granada, J. (2009). Las políticas públicas territoriales como redes de política pública y gobernanza local: la experiencia de diseño y formulación de las políticas públicas sobre desplazamiento forzado en el departamento de Antioquia y la ciudad de Medellín. *Estudios Políticos*, 35, 81-105.
- Navarro, E. L. (2011). *Políticas estatales sobre tierras, territorios y desarrollo rural*. Memorias Ciclo de conferencias La cuestión agraria en Colombia: Tierra, desarrollo y paz (pp. 10 - 31). Bogotá: Planeta Paz.
- Ordoñez Gómez, F. (2012). *Zonas de reserva campesina: contribución a la democratización del acceso y la propiedad sobre la tierra y construcción alternativa del territorio*. En Propuestas, visiones y análisis sobre la política de desarrollo rural en Colombia (pp. 115 - 127). Bogotá: Oxfam.
- Pachón Ariza, F. A. (2011). *Desarrollo rural: superando el desarrollo agrícola*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Periódico El Tiempo. Junio 20, (1995). Las Umatas como fuentes de asistencia al agro. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-500048>.

- Periódico El Tiempo. Febrero 6, (1996). Consejo Municipal de Desarrollo Rural. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-362108>.
- Porras Mendoza, E. (2011). *Mesa Campesina Regional de los Montes de María. Documento Estratégico en Tierras y Desarrollo Rural*. Sucre.
- Presidencia de la República. (2011). *Plan Nacional de Consolidación y Reconstrucción Territorial /PNCRT*. Bogotá.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD. (2011). *Colombia rural. Razones para la esperanza* (pp. 102). Bogotá.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD. (2012). *Desarrollo rural con enfoque territorial: desafío para la política pública. Revista Hechos de Paz N° 64*, 11-16.
- Restrepo, J. C., & Bernal Morales, A. (2014). *La cuestión agraria. Tierra y posconflicto en Colombia*. Bogotá: Géminis Ltda.
- Salgado Arámendez, C. (2012). Lineamientos de una propuesta de política pública para transformar el mundo rural. Recuperado de <http://www.uninomade.org/proyecto-planeta-paz/>
- Schejtman, A. & Berdegué, J. (2004). *Desarrollo Territorial Rural. Debates y Temas Rurales, Número 1*.
- Sepúlveda, S., Echeverri, R. & Rodríguez, A. (2005). *El enfoque territorial del desarrollo rural: retos para la reducción de la pobreza rural en Centroamérica: fortalecimiento de servicios técnicos empresariales y financieros* (pp. 11 -13).
- Stake, R. (1994). *Case studies*. In Norman Denzin & Yvonna Lincoln (Eds.), *Handbook of qualitative research*, (pp. 236 - 247). Londres: Sage.
- Unión Europea, Corporación Nuevo Arco Iris, CECAR, Acción Social, & Fundación Red Desarrollo y Paz de los Montes de María. (2010). *Propuesta de agenda agraria para el desarrollo rural integral, incluyente, sostenible y sustentable para la región de los Montes de María. Diagnóstico básico integral de la situación social, política y economía del campesinado de la región de los Montes de María*. Sucre.
- Vargas, J. P. (2011). Coordinación Interinstitucional Local en Centroamérica y República Dominicana. In Demuca F (Ed.), *Territorialización de Políticas Públicas* (pp. 35-72). San José: DEMUCA.
- Villarreal Méndez, N. (2012). *Avances y puntos críticos del proyecto de ley de tierras y desarrollo rural desde una perspectiva de género. Propuestas, visiones y análisis sobre la política de desarrollo rural en Colombia* (pp. 101 - 114). Bogotá: Oxfam.



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón del Amigo
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

Respuestas coyunturales al desarrollo rural. Reflexiones analíticas para la construcción de políticas públicas participativas para la ruralidad*

DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a05](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a05)

Artículo de reflexión resultado de la investigación *Demandas estructurales, respuestas coyunturales. Un análisis de la relación: desarrollo rural, políticas públicas y participación ciudadana en los municipios de Andes, Liborina y San Roque*, terminada en octubre de 2014. Fue financiada por el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, mediante convocatoria realizada en el marco del proyecto “Promoción del conocimiento e identidades, el desarrollo de actividades de formación con el enfoque de juventud y la asesoría y promoción de la convivencia y los Derechos Humanos de las y los jóvenes”. Elementos preliminares fueron discutidos en el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política.

Citación de este artículo con el sistema APA: Giraldo Calderón, P. E. (2016). Respuestas coyunturales al desarrollo rural. Reflexiones analíticas para la construcción de políticas públicas participativas para la ruralidad. *Estudios de Derecho*. 73(161), 79-98. DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a05](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a05)

Fecha de recepción: 6 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 9 de diciembre de 2015

Respuestas coyunturales al desarrollo rural. Reflexiones analíticas para la construcción de políticas públicas participativas para la ruralidad

Patricia Elena Giraldo Calderón¹

Resumen

Este artículo presenta una reflexión analítica sobre uno de los hallazgos evidenciados en la investigación *Demandas estructurales, respuestas coyunturales. Un análisis de la relación: desarrollo rural, políticas públicas y participación ciudadana en los municipios de Andes, Liborina y San Roque*, realizado en el departamento de Antioquia (Colombia), esto es: ante demandas estructurales de los actores sociales y agentes económicos en materia de desarrollo rural, la respuesta institucional fue coyuntural y mediada por la creación de un pacto agrario nacional para fortalecer el escenario rural. Para soportar lo anotado se usaron estrategias metodológicas cualitativas y cuantitativas. Como principales resultados se puede afirmar que las respuestas están mediadas por los distintos escenarios de articulación vertical del desarrollo rural: municipio-departamento, municipio-nación y agentes extraestatales. A su vez, estas respuestas son coyunturales y con participación instrumental en la medida que los presupuestos son reducidos, la institucionalidad para ejecutarlos débil y su rango de acción limitado. Finalmente, es posible concluir que por el abandono al que fue sometido el escenario rural en un período de más de 20 años, hoy en día se hace más que urgente la creación de políticas estructurales de desarrollo rural que intervengan la raíz de los problemas del campo y cuyo eje transversal sea la participación activa de los pobladores rurales.

Palabras clave: desarrollo rural, participación ciudadana, políticas públicas.

Conjunctural answers to rural development. Analytical reflection for the construction of participatory public policies for rurality

Abstract

This paper presents an analytical reflection on one of the findings evidenced in the Structural Demands research, conjunctural answers. An analysis of the relationship: rural development, public policies and citizen participation in the municipalities of Andes, Liborina and San Roque, held in the department of Antioquia (Colombia), that is: upon structural demands from social actors and economic agents regarding rural development, the institutional answer was conjunctural and mediated by the creation of a national agrarian pact to strengthen the rural scenario. To support the above qualitative and quantitative methodological strategies were used. The main results we can say that the responses are mediated by different scenarios of vertical articulation of rural development: municipality-department, municipality-nation and extra-state agents. In turn, these responses are conjunctural and with instrumental participation as the budgets are reduced, the institution is weak to implement them and its range of action is limited. Finally, it is possible to conclude that the abandonment to which the rural scenario was subjected in a period of over 20 years, today it is more than urgent to create rural development structural policies that address the roots of the problems in the field and whose transverse axis is the active participation of rural people.

Keywords: rural development, citizen participation, public policies.

Respostas conjunturais ao desenvolvimento rural. Reflexões analíticas para a construção de políticas públicas participativas para a ruralidade

Resumo

Este artigo apresenta uma reflexão analítica sobre uma das descobertas evidenciadas na pesquisa *Demandas estruturais, respostas conjunturais. Uma análise da relação: desenvolvimento rural, políticas públicas e participação cidadã nos municípios de Andes, Liborina e San Roque*, realizado no estado de Antioquia (Colômbia), isto é: diante de demandas estruturais dos atores sociais e agentes econômicos em matéria de desenvolvimento rural, a resposta institucional foi conjuntural e mediada pela criação de um pacto agrário nacional para fortalecer o cenário rural. Como suporte às descobertas, foram usadas estratégias metodológicas qualitativas e quantitativas. Como principais resultados, pode-se afirmar que as respostas estão mediadas pelos diferentes cenários de articulação vertical do desenvolvimento rural: município-estado, município-nação e agentes extra-estatais. Por sua vez, estas respostas são conjunturais e com participação instrumental na medida em que os orçamentos são reduzidos, a institucionalidade para executá-los é fraca e a sua margem de ação limitada. Finalmente, é possível concluir que por causa do abandono ao que foi submetido o cenário rural durante um período de mais de 20 anos, hoje se faz muito urgente a criação de políticas estruturais de desenvolvimento rural que intervenham a raiz dos problemas do campo e cujo eixo transversal seja a participação ativa dos moradores rurais.

Palavras-chave: desenvolvimento rural, participação cidadã, políticas públicas.

1 Polítóloga, Universidad de Antioquia, estudiante de Maestría en Desarrollo Rural, UFRGS-Porto Alegre, Brasil.

Respuestas coyunturales al desarrollo rural. Reflexiones analíticas para la construcción de políticas públicas participativas para la ruralidad

Introducción

Este artículo es una reflexión analítica de los resultados obtenidos en campo en el desarrollo de la investigación *Demandas estructurales, respuestas coyunturales. Un análisis de la relación: desarrollo rural, políticas públicas y participación ciudadana en los municipios de Andes, Liborina y San Roque*; tuvo como objetivo general analizar la relación entre desarrollo rural, políticas públicas y participación ciudadana en los citados municipios, localizados en el departamento de Antioquia, Colombia. Teóricamente se asumió el enfoque de desarrollo humano como desarrollo rural formulado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano –PNUD-. Para esta entidad, hablar de desarrollo rural parte de reconocer el territorio como categoría central, entendido este como un lugar de interacción entre actores que construyen relaciones económicas, sociales, culturales, políticas e institucionales que a su vez están limitadas por las estructuras de poder y por la identidad de los actores (PNUD, 2011, p. 31). Este enfoque fue complementado con las sub-categorías políticas públicas y participación ciudadana.

El diseño metodológico consistió en abordar estrategias cualitativas y cuantitativas. En lo cualitativo, se realizó un mapeo de actores, treinta entrevistas semi-estructuradas realizadas entre el 28 de julio y el 13 de agosto de 2014 a 11 actores institucionales, 8 agentes económicos y 21 actores sociales. En lo cuantitativo, se aplicó una encuesta de participación ciudadana y desarrollo rural a 203 pobladores rurales, entre los 12 y los 72 años de edad de los tres municipios estudiados. La encuesta fue tipo muestreo estratificado y con un margen de error del 10%. El análisis de los datos se hizo utilizando el programa Excel. Cabe mencionar que la posibilidad de combinar estas dos estrategias, lo cualitativo y lo cuantitativo, favoreció la comprensión del problema en una mayor amplitud que dio soporte al análisis. A su vez, contribuyó de forma significativa en el conocimiento de los procesos rurales por cuanto una de las debilidades significativas es la ausencia de

datos estadísticos de la ruralidad en todos los campos, en especial, en temas de participación ciudadana.

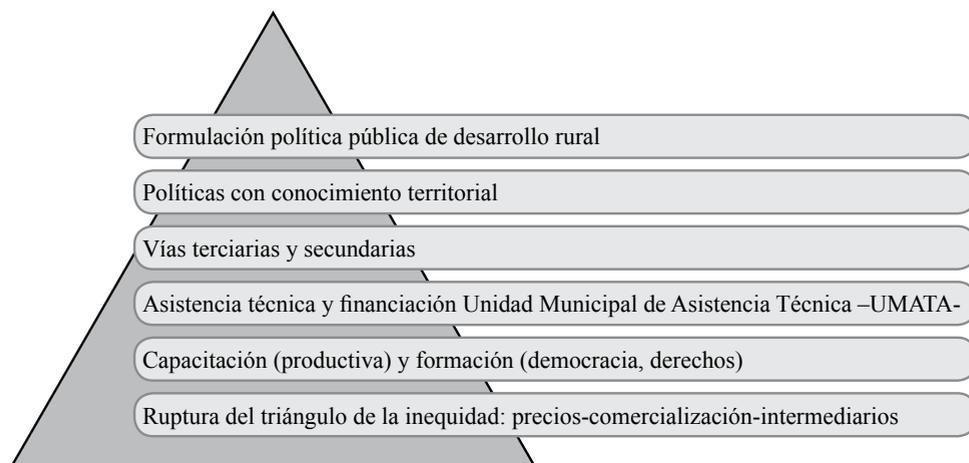
Finalmente, este artículo está estructurado en dos partes. En la primera se presentan las demandas estructurales de los actores sociales y los agentes económicos del territorio. En la segunda, se presentan las respuestas institucionales y extraestatales. A modo de conclusión la investigación permitió evidenciar una debilidad en la articulación políticas públicas, participación ciudadana y desarrollo rural, de allí las reflexiones que aquí se presentan para pensar en la construcción de políticas públicas participativas para la ruralidad.

1. Demandas estructurales de los actores sociales y agentes económicos

Existen indicios que llevan a plantear un cambio en las estrategias de construcción del desarrollo rural en el país. Entre estas se pueden enunciar la reestructuración del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural –en adelante MADR–, la destinación de mayores recursos de inversión y la creación de la Misión para la Transformación del Campo, una comisión de expertos creada para diagnosticar las principales problemáticas de la ruralidad y con ello definir los lineamientos en materia de política agraria y rural en el país.

Este ejercicio resulta significativo cuando en Colombia diversos autores han planteado la cuestión agraria como un tema no resuelto (Fajardo, 2001; Kay & Salazar, 2001; Legrand, 1994; Machado, 2002). Sumado a la tendencia a profundizar las desigualdades en educación, empleo, ingresos y en general en la concentración de recursos en los escenarios rurales a causa del modelo neoliberal. Así, el objetivo de este primer apartado es identificar las demandas estructurales de los actores sociales y agentes económicos en materia de desarrollo rural.

Así, en la ilustración 1 se observan las seis demandas evidenciadas en campo, en la voz de los actores entrevistados. El orden jerárquico no es obra de la casualidad. Estos seis puntos representan, desde el punto de vista analítico y desde la visión de los estudiosos del desarrollo rural, problemas estructurales para el campo y puntos neurálgicos sobre los que ha enfatizado de forma negativa el neoliberalismo profundizando las iniquidades en las zonas rurales del país. Cada una de estas demandas se explica en detalle a continuación.

Ilustración 1. Demandas estructurales de los actores sociales y agentes económicos

Fuente: Elaboración propia con base en entrevistas

Políticas públicas de desarrollo rural. Coinciden los entrevistados en indicar el abandono generalizado de que ha sido objeto la ruralidad con especial énfasis en el viraje hacia una política de subsidios al agro que, en términos generales, benefició a grandes empresarios y terratenientes desvirtuando con ello la provisión de bienes públicos y dotaciones desde el Estado (Konrad Adenauer Stiftung, 2012; Restrepo & Bernal, 2014). Sin embargo, hoy asistimos al giro de la política pública de desarrollo rural que avanza con miras a superar dos visiones erróneas del desarrollo rural. La primera de ellas, una visión reduccionista del campo como “lo agrario”; la segunda, la comprensión del desarrollo como una política de reforma agraria –fallida de por sí-. Así, en ausencia de la política que dirija los rumbos de desarrollo del mundo rural en Colombia, los territorios se han especializado productivamente desde la voluntad y criterios del sector privado, dejando como consecuencias desajustes y profundización de la brecha de desigualdad.

Políticas con conocimiento territorial. Una de las principales falencias de las políticas, sean estas sociales o económicas, implica concentrarse en la generalidad dejando de lado la particularidad. La ausencia del conocimiento territorial se materializa en lo que popularmente se conoce como “políticas de escritorio”, es decir, acciones públicas que se diseñan desde Bogotá -Colombia-, en una oficina y por un funcionario que desconoce en su totalidad las dinámicas territoriales específicas. La causa de este problema reside en la alta centralización que reporta el mundo rural en todos sus componentes. Desde los entrevistados una estrategia

para transformar esta problemática empieza por reconocer el territorio con sus dinámicas actuales, con la construcción de políticas y programas con pertinencia y ajustados a las necesidades de campesinos y productores en general, atendiendo a sus particularidades y necesidades. Para este el punto de partida será la participación activa de los afectados e involucrados donde su voz sea escuchada en función no de la legitimación de un espacio, sino de prestar atención a las especificidades, barreras y particularidades de sus necesidades.

Vías terciarias y secundarias. La visita a estos tres municipios a través del trabajo de campo permitió constatar el estado de las vías secundarias, es decir, las vías que comunican uno y otro municipio; y las vías terciarias, es decir, las que comunican los corregimientos y veredas con la cabecera municipal. En materia vial rural los rezagos pueden alcanzar en extensión un 98,5% (Gobernación de Antioquia, 2014), atraso que se materializa en la ausencia de pavimentación y su mayor deterioro en épocas de invierno. La infraestructura vial es un tema estratégico para el desarrollo dado que por ellas no solo circula la producción agropecuaria, a su vez, es el medio necesario para acceder a derechos fundamentales como la salud y la educación.

Asistencia técnica y financiación de la Unidad Municipal de Asistencia Técnica (UMATA). La asistencia técnica es para la mayoría de los actores un asunto que debería estar en el centro de toda política. Su importancia radica en que, de la mano de la investigación y el conocimiento de los productos del campo, las instituciones lleguen a acompañar a campesinos y productores para llevar a cabo la producción. Como bien afirma Lugo (2009), el cambio en la forma de prestación de la asistencia técnica en el país a raíz de la puesta en marcha de la Ley 607 de 2000, llevó a la privatización del servicio de asistencia técnica y a la pérdida o debilitamiento de estas entidades en el ámbito municipal. En concreto, se trató de delegar este servicio en las agremiaciones y las UMATAs, aunque estas últimas están cada vez más debilitadas en lo presupuestal y en capital humano. Por esta vía se excluyó al 60% de los productores pequeños y medianos a los que el Estado prestaba ese servicio.

Capacitación y formación. La demanda de la capacitación y formación es para las personas entrevistadas un tema esencial en la transformación de las condiciones de vida de campesinos y productores rurales. La capacitación es entendida como el acceso al conocimiento productivo y las principales tendencias en esta materia. Por su parte la formación se asocia con los derechos, el ejercicio de la ciudadanía y en general con la democracia. Ambas, capacitación y formación, deberán estar direccionadas para desconcentrarlas en la comunidad y no solo en los presidentes de las Juntas de Acción Comunal –en adelante JAC- o líderes de grupos específicos.

Así, desde la perspectiva de los agentes económicos y actores del territorio, esto contribuye positivamente en los procesos decisionales y en la democratización de la información y el conocimiento.

Ruptura del triángulo de la inequidad: precios-comercialización-intermediarios. Históricamente las y los campesinos y pequeños productores rurales se han enfrentado a las condiciones de inequidad que generan los bajos precios de compra –regulados por el mercado–; la ausencia de políticas claras de comercialización o la pérdida de las mismas; y la fuerte presión que ejercen cotidianamente los múltiples intermediarios entre productor y consumidor en materia de precios. La siguiente cita ilustra esta situación:

(...) yo hice ese estudio, yo llegué a un barrio en Medellín y fui a comprar una panela², era panela de San Roque, certificada. El par de panela \$2600, me devolví a donde me dijeron que la habían comprado y fue en un supermercado del barrio Boston, este barrio la compró en el consumo de Buenos Aires, este consumo se la compró al galpón 12 de la mayorista y este a su vez se la compró a un comerciante de San Roque (...) (Actor Social, 12 de agosto de 2014).

Esta problemática no es nueva y constituye un problema estructural en Colombia. Hoy en día la ampliación de la intermediación se ha agudizado con la profundización del modelo neoliberal que delega todo en la libre competencia y la falsa regulación que ejerce el mercado entre la oferta y la demanda. En este triángulo perverso la peor parte la lleva el campesino quien arriesga su capital en caso de pérdida de la cosecha, pero a su vez porque es quien realiza la mayor inversión en términos de trabajo, insumos, etc., que luego vendrá a ser capitalizada por el agente intermediario con un mínimo riesgo. Por su parte, el consumidor también se ve afectado en tanto está sujeto a la especulación de precios y el incremento del costo de los productos de la canasta básica a causa de la ampliación de la cadena de intermediación, como sucede con la panela, uno de los productos del municipio de San Roque.

Conviene además volver en el tiempo para indicar que para el año 1996 fue liquidado un instituto que en su momento cumplió la función que hoy demandan la mayoría de productores del escenario rural. El Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA), aún con las críticas que se le puedan formular, fue en su momento un buen ejemplo de estrategia de regulación de precios y un mecanismo para controlar la importación de alimentos a través de la centralización en esta entidad de toda transacción comercial asociada a este tema. Reconociendo estas problemáticas, para varios de los entrevistados los intermediarios deben existir, pues permiten

2 La panela es un producto derivado de la caña de panela o de azúcar, es esencial en la canasta básica, pues de él se deriva la principal bebida energética de los hogares colombianos.

al productor tener opciones de comercialización. Así mismo, las cooperativas de productores han contribuido en los territorios a la regulación de precios definiendo el precio mínimo. Aun así, ambos, actores sociales y agentes económicos, coinciden en indicar que deben existir límites a la intermediación y desde el Estado se debe impulsar una política de precios que reflejen mínimo los costos de producción. Así, las acciones deben estar orientadas a garantizarles al productor y al consumidor un precio justo.

2. Respuestas coyunturales al desarrollo rural

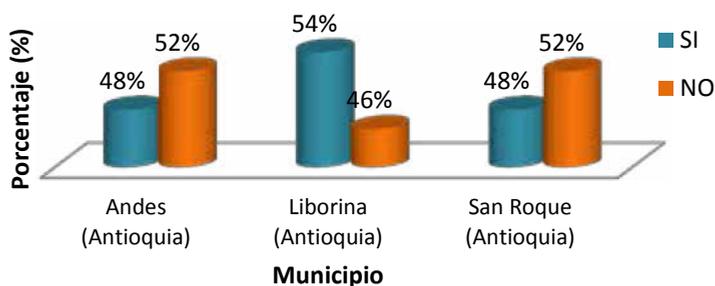
Para evidenciar cómo se da respuesta a las demandas de las y los ciudadanos en los territorios es preciso dejar claro tres aspectos. En primer lugar, las respuestas institucionales son dadas parcialmente por los territorios en la medida que la planeación en Colombia exige un encadenamiento de los planes municipal-departamental-nacional, estrategia que los alcaldes emplean para lograr gestionar recursos ante las entidades departamentales y nacionales. En segundo lugar, la crisis presupuestal que vienen viviendo los municipios por el desmonte gradual de las responsabilidades del Estado, ha llevado como consecuencia lógica la emergencia de agentes privados que ejecutan el desarrollo en los municipios o en su defecto la cofinanciación de proyectos. En tercer lugar, el proceso de reestructuración en materia de políticas públicas de desarrollo rural que vive hoy Colombia nos lleva a evidenciar en este apartado el proceso de participación ciudadana a través del Pacto Agrario (Ver gráfico 1).

Por estos motivos resulta pertinente enunciar las respuestas institucionales a las demandas de los actores en varios escenarios. Primero, respuestas municipio. A través de este será posible visibilizar la dispersión de temas que responden a intereses ajenos al territorio. Segundo, respuestas articulación municipio-departamento que permiten reconocer cómo obedecen al modelo principal-agente, -la gobernación hace muy bien la tarea encomendada por la nación-. Tercero, respuestas en articulación nación-municipio, representada por el MADR, con dos procesos de trascendencia: Pacto Agrario y el Programa Oportunidades Rurales. Cuarto, respuestas agentes extraestatales con fuerte presencia de las multinacionales minero-energéticas.

Un primer nivel de respuesta a las demandas de los actores en el territorio es el municipio. Como se indicó en páginas anteriores, esta es la principal unidad administrativa en Colombia a raíz de los procesos de descentralización de la década del noventa, a su vez, es por esencia el principal garante en la ejecución de las políticas. Por tanto, sobre este recae en Colombia la responsabilidad no solo en la dotación de bienes públicos, así mismo, en crear las condiciones para el bienestar

de su población y el desarrollo del territorio. Allende reconocer la importancia del municipio y su papel central en el desarrollo, la evidencia en el trabajo de campo realizado en los tres municipios lleva a plantear serias dudas de la capacidad institucional para lograr este propósito, realidad que fue corroborada a través de las encuestas realizadas al preguntar las condiciones institucionales para el desarrollo rural (ver gráfico 1).

Gráfico 1. ¿Existen las condiciones institucionales³ para llevar a cabo el desarrollo rural en su municipio?



Fuente: Elaboración propia con base en encuestas

Si bien la tendencia en la respuesta se ubica en niveles medios, cercanos al 50%, la respuesta negativa a las condiciones institucionales en Andes y San Roque provienen de un proceso de conciencia sobre las reales capacidades institucionales para llevar a cabo el desarrollo en el territorio, en contraste, el municipio con mayor pobreza (Liborina) vive hoy la “danza de los millones” con el Proyecto Hidroeléctrico Hidroitungo, factor que explica parcialmente la respuesta positiva a las capacidad para llevar a cabo el desarrollo en el territorio.

Ahora bien, como se observa en la tabla 1, las respuestas institucionales y extraestatales contribuyen en dos explicaciones lógicas al proceso de indagación ¿qué pasa hoy en esa relación desarrollo rural, políticas públicas y participación ciudadana? y de forma simultánea en la pregunta por ¿quiénes son en los territorios los agentes del desarrollo, el Estado o el mercado? En este sentido, es posible diferenciar los cuatro tipos de respuestas al desarrollo rural:

(A) El municipio. En este se evidenció que el tema ambiental viene tomando fuerza en el escenario local, sea a través de la organización ambiental, en el

3 Al momento de aplicar la encuesta se explicó a las personas que debían cumplirse tres condiciones: (A) voluntad política, (B) funcionarios adecuados y en número suficiente y (C) recursos económicos necesarios.

establecimiento de cultivos o a través de la implementación de estufas eficientes. Esto solo para ejemplificar algunos temas que se tornan “moda” y que, además, han sido fomentados desde instituciones descentralizadas como la Corporación Autónoma Regional del centro de Antioquia (Corantioquia). Como se indicó y se profundizará en el numeral (2.1), las respuestas del municipio en materia de desarrollo rural son en particular limitadas por las debilidades institucionales que tienen los gobiernos en estos ámbitos.

(B) Articulación municipio- departamento. Estas respuestas están medidas por el interés de la gobernación en posicionar la especialización productiva en los territorios y en términos generales una preocupación por incrementar la productividad y competitividad en el mercado internacional, en este campo fue clave el mejoramiento de las vías que comunican todo el departamento entre municipio y municipio (vías secundarias); de igual forma la gobernación ejerce un papel activo en el territorio como autoridad minera y cuyo eje de intervención se centra en el proceso de inspección y vigilancia sobre los títulos mineros.

(C) Articulación nación- municipio. Una de las primeras respuestas en este ámbito fue el pacto agrario “un proceso de construcción participativa impulsado por el Gobierno Nacional de la mano de las entidades territoriales, los actores del sector agropecuario y demás organizaciones, con el fin de reformular la política pública de desarrollo rural.” (MADR, 2013a, p. 1). Una segunda respuesta, el programa oportunidades rurales, creado en 1996 y fundamentado en la lucha contra la pobreza rural y ejecutado a través de la estrategia de “*desarrollo de capacidades empresariales*” (Actor Institucional, 28 de agosto de 2014).

(D) Agentes extraestatales. Otros actores han entrado en escena complementando, suplantando (el Estado) o implementando modelos de desarrollo a través de la figura de Responsabilidad Social Empresarial; mediante metodologías participativas y comunitarias (SIPLAN⁴, PIPC⁵) o con Alianzas Público Privadas. Todo confluye a evidenciar en los territorios la presencia de actores no estatales, la mayoría de ellos multinacionales, que ejecutan acciones enfocadas al desarrollo rural, algunas que corresponden a las demandas de los actores sociales y otras más que constituyen estrategias de cooptación de la población en la legitimación del proyecto minero-energético.

4 Sistema Integrado de Información Planeación Zonal Comunitario

5 Programa de Información y Participación Comunitaria

Tabla 1. Respuestas coyunturales al desarrollo rural

MUNICIPALES	MUNICIPIO-DEPARTAMENTO
<p>Andes: –Asociatividad y diversificación productiva. –Acueductos veredales. –Formación profesional y ciudadana con pertinencia. –Organización ambiental (Alcaldía de Andes, 2012)</p> <p>Liborina: –Vivienda. –Acueducto. –Estufas eficientes. –Diversificación productiva. –Ferias del emprendimiento y agroalimentarias. –Plan General de Asistencia Técnica (Alcaldía de Liborina, 2012)</p> <p>San Roque: –Apoyo en la adecuación de trapiches paneleros. –Acompañamiento ambiental para el establecimiento de cultivos (Alcaldía de San Roque, 2012)</p>	<p>–Programa “Antioquia: origen de cafés especiales” (Cafépaisa, 2014)</p> <p>–Huertas familiares para el autoconsumo (Seguridad Alimentaria)</p> <p>–Buenas Prácticas Agrícolas (BPA)</p> <p>–Escuelas de campo en pasifloras, caña, plátano (ECA’s)</p> <p>–Mejoramiento vías secundarias (préstamos BID)</p> <p>–Incentivo a la Asistencia Técnica Agropecuaria –IEATA–</p> <p>–Minería: legalización y orientación a los actores del sector minero (Gobernación de Antioquia, 2014)</p>
MUNICIPIO- NACIÓN	AGENTES EXTRAESTATALES
<p>–Proyectos presentados al Pacto Agrario1.</p> <p>Andes: laboratorio de muestras de suelo, diversificación productiva con un cultivo de 15 has en mora, seguridad alimentaria comunidades indígenas, implementación de un trapiche comunitario y vivienda rural.</p> <p>Liborina: generación de empleo, vivienda, beneficiaderos ecológicos y sistema de cable de carga.</p> <p>San Roque: renovación de 80 hectáreas de caña; mejoramiento y dotación de tres trapiches comunitarios.</p> <p>–Programa Oportunidades Rurales: opera en 600 municipios de forma limitada y a través de la Asistencia Técnica Directa con asociaciones de campesinos. Solo en el caso de una asociación de productores de caña del municipio de San Roque lograron acceder a estos recursos en el año 2013.</p>	<p>–Seguridad alimentaria: huertas, mejoramiento de cultivos de caña (FAO-MANÁ)</p> <p>–Hidroeléctrica: Isagen, Hidroituango (EPM)</p> <p>–Megaminería: Proyecto Gramalote (Anglogold Ashanti)</p>

Fuente: Elaboración propia con base en entrevistas

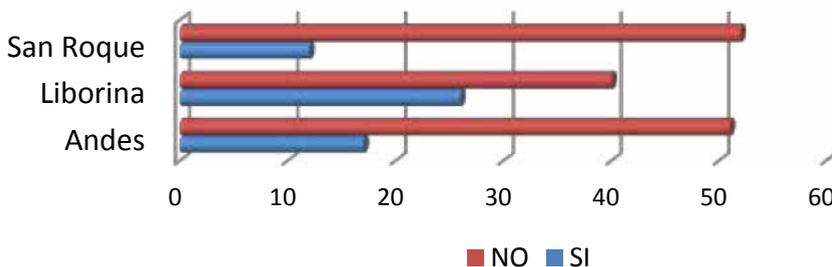
En síntesis, las respuestas institucionales y extraestatales plantean serios retos en materia de desarrollo rural. En el plano institucional, es claro el proceso de transformación productiva que han vivido los territorios rurales, en su mayoría, al margen de la planeación institucional; esta misma planeación se contradice en sus propuestas al propender por la diversificación productiva, al tiempo que propone la especialización productiva y producir para exportar, pues esto requiere de unas condiciones en infraestructura y en territorio que refuerzan el modelo agroexportador a gran escala. En el plano extraestatal, la influencia de los organismos multilaterales y las multinacionales minero-energéticas son una nueva ola que contribuye de forma negativa al desarrollo rural, de un lado, porque su modelo está sustentado en la dependencia de las semillas de transnacionales como Monsanto, de otro lado, por los efectos contaminantes que trae la producción a gran escala aunado a la concentración de tierras necesarias para este efecto.

2.1 Institucionalidad y recursos de inversión para el desarrollo rural

Conviene iniciar este apartado indicando que a través de las encuestas realizadas en los tres municipios se indagó por el conocimiento que tenían los pobladores sobre la inversión de la entidad en materia rural. Los resultados son contundentes, precisando con ello que no solo los pobladores rurales no cuentan con la información suficiente al respecto, además, está la no correlación entre a mayor nivel educativo menor acceso a la información en esta materia, como sucede en el municipio de Andes. (Ver gráfico 2).

Gráfico 2. Conocimiento de la inversión en desarrollo rural en los municipios de Andes, Liborina y San Roque

¿Tiene conocimiento de la inversión que realiza su municipio en el desarrollo rural?



Fuente: Elaboración propia con base en encuestas.

Así, en relación con la destinación de recursos específicos para el tema rural cabe destacar el acuerdo entre actores sociales e institucionales frente a esta demanda. Para estos es complejo asegurar políticas, programas y proyectos para la ruralidad cuando los recursos del Estado están distribuidos según sectores y el rural no es uno de estos. Los presupuestos municipales, reducidos de por sí, se deben dividir en por lo menos otros 32 sectores de inversión, generando con ello un déficit presupuestal y la reducción en la prestación de servicios, a lo sumo, a un funcionario que asesora o brinda asistencia técnica con grandes limitaciones en cobertura y calidad.

Ahora bien, el modelo neoliberal aplicado en su máxima expresión al sector rural, ha dejado como consecuencia un debilitamiento generalizado en la institucionalidad para llevar a cabo el desarrollo en Colombia, casi se podría afirmar, en América Latina. Además de las oficinas estatales que cada vez son más pequeñas y con menos funcionarios se suman dos hechos. De un lado, la alta centralización de las políticas para el mundo rural concentrada en el MADR; y de otro lado, la difuminación de las funciones del MADR, bien por ser ejercidas por terceros, bien porque entidades adscritas al MADR como el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural –INCODER–, el Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-, entre otras, se han dedicado a ejercer actividades que no son misionales (Misión para la Transformación del Campo, 2014).

En el escenario municipal el panorama no puede ser de mayor adversidad. En primer lugar, la institucionalidad rural ha ido desapareciendo paulatinamente y sus funciones han sido delegadas bien en una Secretaría de Desarrollo Económico en general, o en las UMATAs en particular. En segundo lugar, la asignación de recursos desde el ámbito nacional se traduce en su acceso por concurso con sus respectivas implicaciones: no todos los territorios pueden acceder porque se focalizan según criterios de pobreza y miseria; los criterios son incumplibles para las asociaciones de productores postulantes porque requieren de una alta cofinanciación como principal mecanismo de filtro.

Como se observa en el gráfico 3, cada municipio estudiado cuenta con una entidad responsable del desarrollo en el territorio, un número de funcionarios que desarrollan dos tipos de actividades básicas: (1) asistencia técnica, sea esta agropecuaria o veterinaria; (2) la gestión ambiental. Sumado a lo anterior, en el caso de Liborina a pesar de ser un municipio muy pequeño (9.365 habitantes), cuenta con el mayor número de funcionarios y con tres actividades de mayor impacto: las brigadas agropecuarias, el fortalecimiento a la caficultura y el fondo de semillas. Aun así, como se indica en la columna tres, resulta evidente que el desarrollo rural es imposible pensarlo con presupuestos tan limitados y sujetos al vaivén de los proyectos que condicionan la continuidad y la permanencia de los procesos. Esta

constituye la principal estrategia del MADR en la competencia por el acceso a recursos por parte de los municipios.

Gráfico 3. Institucionalidad rural municipal

	ENTIDAD RESPONSABLE	FUNCIONAR	RECURSOS PROPIOS (por año)
Andes	Secretaría de Desarrollo Económico	11	120.000 USD
Liborina	Secretaría de agricultura, medio ambiente y emprendimiento	14	40.000 USD
San Roque	UMATA	5	18.000 USD

Fuente: Elaboración propia con base en entrevistas

Otros indicadores nos pueden dar luces respecto de la destinación presupuestal para el desarrollo rural en los tres casos estudiados. En los planes de desarrollo consultados para estos tres territorios se estableció el peso porcentual del componente desarrollo rural con relación al total de recursos de inversión de los planes. Este ejercicio arrojó como resultado lo siguiente: Andes (1,01%), Liborina (0,43%) y San Roque (11,5%). Por supuesto resulta paradójico que mientras en algunos municipios existe un mayor número de funcionarios y el presupuesto no es significativo, en contraste, donde presupuestalmente la apuesta es fuerte, el número de funcionarios es limitado. De un lado, existe un desequilibrio que puede ser explicado por el constante debilitamiento que ha sufrido la ruralidad y que hoy a raíz del proceso de movilización de los actores rurales y agentes del desarrollo, y de otro, con el proceso de paz que el gobierno lleva en curso, se renueva el discurso y las políticas para la ruralidad en el país.

Conclusiones

Hoy observamos con cierto asombro, cómo el mundo rural olvidado y excluido por varias décadas resurge en la preocupación de los Estados para crear y/o renovar instituciones para la ruralidad. Aunque esta preocupación parte de preguntarse por el tipo de políticas de desarrollo rural que se construyen en la actualidad, si estas corresponden a una intervención de tipo estructural para transformar de raíz los problemas del campo, o más bien, continúan siendo coyunturales y “paños de agua tibia” a los graves problemas que se configuran hoy en estos escenarios como producto de las transformaciones del capitalismo, entre las más destacables, la globalización, la competencia cada vez mayor por los recursos naturales especialmente el agua y la tierra.

Por supuesto, plantear reflexiones analíticas en torno a las políticas públicas participativas para la ruralidad en la actualidad, parte de reconocer estas transformaciones, pero a su vez: el contexto latinoamericano y mundial en el que se desenvuelve Colombia, las transformaciones en el mundo rural en Colombia y el efecto del conflicto armado, el papel del Estado en las políticas públicas y cómo alcanzar una participación real y efectiva de los actores y agentes del mundo rural reconociendo los factores y barreras que estos enfrentan para ejercerla. Todos estos elementos son relevantes a la hora de plantear políticas públicas con participación activa de las comunidades. Cada uno de ellos se desarrolla a continuación a modo de conclusión y a su vez como propuesta que realiza sugerencias en el campo de la acción pública.

Como bien afirman en su introducción el Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria (CEDRSSA) (2006), la ruralidad en América Latina ha sufrido grandes transformaciones en los últimos veinte años como producto de la salida de escena del modelo de sustitución de importaciones, las transformaciones de las funciones del Estado, la profundización de la brecha entre ricos y pobres rurales, *la exclusión de pequeños y medianos productores del sector* y, en general, la sujeción a los intereses productivos de grandes productores, entre ellas las multinacionales, tanto del Estado como de los pequeños y medianos productores (pp.17-30). En este plano se deben inscribir los enfoques y paradigmas que sirven de soporte a las instituciones para dar respuesta a estos nuevos procesos. Desde su apuesta, las políticas públicas deben ser una estrategia donde predomine “la inclusión frente a la exclusión; la equidad frente a las desigualdades sociales, étnicas y de género; y la revalorización de los espacios rurales” (p. 21). A su vez, la comprensión del mundo rural debe superar la visión sectorial y reduccionista reconociendo el territorio y la multiplicidad de actores que ya no se limita exclusivamente a la tierra y a los campesinos.

En el ámbito colombiano, en días recientes se publicaron los resultados de la “Misión para la Transformación del Campo”, quienes abordan desde el componente diagnóstico las principales transformaciones y problemáticas del mundo rural en Colombia. Así, parten de reconocer la heterogeneidad del campo y sus actores sociales, productivos y políticos; el desigual desarrollo regional; la pobreza extrema y multidimensional con especial énfasis en el analfabetismo, la falta de acceso al agua potable y saneamiento y menores oportunidades laborales; la persistencia de una doble discriminación de género: por ser mujeres y por ser rurales; en el plano de la tenencia y la explotación de la tierra observan una exagerada concentración, el uso de los grupos armados para acceder a esta, y por esta la vía, el cambio en la vocación que pasa de producción de alimentos hacia la ganadería extensiva y

la palma africana; la involución de instituciones e instrumentos de política rural; el efecto adverso de la descentralización (más funciones con menos recursos), recientemente el aumento del gasto público y la movilización social de los actores rurales (2014, pp. 5-20). En materia de política pública esta misión propone, por tanto: (1) *enfoque territorial participativo*, (2) *inclusión social y productiva de todos los habitantes rurales* y (3) *provisión adecuada de bienes públicos*. (p. 1).

Ahora bien, tanto los elementos de CEDRSSA y de la Misión para la Transformación del Campo orientan la discusión y sirven como telón de fondo para abordar, a modo de conclusión, las reflexiones que suscitan contrastar las demandas de los actores locales versus las respuestas institucionales estatales y extraestatales aquí expuestas y el papel de la participación ciudadana en su formulación, implementación y/o evaluación. En primer lugar, recobrar el papel protagónico del Estado en el desarrollo y específicamente en el desarrollo rural, deberá ser el pilar fundamental de las políticas públicas, su papel no se debe ceñir única y exclusivamente al de vigilante o supervisor de las políticas y de su cumplimiento, su protagonismo se centra en generar lineamientos para la formulación de políticas en los territorios, la gestión de recursos, por ejemplo con organismos de cooperación internacional; y en general de la articulación de políticas integrales para los pobladores rurales.

En segundo lugar, como bien lo han indicado los dos autores trabajados y expuestos por los actores entrevistados, al Estado también le corresponde un papel activo en dos sentidos. De un lado, en recuperar la confianza de pequeños y medianos propietarios y/o productores rurales, que se vio afectada con el beneficio exclusivo a través de sus políticas a los grandes terratenientes colombianos, muchos de ellos con prontuarios criminales y con vínculos con los grupos paramilitares que han sido beneficiados incluso con grandes subsidios estatales. De otro lado, armonizar en los territorios la coexistencia pacífica y en condiciones de igualdad de pequeños, medianos y grandes productores. La igualdad se traduce en crear las condiciones adecuadas para que los pequeños productores no sean perseguidos a través de las políticas, como sucede hoy con el caso de las semillas nativas y la apertura de la frontera agrícola, en cambio sí, apoyando con capacitaciones, asistencia técnica y, en general, con proyectos productivos que contribuyan a mejorar su productividad y bienestar.

En tercer lugar, la creación y/o modificación de las instituciones rurales que sirvan de soporte a los territorios para concretar la política en materia de acciones. Esta además deberá acompañarse con la destinación específica y suficiente de recursos desde el nivel nacional, pero con posibilidad para que los territorios gestionen recursos a través de otras entidades nacionales o internacionales. En este plano, Colombia, y específicamente departamentos y municipios

deberán recuperar la institucionalidad pública para el campo aprovechando los conocimientos y desarrollos adquiridos por el sector privado, pero relevando en todo caso el papel de lo público para llevar a cabo el desarrollo en los territorios. Un buen ejemplo de ello es la asistencia técnica, servicio que se privatizó en su totalidad y que hoy en día es prestado, como en el caso de los cafeteros, por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, pero de la cual están excluidos todos los pequeños productores porque su volumen de producción no alcanza para afiliarse. De otro lado las UMATAs son importantes en este plano y tienen mayor legitimidad entre los habitantes, pero el desarrollo rural no se puede enfocar exclusivamente en la asistencia técnica y de allí la necesidad de recuperar en los municipios las secretarías de desarrollo rural.

En cuarto lugar, la participación debe entenderse ampliamente. De un lado, la participación ciudadana de la sociedad civil en los territorios rurales. Para garantizar su efectividad se deben reconocer las barreras que enfrenta en la ruralidad: el grado de alfabetismo o analfabetismo; la persistencia de una cultura política tradicional fundada en las lealtades, el gamonalismo y el clientelismo; el desconocimiento de los derechos sean estos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; las desigualdades de género y etáreas que otorgan más peso a los criterios de los hombres y mayores. A su vez, la importancia de los procesos de formación, por ejemplo, en ejercicios de formulación de planes de desarrollo, control social y veedurías ciudadanas, entre otros. De otro lado, reconocer que los territorios desde sus ámbitos institucionales también deben ser escuchados, en este sentido tener voz y voto en las decisiones que se toman en los distintos ámbitos, nacional o departamental. La participación no deberá reducirse a escuchar los principales problemas y soluciones a estas; tampoco la instrumentalización como el aval para los proyectos. Esta deberá acompañar todo el proceso desde su formulación, pasando por la implementación, hasta su evaluación.

En síntesis, se puede afirmar que es benéfico de que en América Latina hoy se presenten procesos de transformación en la construcción de las políticas públicas, donde se otorga un mayor valor a la participación de los distintos actores que se verán afectados o involucrados con las mismas. El mundo rural no escapa a esta realidad y por ello se observa con expectativa qué políticas se espera formular para estos territorios. Mayor expectativa aun revela los desafíos que enfrenta Colombia con el proceso de paz y el postconflicto, donde los escenarios rurales tienen un papel protagónico para sacar al país de más de medio siglo de confrontación armada, donde ha sido el centro de disputa el uso y tenencia de la tierra. Las políticas públicas tendrán que estar acordes a estas expectativas que se han generado para cambiar las condiciones de inequidad a la que han sido sometidos la mayoría de pobladores rurales. Este es el gran reto que nos espera.

Referencias

- Actor institucional 28. (28 de agosto de 2014). Entrevista Semiestructurada. (P. E. Giraldo Calderón, Entrevistadora).
- Actor social 25. (12 de agosto de 2014). Entrevista Semiestructurada. (P. E. Giraldo Calderón, Entrevistadora).
- Alcaldía de Andes. (2012). *Plan Municipal de Desarrollo de Andes 2012-2015. Juntos construyendo futuro*
- Alcaldía de Liborina. (2012). *Plan Municipal de Desarrollo 2012-2015. Liborina, desarrollo con equidad*
- Alcaldía de San Roque. (2012). *Plan Municipal de Desarrollo. San Roque en buenas manos y con participación social.*
- Cafépaisa. (2014). Antioquia origen de cafés especiales. Recuperado de http://www.cafepaisa.org/index.php?option=com_content&view=article&id=75:antioquia-origen-de-cafes-especiales&catid=6:aseguramiento-de-la-calidad&Itemid=19
- Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria – CEDRSSA- (2006). Nueva ruralidad enfoques y propuestas para América Latina. M. Hernández & I. Meza (Eds.). México: Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 607. *Por medio de la cual se modifica la creación, funcionamiento y operación de las Unidades Municipales de Asistencia Técnica Agropecuaria, UMATA, y se reglamenta la asistencia técnica directa rural en consonancia con el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.*
- El Espectador. (2013, 12 de septiembre de 2013). Pacto agrario es para sacar del abandono al campo: Gobierno. *El Espectador*.
- Fajardo Montaña, D. (2001). La tierra, la agricultura y el poder político. *Suma cultural* (4), pp. 151-207.
- Gobernación de Antioquia. (2014). *Gobernación entregó los Planes Viales Subregionales*. Medellín: Secretaría de Infraestructura de Antioquia. Disponible en <http://www.antioquia.gov.co/index.php/la-secretaria-de-infraestructura/historico-infraestructura/21737-gobernacion-entreg-los-planes-viales-subregionales>.
- Gobernación de Antioquia. (2012). *Plan departamental de desarrollo. Antioquia la más Educada.*
- Kay, C. & Salazar, G. (2001). Estructura agraria, conflicto y violencia en la sociedad rural de América Latina (Agrarian Structure, Conflict and Violence in Rural Society in Latin America). *Revista Mexicana de Sociología*, 63 (4), pp. 159-195.
- Konrad Adenauer Stiftung. (2012). *Recomendaciones y líneas de acción para la política pública de desarrollo rural en Colombia*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

- Legrand, C. (1994). Colonización y violencia en Colombia: perspectivas y debate. En: A. Molano Bravo, A. Reyes Posada, U. Ayala Aramas, L. Sarmiento Anzola, J. J. Perfetti C., B. M. Bagley, M. d. R. Guerra de M., F. Botero Zea, S. Perry Rubio, R. Vargas del Valle, F. Campillo, A. Machado C. & N. Tirado de Montenegro (Eds.). *El agro y la cuestión social* (pp. 3-37). Bogotá: Tercer mundo editores.
- Lugo Perea, L. J. (2009). *Análisis del servicio de asistencia técnica ejecutado por la Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria -UMATA-, (período 1998-2007) en el municipio de Florencia, Caquetá.* (Tesis inédita de Maestría en Desarrollo Rural). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Machado Cartagena, A. (2002). *De la estructura agraria al sistema agroindustrial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2013a). *Pacto Nacional por el agro y el desarrollo rural. Hay campo para todos*.
- Misión para la Transformación del Campo. (2014). *Saldar la deuda histórica con el campo. Marco conceptual de la Misión para la Transformación del Campo*. DNP.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano -PNUD-. (2011). *Informe Nacional de Desarrollo Humano. Colombia rural. Razones para la esperanza*. Bogotá: PNUD, 446, p. Recuperado de http://www.pnud.org.co/sitio.shtml?x=66090#.Vez6qRF_Oko.
- Restrepo Salazar, J.C., & Bernal Morales, A. (2014). Desarrollo rural. En Restrepo, J.C., & Bernal Morales, A, *La cuestión agraria* (pp. 145-175). Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial S.A.S.
- Semana. (2013). *Paro agrario: las dos caras de la protesta*.



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón de la Anciana
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

*Alianza Medellín-Antioquia, 2012-2015. Resultados y perspectivas**

DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a06](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a06)

* Artículo de investigación resultado del proyecto *Agenda pública para Antioquia 2012-2015. El caso de la alianza entre la Alcaldía de Medellín y la Gobernación de Antioquia*, terminado el 5 de febrero de 2015; financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– de la Universidad de Antioquia, Acta 643 de 2012, adscrita al grupo de investigación Estado de Derecho y Justicia, línea *Público-privado*. Investigadora principal: Olga Lucía Zapata Cortés. Una primera versión de este artículo permitió la redacción de un informe sobre la Alianza divulgado por la Veeduría al Plan de Desarrollo de Medellín en uno de sus boletines institucionales. La autora agradece el apoyo recibido por Sara Yulieth Ospina Restrepo y Esthephanee Milena Muñoz Chavarría, estudiantes del programa de Ciencia Política de la Universidad de Antioquia en la recolección de información y datos utilizados en este texto.

Citación de este artículo con el sistema APA: Zapata Cortés, O. L. (2016). Alianza Medellín-Antioquia, 2012-2015. Resultados y perspectivas. *Estudios de Derecho*. 73 (161), 99-123. DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a06](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a06)

Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 29 de octubre de 2015

Alianza Medellín-Antioquia, 2012-2015. Resultados y perspectivas

Olga Lucía Zapata Cortés¹

Resumen

En Colombia los partidos suelen realizar alianzas en el marco de las campañas electorales para alcanzar cargos de elección popular. En 2011 se constituyó una alianza para ganar las elecciones a la Alcaldía de Medellín y a la Gobernación de Antioquia, denominada la Alianza Medellín-Antioquia, vigente para el periodo 2012-2015; esta alianza se constituiría en una oportunidad única para la definición de una agenda pública común, producto de la interrelación entre el gobierno regional y el local para la atención de problemas conjuntos, la búsqueda de un equilibrio territorial y la adecuada integración de Medellín y Antioquia, buscando así elevar los niveles de calidad de vida de la población y asegurar la sostenibilidad y competitividad del territorio. De ahí que se hizo énfasis en temas como la educación y sectores vulnerables a través de programas enfocados a la inclusión social. En el ámbito de equilibrio territorial, se inscribieron 36 programas y proyectos en el caso de la Alcaldía de Medellín y 21 en el de la Gobernación de Antioquia. A pesar de su objetivo, la Alianza dependió del liderazgo gubernamental, por lo que debió restársele discrecionalidad: debió ser una obligación, no para los candidatos, sino para los gobernantes elegidos.

Palabras clave: Alianza Medellín-Antioquia, relación Estado-sociedad, relaciones intergubernamentales, agenda pública.

Medellín-Antioquia Alliance, 2012-2015. Results and prospects

Abstract

In Colombia the parties tend to form alliances in the framework of election campaigns to achieve popular elected office. In 2011 an Alliance was formed to win the election for mayor of Medellín and Government of Antioquia, called Medellín-Antioquia Alliance, effective for the period 2012-2015; this Alliance would constitute a unique opportunity to define a common public agenda, a product of the interplay between the local and regional government to care for joint problems, searching for territorial balance and the proper integration of Medellín and Antioquia, thus seeking to raise levels of quality of life of the population and ensure sustainability and competitiveness of the territory. Hence the emphasis was on issues such as education and vulnerable sectors through focusing on social inclusion programs. In the area of territorial balance, 36 programs and projects were registered in the case of Medellín's town hall and 21 in the Government of Antioquia. Despite its aim, the Alliance depended on the government leadership, which must be subtracted from discretion: it must have been an obligation, not for candidates but for the elected governors.

Keywords: Medellín-Antioquia Alliance, State-society relationship, intergovernmental relationship, public agenda.

Aliança Medellín-Antioquia, 2012-2015. Resultados e perspectivas

Resumo

Na Colômbia os partidos costumam realizar alianças no quadro das campanhas eleitorais para alcançar cargos de eleição popular. Em 2011 foi constituída uma aliança para ganhar as eleições à Prefeitura de Medellín e o Governo de Antioquia, denominada a Aliança Medellín-Antioquia, vigente para o período 2012-2015; esta aliança se constituiria em uma oportunidade única para a definição de uma agenda pública comum, produto da inter-relação entre o governo regional e o local para a resolução de problemas conjuntos, a busca de um equilíbrio territorial e a adequada integração de Medellín e Antioquia, visando assim elevar os níveis de qualidade de vida da população e garantir a sustentabilidade e competitividade do território. Por esse motivo salientaram-se temas como a educação e setores vulneráveis através de programas focados na inclusão social. No domínio de equilíbrio territorial, foram inscritos 36 programas e projetos no caso da Prefeitura de Medellín e 21 no do Governo de Antioquia. A pesar de seu objetivo, a Aliança dependeu da liderança governamental, portanto foi preciso diminuir a discricionariedade: foi uma obrigação, não para os candidatos, mas para os governantes eleitos.

Palavras-chave: Aliança Medellín-Antioquia, relação Estado-sociedade, relações intergovernamentais, agenda pública.

1 Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Economista, Magíster en Ciencia Política. Estudiante del Doctorado en Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Sede Medellín. Coordinadora del grupo de investigación Estado de Derecho y Justicia. Correo electrónico: lucia.zapata@udea.edu.co. A.A. 1226, Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

Alianza Medellín-Antioquia, 2012-2015.

Resultados y perspectivas

Introducción

Uno de los elementos que caracterizó la contienda electoral de 2011 fue la aparición de una alianza firmada por los candidatos a la Gobernación de Antioquia, Sergio Fajardo, y la Alcaldía de Medellín, Aníbal Gaviria. Dicha alianza se presentó a la sociedad como una *alianza histórica*, de corte programático, para afrontar los principales problemas de la ciudad y el departamento conjuntamente, más que una alianza para sumar votos. Según Aníbal Gaviria, la Alianza le permitiría gobernar con participación ciudadana. Mientras que Fajardo asumió la Alianza como un pacto contra la corrupción. Una vez firmada la Alianza, se crearon las comisiones de trabajo para la realización de planes programáticos y se concretaron los programas de gobierno para Medellín y Antioquia. También se priorizaron los escenarios de intervención, los problemas, las instituciones encargadas y las posibles políticas públicas a implementar.

Este fenómeno político motivó la ejecución de una investigación al respecto, de la cual se exponen resultados en este texto. Esta investigación se preguntó por la incidencia de la Alianza Medellín-Antioquia, o Alianza AMA como se le conoce, en el proceso de construcción conjunta de la agenda pública para la ciudad de Medellín y el departamento de Antioquia. Se problematizó la emergencia de la Alianza y su objetivo de implementar políticas públicas conjuntas que atendieran problemas conjuntos, así como fortalecer la participación de actores y grupos de interés en la toma de decisiones para reconfigurar la relación Estado-sociedad. Es decir, se reconoció la necesidad de articulación entre la alcaldía y la gobernación, en tanto “los destinos del departamento de Antioquia y de Medellín están unidos y son indisolubles” (Gaviria & Fajardo; 2011, p. 1). También se reconoció la dificultad de unir dichos destinos y la incapacidad, hasta ahora, de los gobernantes de Medellín y Antioquia para trabajar coordinadamente: “Por razones históricas, políticas e institucionales, las administraciones del Departamento y de Medellín han recorrido, en la mayoría de los periodos, caminos divergentes e, incluso, contrarios” (Gaviria & Fajardo, 2011, p. 1).

Esto concuerda con los postulados teóricos para el estudio de la agenda pública planteados por Cobb & Elder (1984) y Roth (2006), en tanto se proponen resolver asuntos en un tiempo determinado y los problemas identificados son resultado de la lectura de los actores involucrados. En este sentido, tanto Gaviria como Fajardo siguieron los pasos para la conformación de una agenda pública para Medellín y Antioquia: a) identificaron y definieron el problema a intervenir públicamente y, b) inscribieron el problema en la agenda (programas de gobierno). El estudio de la agenda pública reviste importancia en situaciones en las cuales se tensionan las formas tradicionales de formular los problemas y su intervención mediante planes de desarrollo, programas y proyectos de cada ente territorial. En el caso colombiano, la coordinación multinivel es necesaria para alcanzar mayores niveles de desarrollo regional y local, por una parte; y por otra, para impulsar la asociatividad y la conformación de nuevos niveles territoriales según lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Teniendo como punto de partida este panorama, este texto tiene la pretensión de mostrar si la Alianza AMA incidió en la reconfiguración de la relación Estado-sociedad en el caso de Medellín y Antioquia, así como si se observó una interrelación entre estos dos niveles de gobierno. Para ello, se toma la evolución de las metas asociadas (indicadores de gobierno) a estos ítems descritos en los informes de gestión de ambos gobiernos. La metodología aplicada prioriza el estudio de caso, ya que se privilegia la indagación de elementos particulares sobre aspectos generales de la Alianza (Galeano, 2004) y el estudio en profundidad de la Alianza como fenómeno de la vida real que se origina y desarrolla en un contexto particular que se desea investigar (Yin, 2009).

Este artículo se divide en tres partes. En la primera se presenta la Alianza Medellín-Antioquia, resaltando el contexto político en que ella nació, así como sus principios y áreas estratégicas de intervención. En la segunda, se exponen los resultados de la Alianza para el período 2012-2015, resaltando el relacionamiento Estado-sociedad. Finalmente están las conclusiones en clave de perspectivas de la Alianza para el futuro.

1. Presentación de la Alianza Medellín-Antioquia

En el marco de la campaña electoral de 2011, los dos candidatos que encabezaban las encuestas, Sergio Fajardo y Aníbal Gaviria, decidieron firmar una Alianza para acceder a la Gobernación de Antioquia y a la Alcaldía de Medellín. La Alianza se presentó a la sociedad antioqueña el 9 de julio 2011 en la Plaza Botero y se firmó el 21 de julio del mismo año. En dicha presentación, el candidato Aníbal Gaviria invitó a la ciudadanía a participar de la Alianza y de su gobierno; mientras que

Sergio Fajardo se refirió a la Alianza como una forma de construir un acuerdo político y luchar contra la corrupción. Durante este evento, Fajardo y Gaviria se comprometieron a crear comisiones de trabajo conjunta para la incorporación de lo convenido en los respectivos programas de gobierno (El Mundo, 2011, p. 13).

La Alianza Medellín-Antioquia, o Alianza AMA, se concibió como una apuesta política, entre los gobiernos local y regional, para la atención conjunta de los problemas de Medellín y Antioquia. Una de las razones se fundamentó en que:

Los destinos del departamento de Antioquia y de Medellín están unidos y son indisolubles. El desarrollo armónico, equitativo y estratégico de la región y su capital es una condición necesaria para la sostenibilidad, viabilidad y competitividad del territorio y el mejoramiento de las condiciones de vida de sus gentes (Gaviria & Fajardo, 2011, p. 1).

Entonces, tomando como antecedente la experiencia de la Comisión Tripartita, en la que se coordinaron tres niveles de gobierno para atender asuntos como la competitividad y el desarrollo de Medellín, los municipios que componen el Área Metropolitana y el departamento de Antioquia; así como la internacionalización y posicionamiento estratégico de Antioquia, a través de la articulación de las agendas territoriales de estas tres instancias, estos candidatos decidieron proponer esta Alianza para coordinar esfuerzos y recursos en beneficio de la sociedad. Se trató de una apuesta por “una nueva forma de entender y ejercer la política en beneficio del interés común” (Gaviria & Fajardo, 2011, p. 1). De ahí que la Alianza no se materializaría después de las elecciones, sino desde el desarrollo de la contienda electoral, de manera que dicho esfuerzo conjunto quedara consignado en los programas de gobierno como una guía de la actuación de estos gobernantes, una vez elegidos.

Su antecedente, la Comisión Tripartita, viene consolidándose desde 2004 como la instancia intergubernamental encargada de liderar la política regional de competitividad y productividad del departamento, así como la internacionalización de la región antioqueña. Para ello, propone lineamientos y políticas que son implementadas en el territorio, algunas de ellas con el consenso de los sectores gubernamentales, empresariales y privados, aprovechando la participación activa que en esta instancia encuentran los empresarios antioqueños y el sector privado representados por organizaciones como la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y Proantioquia. Una de las políticas que viene consolidándose desde el 2006 es la *Estrategia para la internacionalización de Medellín, el Área Metropolitana del Valle de Aburrá y Antioquia*, que trabaja desde cinco áreas estratégicas y bajo un modelo de cooperación público-privado: promoción y fomento de exportaciones, atracción de inversión extranjera directa, cooperación

internacional, y marketing territorial (Comisión Tripartita y Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2009).

A pesar de su antecedente, no hay que negar que la Alianza AMA tenía un objetivo político: sumar la mayor cantidad de votos para estos dos candidatos. Sus probabilidades de éxito eran altas ya que Fajardo contaba con una gran credibilidad en el electorado antioqueño, y su imagen de político transparente, le hizo ganar cada vez más electores. Gaviria por su parte, acumuló un número importante de votantes derivado de su relación con el partido Liberal y del respaldo municipal en todo el departamento cuando ejerció como gobernador de Antioquia. Se trataba entonces de aprovechar las bondades que cada uno tenía individualmente y potenciarlas en un acuerdo, con el propósito de ganar los votos de los ciudadanos que los apoyaban. Para ello, se dieron a la labor de dejar en el electorado la referencia de actuación conjunta, es decir, un ciudadano votaría por la Alianza y no por un candidato. Y aunque esta afirmación no puede comprobarse mediante cifras electorales, lo que sí se evidenció durante la campaña electoral fue un bloqueo hacia otros candidatos que aspiraban a la alcaldía, en particular la dirigida al candidato Luis Pérez Gutiérrez. De ahí que la Alianza se configuró en un mecanismo político posibilitador del bloqueo² hacia Pérez y el rescate de Gaviria, con el apoyo de Fajardo, quien justificó dicho bloqueo desde la necesidad de continuidad de las políticas y acciones implementadas desde 2004 y no desde un retroceso de los beneficios alcanzados para la ciudad, así como desde la amenaza de una certera corrupción si ganaba Luis Pérez. Así lo reseñaba una nota periodística:

Empecinados en derrotar a Luis Pérez, se dio una insólita alianza entre Sergio Fajardo y Aníbal Gaviria. Quienes no sufrimos de alzhéimer, recordamos que cuando el uno era alcalde y el otro gobernador no podían ni verse. Todos los medios de comunicación, en su momento, reseñaron la tensa relación que había entre ambos, tanto que era difícil que coincidieran en algún evento y si lo hacían, ni se saludaban. ¿Por qué el acercamiento? Porque Pérez es su enemigo común, rival directo de Aníbal e indirecto de Fajardo (El Tiempo, 2011, octubre 25).

Una de las justificaciones más importantes y publicitadas para la firma de la Alianza AMA fue la lucha conjunta contra la corrupción. Se hizo énfasis en el

2 Dicho bloqueo se agudizó en el mes de octubre de 2011, cuando se protagonizaron hechos de confrontación y acusaciones entre los candidatos Gaviria y Pérez. Gaviria, por ejemplo, acusó a Pérez de recibir apoyo de grupos ilegales; mientras que Pérez acusaba a Gaviria de recibir apoyo de la alcaldía de Alonso Salazar, de apoyos de paramilitares, de la Oficina de Envigado y de beneficios de la minería. También se recurrió a demandas penales por injuria y estrategias de “campaña negra”. De todas las denuncias interpuestas, la Fiscalía de Medellín abrió indagación preliminar a Luis Pérez el 28 de octubre del mismo año, sustentado en la denuncia de Alonso Salazar. Información Recuperada de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10656324>

trabajo conjunto alrededor de la transparencia, la protección y defensa de los dineros públicos y la rendición de cuentas: “romper con la división Medellín-Antioquia, dejar de mirarla como una confrontación y hacer presencia con el rigor de mostrar lo que hacemos, explicarlo de manera conjunta para seguir construyendo nuestra confianza” (Fajardo, 2011b). Asimismo, los entonces candidatos insistieron en la atención a problemáticas que afectaban a las instancias (Medellín, Valle de Aburrá y Antioquia), como por ejemplo la seguridad, la competitividad y la movilidad, las cuales requerían atención conjunta de manera corresponsable entre Medellín, Valle de Aburrá y Antioquia.

- Áreas estratégicas de la Alianza AMA para la actuación gubernamental conjunta

La Alianza definió como sus principios rectores la legalidad democrática, la transparencia, la equidad regional, la ética pública, la participación, la sostenibilidad, el pluralismo y la equidad de género. Estos principios buscaban orientar la actuación de estos dos gobernantes en los nueve escenarios de intervención en que operaría esta Alianza.

1. Gobernador de Antioquia y Alcalde de Medellín luchan contra la corrupción: Ambas campañas tenían como premisa: “En Antioquia, en Medellín y en el resto de los municipios del departamento no se pierde un peso. La lucha contra la corrupción y la garantía de la transparencia serán prioritarias en los programas de gobierno de cada candidato” (Gaviria & Fajardo, 2011, p. 4).

2. Medellín y Antioquia juntos por la equidad: “Para las administraciones de Antioquia y Medellín será fundamental conseguir que el desarrollo económico, los avances en competitividad, los recursos económicos y el capital humano, mejoren las condiciones de vida de los más necesitados” (Gaviria & Fajardo, 2011, p. 5).

3. La defensa de la vida, la búsqueda de la seguridad y la convivencia no conocen fronteras: La inseguridad es una problemática de primer orden para las administraciones departamental y municipal, que requiere de la coordinación institucional para atacar a los distintos actores ilegales, pues estos trascienden las fronteras políticas y se ubican en gran parte del territorio Antioqueño.

4. Infraestructura para la competitividad: Medellín y Antioquia apuestan por una gran inversión política, financiera e institucional para el mejoramiento de la infraestructura vial, virtual y económica. Todo con miras a hacer más competitiva la región y permitir que los productos y servicios de los antioqueños tengan un mejor acceso a mercados mundiales.

5. *Equidad de Género*: El tema de equidad de género fue importante para cumplir los Objetivos del Milenio y “fortalecer la institucionalidad encargada de liderar el diseño y desarrollo de políticas públicas en el tema” (Gaviria & Fajardo, 2011, p. 6-7).

6. *Cooperación, inversión e internacionalización: las fortalezas de Medellín compartidas con la Región*: La internacionalización de Medellín y la Región permitiría el reconocimiento del proceso que venía realizando la ciudad en el contexto internacional y permitiría la inversión de capital extranjero en la economía local.

7. *Sostenibilidad: decisiones por el bienestar de hoy y de las próximas generaciones*. El desarrollo económico y social no tendrían sentido si no aseguran la sostenibilidad ambiental, por lo que la Alianza AMA propuso la defensa de los recursos hídricos y forestales del departamento.

8. *La gestión del riesgo y la reconstrucción: responsabilidad, solidaridad y la oportunidad de un nuevo comienzo*: Aprendiendo las lecciones de las recientes olas invernales, que evidenciaron la vulnerabilidad de Antioquia y sus municipios, fue necesario crear una política integral de gestión del riesgo que combinara la prevención, la educación, la respuesta a las emergencias y la reconstrucción.

9. *Antioquia le apuesta al talento*: Una política de desarrollo humano integral y justicia social que pretenda mejorar la situación de inequidad, debía tener un componente dirigido a mejorar las condiciones para que este talento se desarrollara sin depender de condiciones sociales ni de ubicación en el territorio. La Alianza AMA propuso fortalecer la calidad del sistema educativo en todo el departamento, permitiendo que la población joven tuviera una mayor oferta de oportunidades.

Al momento de formular los planes de desarrollo, tanto de Medellín como de Antioquia, se observa una estructura de planeación diferente a la contemplada en los programas de gobierno correspondientes. Esto, es a menudo considerado como normal, ya que los programas suelen tender metas y objetivos generales, mientras que los planes están obligados a presentar estructuras de ejecución más precisas. A pesar de esta normalidad, se observa que los programas y proyectos formulados por Gaviria y Fajardo (cuadro 1), no lograron consolidar una estructura relacional que les permitiera evidenciar lo estipulado en los programas de gobierno con respecto a la forma como se materializaría la Alianza, de ahí la existencia de programas que se repetían en varias áreas estratégicas.

Cuadro 1. Relación de los principales programas incorporados en los planes de desarrollo de Medellín y Antioquia para el período 2012-2015 que fueron inscritos en la Alianza AMA

Áreas estratégicas	Programas incorporados en el Plan de Desarrollo de Medellín	Programas incorporados en el Plan de Desarrollo de Antioquia
1. Gobernador de Antioquia y Alcalde de Medellín luchan contra la corrupción	<ol style="list-style-type: none"> 1. Transparencia como garantía de Buen Gobierno 2. Medellín Legal 3. Seguimiento, monitoreo y evaluación de Políticas públicas 4. Movilización y organización para la vida y la equidad 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Gobernación transparente 2. Construyendo ciudadanía prevenimos la violencia 3. Organizaciones de la sociedad civil y política defensoras de lo público
2. Medellín y Antioquia juntos por la equidad	<ol style="list-style-type: none"> 1. Jornada Complementaria 2. Medellín a la U 3. Participación, movilización y organización para la vida y la equidad 4. Fondo Medellín ciudad para la vida-ciencia, tecnología e innovación, emprendimiento de alto potencial de crecimiento y diferenciación y creación del Fondo CTi (TIC) 5. Fondo Medellín ciudad para la vida-Campus Virtual@Medellín 6. Fondo Medellín ciudad para la vida-Maestros y maestras para la vida 7. Salud en el hogar 8. Educación con calidad para mejores oportunidades 9. Maestros y maestras para la vida 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Antioquia SANA 2. Política criminal regional para la seguridad 3. Programa departamental de atención integral y reparación a víctimas del conflicto 4. Oportunidades para la educación superior 5. Calidad de la educación preescolar y básica 6. Iniciación y especialización para la cultura deportiva 7. Desarrollo y fortalecimiento institucional y del capital humano 8. Organizaciones de la sociedad civil y política defensoras de lo público
3. La defensa de la vida, la búsqueda de la seguridad y la convivencia no conocen fronteras	<ol style="list-style-type: none"> 1. Medellín: Más seguridad y más vida. 2. Gobernabilidad y justicia cercana al ciudadano 3. Medellín protege los derechos humanos 4. Buen Comienzo 5. Medellín vive en Paz 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fortaleciendo nuestra institucionalidad local 2. Promover el respeto, la prevención y la protección a los DDHH y DIH 4. Acceso a la tierra y su adecuación

Áreas estratégicas	Programas incorporados en el Plan de Desarrollo de Medellín	Programas incorporados en el Plan de Desarrollo de Antioquia
4. Infraestructura para la competitividad	<ol style="list-style-type: none"> 1. Buen comienzo 2. Ambientes escolares y tecnológicos para ciudadanos del mundo 3. Mejoramiento integral del hábitat para la vida, la equidad y la cohesión social 4. Nuevas viviendas para la vida 5. Conectividad física, regional y nacional 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Antioquia conectada: infraestructura para la integración y competitividad de Antioquia 2. Antioquia digital 3. Infraestructura para la competitividad 4. Generación de conocimiento científico y tecnológico aplicado (Fondo CTI)
5. Equidad de Género	<ol style="list-style-type: none"> 1. Medellín equitativa por inclusión de las mujeres 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Comunicación pública para el desarrollo con enfoque de equidad de género 2. Transversalidad del enfoque de equidad de género
6. Cooperación, inversión e internacionalización: las fortalezas de Medellín compartidas con la Región	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ciencia, tecnología e innovación, emprendimiento de alto potencial de crecimiento y diferenciación, y creación del fondo CTI 2. Distrito científico, tecnológico y de innovación 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Creación de empresas
7. Sostenibilidad: decisiones por el bienestar de hoy y de las próximas generaciones	<ol style="list-style-type: none"> 1. Acceso a los servicios de Salud 2. Intervenciones Urbanas y Rurales en el marco del cinturón verde 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Planeación e innovación para la infraestructura de Antioquia 2. Antioquia mi hogar, hacia la construcción de comunidades sostenibles
8. La Gestión del riesgo y la reconstrucción: responsabilidad, solidaridad y la oportunidad de un nuevo comienzo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Medellín protege los derechos humanos 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Acceso a la tierra y su adecuación 2. Gestión integral del recurso hídrico 3. Gestión del riesgo y adaptación al cambio climático
9. Antioquia le apuesta al talento	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fondo Medellín ciudad para la vida: Escuelas Medellín vive la Música 2. Concurso mujeres jóvenes talento 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Construyendo ciudadanía prevenimos la violencia

Fuente: Elaboración propia, a partir de planes de desarrollo de Medellín y Antioquia 2012-2015.

2. Resultados de la Alianza Medellín – Antioquia

Una importante reflexión y justificación que se manifestó en el texto de la Alianza fue el reconocimiento de la necesidad de articulación de la ciudad con el departamento, en tanto “los destinos del departamento de Antioquia y de Medellín

están unidos y son insolubles. El desarrollo armónico, equitativo y estratégico de la región y su capital es una condición necesaria para la sostenibilidad, viabilidad y competitividad del territorio y el mejoramiento de las condiciones de vida de sus gentes” (Gaviria & Fajardo; 2011, p. 1). También se reconocía la dificultad de unir dichos destinos y la incapacidad, hasta ahora, de los gobernantes de Medellín y Antioquia para trabajar coordinadamente: “Por razones históricas, políticas e institucionales, las administraciones del Departamento y de Medellín han recorrido, en la mayoría de los periodos, caminos divergentes e, incluso, contrarios” (Gaviria & Fajardo; 2011, p. 1).

La Alianza proponía el desarrollo armónico y la adecuada integración de Medellín y Antioquia para elevar los niveles de calidad de vida de la población y asegurar la sostenibilidad y competitividad territorial. Un año después de conformada se debían publicar los primeros resultados. Estos daban cuenta i) del funcionamiento de la EPS Savia Salud³, la cual en 90 días había prestado “5,6 millones de servicios entre citas, exámenes y hospitalizaciones” (ADN, 2013, 11 de septiembre), evitando 321 tutelas contra el departamento y con 1.728.524 de afiliados del régimen subsidiado en 113 municipios de Antioquia, incluido Medellín; ii) del programa de Becas para la Educación Superior, con la Fundación EPM, con una inversión de \$35 mil millones; iii) una inversión de \$58.000 millones en el mejoramiento de vías y \$21.000 millones en mejoramiento de viviendas; así como de la iv) atención y prevención de seguridad alimentaria con una inversión de \$339.955 millones que atendió 1.145.844⁴ personas, mediante el acceso de la población a alimentos, prácticas y hábitos alimenticios sanos (Alcaldía de Medellín, 2014, p. 136), y participación ciudadana y comunitaria, que arrojó para el año 2014 un total de 557.464 ciudadanos participando en escenarios de consulta, deliberación y decisión, según datos del informe de rendición de cuentas. También se reportaron más de 170 mil participantes en el Programa Planeación Local y Presupuesto Participativo, 5.000 ciudadanos movilizadas en 192 audiencias públicas y 28.089 ciudadanos ejerciendo funciones de inspección y vigilancia a la gestión pública (Alcaldía de Medellín, 2014, pp. 19-20).

A lo largo del período 2004-2012 se implementaron en las instancias de discusión de políticas y de acciones gubernamentales que requerían de la articulación entre el municipio de Medellín y el departamento de Antioquia en Colombia. Identificar y analizar las formas de coordinación entre Medellín y Antioquia requirió considerar

3 Esta EPS nació como una solución sostenible para los problemas que padecía el régimen subsidiado de salud. Es operada por Comfama y garantiza el acceso a los servicios de salud a más de 1 millón 700 mil personas, en 113 municipios de Antioquia.

4 Esta cifra se desagrega en 257.976 niños y niñas entre los 6 meses y los 5 años y 11 meses, y 887.868 niños, niñas y adolescentes del sistema educativo para el período 2012-2014.

puntos de encuentro, de desencuentro, de fragmentación, así como, cambios en el papel del gobernador y del alcalde, incursiones de actores institucionales, sectoriales, privados e individuales que se reconocieron como válidos y participantes directos en la toma de decisiones (Zapata & Vásquez, 2012).

El contraste entre las nuevas tendencias⁵ y las tradicionales formas de gobierno ha creado tensiones producto de ejercicios autónomos de los entes territoriales y la incorporación de nuevos actores en el escenario político. En este sentido, un reto importante para el departamento de Antioquia fue buscar formas de coordinación y articulación con el municipio de Medellín, ya que esta concentra el 38%⁶ de la población del territorio, así como de la oferta de servicios públicos. Adicionalmente, la relación centro-periferia y el centralismo que desde la ciudad se ejercía en relación a las subregiones generaron descontento y obligó la búsqueda de acciones coordinadas entre la Alcaldía y la Gobernación para equilibrar el desarrollo en todo el territorio antioqueño, causado por el desequilibrio económico y social entre Medellín y su área metropolitana con respecto a las demás subregiones.

- Inclusión social, equilibrio territorial y participación ciudadana

Los ámbitos de inclusión social, equilibrio territorial y participación ciudadana⁷ (cuadro 2), fueron considerados como pilares de la relación Estado-sociedad por parte de la Alianza.

5 Ahora bien, estas nuevas formas de gobierno desde la gobernanza no significan siempre o exclusivamente que sean formas horizontales, colaborativas o de trabajo en red, sino que permiten un abanico de posibilidades asociadas a formas jerárquicas, mixtas, de cogestión, entre otras.

6 Los datos poblacionales para el 2013 daban cuenta de: 2.417.325 para Medellín, 3.685.382 para el Valle de Aburrá y 6.299.990 para Antioquia, según datos oficiales recopilados en el Anuario Estadístico de Antioquia.

7 De cada ámbito se seleccionó un proyecto representativo para la Alcaldía y la Gobernación con miras a dilucidar el aporte que este hace a la Alianza desde la perspectiva de la reconfiguración de la relación Estado-sociedad. Cabe anotar que se tuvo en cuenta que el programa o proyecto tuvieran como objetivo implementarse desde la Alianza AMA.

Cuadro 2. Relación de programas según ámbito de actuación de la Alianza AMA

Ámbito	Antioquia	Medellín
Inclusión social	<p>Línea: Inclusión Social.</p> <p>Programa: Antioquia SANA.</p> <p>Proyecto: Garantía del Goce de Derechos en Salud.</p> <p>Objetivo: Garantizar que la población antioqueña, especialmente las personas más pobres y vulnerables sin capacidad de pago ubicadas en los niveles 1 y 2 SISBEN según DNP y poblaciones especiales, estén afiliadas a una Empresa Promotora de Salud. Ello exigirá estrategias innovadoras como la propuesta para la creación de una EPS Departamental, en el marco de la Alianza Medellín Antioquia-AMA- y con la participación de las Cajas de Compensación Familiar, para garantizar cobertura plena y sostenible en el tiempo. Se está realizando el estudio de viabilidad y factibilidad para la constitución de una EPS el cual determinará su naturaleza jurídica.</p> <p>Meta: Población de difícil acceso atendida por brigadas (73.000).</p> <p>Inversión: \$1.796.821 millones (del programa).</p> <p>Cumplimiento a 2014: 96% físico y 87% financiero.</p>	<p>Línea: Equidad, prioridad de la sociedad y del gobierno.</p> <p>Componente: Bienestar e inclusión social para la familia.</p> <p>Programa: Medellín equitativa por la inclusión de las mujeres.</p> <p>Objetivo: Mejorar la condición y la posición de las mujeres urbanas y rurales en la sociedad por medio del ejercicio de sus derechos, su participación en lo público para la toma de decisiones, su autonomía económica y personal, el acceso a la educación, la capacitación y el reconocimiento de su identidad generacional, de género, étnica y cultural.</p> <p>Meta: Programas y proyectos del Municipio de Medellín que incorporan el enfoque de género (5).</p> <p>Inversión: \$24.987 millones.</p> <p>Cumplimiento a 2014: 5. 75% físico y 78% financiero.</p>

Ámbito	Antioquia	Medellín
Equilibrio territorial	<p>Línea: Antioquia es verde y sostenible.</p> <p>Programa: Gestión integral del recurso hídrico.</p> <p>Proyecto: Fortalecimiento de las áreas naturales protegidas.</p> <p>Objetivo: Para el fortalecimiento del Sistema de Áreas protegidas del Departamento (SIDAP) se contempla el apoyo desde su Secretaría Técnica de varias actividades concertadas en conjunto con las Autoridades Ambientales, entre las cuales se priorizan: los procesos de declaratoria de nuevas áreas protegidas y su incorporación al sistema nacional de áreas protegidas, el fortalecimiento de esquemas de administración de áreas declaradas, la formulación e implementación de planes de manejo, y el ajuste e implementación de un Convenio con las Entidades Integrantes del SIDAP para el apoyo técnico y económico y la operación del sistema.</p> <p>Meta: Plan de acción de la Secretaría Técnica del SIDAP implementado (100%).</p> <p>Inversión: \$12.000 millones (del programa).</p> <p>Cumplimiento a 2014: 135% físico y 81% financiero.</p>	<p>Línea: Territorio sostenible: ordenado, equitativo e incluyente.</p> <p>Componente: Oferta natural.</p> <p>Programa: Cinturón Verde para el equilibrio del territorio.</p> <p>Objetivo: Definir y delimitar una zona de encuentro entre lo urbano y lo rural, habitada y ambientalmente estratégica; ordenar la ocupación de este suelo de manera responsable según sus restricciones; reconocer y establecer las áreas para la protección y conservación ambiental, espacios públicos y equipamientos adecuados, sistemas de movilidad y transporte, acceso a vivienda digna y servicios públicos domiciliarios, todo esto en armonía con las capacidades, aptitudes y restricciones naturales de la zona, como aporte a la consolidación del Parque Central de Antioquia.</p> <p>Meta: Comunas intervenidas con acciones para la adaptación al cambio climático (8).</p> <p>Inversión: \$88.692 millones.</p> <p>Cumplimiento a 2014: 3.78% físico y 91% financiero.</p>

Ámbito	Antioquia	Medellín
Participación ciudadana	<p>Línea: Antioquia Legal.</p> <p>Programa: organizaciones de la sociedad civil y política defensoras de lo público.</p> <p>Proyecto: control social a la gestión pública.</p> <p>Objetivo: generar procesos para fortalecer las organizaciones de la sociedad civil para el ejercicio del control social y la veeduría y la innovación de las relaciones existentes entre el Estado y la ciudadanía, demostrando que puede existir armonía en un sistema de gestión, promoviendo la responsabilidad compartida, destacando el derecho ciudadano de vigilar y controlar la gestión pública, valorando, analizando y aportando elementos de juicio que permitan orientar, o reorientar la planeación, acción, verificación del accionar público.</p> <p>Meta: Territorios con experiencias activas de veeduría o control social en el Departamento (65).</p> <p>Inversión: \$1.807 millones (del programa).</p> <p>Cumplimiento a 2014: 137% físico y 87% financiero.</p>	<p>Línea: legalidad, legitimidad e institucionalidad para la vida y la equidad.</p> <p>Componente: sociedad participante.</p> <p>Programa: participación, movilización y organización para la vida y la equidad.</p> <p>Objetivo: fortalecer la participación a través de escenarios democráticos permanentes en todas las escalas del territorio y con todos los grupos poblacionales para concertar el proyecto de ciudad que queremos, mediante acuerdos que tengan incidencia en lo político, económico, cultural, social y ambiental.</p> <p>Meta: instancias de participación ciudadana que inciden en el control y gestión de lo público anivel local y municipal (220).</p> <p>Inversión: \$161.632 millones (del componente).</p> <p>Cumplimiento a 2014: 633.75% físico y 106% financiero.</p>

Fuente: elaboración propia, a partir de los planes de desarrollo e informes de rendición de cuentas de Medellín y Antioquia.

Si bien ambas administraciones tuvieron una variedad de programas y proyectos asociados al ámbito de la inclusión social, hicieron apuestas diferentes. En el caso de la Gobernación, el énfasis se hizo en la educación, en coherencia con el pensamiento político de Fajardo, quien priorizó este sector en su anterior gobierno como Alcalde de Medellín y lo mantuvo vigente para su gobierno en el departamento. Por su parte, el Alcalde Gaviria priorizó a los niños, las familias más pobres y a las mujeres como los sectores poblacionales beneficiarios de los programas enfocados a la inclusión social. Particularmente otros proyectos propuestos en el marco de la Alianza AMA,

se enfocaron a garantizar el derecho a la salud y la participación de las mujeres en las decisiones públicas.

Ambos proyectos resultaron muy importantes para el logro de las metas de inclusión social, aspecto que se ha venido consolidando en Medellín desde el 2004. Pero más importante aún fue el aporte que estas acciones gubernamentales le hicieron al fortalecimiento de la relación Estado-sociedad, en el caso de la atención en salud mediante el Proyecto *Garantía del Goce de Derechos en Salud*, trató de recuperar la confianza de los usuarios del sistema del régimen subsidiado de salud, así como el adecuado manejo de los recursos de la red pública de salud. De esta manera, se esperaba solucionar los problemas que habían generado desconfianza en la población y una percepción de mala atención por parte del Estado. También es importante destacar el avance que se ha venido realizando en la transversalización del enfoque de género en los diferentes programas sociales.

El ámbito de equilibrio territorial fue en el que más se inscribieron programas y proyectos a realizarse en el marco de la Alianza AMA, 36 en el caso de la Alcaldía de Medellín y 21 en el de la Gobernación de Antioquia. Esto resultó coherente con la apuesta por el desarrollo armónico del departamento y la equidad en la distribución de los beneficios que genera Medellín y el Área Metropolitana. En este sentido, más que destacar los avances en la dotación y mejoramiento de infraestructura para la competitividad y la conectividad de toda la región, sobresalieron los proyectos asociados al cuidado del medio ambiente; en el caso del departamento se destacó el *Fortalecimiento de las áreas naturales protegidas*, en el marco de una política más estratégica y relacionada con la vocación económica del departamento, sobre el cuidado del recurso hídrico, en la cual sobresalió el Proyecto Hidroituango, que generó la expulsión de población residente de la zona para darle cabida a una hidroeléctrica y empresas asociadas. A pesar de las protestas y acciones ciudadanas que buscaban parar el proyecto, este continuó y la Gobernación implementó nuevas medidas para llegar a acuerdos con la comunidad.

En el caso de la ciudad de Medellín, se destacó el Programa *Cinturón Verde* como una propuesta para la delimitación del borde urbano, con el propósito de parar la urbanización hacia zonas ambientalmente estratégicas. Sin embargo, este fue cuestionado por varios sectores sociales y académicos debido a cambios que se le hicieron sin discusión con la ciudadanía, por ejemplo, actualmente se implementa con un fuerte componente paisajístico, estético y arquitectónico más que ambiental, tal como lo denunciaron actores como el Centro de Estudios Urbanos y Ambientales de Eafit (Urbam), la Fundación Sumapaz, Corpades, Convivamos y líderes comunitarios de diferentes comunas que serían impactadas por el programa. A esto se le suma la poca disposición de los funcionarios de la Empresa de Desarrollo

Urbano –EDU - de Planeación y de Desarrollo Social, para concertar acciones de intervención de territorio con la comunidad. Además, la implementación del programa produjo la expropiación de viviendas de ciudadanos que se negaron a vender sus predios, por lo que el programa no ha sido bienvenido entre varias comunidades, de ahí que su ejecución al 2014 estuviese retrasada.

Finalmente, desde el ámbito de la participación ciudadana, la apuesta de la Gobernación fue la implementación de proyectos orientados a defender la legalidad y la transparencia, y que todos los ciudadanos ejercieran *Control social a la gestión pública*, por lo que las metas se enfocaron a la creación de veedurías ciudadanas y al mantenimiento de acciones de control social. Aunque en el 2014 se mostraron cifras alentadoras en cuanto al cumplimiento, el desafío radica en superar el miedo a los riesgos que trae consigo el ejercicio del control social, así como la falta de cultura política para este tipo de ejercicios ciudadanos.

Por su parte, la Alcaldía de Medellín implementó el programa *Participación, movilización y organización para la vida y la equidad*, cuyos resultados en el 2014 mostraron que triplicó la meta propuesta para el período. Estos resultados concuerdan con una percepción generalizada del aumento de la participación ciudadana, tal como lo evidencia la encuesta independiente que realizó el Programa *Medellín, cómo vamos*:

En 2014 se tiene que un 45% de los ciudadanos afirmaron haber participado en acciones para resolver un problema que afectó directamente a la persona o a su comunidad, 18 puntos porcentuales más que en el año 2013 (...) De las acciones tomadas por las personas, la más recurrente fue la presentación de una queja o la solicitud de apoyo a las autoridades o funcionarios correspondientes, con un 16%, cuatro puntos por encima de la cifra de 2013. La segunda acción más usual fue “organizarse con otras personas afectadas y firmar peticiones o cartas”, con un 7%, mientras que las demás opciones tuvieron porcentajes de 6% o inferiores (Medellín, cómo vamos, 2014, p. 1).

En términos generales, la Alianza AMA según datos de la rendición de cuentas de la Gobernación de Antioquia a diciembre de 2013, mostró un cumplimiento en la ejecución física de un 175% y en la ejecución financiera un 44%. Mientras que la Alcaldía de Medellín no presentó datos de ejecución.

3. Resultados de la Alianza desde la perspectiva de Medellín

El proyecto *Feria de la transparencia de la Contratación Pública* “dejó como resultado 567 empleos públicos creados acorde con un proceso meritocrático que tuvo el acompañamiento de entidades como el Ministerio de Trabajo, la Escuela Nacional Sindical, el Departamento Administrativo de la Función Pública, la

Corporación Transparencia por Colombia y la Comisión Nacional del Servicio Civil. Este servicio se ha reconocido como ejemplo de transparencia en el país” (Alcaldía de Medellín, 2014).

A partir de la ejecución del proyecto *Pacto por la ética y la legalidad*, se dialogó con más de 300 personas (incluyendo adolescentes y adultos mayores) a cerca de “la rosca”, “la papaya”, “la palanca”, “el avisado”, “la tramitomanía” y “el atajo”. Este diálogo se hizo en el marco del programa *Medellín se toma la palabra*, con el propósito de generar reflexiones alrededor de la ética y la legalidad, de tal manera que se promoviera un cambio de mentalidad “en el que se comprometieron con adoptar decisiones éticas y legales para su bienestar y el de la ciudad” (Alcaldía de Medellín, 2013).

El proyecto *Jornada complementaria: tiempo libre para la vida*, inscrito en el área estratégica Medellín y Antioquia juntos por la equidad, mostró como resultados parciales a 2015, la vinculación de 84.000 niñas, niños y jóvenes, quienes a través de la Jornada complementaria “están fortaleciendo sus habilidades para la vida en las instituciones públicas, a través del uso creativo de su tiempo libre, el reconocimiento de sus intereses y necesidades, y la exaltación de sus capacidades y talentos” (Informe de Rendición de Cuentas, julio de 2015, edición número 18).

En el marco del programa Salud en el hogar, el proyecto *Salud en el Hogar: Familias Saludables en Medellín*, reportó 51.000 familias beneficiadas, con una inversión de 19.800 millones de pesos a 2014. Asimismo, cuatro unidades móviles realizaron 943.000 actividades en salud.

Son dos unidades de vacunación, en las que se han aplicado cerca de 170.000 dosis; otra unidad con un enfoque multitemático, en la que se han realizado 78.000 actividades de nutrición, 100.000 de vida saludable y otras 295.000 de salud bucal, y otro vehículo orientado a desarrollar temas de salud mental, sexual y reproductiva, en el que se han promovido 300.000 actividades (Informe de Rendición de Cuentas, julio de 2015, edición número 18).

Este programa, el proyecto *Escuelas y Colegios Saludables: Medellín sana y libre de adicciones*, que en 2015 pudo llegar a 150 instituciones educativas con acompañamiento en las áreas de psicología, enfermería y nutrición, atendiendo a 128.000 estudiantes de escuelas y colegios públicos⁸. También se capacitaron 240.000 estudiantes en el cuidado del medio ambiente y de la salud; “se distribuyeron 60.000 kits de salud bucal; se prestaron 2.250 asesorías y asistencias técnicas a

8 También se beneficiaron jóvenes y adolescentes integrantes del programa en Escuelas Populares del Deporte y en la Red de Música de Medellín.

centros de servicios obligatorios estudiantiles y se desarrollaron 252.024 atenciones psicosociales y 6.305 intervenciones grupales para la familia” (Rendición de cuentas a la ciudadanía, Julio de 2015 edición número 18). Otras acciones complementarias fueron la capacitación de 2.512 jóvenes en formación de líderes, el acompañamiento a la conformación de 130 veedurías y el fortalecimiento de 110 acciones colectivas y comunitarias con jóvenes.

En cuanto a la seguridad, los resultados oficiales del proyecto *Medellín: Más seguridad y más vida*, mostraban a abril de 2014 una reducción de los homicidios del 38,7% con respecto al año 2013 y una reducción en el hurto de carros del 39,4% (Cuentas Claras, No. 8, enero-abril de 2014).

4. Resultados de la Alianza desde la perspectiva de Antioquia

El programa *Gobernación Transparente* se presupuestó con una inversión de \$41.725 millones y estuvo integrado por nueve proyectos, de los cuales cuatro se implementarían en el marco de la Alianza AMA (Feria de la transparencia en la contratación pública, Apoyo al programa nacional de lucha contra la corrupción, Estrategias para el Control de la Contratación Pública e Implementación de la Gestión para Resultados en la Gobernación -Presupuesto para Resultados). Su objetivo fue adoptar “los más exigentes estándares de transparencia” (DAP, 2012, p. 46) para alcanzar los primeros lugares en el ranking de transparencia según la Procuraduría General de la Nación.

El proyecto más destacado fue el de la *Feria de la transparencia en la contratación pública*, que para el 27 de septiembre de 2012 ya reportaba, según un comunicado de prensa de la Gobernación de Antioquia, un incremento de 491 proveedores, pasando de 3.120 a 3.611, y 43.340 participantes (Informe de Rendición de cuentas, 2014, p. 17). Así mismo, mediante el mecanismo de “subasta inversa electrónica, por el cual se adquieren bienes y servicios genéricos; dicho procedimiento no se había realizado nunca en la Gobernación y ha permitido tener ahorros por más de 2 mil millones de pesos” (Gobernación de Antioquia, 2012), que aumentaron para el período 2012-2014 a 23.365 millones de pesos (Informe de Rendición de cuentas, 2014, p. 13).

En el 2013 se realizaron en todo el departamento 13 ferias de la transparencia en la contratación pública con una participación de 38.065 personas. (Gobernación de Antioquia, 2013a); y para 2014, la Gobernación reportaba una favorabilidad del 93% en cuanto a niveles de satisfacción de las Ferias de la Transparencia (Gobernación de Antioquia, 2014). Sobresalió la evolución del indicador de resultado del programa *Gobernación transparente*, pasando del puesto 27 en 2011 del ranking, a ocupar el

primer puesto en 2012 y el segundo puesto en 2013 y 2014 (Informe de Rendición de cuentas, 2014, p. 12). Otros resultados fueron: 1.063 contratos auditados por la Contraloría bajo el modelo *Muchos ojos, pocas manos*.

En cuanto al programa *Organizaciones de la sociedad civil y política defensoras de lo público*, cuyo proyecto control social a la gestión pública hizo parte de la Alianza Medellín-Antioquia. Mediante este proyecto se capacitó a funcionarios, veedores, organizaciones sociales y a la ciudadanía en general en temas de control social y rendición pública de cuentas. En total se reportaron a diciembre de 2012, 38 talleres pedagógicos con una participación de 600 personas (Federación Antioqueña de ONG, 2015). Otros mecanismos utilizados fueron la realización del Foro Departamental de Control Social y Rendición pública de cuentas, y una cartilla sobre control social y rendición de cuentas como herramienta pedagógica para toda la ciudadanía.

Por su parte, el programa *Movilización social por una educación de calidad*, incorporó un total de cinco proyectos, de los cuales tres pertenecieron a la Alianza AMA: Olimpiadas del conocimiento: Selección Antioquia del conocimiento; Ciencia, tecnología, arte e innovación; y Premio Antioquia la más Educada. En el caso del proyecto *Olimpiadas del conocimiento: Selección Antioquia del conocimiento*, la selección se conformó con el grupo de los ganadores de las finales en las nueve subregiones del departamento, las cuales se transmitieron en directo por el canal regional. Los estudiantes ganadores recibieron una beca de educación superior por parte del Instituto para el Desarrollo de Antioquia. Algunos resultados fueron: 49.397 estudiantes inscritos en 2012; 69.742 inscritos en 2013 y 77.417 inscritos en 2014; también se mejoró el puntaje promedio de la prueba de las Olimpiadas así: Matemáticas 33.4 y Lenguaje 41 en 2012; Matemáticas 35.4 y Lenguaje 43 en 2013; y Matemáticas 42.6 y Lenguaje 47.9 en 2014 (Antioquia digital, 2014).

El proyecto *Garantía del goce de derechos en salud*, del Programa Antioquia Sana, hizo parte de la Alianza con el propósito de “garantizar que la población antioqueña, especialmente las personas más pobres y vulnerables sin capacidad de pago ubicadas en los niveles 1 y 2 SISBEN según DNP y poblaciones especiales, estén afiliadas a una Empresa Promotora de Salud” (DAP, 2012, p. 173). Para lograrlo se propuso la creación de la EPS Savia Salud de manera que garantizara cobertura y sostenibilidad.

El Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín cuentan, cada uno, con una participación societaria del 36,65%⁹, representada en un aporte social de \$30.000 millones de pesos; los pagos de éstas entidades se pactaron en cuantías iguales de \$10.000

9 El 26.7% de participación restante, pertenece a la Caja de Compensación Familiar Comfama.

millones, en los años 2013, 2014 y 2015 (Secretaría de Salud de Medellín y Contraloría General de Medellín, 2014).

Para mayo de 2015, la oficina de prensa de la Gobernación de Antioquia reportaba entre los resultados un total de 1 millón 700 mil personas en 115 municipios de Antioquia a quienes se les prestaron servicios y la participación correspondió a “un 30% en el aseguramiento total y un 70% de la afiliación al régimen subsidiado” (Gobernación de Antioquia, 2015); esto contrasta con un balance deficitario de la entidad, que según su Gerente Carlos Mario Ramírez, pudo estimarse para el 2015 en \$50 mil millones (El Colombiano, 2015, marzo 27) sobre un presupuesto total de \$1 billón 100 mil millones. Esta situación de déficit se vio reflejada en una reducción del “número de afiliados que pasó de 650 mil a 590 mil, entre 2013 y 2014” (El Colombiano, 2015, marzo 27).

Conclusiones y perspectivas

Un primer elemento contextual que debe resaltarse es el marco de la campaña electoral en el que se dio origen a la Alianza AMA, en el que más que una apuesta de actuación conjunta para resolver problemas históricos y de inequidad regional, también debe considerarse la funcionalidad de la Alianza para ganar las elecciones de los candidatos relacionados mediante el bloqueo de otro de los participantes en la contienda electoral. Adicional a esta maniobra política, está el hecho del miedo a una posible ruptura de la continuidad de programas y políticas que se venían implementando desde el 2004. Entonces, junto con el discurso de actuación conjunta y coordinada, se argumentó la necesidad de continuidad de políticas y de gobernantes transparentes y defensores de los dineros públicos.

La primacía del argumento funcional de la Alianza AMA se puede comprobar actualmente, cuando en medio de la campaña electoral para elegir gobernantes locales para el período 2016-2019, no se ha podido establecer otra alianza entre candidatos a la alcaldía y la gobernación que garanticen la continuidad de los anteriores. Esto se puede observar con el alejamiento entre Aníbal Gaviria y Sergio Fajardo para apoyar a una sola pareja de candidatos a la alcaldía de Medellín y la Gobernación de Antioquia. De hecho, el partido liberal, filiación de Aníbal Gaviria, apoyó la campaña del candidato Luis Pérez Gutiérrez, antiguo contrincante del primero. Por su parte, Sergio Fajardo, del Movimiento Compromiso Ciudadano, apoyó a los candidatos Alonso Salazar –ex alcalde de Medellín– para la alcaldía, y a Federico Restrepo, para la gobernación, como posibles continuadores de la Alianza AMA, en tanto se comprometieran con programas como Savia Salud, Olimpiadas del conocimiento, Fondo EPM para la educación superior, entre otros.

Un segundo elemento de análisis es el propósito de relacionamiento multinivel. Antioquia es pionera y protagonista en el nivel nacional y subnacional en la conformación de alianzas público-privadas y de trabajo coordinado en el marco de las relaciones departamento-municipios. Y aunque la Alianza AMA se presentó como novedoso e histórico, no fue más que el cumplimiento de las funciones delegadas por la Constitución y la normatividad en relación con los principios de actuación de complementariedad, subsidiariedad y concurrencia. Además, la Alianza dependió en gran medida del liderazgo gubernamental encabezado por el Alcalde y el Gobernador. Esto trajo consigo dos consecuencias que se contradijeron en la práctica: por un lado, la Alianza se irradió a varios programas y proyectos establecidos en los planes de desarrollo por mandato directo de los gobernantes; por otro lado, el desarrollo y los resultados de dicha Alianza son producto directo de los niveles de relacionamiento entre los funcionarios de mandos medios, quienes son los encargados en la práctica de ejecutarlos por lo que hay una alta influencia de la personalidad y la filiación política, así como de convenios previos entre la clase dirigente y los demás actores; todo lo cual pudo poner en jaque los resultados de la Alianza.

Sumado a lo anterior, es necesario destacar la falta de integración a la Alianza AMA del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, que cuenta con una población de 3.685.382 (58,4% del total del departamento), ya que los municipios que la integran también debieron aportar a la actuación conjunta de problemas complejos asociados a la seguridad, el medio ambiente, la movilidad y la vivienda. En este sentido, el propósito de romper con la división Medellín-Antioquia, requirió una mayor corresponsabilidad del Valle de Aburrá para con los objetivos de la Alianza.

Un tercer elemento está relacionado con el liderazgo. A pesar del esfuerzo por gobernar coordinadamente para liderar un conjunto de programas y proyectos, lo cierto fue que las dificultades relacionadas con el liderazgo y la actuación de ambos gobiernos no se hicieron esperar. En el caso de Fajardo, aunque contó con la credibilidad de la ciudadanía y se destacó por la transparencia de su gestión, la escasez de recursos económicos, propios del departamento, dificultaron la implementación de políticas públicas inclusivas más ambiciosas. Por otro lado, está el Alcalde Gaviria, quien contó con suficientes recursos económicos para implementar programas en la ciudad, pero no contó con la credibilidad de la ciudadanía, y algunos de los escándalos de corrupción y la implementación de programas innecesarios y no prioritarios deterioraron su imagen.

A pesar de lo anterior, hay que reconocer que una apuesta por la atención y solución de problemas conjuntos fue necesaria para Medellín, el Área Metropolitana y Antioquia. No solo porque pudiera ser más efectiva la intervención de problemas

complejos; sino porque permitió aunar recursos y esfuerzos que pueden incrementar la inversión social o productiva. Si bien, este tipo de actuaciones está regulada por la normatividad colombiana, le hace bien a las comunidades y demás actores en el territorio, que se armonicen y se haga realidad la coordinación y articulación multinivel, sin que dependan de las voluntades políticas o personalidades de los gobernantes. La Alianza AMA no debe dejarse a discrecionalidad, debe ser una obligación, no para los candidatos, sino para los gobernantes elegidos.

Referencias

- ADN (2013, 11 de septiembre). *En 3 meses de operación, savia salud prestó 5,6 millones de servicios*. Sección Mi ciudad. Recuperado de: <http://diarioadn.co/medellin/mi-ciudad/balance-de-tres-meses-de-operaci%C3%B3n-de-savia-salud-1.76136>.
- ADN (2012, 04 de junio). *Parque central de Antioquia: un pulmón verde de 894.555 hectáreas*. Sección Mi ciudad. Recuperado de: <http://diarioadn.co/medellin/mi-ciudad/parque-central-de-antioquia-un-pulm%C3%B3n-verde-de-894-555-hect%C3%A1reas-1.3710>.
- Alcaldía de Medellín (2014). *Informe de Rendición de Cuentas 2012-2014*. Medellín: Departamento Administrativo de Planeación.
- Alcaldía de Medellín (2013). *En Medellín se firma pacto por la ética y la legalidad*. Sección Noticias, página web institucional. Recuperado de: <https://www.medellin.gov.co/irj/portal/ciudadanos?NavigationTarget=navurl://d78e147a7947e65f90879d9e73425513>.
- Antioquia Digital (2014). Resultados del programa Olimpiadas del conocimiento. Recuperado de: <http://www.antioquiadigital.edu.co/Red-Olimpiadas-del-conocimiento/Olimpiadas-del-Conocimiento/olimpiadas-del-conocimiento.html>.
- Comisión Tripartita y Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (2009). *Plan regional de competitividad para Medellín, Valle de Aburrá y Antioquia*. Medellín: Comisión Tripartita y Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.
- Cobb, Roger y Elder, Charles (1984). *Formación de la agenda*. En: Problemas públicos y agenda de gobierno. Colección Antologías de Política Pública. Tercera antología. México: Miguel Ángel Porrúa.
- Departamento Administrativo de Planeación (2014). Informe de Rendición de cuentas, 2012-2014. Medellín: Gobernación de Antioquia.
- Departamento Administrativo de Planeación (2014). Informe de Rendición de cuentas, 2012-2014. Medellín: Gobernación de Antioquia.
- Departamento Administrativo de Planeación (2012). Plan de Desarrollo de Antioquia, 2012-2015: “Antioquia la más educada”. Medellín: Gobernación de Antioquia.
- Departamento Administrativo de Planeación (2012). Plan de Desarrollo de Medellín, 2012-2015: “Medellín, Un hogar para la vida”. Medellín: Alcaldía de Medellín.

- El Colombiano (2015, 27 de marzo). *Savia Salud perdería \$50 mil millones en 2015*. Por: Martha Arias Sandoval. Sección Antioquia. Recuperado de: <http://www.elcolombiano.com/savia-salud-perderia-50-mil-millones-en-2015-XG1585231>.
- El Colombiano (2011, 8 de julio). *Lista la alianza Fajardo-Gaviria*. El Colombiano, p. 10a. Por: Correa, María Victoria. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/lista_la_alianza_fajardo-_gaviria-AAEC_140624.
- El Mundo (2011, 22 de Julio). *Firmada Alianza Aníbal-Fajardo*. Editorial, p. 13.
- El Tiempo (2011, 28 de octubre). *Fiscalía abrió investigación preliminar contra el candidato Luis Pérez. El candidato a la Alcaldía de Medellín será investigado por concierto para delinquir*. Redacción Justicia. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10656324>.
- El Tiempo (2011, 25 de octubre). *Campaña rastrera. El que tenga pruebas concretas de corrupción contra Luis Pérez, que las presente*. Por: Saúl Hernández Bolívar. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10628787>.
- El Tiempo (2011, 16 de octubre). *La campaña negra por la Alcaldía de Medellín. Los programas de Aníbal Gaviria y de Luis Pérez se diluyen en medio del cruce de imputaciones*. Por: Víctor Andrés Álvarez Correa. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10573021>.
- Fajardo, S. (2011). *Lo hicimos en Medellín y lo vamos a hacer en toda Antioquia*. Antioquia, la más educada” Medellín.
- Federación Antioqueña de ONG (2015). *Control social a la gestión pública*. Artículo publicado en su página web: <http://www.faong.org/control-social-al-la-gestion-public>.
- Galeano Marín, M. E. (2004). *Estrategias de investigación social cualitativa. El giro en la mirada*. Medellín: La Carreta.
- Gaviria, A. & Fajardo, S. (2011b). *Así firmamos la Alianza Medellín Antioquia*. Medellín: 22 de julio de 2011. Tomado de: <https://www.youtube.com/watch?v=sDkK7IQSYN4>.
- Gaviria, A. & Fajardo, S. (2011a). *Alianza Medellín y Antioquia AMA*. Medellín.
- Gaviria, A. (2011). *Medellín: todos unidos por la vida y la equidad*. Medellín.
- Gobernación de Antioquia (2015). *2 años de defensa y garantía del derecho a la salud*. Página web de la Gobernación de Antioquia, Sección Prensa. Recuperado de: <http://antioquia.gov.co/index.php/prensa/historico/159-prensa-fajardo/25300-dos-a%C3%B1os-defendiendo-y-garantizando-el-derecho-a-la-salud>.
- Gobernación de Antioquia (2014). *Feria de la transparencia: La ciudadanía nos ayuda a mejorar*. Página web de la Gobernación de Antioquia, Sección Prensa. Recuperado de: <http://antioquia.gov.co/index.php/prensa/historico/406-noticiasocultas/noticias-ocultas/23730-que-nos-dejan-las-ferias-de-la-transparencia-en-la-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica-2014%E2%80%8B>.

- Gobernación de Antioquia (2013a). *Con un balance exitoso finalizaron las Ferias de la Transparencia en Antioquia*. Página web de la Gobernación de Antioquia, Sección Prensa. Recuperado de: <http://antioquia.gov.co/index.php/prensa/historico/17833-con-un-balance-exitoso-finalizaron-las-ferias-de-la-transparencia-en-antioq>.
- Gobernación de Antioquia (2013b). Anuario Estadístico de Antioquia. Sección Población. Recuperado de: http://antioquia.gov.co/images/pdf/anuario_2013/es-CO/capitulos/poblacion/antioquia/cp-3-2-1.html.
- Gobernación de Antioquia (2012). *La transparencia, gran apuesta de Antioquia la más educada*.
- Página web de la Gobernación de Antioquia, Sección Prensa. Recuperado de: <http://antioquia.gov.co/index.php/prensa/historico/10006-la-transparencia-gran-apuesta-de-antioquia-la-mas-educada>.
- Medellín, Cómo Vamos (2014). Encuesta de percepción ciudadana, componente: participación ciudadana. Medellín: Medellín, Cómo Vamos.
- Proantioquia (2015). *Premio “Antioquia la más educada”*. Página web institucional. Recuperado de: <http://proantioquia.org.co/web/index.php/calidad-de-la-educacion/alianzas-por-la-educacion/premio-a-la-calidad-de-la-educacion/premio-antioquia-la-mas-educada>.
- Secretaría de Salud de Medellín y Contraloría General de Medellín (2014). *Auditoría Especial Savia Salud-Municipio de Medellín*. Medellín: marzo 2013 a junio de 2014. <http://www.cgm.gov.co/infpub/Informes%20de%20auditoria/Informe%20%20%20definitivo%20AE%20Savia%20Salud.pdf>.
- Roth, A. N. (2006). *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Votebien.com (2011, 11 de octubre). *Luis Pérez Gutiérrez. Este ex alcalde de Medellín no obtuvo el aval de un partido político y decidió recolectar firmas con el Movimiento “Firmes por Medellín”. Su campaña ha sido polémica, pues se le acusa de supuesta financiación de grupos ilegales*. Recuperado de: http://www.terra.com.co/elecciones_2011/votebien/html/vbn1661-luis-perez-gutierrez.htm.
- Wright, Deil S. (1997). Para entender las relaciones intergubernamentales. México, D.F., Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C., Universidad Autónoma de Colima y Fondo de Cultura Económica.
- Yin, R. (2009). *Case Study Research. Design and Methods*. 4ª ed. Los Ángeles: Sage.
- Zapata Cortés, O. & Vásquez Cárdenas, A.V. (2012, diciembre). Gobernanza en las instancias de interacción y articulación entre el municipio de Medellín y el departamento de Antioquia, 2004-2011. Estudios de Derecho, 154. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, (pp. 513-538).
- Zapata Cortés, O. (2009, enero-junio). Agenda pública de Antioquia: una aproximación desde los programas de gobierno 2008–2011. *Estudios Políticos*, (34), 143-162.



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón en Red
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

*Análisis del marco jurídico para la reparación colectiva a grupos étnicos en Colombia: caso comunidades negras del Chocó**

DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a07](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a07)

* Artículo de revisión, producto de la investigación: “Estudio jurídico sobre la eficacia de los mecanismos de reparación integral a víctimas de comunidades negras por el conflicto armado en el Chocó”, terminada el 09 de abril de 2016, adscrita al grupo de investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente, Línea Derechos Humanos, de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”. Proyecto financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia Tecnología e Innovación (COLCIENCIAS) y la Gobernación del Chocó - FES “Por medio del Programa Jóvenes Investigadores – Modalidad tradicional; convocatoria para la formación de capital humano de alto nivel para el Departamento del Chocó N° 964.

Citación de este artículo con el sistema APA: Echavarría Rentería, Y. L. & Hinestroza Cuesta, L. (2016). Análisis del marco jurídico para la reparación colectiva a grupos étnicos en Colombia: caso comunidades negras del Chocó. *Estudios de Derecho*. 73 (161), 125-154. DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a07](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a07)

Fecha de recepción: 18 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 10 de junio de 2016

Análisis del marco jurídico para la reparación colectiva a grupos étnicos en Colombia: caso comunidades negras del Chocó

Yeicy Lorena Echavarría Rentería¹

Lisneider Hinestroza Cuesta²

Resumen

Los miembros de grupos étnicos o minorías étnicas se han convertido en las principales víctimas del conflicto armado interno colombiano, siendo sus territorios los escenarios predilectos de los distintos actores armados, situación que genera una crisis humanitaria. En el presente artículo, a través de una investigación documental, analítica – descriptiva, se examinan las diferentes disposiciones jurídicas expedidas en materia de reparación para identificar los alcances, relevancia, ventajas y desventajas de la normatividad que regula la reparación colectiva para comunidades negras. Se evidenció que los instrumentos jurídicos que reglamentan la reparación colectiva para estas comunidades, no son eficaces, pues, la debilidad institucional impide que dichos instrumentos respondan con el contexto histórico, social y cultural de las comunidades negras.

Palabras clave: conflicto armado, comunidades negras, reparación colectiva, territorio, víctimas.

Analysis of the legal framework for collective reparation to ethnic groups in Colombia: black communities of the Chocó case

Abstract

Members of ethnic groups or ethnic minorities have become the main victims of Colombia's internal armed conflict, their territories being the favorite scenarios of the different armed groups, a situation that creates a humanitarian crisis. In this article, through an analytical – descriptive documentary research, different legal provisions issued on reparations to identify the scope, relevance, advantages and disadvantages of regulations governing collective reparation for black communities are examined. It was shown that the legal instruments regulating collective reparation for these communities, are not effective, then, the institutional weakness prevents these instruments from responding to the historical, social and cultural context of black communities.

Keywords: armed conflict, black communities, collective reparation, territory, victims

Análise do quadro jurídico para a reparação coletiva a grupos étnicos na Colômbia: caso comunidades negras do Estado do Chocó

Resumo

Os membros de grupos étnicos ou minorias étnicas tornaram-se as principais vítimas do conflito armado interno colombiano, sendo os seus territórios os cenários prediletos dos diferentes atores armados, esta situação gerou uma crise humanitária. Neste artigo, através de uma pesquisa documental, analítica - descritiva, são examinadas as diferentes disposições jurídicas emitidas em matéria de reparação para identificar os alcances, relevância, vantagens e desvantagens da normatividade que regulamenta a reparação coletiva para comunidades negras. Evidenciou-se que os instrumentos jurídicos que regulamentam a reparação coletiva para estas comunidades, não são eficazes, já que a fraqueza institucional impede que tais instrumentos respondam com o contexto histórico, social e cultural das comunidades negras.

Palavras-chave: conflito armado, comunidades negras, reparação coletiva, território, vítimas.

1 Abogada. Joven investigadora del grupo de investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente, Línea Derechos Humanos, de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”. Correo electrónico: yeicyecharente@gmail.com

2 Abogada, Magíster en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia, Estudiante tercer año Doctorado en Derecho de la Universidad Externado, Líder del Grupo de investigación Derecho Sociedad y Medio Ambiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó. Docente Asistente en Comisión de Estudios de la Universidad Tecnológica del Chocó. Vicerrectoría de Investigaciones-Centro de Investigaciones en Biodiversidad y Hábitat-UTCH. Correo electrónico: lisneider@yahoo.es

Análisis del marco jurídico para la reparación colectiva a grupos étnicos en Colombia: caso comunidades negras del Chocó

Introducción

Producto del conflicto armado interno, en Colombia los conceptos “víctima” y “reparación” han tomado un protagonismo en las últimas décadas. Según datos de la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas (2015), se han registrado 7.620.114 víctimas; por esta razón, el Estado colombiano, en aras de cumplir con las exigencias de justicia transicional, ha diseñado el marco jurídico para la reparación integral de las víctimas del conflicto armado interno.

En Colombia hay 182 consejos comunitarios titulados, los cuales cuentan con 1.569 comunidades negras que albergan 71.442 familias, según información del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (2015), en adelante INCODER, distribuidas así: Antioquia, 17 consejos comunitarios, 55 comunidades negras y 2.535 familias; Bolívar, 3 consejos comunitarios, 3 comunidades negras y 3.248 familias; Cauca, 17 consejos comunitarios, 149 comunidades negras y 6.935 familias; Chocó, 60 consejos comunitarios, 674 comunidades negras y 32.386 familias; Nariño, 48 consejos comunitarios, 558 comunidades negras y 19.579 familias; Risaralda, 2 consejos comunitarios, 11 comunidades negras y 251 familias, y el Valle del Cauca, 35 consejos comunitarios, 120 comunidades negras y 6.837 familias (INCODER, 2015).

La situación que viven estas comunidades es alarmante, la presencia de distintos actores armados en sus territorios, origina enfrentamientos de grupos ilegales por el control territorial, a esto se le suman las acciones de la fuerza pública que busca el control institucional y que en los últimos años hayan sido asesinados un gran número de líderes y lideresas pertenecientes a estas comunidades, desencadenando así una crisis humanitaria (Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados y Global Rights – Partners for Justice, 2010).

En el caso particular de los afrocolombianos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su -Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia- expresó: “es válido llegar a la generalización de que el

terror y la violencia que practican todas las fuerzas contenciosas de Colombia han afectado particularmente a los colombianos que viven en condiciones de pobreza extrema, de los cuales, un número desproporcionado son negros” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1991, p.328).

En el departamento del Chocó se encuentran 60 consejos comunitarios y 674 comunidades negras (INCODER, 2015) de las registradas en Colombia, es decir, allí están el mayor número de comunidades negras en el territorio nacional, por tanto, no es ajeno a los penosos resultados del conflicto como los cultivos ilícitos, la minería ilegal y el desplazamiento forzado; situación que se agudiza con el abandono estatal y la marginación, que han tenido que soportar históricamente estas comunidades.

En su esfuerzo por darle solución a los problemas reseñados anteriormente, el Estado colombiano, expidió en el año 2011 un conjunto de normas (Ley 1448 y sus Decretos Reglamentarios 4800, Decretos Ley 4633, 4634 y 4635) que reglamentan el tema de la reparación integral para víctimas por el conflicto armado interno. De manera, que a partir de ese año, con la expedición del Decreto Ley 4635, toma forma el esquema diseñado para la reparación colectiva a víctimas pertenecientes a comunidades negras.

Así las cosas, este artículo pretende, realizar una breve recopilación de las principales normas expedidas en Colombia entorno a la reparación de víctimas del conflicto armado, con los objetivos de: determinar qué se entiende por reparación integral; identificar aspectos o elementos de diferenciación cuando se trata de reparación colectiva para grupos étnicos; identificar los alcances, relevancia, ventajas y desventajas de las disposiciones jurídicas diseñadas para la reparación colectiva de comunidades negras; reflexionar sobre el papel trascendental que juega el territorio en la reparación colectiva para comunidades negras, desde el enfoque tierra – comunidad.

Este escrito y la investigación en la que se enmarca son pertinentes porque evidencian si el Estado colombiano tiene un marco jurídico suficiente y eficaz para cumplir la obligación de reparar integralmente a las víctimas del conflicto armado interno pertenecientes a grupos étnicos y, en especial, a comunidades negras, de manera, que solo se puede edificar un proceso de paz si las víctimas son pieza fundamental, garantizando la satisfacción de sus derechos, solo así es posible pasar la página y concebir un país sin conflicto armado (Ospina & Restrepo, 2014). La discusión se plantea alrededor de los siguientes ejes temáticos: 1) Concepción de la reparación integral en Colombia; 2) La reparación colectiva para grupos étnicos en Colombia; 3) El territorio colectivo, punto de partida para la reparación a comunidades negras organizadas; 4) Conclusiones.

Metodología

Se desarrolló una investigación documental exploratoria, que muestra de manera descriptiva y analítica (Toro & Parra, 2010) el marco jurídico que reglamenta en Colombia la reparación de víctimas por el conflicto armado interno, en especial la reparación colectiva para comunidades negras. Se usaron como fuentes para recoger la información: la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, artículos científicos y de revisión de distintos autores; igualmente se presentaron derechos de petición al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), la Defensoría del Pueblo Regional Chocó, la Unidad Para la Atención y Reparación Integral a Víctimas - Territorial Chocó y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – Territorial Chocó, radicados: 2015-04-00203, 2015-19-00195, 2015-06-16, 2015 24-06, DTCQ2-201500702.

1. Concepción de la reparación integral en Colombia

Colombia sufre un conflicto armado interno que ha afectado y que seguirá afectando a la población civil (Suárez, 2014), por esto algunos gobiernos han dirigido sus esfuerzos al diseño e implementación de “políticas públicas orientadas a la reparación integral de las víctimas, al igual, que al fortalecimiento del aparato judicial y administrativo con el objetivo de generar condiciones propicias para promover y consolidar la paz y la reconciliación nacional” (Vargas, 2011, citado por Suárez, 2014, pp. 5-6). En este apartado, a través de un breve recuento legislativo, se pretende evidenciar cómo se concibe la reparación integral en Colombia, en pro de resarcir a las víctimas del conflicto armado interno, es decir cómo se comprende y qué elementos se tienen en cuenta para establecer la reparación.

Para el año 1997 se expidió la Ley 387 (Decretos Reglamentarios 951, 2562 y 2569 de 2001) por la cual, se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado, convirtiéndose en uno de los primeros instrumentos legislativos que busca reparar a las víctimas del conflicto armado interno en Colombia. La ley no enuncia un concepto formal de reparación integral; establece medidas de prevención, atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica, quedándose corta en su intención y “no creó mecanismos de mediano y largo plazo para transformar y radicar los problemas estructurales que generan el desplazamiento, sino que solo estableció medidas en torno a las necesidades básicas del desplazado que es la primera fase de la atención” (Aguilera, 2001, p. 10).

En este orden de ideas, la situación de los desplazados en Colombia, generó una crisis humanitaria que requería de atención inmediata. Al respecto la Corte Constitucional, declaró el estado de cosas inconstitucional principalmente por

considerar la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada, por el elevado volumen de acciones de tutela y la precaria capacidad de respuesta de las entidades competentes. (Corte Constitucional, Sentencias T – 025/2004 y 045/2010). Situación que evidencia, lo lejos que está la Ley 387 de 1997 de establecer mecanismos de reparación integral.

En diciembre de 1997 se expidió la Ley 418 prorrogada en su vigencia, por el art. 1 de Ley 548 de 1999, reglamentada por los Decretos 128 de 2003, 2767 de 2004, 395 de 2007, 1059 de 2008 y 1980 de 2012, modificada por la Ley 782 de 2002, puede entenderse como uno de los primeros mecanismos legales que flexibiliza las obligaciones jurídicas³ para buscar la paz. Esta Ley, precedida por una voluntad política gubernamental, generó espacios jurídicos para la desmovilización y reincorporación a la vida civil de los excombatientes (López, 2009, citado por Ospina & Restrepo, 2014). Pero al no incluir mecanismos idóneos para resarcir a las víctimas, omitieron el deber de reparación integral (Comisión Colombiana de Juristas, 2007, citada por Ospina & Restrepo, 2014).

Trece años después se expidió la Ley 1424 de 2010, reglamentada por el Decreto 2601 de 2011, pero igual que la norma anterior, configuró una serie de beneficios jurídicos para las personas desmovilizadas de grupos armados ilegales, con la pretensión de contribuir al logro de la paz perdurable. Sin embargo, no incluyó una definición de reparación integral, pues, su eje central no fueron las víctimas sino los victimarios.

Paradigmas de la reparación integral en Colombia: Ley 975 de 2005 - Ley 1448 de 2011

- Ley de Justicia y Paz 975 de 2005

En el año 2005, se expidió la Ley 975, modificada por la Ley 1592 de 2012, conocida como Ley de Justicia y Paz, por la cual se pretende facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

En esta ley se define como reparación integral “El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización,

3 La Ley 418 de 1997, le dio vía libre al gobierno nacional para realizar todos los actos tendientes a entablar conversaciones y diálogos con grupos armados ilegales, en consecuencia, se establecen una serie de beneficios que flexibiliza las obligaciones jurídicas de los miembros de las organizaciones armadas ilegales que se les reconozca carácter político, como: la suspensión de órdenes de captura para los negociadores de aquellos grupos.

rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas” (Art. 8 de la Ley 975/2005). De modo, que dicha disposición, fue el primer instrumento jurídico en Colombia que diseñó e implementó una estructura administrativa y judicial, encargada de reparar a las víctimas del conflicto armado tanto individual como colectivamente. La definición anterior de reparación, pretende cumplir con algunos estándares internacionales de justicia transicional; además, establece por primera vez, medidas de reparación integral: **restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición.**

La **restitución o restauración, consagrada en la Ley de Justicia y Paz**, pretende que la víctima recupere su estatus previo a la violación de sus derechos. Es decir, la víctima tiene derecho a que le devuelvan la casa -si fue despojada de ella-, o a que pueda regresar voluntariamente en condiciones dignas y tranquilas a su lugar de residencia habitual -si es una persona desplazada forzosamente-, u obtener la restitución de los bienes que tenía -animales, tierras, herramientas-, etc. (Procuraduría General de la Nación, 2007, p. 22).

En esta materia la Ley 975 es precaria, ya que en algunas ocasiones se han presentado devoluciones de predios a víctimas, pero no ha consolidado la restitución a la situación anterior, pues se devuelven los terrenos de las fincas, sin embargo en ocasiones ya no son apropiados para el trabajo. Se evidencia así un claro desconocimiento de los principios constituidos por la Organización de las Naciones Unidas, en adelante (ONU), pues no hay restitución de las circunstancias de vida para las víctimas, son iniciativas limitadas que no logran satisfacer esta necesidad (Ospina & Restrepo, 2014, pp. 9-10).

Con respecto a la **indemnización**, entendida como la compensación de todos los daños o perjuicios que puedan ser valorados económicamente derivados de la vulneración. En relación con esta medida, en la Ley de Justicia y Paz, se pretendía indemnizar a las víctimas con los bienes que los paramilitares obtuvieron ilícitamente, situación que fue equilibrada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006 (Ospina & Restrepo, 2014). En otras palabras, el Estado desconoció su obligación de reparar a las víctimas del conflicto, pues el derecho de las víctimas a recibir una indemnización no lo deben garantizar los victimarios sino el Estado como promotor y garante de derechos.

En cuanto a la **rehabilitación**, “establece importantes aspectos orientados a la creación de programas que rehabiliten la víctima, no obstante, en la reglamentación e implementación de la ley no hay mecanismos claros y directos para el acceso a los servicios que faciliten la rehabilitación” (Ospina & Restrepo, 2014, p.13). De manera, que el proceso de rehabilitación requiere de un seguimiento permanente

a las víctimas, pero los programas institucionales no alcanzan a efectuarlo por su elevado número.

En materia de **satisfacción**, la Ley 975 se ha quedado corta en la medida que no garantiza a las víctimas, el conocimiento de la verdad, son los victimarios quienes deciden cual es la verdad, de tal forma que solo declaran los delitos que la justicia previamente conoce, quedando muchos delitos en la impunidad.

En relación con **la no repetición**, el proceso de desmovilización que se presentó en el marco de la Ley 975 de 2005, no es del todo garante de esta medida, debido a que las investigaciones que se adelantaron contra los paramilitares no fueron exhaustivas, y las penas impuestas fueron irrisorias, de manera que algunos grupos paramilitares se subdividieron y crearon las conocidas “bacrim”⁴ y las víctimas siguen expuestas a nuevos actos de violencia. Sin embargo, la dinámica del conflicto colombiano, donde convergen distintos grupos armados ilegales, genera un gran reto para el estado a la hora de garantizar esta medida.

Finalmente, con la Ley de Justicia y Paz se ha buscado una suerte de concordancia entre el objetivo último que es la reconciliación con el objetivo estratégico que se encuentra detrás de las desmovilizaciones: esto quiere decir que la tensión permanente que se presenta entre la concepción de la Ley como un mecanismo para desmovilizar por una parte, y como un instrumento que posibilita la reconciliación nacional por otro lado, ha incidido en que esta sea concebida desde los sectores de oposición al gobierno, las asociaciones de víctimas y organizaciones defensoras de derechos humanos, como un medio que solo privilegia a los victimarios y que no reconoce adecuadamente el derecho a la reparación integral de las víctimas (Delgado, 2011, pp.184 - 189).

- Ley General de Víctimas 1448 de 2011

La Ley de Víctimas consta de 208 artículos, distribuidos en 9 Títulos que comprenden disposiciones generales sobre el marco y principios en los que se debe entender sus postulados: derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales; medidas administrativas de asistencia, atención, ayuda humanitaria y reparación; un proceso con una fase administrativa y otra judicial para la restitución de tierras; la

4 Tras la desmovilización de las AUC en el país surgieron nuevas fuerzas que empezaron a sembrar el terror. Ante las dudas de si eran nuevos paramilitares o delincuencia organizada, la Embajada de EE.UU. en Bogotá realizó en septiembre de 2008 una consulta con grupos de derechos humanos, para hablar del tema. Las opiniones se dividieron. Algunos concluyeron que las llamadas bacrim eran la continuidad de los paramilitares y que estaban atacando a líderes de la oposición, sindicalistas y defensores de DD.HH; que contaban con 10 mil hombres, con presencia en 24 departamentos, y que tenían amplias redes de narcotráfico. Sin embargo, otros indicaron que no eran paramilitares, ya que les faltaba estructura militar, capacidad y la contrainsurgencia que aquellos representaban. (El Espectador, 17 de agosto de 2011).

creación de entidades y la transformación de otras para establecer la institucionalidad encargada de la aplicación de la ley; medidas específicas de protección integral a los niños, niñas y adolescentes y se instauran mecanismos de participación para las víctimas (Prada & Poveda, 2012).

La reparación integral se define en el artículo 25 así:

El derecho que tienen las víctimas a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones [...]. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.

La Ley 1448 parte del reconocimiento del conflicto armado y establece una definición amplia de víctima que permite la plena identificación de todos sus derechos con ocasión del conflicto. Es decir que facilita la implementación tanto de medidas de reparación individuales como colectivas, además establece medidas de reparación no materiales o simbólicas lo que complementa las estrategias de reparación económicas o materiales (Ospina & Restrepo, 2014, p. 20).

La reparación colectiva que presenta la ley general de víctimas, no es una novedad, pues, la Ley 975 de 2005, ya había desarrollado tal figura; la cual se desenvolvía en un procedimiento incidental dentro de una acción judicial; es decir, la ley de justicia y paz innovó al establecer la reparación colectiva a partir del reconocimiento de un daño colectivo. Sin embargo, la figura no se diseñó de manera adecuada, debido a que “no presenta una definición de lo que ha de entenderse por daño colectivo o su distinción del daño individual, además, tampoco brinda todos los elementos necesarios para conceptualizar el fenómeno” (Ahumada, 2014, p.132). Cosa que sí tuvo en cuenta la Ley 1448.

En materia de restitución la Ley 1448, presenta un proceso que protege a quienes hayan perdido su derecho a la propiedad, posesión u ocupación a causa del despojo o abandono forzado de sus tierras, el cual cuenta con una fase administrativa y otra judicial, igualmente, muchos de los aspectos desarrollados por la medida son novedosos, como:

el traslado de carga de la prueba hacia el estado. Es decir, la víctima ya no deberá probar si es el antiguo dueño de las tierras, ahora el estado debe presumir la buena fe y demostrar lo contrario si es el caso, esto con miras a fortalecer la obligación internacional de diseñar recursos efectivos e idóneos para la reparación integral en la cuestión de restitución (Ospina & Restrepo, 2014, p.14).

Sin embargo, hay que resaltar que esta medida es la más criticada, porque para muchos el Estado no está cumpliendo la promesa de devolver a las víctimas del conflicto las tierras que les fueron arrebatadas con ocasión del conflicto. La situación anterior es cuestionada, en un informe de Amnistía Internacional denominado “Un título de propiedad no basta: Por una restitución sostenible de tierras en Colombia”, el texto hace serias críticas al Gobierno Nacional por estimar que el proceso no solo es demasiado lento, sino que ha defraudado a las víctimas, pues las pocas a quienes se les ha restituido la tierra, no han podido regresar y habitarlas debido a amenazas (El Colombiano, 27 de noviembre de 2014).

Con respecto a las medidas de rehabilitación y satisfacción la ley de víctimas, establece el Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral para las Víctimas, sin filtro institucional para el goce de este derecho. Por otro lado, en cuanto a las medidas de satisfacción la ley 1448 de 2011 subsana los vacíos de la ley 975 de 2005, al consagrar las estrategias de satisfacción, ya que, la ley de víctimas establece la exención en la prestación del servicio militar para las víctimas, el día nacional de la memoria y la solidaridad con las víctimas, la creación de un archivo sobre violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario ocurridos con ocasión al conflicto armado. Además, atendiendo a la responsabilidad estatal de conservar la memoria se creó el Centro de Memoria Histórica para la construcción de la verdad extrajudicial (Ospina & Restrepo, 2014, p.14).

De modo, que la Ley 1448 de 2011, amplió el significado de víctima y de reparación integral, en comparación con la ley de justicia y paz, que sobreponía beneficios para los victimarios, negándoles a las víctimas el derecho a una reparación integral. No obstante, “la preocupación se traslada a la fase de implementación, donde se tienen dudas acerca de su correcta ejecución, es decir, dudas respecto a si serán suficientes los instrumentos jurídicos para satisfacer en la práctica las necesidades, los intereses y los derechos de las víctimas” (Ospina & Restrepo, 2014, p.15).

2. La reparación colectiva para grupos étnicos en Colombia

Los grupos étnicos o minorías étnicas (Comunidades negras, Rom, indígenas, raizales, palenqueras), asentadas en el territorio colombiano se han convertido en las principales víctimas del conflicto armado interno, sus territorios son disputados por los distintos actores armados, pues sus condiciones geográficas y su riqueza natural hacen de estas tierras escenarios propicios para la minería ilegal y los cultivos ilícitos.

Sobre lo anterior la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe anual de 2009, expresó que los grupos étnicos son objeto de la violencia derivada del conflicto armado, en forma individual y colectiva, lo cual hace peligrar su autonomía y sus derechos territoriales y culturales. Los miembros de grupos étnicos son víctimas de masacres, ejecuciones selectivas, desapariciones, torturas y tratos crueles e inhumanos, violencia sexual, actos de hostigamiento y amenazas por parte de los actores del conflicto armado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

Así las cosas, en este acápite, se pretenden identificar aspectos diferenciales étnicos en la normatividad que en Colombia regula la reparación colectiva. Pero antes es preciso realizar un breve análisis sobre las implicaciones del concepto “enfoque diferencial étnico”.

Para Castells (1997), citado por Departamento Nacional de Planeación (2012), se entiende como enfoque diferencial “el derecho a ejercer una ciudadanía desde la diferencia, en escenarios de una democracia participativa, de inclusión igualitaria de ciudadanos y ciudadanas en la escena política y en la toma de decisiones en la esfera íntima, privada y pública” (p. 28).

Según Cortés, el enfoque diferencial es una metodología que permite, por medio de categorías de diferenciación, generar un análisis de la situación de derechos y vulnerabilidad de la población. El resultado de esta metodología permite evidenciar su situación de invisibilización histórica (política, económica y social), se visibilizan las diferencias sociales y culturales de los grupos sociales, sus condiciones y necesidades básicas insatisfechas, así como, el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran y dentro de un test de razonabilidad la atención diferencial que debe brindarles el Estado (2013, p. 5).

La Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados -ACNUR-, ha indicado que el enfoque diferencial busca visibilizar vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos específicos y prioriza acciones de protección y restauración de los derechos vulnerados. Implica: identificar los vacíos y riesgos de protección de cada grupo y desarrollar herramientas para dar soluciones, promover la participación equitativa y planear y ejecutar medidas afirmativas basadas en caracterizaciones sistemáticas para la garantía del goce efectivo de los derechos de los diferentes grupos poblacionales (ACNUR, 2008, citado por Arteaga et al., 2012, p. 28).

Igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia T-422 de 1996, expuso que las acciones afirmativas son “aquellas que reconocen la situación de marginación social de que ha sido víctima la población de los grupos étnicos, particularmente la

afrocolombiana, y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo”.

Para el Ministerio de Cultura (2010) el enfoque diferencial se basa en el derecho a la igualdad, en otras palabras, “personas en situaciones similares deben ser tratadas de forma igual y que aquellas que están en situaciones distintas deben tratarse de manera distinta, en forma proporcional a dicha diferencia” (Departamento Nacional de Planeación, 2012. p. 23).

Por tanto, desde la perspectiva del enfoque diferencial es posible establecer que la inclusión de la variable étnica y cultural en las políticas públicas se garantiza a través del respeto, el reconocimiento y la inclusión. Significa respetar los derechos e impulsar las iniciativas propias de los grupos étnicos, creando las condiciones y brindando las oportunidades para que las puedan desarrollar de forma autónoma (Departamento Nacional de Planeación, 2012).

De manera que el enfoque diferencial no puede visualizarse solo como el recogimiento de las diferencias, requiere de políticas públicas que materialicen las medidas encaminadas a superar las diferencias. Una vez determinado qué debe entenderse por enfoque diferencial, es preciso dirigir nuestro estudio a las disposiciones jurídicas expedidas en Colombia que reglamentan la reparación colectiva para víctimas de grupos étnicos por el conflicto armado interno.

Las víctimas colectivas de vulneraciones de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario entran a ser protagonistas en Colombia a partir de la Ley 975 de 2005 que no solo les otorga la titularidad de tales derechos, sino que dispone un procedimiento incidental dentro de la acción judicial, a través del cual se les permite exigir la reparación de los daños colectivamente padecidos. Igualmente, la Ley 975, reconoce como víctima a quienes colectivamente han padecido daños y el derecho a ser reparado, pero en dicha norma no se precisó qué define a un sujeto como colectivo, cuándo el daño tiene carácter colectivo y los supuestos para reparar colectivamente (Ahumada, 2014, pp. 15-79).

Por otra parte, se puede entender por víctima colectiva, en el marco de la Ley de Justicia y Paz, una comunidad de individuos, un grupo social o clase de personas vinculadas entre sí por una relación jurídica o por circunstancias de hecho, y que vienen a constituirse en sujeto de derecho colectivo. Así podría tratarse de corporaciones económicas o comerciales y grupos u organizaciones políticas, comunidades raizales o étnicas, grupos por género, comunidades con fuertes vínculos identitarios culturales o religiosos, asociaciones sindicales, movimientos políticos, entre otros (Ahumada, 2014).

Se evidencia que la Ley 975 de 2005 no incorpora variables étnicas dirigidas a reparar a las víctimas colectivas de grupos étnicos; la ley no diseña una estructura administrativa y judicial idónea para la reparación colectiva con enfoque étnico, es decir, reconoce a los grupos étnicos como víctimas colectivas, pero no desarrolla medidas diferenciadas en razón de su etnicidad o cultura. Igualmente, la Ley de Justicia y Paz, no contempla una definición de daño colectivo, ni su distinción de daño individual, que sería el primer paso para acercarse a una posible reparación colectiva con enfoque étnico. La reparación para grupos o minorías étnicas, no puede quedarse en el reconocimiento colectivo del daño, se requiere de políticas que entiendan la cosmovisión de tales grupos, aunque parezca una tarea difícil.

Con respecto a la Ley 1448 de 2011, se observa, que no consagró específicamente a las víctimas de grupos étnicos, sin embargo, establece criterios que permitirán posteriormente una mayor comprensión del fenómeno. La ley general de víctimas como es conocida la Ley 1448 de 2011, presenta una definición de reparación colectiva⁵ e identifica los sujetos⁶ sobre los cuales puede recaer tal reparación, por ejemplo: organizaciones profesionales; movimientos positivos; los sindicatos; organizaciones de mujeres; grupos étnicos, como algunas comunidades afro e indígenas; poblaciones que sufrieron masacres, desplazamientos y confinamientos forzados (Revista Semana, 2014).

No obstante, la Ley 1448 de 2011, al igual que la Ley 975 de 2005, no contiene mecanismos de reparación integral colectiva con enfoque diferencial étnico, pues como se había mencionado anteriormente, no basta con el solo reconocimiento de los grupos étnicos como sujetos de reparación colectiva, sino que se requiere del diseño y estructuración de medidas dirigidas a entender la infraestructura social, económica y cultural de dichos grupos.

Resulta importante mencionar, que la ley general de víctimas, no fue consultada con los grupos étnicos antes de su radicación en el Congreso; el trámite legislativo fue iniciado sin observar la garantía del derecho fundamental a la consulta previa. Situación que podía generar, que la Ley 1448 de 2011, fuera declarada inexecutable

5 Artículo 151. Reparación Colectiva: Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y reparación Integral a las Víctimas, tomando en consideración recomendaciones de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación del Plan Nacional de Atención y Reparación, integral a las Víctimas, deberá implementar un Programa de Reparación Colectiva que tenga en cuenta cualquiera de los siguientes eventos: a) El daño ocasionado por la violación de los derechos colectivos; b) La violación grave y manifiesta de los derechos individuales de los miembros los colectivos; c) El impacto colectivo de la violación de derechos individuales

6 Sujetos de Reparación Colectiva: Para efectos de presente ley, serán sujetos de la reparación colectiva de que trata el artículo anterior: a. Grupos y organizaciones sociales y políticos; b. Comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político social que se haga del colectivo, o en razón de la cultura, la zona o el en el que habitan, o un propósito común.

por la Corte Constitucional en un posterior estudio de constitucionalidad, por la omisión de tan importante trámite.

Por lo anterior surgió la iniciativa del artículo 205 de la Ley 1448, mediante el cual se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para que en un término de 6 meses, expidiera por medio de decretos con fuerza de ley, la regulación de los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, con previa consulta a cada una de las comunidades. Pudiéndose pensar que el objetivo último del artículo 205, fue subsanar el desconocimiento al derecho fundamental de consulta previa de los grupos étnicos, en el proceso legislativo que dio origen a la ley general de víctimas.

Así lo afirman, Aponte & López (2013) cuando dicen “se incluyó el artículo 205, que otorgó facultades extraordinarias al Presidente, para la regulación de los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, fue consagrado con el objetivo principal de que la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras no fuera demandada por inconstitucionalidad” (p.167).

Por tanto, la ley general de víctimas, si bien no diseña directamente medidas con enfoque diferencial étnico dirigidas a reparar integral y colectivamente a víctimas pertenecientes a grupos étnicos, si posibilita el desarrollo de políticas públicas que se basen en el principio de tratamiento especial y diferenciado a que tienen derecho las comunidades étnicas como víctimas del conflicto armado interno.

Con respecto al Decreto Reglamentario 4800 de la Ley 1448 de 2011, se observa que al igual que la Ley 975 de 2005, se establecen medidas dirigidas a reparar tanto a colectividades étnicas como a organizaciones sociales, sindicales y políticas entre otras; pero no consagra medidas especiales que entiendan la cosmovisión (identidad, territorio ancestral, cultura, colectividad) de los grupos étnicos colombianos.

La reparación integral colectiva para comunidades negras en Colombia. La Ley 70 de 1993 (reglamentada por el Decreto 1745 de 1995) en su artículo 2, define a la Comunidad Negra como el conjunto de familias de ascendencia 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 (Hinestroza, 2008). En Colombia hay 1.569 comunidades negras que albergan 71.442 familias, según información del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER (2015), comunidades que se han convertido en las principales víctimas del conflicto armado interno colombiano.

De manera, que el conflicto armado no solo ha atentado contra los miembros de las comunidades negras como individuos, o incluso a las unidades familiares que las componen, sino que también ha causado daños significativos al tejido social, aspecto que se puede evidenciar en vulneraciones en tres dimensiones que integran su base social y sin las cuales su pervivencia se pone en riesgo manifiesto:

Primero, las comunidades se han visto fragmentadas en sus vínculos comunitarios, los cuales son identificables en la particularidad de su forma de estructuración familiar, son unidades familiares extensas y poco diferenciadas en lo relativo a líneas de ascendencia, es decir, las decisiones y proyecciones de la comunidad se generan “en familia”; segundo, el conflicto ha producido daños en lo relativo al pleno goce de sus derechos territoriales, lo cual lacera una de las características fundamentales de los colectivos étnicos [...]. Tercero, el conflicto ha causado fragmentaciones y vacíos en la reproducción intergeneracional de las pautas, acciones, valores y símbolos de referencia ancestral, la cual refiere a que la base cohesiva fundamental de las comunidades étnicas se encuentra en el pasado, en sus muertos, en su historia y genealogía particular y no existe una distinción clara entre dicho pasado y la actualidad [...]. (Subcomité Técnico de Enfoque Diferencial del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2013).

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afrontó la situación de las comunidades afrocolombianas en su “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia” y concluyó que “es válido llegar a la generalización de que el terror y la violencia que practican todas las fuerzas contenciosas de Colombia han afectado particularmente a los colombianos que viven en condiciones de pobreza extrema, de los cuales, un número desproporcionado son negros” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1991).

Asimismo, en febrero de 2010, la experta independiente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de las Minorías, Gay McDougal, realizó una visita oficial a Colombia, observó que las comunidades afrodescendientes “quedan hoy día ubicadas en medio del peligro”, pues los territorios de los afrocolombianos tienen valor estratégico para la guerrilla, ex –paramilitares y otros grupos armados. Lo anterior ha sido fundamental para la ocurrencia de asesinatos y amenazas contra los líderes y lideresas comunitarias afrodescendientes, y ha determinado la permanencia de la violencia en forma de asesinatos selectivos de líderes afrodescendientes, desapariciones, intimidación, desplazamiento continuo y confinamiento. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

Veinte años después, desde que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicara su “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia”, en el cual hizo referencia por primera vez a la grave situación que enfrentaba la población afrocolombiana a causa del conflicto armado, se expidió

el Decreto Ley 4635 de 2011, considerado el primer instrumento jurídico que determinó la implementación de una estructura administrativa y judicial para atender el tema de la concertación, diseño e implementación de las medidas de atención, asistencia y reparación colectiva para las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

El Decreto Ley 4635 de 2011, tiene su origen en el artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, al igual que los Decretos Ley 4633 para pueblos indígenas y 4634 para pueblos rom o gitanos. Estos decretos ley, han sido criticados por las organizaciones afrodescendiente e indígenas, aduciendo que no respetan el derecho a la consulta previa libre e informada de las comunidades afectadas, consagrada en estamentos internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pese a las críticas, el Gobierno avaló los decretos (Amnesty International, 2012, Colombia: La Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras). Frente al tema, la Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (2013) expresó:

(...). Las víctimas, tal como lo ordena el Auto 005 de 2009, no fueron consultadas para la elaboración del Decreto ley que hoy tiene por número 4635 de 2011(...). Dichas medidas fueron sometidas a consideración en otro escenario denominado Consultiva Nacional de Comunidades Negras, violando así los preceptos constitucionales (incluido el Bloque de Constitucionalidad) y jurisprudenciales sobre la consulta previa. (p.18).

El Decreto Ley Afro no fue consultado con las organizaciones de víctimas afro, las organizaciones defensoras de víctimas afrocolombianas, los consejos comunitarios, las organizaciones de base de comunidades negras y otras formas organizativas, por lo cual se violó el derecho fundamental de la población afrocolombiana víctima, a la consulta previa, libre e informada (Convenio 169 OIT art. 6), ya que el Gobierno Nacional omitió consultar al pueblo afrocolombiano, como grupo étnico reconocido constitucionalmente, mediante procedimientos propios e instituciones representativas. (...) (p.23).

Por no consultarse con las víctimas afrocolombianas, se incorpora en el decreto ley un concepto de víctima limitado, ya que desconoce el territorio como víctima para la población afrocolombiana (ver Decreto ley 4633 de 2011–artículo 3, referido a los pueblos indígenas que reconoce el territorio como víctima); dejando a la libre interpretación de los funcionarios, los conceptos de familia para determinar quién es víctima al momento de la valoración desconociendo los arraigos culturales y familiares (familia extensa e hijos de crianza) en la población afro (p.32).

Las críticas de las organizaciones étnicas, son válidas, en el proceso de elaboración de los decretos-ley étnicos se podría estar frente a la inobservancia del derecho fundamental de consulta previa, 6 meses que tomó la expedición de los decretos, con consulta previa a cada una de las comunidades, es muy poco tiempo para que se configure un proceso de consulta eficaz. A su vez, puede pensarse que el

verdadero motivo que originó la expedición de los decretos étnicos, como se expresó en apartes anteriores, fue subsanar la omisión del derecho a la consulta previa en el proceso legislativo que dio origen a la Ley General de Víctimas 1448 de 2011, y no reivindicar los derechos de las víctimas de grupos étnicos que históricamente han sufrido innumerables vulneraciones tanto individuales como colectivas a sus derechos humanos a causa del conflicto armado interno colombiano.

En cuanto a la parte ejecutoria del Decreto Ley 4635 de 2011, dejando de lado los problemas que rodean su proceso de creación, en relación con comunidades negras, la presente investigación encontró, que el Departamento del Chocó alberga el mayor número de comunidades negras (673 comunidades negras) en Colombia, y hasta la fecha han sido reconocidas como sujetos de reparación colectiva 9 comunidades pertenecientes a 3 consejos comunitarios⁷.

En relación con la restitución de tierras de derechos colectivos de las comunidades negras en el departamento del Chocó, se han reconocido como sujeto colectivo a 44 comunidades negras pertenecientes a un consejo comunitario, proceso que se encuentra en su fase judicial⁸. Sin embargo a ninguna de estas comunidades se les ha reparado colectivamente, ni construido Plan Integral de Reparación Colectiva PIRC, “instrumento técnico que garantiza el cumplimiento de las políticas dirigidas a reparar integralmente a los sujetos colectivos étnicos y culturalmente diferenciados” (Arts. 103-104, Decreto 4635/2011). Que además, requiere un proceso de consulta previa para su elaboración.

Lo anterior evidencia que el proceso de reparación colectiva consagrado en el Decreto Ley 4635 de 2011, en relación con las comunidades negras en su parte ejecutoria dirigida por las entidades competentes, es débil, pues, si el Chocó que es el departamento que alberga el mayor número de comunidades negras en Colombia, y ha sido uno de los escenarios predilectos de los actores armados, el panorama no es nada alentador, en el resto del país ¿qué puede estar pasado?

La respuesta a este interrogante quizás la dio, la Directora de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a Víctimas, en un reporte publicado en el periódico *El Espectador* (2014) donde entre otras cosas expresó que “han sido identificados 303 sujetos colectivos de reparación, que se encuentran en diferentes fases de la ruta de reparación: 132 comunidades no étnicas; 9 organizaciones y casos nacionales

7 Elaboración a partir de los radicados 2015-0616, del 16 de junio de 2015 - Unidad Para la Atención y Reparación Integral a Víctimas - Territorial Chocó y 00195 del 19 de mayo de 2015 del INCODER

8 Elaboración a partir del radicado DTCQ1-201500319 del 20 de agosto de 2015 - Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – Territorial Chocó.

(periodistas, sindicalistas, Unión Patriótica, entre otros); 9 organizaciones de mujeres; 153 comunidades étnicas (73 afrocolombianas, 79 indígenas y 1 rom)”.

Igualmente, la misma entidad, en su informe de gestión 2015, al referirse, al estado actual de la reparación colectiva, expresó: han sido incluidos en la ruta de la reparación colectiva 303 sujetos colectivos, de los cuales 153 son sujetos étnicos, 137 comunidades no étnicas, 8 organizaciones de mujeres y 5 casos de incidencia nacional. De los 153 sujetos en ruta, en el año 2015 se instalaron 24 procesos de consulta previa, de los cuales 3 concluyeron el proceso con la protocolización del Plan de Reparación Colectiva: una comunidad indígena, una comunidad afro y el pueblo Rom (Unidad Para la Atención y Reparación Integral a Víctimas, 2015).

No obstante, la información anterior no es satisfactoria porque: primero, se observa que entre el año 2014 y el 2015, el número de sujetos colectivos que se encuentran en la ruta de la reparación es estático; segundo, no se identifica de los 73 sujetos étnicos afrocolombianos cuántos son de comunidades negras, raizales o palenqueras; tercero, de los 153 sujetos étnicos colectivos, solo 3 comunidades cuentan con Plan de Reparación Colectivo y de esas 3 solo una de ellas es afro y tampoco se señala si son negras, raizales o palenqueras. Se puede deducir, entonces, que todavía no se han materializado medidas que tiendan a reparar colectivamente a las comunidades negras en Colombia. El solo reconocimiento como sujeto de reparación no basta, se requiere que las medidas contempladas en el Decreto Ley 4635 de 2011 sean una realidad palpable para las comunidades negras.

En materia de restitución de tierras colectivas para víctimas de comunidades negras, se decretaron medidas cautelares en defensa de los derechos territoriales de los Consejos Comunitarios Cocomopoca y Larga Tumaradó, en el Departamento del Chocó⁹ y se dictó la Sentencia 071 de 2015, del Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Popayán, por la cual se restituyen y fortalecen los derechos territoriales del Consejo Comunitario Renacer Negro de Timbiqui, Cauca. Sin embargo, estas acciones no son lo suficientemente significativas.

El debate sobre restitución de tierras no se puede reducir a cuántos procesos, cuántas víctimas, cuántas hectáreas y cuántas sentencias se tramitan, esto sería simplificar un proceso que debería resolver una de las consecuencias más graves del conflicto armado: el despojo, el desarraigo y la ruptura del proyecto de vida de millones de familias campesinas; el desafío es garantizar los derechos de las víctimas mediante un procedimiento expedito, informal, sumario y realmente

9 Elaboración a partir del radicado DTCQ1-201500319 del 20 de agosto de 2015 - Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – Territorial Chocó.

transicional, que impida su revictimización y resuelva sus necesidades mediante la tutela judicial efectiva (Mojica, Soto & Ospina, 2014).

Conviene decir que el Decreto Ley 4635 de 2011 representa para las comunidades negras en Colombia, un reconocimiento a las vulneraciones sistemáticas e históricas de sus derechos humanos a causa del conflicto armado interno, pues el presente decreto pretende implementar variables étnicas que permiten a las entidades públicas de los distintos niveles encargadas de la reparación colectiva, tengan como principio la inclusión y visibilización de las víctimas pertenecientes a grupos étnicos en sus planes, programas y proyectos.

Lo anterior es lo dispuesto en el decreto y así debería ser, sin duda el primer paso para que el enfoque diferencial sea una realidad es el debido reconocimiento de las diferencias, el solo reconocimiento y contextualización del fenómeno no basta, se requiere que las medidas encaminadas a superar las diferencias se materialicen mediante las políticas públicas (programas, proyectos) que se adopten.

De manera que, la preocupación acerca del Decreto Ley 4635 de 2011 se traslada a la fase de implementación, donde se tienen dudas acerca de su correcta ejecución, es decir, respecto a si serán suficientes las herramientas jurídicas para satisfacer en la práctica las necesidades, los intereses y los derechos de las víctimas pertenecientes a comunidades negras. La debilidad principal de esta política se exterioriza visiblemente, desde lo encontrado en esta investigación, por la debilidad institucional que se manifiesta en la limitada capacidad técnica, administrativa y financiera, tanto de las entidades encargadas de la reparación colectiva para comunidades negras, como de los entes territoriales. Bien lo expresa la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – territorial Chocó, en su informe regional 2015:

Asumimos el reto de dirigir la Territorial Chocó, con el pleno convencimiento de lo difícil de la tarea encomendada por las debilidades institucionales, la baja capacidad técnica, administrativa y financiera de los entes territoriales, la no garantía de acceso a derechos con oportunidad, calidad y eficiencia de la población afro e indígena del Chocó.

El problema de la reparación colectiva para comunidades negras en el departamento del Chocó, Colombia, no tiene su origen precisamente en la norma, es un problema complejo, en el que el abandono estatal al que han sido sometidos históricamente los grupos étnicos, representa uno de los grandes obstáculos que enfrenta la reparación colectiva étnica, debido a que antes de iniciar un proceso de reparación integral a una comunidad étnica, se tendría que pensar primero en como satisfacer sus necesidades básicas insatisfechas –Acceso a la vivienda, acceso a servicios sanitarios, acceso a educación y capacidad económica–.

El Centro Internacional de Justicia Transicional (2015) expresa:

el discurso político hace promesas difíciles de cumplir cuando aseguran que la reparación transformará vidas y será integral. No consideran los niveles de pobreza y marginalidad en que viven muchas víctimas, ni tampoco su desbordante número [...]. Los compromisos legales que el Estado adquirió con la Ley de Víctimas no pueden ser exonerados posteriormente bajo argumentos de falta de capacidad o previsión por parte del propio Estado (párr. 5).

Igualmente:

dados los elevados niveles de pobreza y marginalidad que sufren muchas víctimas [...]. El programa de reparación por sí solo tiene poca capacidad de impactar positivamente su vida, sin el esencial apoyo de una política social complementaria, es imposible que el discurso de la reparación transformadora se convierta en una realidad para las víctimas (párr.6).

Aunque el párrafo anterior se refiere a la ley general de víctimas y no concretamente a los decretos étnicos, es claro que se repite el mismo patrón con la reparación colectiva étnica, es el mismo “discurso” y aún más cuando las comunidades negras e indígenas tienen los más altos índices de pobreza en el país.

Bien lo dice, la publicación Olapolítica (2015) “Los cinco departamentos más pobres de Colombia son uno de la costa pacífica (Chocó), tres de la costa Caribe (Guajira, Sucre y Córdoba) y uno del sur occidente (Cauca). La particularidad es que estos territorios son ocupados esencialmente por afrodescendientes e indígenas” (párr.1). Igualmente, según un estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “la pobreza, la marginalidad y la exclusión se han convertido en una característica estructural para indígenas y negros” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2000, párr.3).

El Decreto Ley 4635 de 2011, ya tiene 5 años de su expedición y todavía las medidas de reparación colectiva no son una realidad palpable para las comunidades negras.

3. El territorio colectivo, punto de partida para la reparación a comunidades negras organizadas

El propósito del presente acápite es reflexionar sobre el papel trascendental que juega el territorio en la reparación colectiva de las comunidades negras, desde un enfoque que integre tierra y comunidad. “Colombia es el tercer país de América con mayor cantidad de población negra. Según datos del Dane, entre el 18% y el

22% de la población total del país es afrodescendiente; hacen parte de ésta cerca de 8.500.000 colombianos” (Agudelo, 2005, citado por Coronado, 2006, p.48)

A partir del artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991, y su posterior desarrollo normativo (Ley 70 de 1993) y su Decreto Reglamentario (1122 de 1998), se reconocen algunos derechos a los pueblos afrocolombianos, entre ellos el derecho colectivo al territorio (Coronado, 2006).

Son varios los artículos de la Carta Política que hacen dicho reconocimiento: art. 7 que se refiere a la diversidad étnica y cultural; art. 8 que establece la protección de las riquezas culturales y naturales; art. 10 protección de lenguas y dialectos de grupos étnicos; art. 13 proclamador de la igualdad y no discriminación; art. 329 imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad de los territorios colectivos de las comunidades étnicas, derecho de consulta previa para la explotación de recursos naturales sobre los territorios colectivos; art. 330 autonomía de las formas de gobierno, planeación y organización social, territorios colectivos; art. 330 autonomía de las formas de gobierno, planeación y organización social.

Es importante mencionar algunas de las disposiciones de derecho internacional que originaron el desarrollo del derecho fundamental al territorio de las comunidades afrocolombianas (negras, raizales y palenqueras): El Convenio 107 de la OIT, fue el primer instrumento internacional que se refirió a la protección especial que los estados les deben a los pueblos minoritarios asentados en sus territorios (Corte Constitucional, 2014, Sentencia T- 576) y el Convenio 169 de la OIT, que se aplica a los pueblos tribales en países independientes “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art. 1, literal a) ratificado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991). Así, para las comunidades negras el territorio es más que una porción de tierra, como bien lo dice Coronado (2006):

El territorio se entiende como un universo en el cual se hace posible la existencia misma de las comunidades afrodescendientes. Más allá de la relación del hombre con la tierra, el territorio recoge la esencia misma de la existencia de un grupo social, los pobladores hacen parte del territorio, así como la tierra, los ríos, los recursos y la vida (p.66).

Del mismo modo, en diferentes oportunidades, la Corte Constitucional¹⁰ ha señalado la importancia del territorio para las comunidades afrodescendientes. Ha

10 Al respecto se pueden consultar, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T-380 de 1993 y la Sentencia T-652 de 1998.

afirmado que la garantía del derecho al territorio es la posibilidad material de ejercer los derechos de identidad cultural y autonomía de los grupos étnicos, ya que este es el espacio físico en el cual puede sobrevivir su cultura. Y en una definición mucho más precisa de la relación entre vida y territorio, el mismo tribunal ha sostenido que - el derecho al territorio de los grupos étnicos representa la base material para su supervivencia y el desarrollo de sus culturas (Coronado, 2006).

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009) se refiere al tema cuando expresa:

Los territorios ancestrales tienen un profundo valor espiritual para los pueblos indígenas y tribales (...). Además, los pueblos indígenas y tribales (...) consideran que ciertos lugares, fenómenos o recursos naturales son especialmente sagrados de conformidad con su tradición, y requieren especial protección, es decir, los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales (...) son un elemento constitutivo de su cosmovisión y su religiosidad, dado que para ellos, los conceptos de familia y de religión se conectan íntimamente con los lugares donde los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los patrones de parentesco se han desarrollado a partir de la ocupación y uso de sus territorios físicos.

Por otro lado, para Coronado (2006):

El derecho al territorio no puede clasificarse de plano como un derecho civil o político, o como derecho social o prestacional. Es necesario entender el derecho al territorio como un derecho cultural, cuya titularidad depende de las condiciones culturales de los sujetos –individuales o colectivos–. Pero la naturaleza del derecho al territorio es mucho más compleja, porque es un derecho cultural que permite la garantía de otros derechos. El derecho al territorio hace parte, junto al derecho al desarrollo, de una categoría especial de derechos fundamentales: los derechos vectores.

Considerar al derecho al desarrollo y al derecho al territorio como derechos vectores, significa que la garantía de este tipo de derechos genera condiciones para la garantía de un catálogo más amplio y más ambicioso de derechos fundamentales. Esta afirmación se relaciona directamente con el concepto de integralidad e interdependencia de los derechos humanos, que define la existencia de relaciones intrínsecas entre los derechos fundamentales, hasta el punto de afirmar que la violación o vulneración de un derecho fundamental, acarrea necesariamente la violación o vulneración de otro derecho fundamental.

Sin embargo no se debe equiparar el concepto de derecho vector con los de integralidad e interdependencia de los derechos fundamentales. La garantía de un derecho vector es la generación de condiciones para el disfrute de otros derechos.

Afirmar que el derecho al territorio es un derecho vector implica que la garantía de este derecho conlleva a la generación de condiciones óptimas para la garantía de otros

derechos. Para el caso de las comunidades afrodescendientes en Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que la garantía de este derecho hace posible la realización del derecho a la vida de estos grupos étnicos (Corte Constitucional, Sentencia T-955/03).

Cualquier política pública que involucre comunidades negras debe, por tanto, tener en cuenta el papel trascendental que juega el territorio para dichas comunidades. Las políticas diseñadas para la reparación colectiva de comunidades negras, deben propender por garantizar ante todo, su derecho al territorio. Se hace, entonces, un llamado al Estado colombiano para que en la ejecución de la política pública dirigida a reparar a las víctimas colectivas de comunidades negras (Decreto Ley 4635 de 2011) se dimensione adecuadamente el papel que cumple el territorio en sus vidas.

Las medidas dirigidas a reparar colectivamente a las comunidades negras víctimas del conflicto armado interno, solo serán efectivas cuando se les garantice a las comunidades el derecho al territorio. Considerando, que las violaciones a los derechos humanos que han padecido estas comunidades, han afectado gravemente sus territorios y por ende su forma de vida. Una de las tareas más importantes de la reparación colectiva con enfoque étnico, debería ser reconstruir el vínculo que se ha visto lesionado por el conflicto armado colombiano.

Hay que mencionar además, que el artículo 6 del Decreto Ley 4635 de 2011, contempla la siguiente definición de daño colectivo: “Se entiende que se produce un daño colectivo cuando la acción viola los **derechos y bienes** de las Comunidades como sujetos étnicos colectivos”; también se produce un daño colectivo cuando se vulneran masiva y sistemáticamente los derechos individuales de los miembros de la colectividad. La naturaleza colectiva del daño se verifica con independencia de la cantidad de personas individualmente afectadas, aunque este se presume cuando hay una violación masiva y sistemática de derechos individuales de los miembros de una Comunidad por el hecho de ser parte de la misma. Se puede decir entonces, que el territorio hace parte de aquellos derechos y bienes, por ende el Estado debe garantizar dentro del proceso de reparación colectiva, el goce a las comunidades negras del derecho al territorio, goce que se ha visto afectado por el conflicto armado interno.

De modo, que se debe tener en cuenta en los procesos de reparación colectiva de comunidades negras, que el goce del derecho al territorio no solo se garantiza con la restitución de las tierras como mediada de reparación en los casos de despojo y abandono forzado de las tierras, sino que se requiere además de un proceso de reconstrucción y fortalecimiento de los lazos ancestrales culturales y económicos. Para eso, son necesarias políticas públicas complementarias que permitan la

reconstrucción de dicho vínculo, tanto de las víctimas colectivas despojadas en proceso de restitución, como de las que aún permanecen en los territorios.

Algo parecido dice Coronado (2009) cuando expresa [...]. “El derecho a la tierra y al territorio no se limita únicamente al derecho a la propiedad, posesión o uso de los mismos, ni su garantía o ejercicio se agotan con la seguridad jurídica de la tenencia. Este un derecho que implica un catálogo de obligaciones más amplio en cabeza del Estado” (p.30):

Las comunidades afrodescendientes y los pueblos indígenas tienen un estatus especial de protección de su derecho a la tierra y al territorio, que implica la existencia de una atención especial por parte del Estado para proteger sus territorios ya que de esta protección depende la existencia de su cultura y de su forma de vida como pueblos (p.34).

También es necesario que el Estado para efectos de la reparación colectiva étnica, diferencie las comunidades negras que están en centros urbanos y las que se encuentran en las zonas rurales. Considerando, que las comunidades afro que habitan en los centros urbanos tienen una conexión ancestral con el territorio diferente a aquellos que vivían o viven en estos territorios, su vida y su subsistencia como individuo y como grupo dependen de ellos. Con esto no se pretende decir, que se debe excluir de la reparación colectiva a las comunidades negras asentadas en centros urbanos, pero si, que se debe tener un trato diferenciado en razón de las comunidades negras que habitan en las zonas rurales colombianas, para estas las medidas colectivas de reparación deben tener en cuenta sus prácticas ancestrales y su dependencia del territorio. Coronado (2009) lo expresa de la siguiente manera: “la tierra y el territorio son elementos vitales para los pobladores rurales y deben ser reconocidos como derechos, ya que sin ellos su existencia, sus formas culturales y su modo de vida se encontrarían en riesgo de desaparecer” (p.18).

Conclusiones

La situación que viven las comunidades negras en Colombia es crítica, sus territorios se han convertido en los principales escenarios del conflicto armado interno y sus integrantes son victimizados tanto individual como colectivamente; a esto se suma el abandono estatal al que han sido sometidas históricamente estas comunidades lo cual ha desencadenado en crisis humanitaria. El Estado colombiano ha expedido diversas normas para reparar a las víctimas del conflicto armado interno y aunque sus esfuerzos son loables, en la mayoría de los instrumentos jurídicos diseñados e implementados se ha desconocido el derecho a las víctimas de comunidades negras a una reparación colectiva diferenciada.

La Ley 975 de 2005, no presenta una conceptualización de lo que debe comprenderse por daño colectivo o de los elementos que permitan distinguirlo del daño individual; no incorpora variables étnicas, aunque establezca algunos lineamientos; no establece ni diseña una estructura administrativa y judicial idónea para la reparación colectiva con enfoque étnico; en otros términos, reconoce a los grupos étnicos como víctimas colectivas pero no desarrolla medidas diferenciadas en razón de su etnicidad o cultura.

La ley general de víctimas, no legisla sobre víctimas de grupos étnicos, no diseña mecanismos de reparación integral colectivos con enfoque diferencial étnico; establece criterios que permitirán una mayor comprensión del fenómeno, porque garantiza mediante el artículo 205 que se estructuren y diseñen políticas públicas que se basen en el principio de tratamiento especial y diferenciado a que tienen derecho los grupos étnicos.

Es evidente la debilidad del proceso de reparación colectiva consagrado en el decreto Ley 4635 de 2011, en relación con las comunidades negras en su ejecutoria dirigida por las entidades competentes, el Chocó ha sido uno de los escenarios predilectos de los actores armados y el panorama no es nada alentador para estas comunidades, tampoco así para las comunidades negras del resto del país. Este Decreto representa para las comunidades negras en Colombia, un reconocimiento a la vulneración sistemática e histórica de sus derechos humanos por el conflicto armado interno. La intención del Estado colombiano de diseñar un proceso de reparación colectiva con enfoque étnico es rescatable. Interesa que las medidas allí contempladas sean una realidad palpable para todas las comunidades negras víctimas, de nada sirve el reconocimiento de un derecho del que no se puede gozar.

Es un acto de justicia que el Estado colombiano haya contemplado legalmente la necesidad y la importancia de la reparación colectiva para grupos étnicos, entre ellos las comunidades negras, pues, estas comunidades requieren más que indemnizaciones individuales como medida de reparación, territorios libres de violencia y principalmente una mejor calidad de vida, y solo mediante mecanismos de reparación eficaces y sostenibles se podrá alcanzar este anhelo.

Para finalizar, no se puede hablar de paz, reconciliación y de construcción de escenarios de posconflicto, si el Estado no busca los medios idóneos y eficaces para realizar la reparación integral de estas comunidades azotadas por el conflicto armado interno, si bien la paz es un deseo de todos los colombianos, hay que empezar entonces por reparar las secuelas del conflicto y esas son las víctimas.

Referencias

- Aguilar Torrado, A. (2001). Análisis de la ley 387 de 1997: su impacto psicosocial en la población desplazada. *Revista Reflexión Política*, 1(5), 1-10.
- Ahumada, S. (2014). *Contribución al estudio del daño colectivo y de su reparación en el marco de la Ley 975 de 2005*. (Tesis de Maestría). Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. Colombia.
- Amnesty International. (2012). *Colombia: La Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras*. Recuperado de <https://www.amnesty.org>.
- Amnistía Internacional criticó el proceso de restitución de tierras. (27 de noviembre de 2014). *El colombiano*. Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/amnistia-internacional-critico-el-proceso-de-restitucion-de-tierras-EC756565>
- Arteaga, B.I, Salcedo, D. L., Lozano, L., Prada, L.T, Muñoz, F. G., Rivera, G. M., et al. (2012). *Identidades, Enfoque Diferencial y Construcción de Paz - Serie documentos para la paz N° 3*. Colombia: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Así va la ejecución de la Ley de Víctimas. (11 de diciembre de 2014). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/asi-va-ejecucion-de-ley-de-victimas-articulo-532650>
- Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados y Global Rights – Partners for Justice. (2010). *Bicentenario: ¡Nada que celebrar!* Recuperado de http://www.pcslatin.org/portal/images/documentos/publicaciones/Bicentenario_nada_que_celebrar.pdf
- Bacrim, ¿los nuevos ‘paras’? (17 de agosto de 2011). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/wikileaks/bacrim-los-nuevos-para-articulo-292354>
- Centro Internacional de Justicia Transicional. (2015). *Estudio sobre la implementación del Programa de Reparación Individual en Colombia*. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-Estudio-reparacion-individual-2015.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (2000). *Situación de indígenas y afroamericanos en América Latina y el Caribe*. Recuperado de <http://www.cepal.org/cgibin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/7/77/P77.xml>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1991). *Derechos Humanos en Colombia*. Recuperado de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/ddhh_en_colombia_3er_informe_de_la_CIDH.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Derechos Humanos en Colombia*. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Colo.09.sp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Anexo 9 la situación de los grupos étnicos en Colombia*. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/research/colombia/Anexo%209%20Situacion%20de%20los%20grupos%20eticos%20en%20Colombia.pdf>

- Constitución Política de Colombia. (1991). 2ª. Bogotá: Legis
- Convenio 107 de 1957. Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales. Organización Internacional del Trabajo – (O.I.T).
- Convenio 169 de 1989. Sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes. Organización Internacional del Trabajo – (O.I.T)
- Coronado, S. A. (2006). El territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia. *Controversia*, (187), 47-81.
- Coronado, S. A. (2009). *El derecho a la tierra y al territorio*. Bogotá: Ediciones Ántropos Ltda.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-576 (2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-045 (2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 (2004).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-652 (1998).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-380 (1993).
- Cortés, G. J. (2013). *Enfoque Diferencial en la Política de Atención Integral a la Población Desplazada, una Lectura Sobre las Políticas Interculturales*. Recuperado de: http://www.academia.edu/5837558/enfoque_diferencial_en_la_politica_de_atencion_integral_a_la_poblacion_desplazada_una_lectura_sobre_las_politicas_interculturales
- Decreto 128 del 22 de enero de 2003, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil. Publicado en el Diario Oficial N. 45.073 de enero 24 de 2003.
- Decreto 1745 del 12 octubre de 1995, 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. Publicado en el Diario Oficial N. 42.049 de octubre 13 de 1995.
- Decreto 1980 del 21 de septiembre de 2012, Por medio del cual se reglamenta la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010. Publicado en el Diario Oficial N. 48563 del 24 de septiembre de 2012.
- Decreto 2562 del 27 de noviembre de 2001, por el cual se reglamenta la Ley 387 del 18 de julio de 1997, en cuanto a la prestación del servicio público educativo a la población desplazada por la violencia y se dictan otras disposiciones. Publicado en el Diario Oficial N. 44.632 del 01 Diciembre del 2001.
- Decreto 2601 del 19 de julio de 2011, por el cual se reglamenta la Ley 1424 de 2010. Publicado en el Diario Oficial N. 48137 de julio 21 de 2011.

- Decreto 2767 del 21 de agosto de 2004, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la vida civil. Publicado en el Diario Oficial N. 45657 de agosto 31 de 2004.
- Decreto 395 del 14 de febrero de 2007, por medio del cual se reglamenta la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006 y se modifica parcialmente el Decreto 128 de 2003. Publicado en el Diario Oficial N. 46542 de febrero 14 de 2007.
- Decreto 951 del 24 de mayo de 2001, Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 3^a de 1991 y 387 de 1997, en lo relacionado con la vivienda y el subsidio de vivienda para la población desplazada. Publicado en el Diario Oficial N. 44450 del 9 de junio de 2001.
- Decreto Ley 4633 del 9 de diciembre de 2011, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas. Publicado en el Diario Oficial N. 48278 de diciembre 9 de 2011.
- Decreto Ley 4634 del 9 de diciembre de 2011, Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rrom o Gitano. Publicado en el Diario Oficial N. 48278 de diciembre 9 de 2011.
- Decreto Ley 4635 del 9 de diciembre de 2011, por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Publicado en el Diario Oficial N. 48278 de diciembre 9 de 2011.
- Delgado Barón, (2011). La a Ley de Justicia y Paz en Colombia: la configuración de un subcampo jurídico-político y las luchas simbólicas por la inclusión. *Revista de Relaciones Internacionales*, 6(2), 179-194.
- Departamento Nacional de Planeación. (2012). *Guía para la incorporación de la variable étnica y el enfoque diferencial en la formulación e implementación de planes y políticas a nivel nacional y territorial*. Recuperado de http://www.juntosconstruyendofuturo.org/uploads/2/6/5/9/26595550/guia_relacionada_con_enfoque_diferencial.pdf
- Hinestroza, L. (2008). *Declaración de Áreas Protegidas en Territorios Colectivos de Comunidades Negras en Colombia*. Bogotá: Menos Impresores.
- Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER). 2015. Derecho de petición con radicado 00195 del 19 de Mayo de 2015.
- Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Popayán. Sentencia T- 071 de 2015. J. Luis Felipe Jaramillo Batancourt.
- Ley 387 del 18 de julio de 1997, por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización

- socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.
- Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.
- Ley 548 del 23 de diciembre de 1999, Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1424 del 29 de diciembre 2010, por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1448 del 10 de junio de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1592 del 3 de diciembre de 2012, por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005.
- Ley 21 del 04 de marzo de 1991, Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.
- Ley 70 del 27 de agosto de 1993, por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.
- Ley 782 del 23 de diciembre de 2002, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones.
- Ley 975 del 25 de julio de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.
- Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas. (2013). *Evaluación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras 1448 de 2011, Decreto Ley 4635 de 2011 y de la Política de Respuesta del Gobierno Nacional a la Crisis Humanitaria Afrocolombiana*. Recuperado de <http://www.convergenciagnoa.org/images/documentospdf/publicaciones/informe%20ley%20de%20victimas.pdf>
- Mojica, J., Soto, J., & Ospina, J. (2014). Restitución de tierras: problemas en 2014 y desafíos para 2015. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/8150-restituci%C3%B3n-de-tierras-problemas-en-2014-y-desaf%C3%ADos-para-2015.html>
- Ola Política. (2015). *Los cinco departamentos más pobres de Colombia*. Recuperado de <http://www.olapolitica.com/content/los-cinco-departamentos-m%C3%A1s-pobres-de-colombia>

- Prada, N. y Poveda N. (2012). 32 preguntas y respuestas sobre la Ley de víctimas. Recuperado el 29 de septiembre de 2015 de: <http://www.humanas.org.co/archivos/cartlldisreducido.pdf>
- Procuraduría General de la Nación. (2007). Conceptos básicos acerca de la Ley 975 de 2005 (justicia y paz) y de los derechos de las víctimas. Recuperado de http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/victimas_2007/conceptosbasicos_ley975.pdf
- Seis millones de víctimas deja el conflicto en Colombia. (08 de febrero de 2014). *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/victimas-del-conflicto-armado-en-colombia/376494-3>
- Sierra, A. (5 de abril de 2014). El vasto universo de la reparación colectiva. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/clasificacion-de-los-procesos-de-reparacion-colectiva/382706-3>
- Suárez, G. (2014). Reparación integral a las víctimas de conflicto en Colombia (tesis de pregrado). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.
- Toro, I. D. & Parra, R. D. (2010). *Fundamento Epistemológico de la investigación y la metodología de la investigación: cualitativa/ cuantitativa*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT
- Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – Territorial Chocó. 2015. Derecho de petición con radicado DTCQ1-201500319 del 20 de agosto de 2015.
- Unidad Para la Atención y Reparación Integral a Víctimas - Territorial Chocó. (2015). Derecho de petición con radicado 2015-0616, del 16 de junio de 2015.
- Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – territorial Chocó. (2015). *Informes Regionales 2015 - DT Chocó*. Recuperado de <http://www.unidadvictimas.gov.co/especiales/rendicion-cuentas-2015/html/pdf/choco.pdf>



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón de Violeta
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

*Los hijos del Estado: desventajas sociales ante una larga espera para su adopción**

DOI: [10.17533/udea.esde.v73n161a08](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a08)

* Este artículo presenta avances del proyecto *La adopción de niños en Colombia y sus dificultades en la práctica administrativa y judicial*, grupo de investigación en Derecho –GRID–, línea de investigación en Derecho, Sociedad y Contexto, Universidad Pontificia Bolivariana. La investigación es financiada por el Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación –CIDI– Radicado 417B-07/15-37. Fecha de Inicio: 17 de septiembre de 2015.

Citación de este artículo con el sistema APA: Estrada Jaramillo, L. M. et al. (2016). Los hijos del Estado. Desventajas sociales ante una larga espera para su adopción. *Estudios de Derecho*. 73 (161), 155-179. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a08

Fecha de recepción: 20 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 9 de junio de 2016

Los hijos del Estado: desventajas sociales ante una larga espera para su adopción

Lina Marcela Estrada Jaramillo¹, Beatriz María Arango Orozco², Ángela María Mesa González³, Carolina Vergara Tobón⁴, Manuela Noreña González⁵, Manuela Tamayo Monsalve⁶, Daniela López Lopera⁷, Julián Andrés Correa Barros⁸

Resumen

A partir del año 2009 se evidencia una disminución en las adopciones de niños, debido a dificultades en sus trámites, la utilización de métodos de reproducción asistida y políticas públicas contrarias al interés superior del niño. Esto genera una institucionalización que afecta, en especial, a niños que tienen en su contra el paso del tiempo, pues cada día implica una espera de familias que han perdido el interés por adoptarlos. En Colombia, estas dificultades se incrementaron a raíz de la sentencia de la Corte Constitucional T-844 de 2011, que dio base a una interpretación por parte del ICBF en el sentido de adelantar la búsqueda hasta el sexto grado de consanguinidad de la familia de origen del niño, reduciendo en un 62% las adopciones. Como consecuencia, se tiene que los niños pertenecientes a grupos de hermanos, con discapacidades y mayores de ocho años se consideran de difícil adoptabilidad convirtiéndolos en hijos del Estado, bajo la incertidumbre sobre las posibilidades en el futuro y la marginación social como consecuencia de la institucionalización. Este artículo presenta los avances de la investigación “*La adopción de niños en Colombia y sus dificultades en la práctica administrativa y judicial*” donde se expone el reto que debe asumir el Estado para la protección de estos niños, actuando como una “familia”, que intenta suplir las carencias que se viven en una institución estatal.

Palabras clave: adopción, institucionalización, familia, niños

- 1 Abogada, Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana, Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Docente Titular de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Investigadora principal. Miembro del grupo de investigación en Derecho –GRID–, línea de investigación en Derecho, Sociedad y Contexto. Correo electrónico: lina.estrada@upb.edu.co
- 2 Abogada, Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Derecho Comercial, Laboral y Civil. Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje “Darío Velásquez Gaviria”. Coinvestigadora. Correo electrónico: beatrizmaria.arango@upb.edu.co
- 3 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, en formación en investigación. Correo electrónico: angelamesa95@gmail.com
- 4 Estudiante de la Facultad Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, en formación en investigación. Correo electrónico: carovt94@hotmail.com
- 5 Estudiante de la Facultad Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, en formación en investigación. Correo electrónico: manunogo@hotmail.com
- 6 Estudiante de la Facultad Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, en formación en investigación. Correo electrónico: manutamayo_monsa@hotmail.com
- 7 Estudiante de la Facultad Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, en formación en investigación. Correo electrónico: danylopez-13@hotmail.com
- 8 Estudiante de la Facultad Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, en formación en investigación. Correo electrónico: juliandres.correab@gmail.com

Children of the State: social disadvantages facing a long wait for adoption

Abstract

From 2009 a decrease in adoptions of children due to difficulties in their procedures, the use of methods of assisted reproduction and public policies contrary to the interests of the child is evident. This generates an institutionalization that affects in particular children who are against the passage of time, as each day involves a wait for families who have lost interest in adopting them. In Colombia, these difficulties were increased following the ruling of the Constitutional Court T-844 de 2011, which gave the basis for an interpretation by the ICBF in the sense of advancing the search until the sixth grade of consanguinity of the family of child's origin, reducing adoptions by 62%. As a result you have it that children belonging to groups of siblings with disabilities and older than eight years are considered difficult adoptability turning them into children of the State, under the uncertainty about future possibilities and social marginalization as a result of institutionalization. This article presents the progress of the research "*Adoption of children in Colombia and its difficulties in administrative and judicial practice*" where the challenge the State must take to protect these children is exposed, acting as a "family" that tries to fill the gaps that are found in a State institution.

Keywords: adoption, institutionalization, family, children

Os filhos do estado: desvantagens sociais perante uma longa espera para a sua adoção

Resumo

A partir do ano 2009 evidencia-se uma diminuição nas adoções de crianças, devido a dificuldades nas formalidades, a utilização de métodos de reprodução assistida e políticas públicas contrárias ao interesse superior da criança. Isto gera uma institucionalização que afeta, especialmente, as crianças que têm contra elas mesmas o passar do tempo, já que cada dia implica uma espera de famílias que perderam o interesse por adotá-los. Na Colômbia, estas dificuldades aumentaram por causa da sentença da Corte Constitucional T-844 de 2011, que deu base a uma interpretação pelo ICBF no sentido de manter a busca até o sexto grau de consanguinidade da família de origem da criança, reduzindo em 62% as adoções. Como consequência, vemos que crianças pertencentes a grupos de irmãos, com deficiências e maiores de oito anos são considerados de difícil adotabilidade tornando-os filhos do Estado, sob a incerteza, sobre as possibilidades no futuro e a marginalização social como consequência da institucionalização. Este artigo apresenta os avanços da pesquisa "*A adoção de crianças na Colômbia e suas dificuldades na prática administrativa e judicial*" onde é exposto o desafio que deve assumir o Estado para a proteção destas crianças, atuando como uma "família", que tenta preencher as lacunas que se vivem em uma instituição estatal.

Palavras-chave: adoção, institucionalização, família, crianças.

Los hijos del Estado: desventajas sociales ante una larga espera para su adopción

Introducción

Esta investigación surge como un interés por identificar las principales falencias del Estado colombiano para garantizarles a los niños⁹ con sus derechos vulnerados, el derecho a tener una familia. Hoy encontramos una gran cantidad de niños que permanecen institucionalizados y que, incluso, alcanzan la mayoría de edad sin una familia que les brinde las condiciones mínimas de protección; esta realidad se plasma en estadísticas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF), donde es evidente el aumento de niños que ingresan al sistema de protección estatal.



Fuente: Derecho de petición al ICBF con radicado 1760142862 presentado por los investigadores el 18 de febrero de 2015 y con respuesta el 21 de febrero de 2015.

Además de la gran cantidad de niños que permanecen institucionalizados, el Estado determina medidas de protección ineficaces ocasionando una lentitud en los procesos de adopción que dificultan la búsqueda de una familia como entidad primaria de protección. En el caso colombiano, dichas medidas de protección o políticas públicas ineficaces son, para el caso de estudio, las siguientes: la búsqueda hasta el sexto grado de consanguinidad de la familia de origen del niño, la interpretación del ICBF a la sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional, la ausencia de un protocolo de adopciones no realizado aún por el ICBF, la amplia discrecionalidad de la que gozan los defensores de familia por la ausencia del protocolo que rija su marco de acción y la desinformación que han creado los

9 En este artículo se usará el término *niños* para referirse a menores de 18 años.

medios de comunicación, generando mitos alrededor del proceso de adopción y que le corresponde a la institucionalidad desvirtuar e informar correctamente.

Esta investigación pretende identificar los patrones que dificultan la adopción y las consecuencias que se derivan de la institucionalización en el desarrollo integral de niños y jóvenes, analizando las implicaciones que trae el crecer sin una familia y la proyección que como adultos puedan tener en su futuro. Para alcanzar este objetivo, se realiza en primer lugar, un estudio dogmático de los instrumentos internacionales y nacionales sobre la adopción de niños desde una perspectiva crítica y prescriptiva, a fin de evaluar la situación actual en que se encuentran. En segundo lugar, se examina la situación de los niños con características especiales (niños con discapacidad, niños mayores de ocho años, grupo de hermanos) llamados “Niños del Estado”. Posteriormente se analizan las consecuencias de la institucionalización cuando los niños no son adoptados mientras cumplen la mayoría de edad.

La metodología utilizada fue la revisión de fuentes secundarias y la elaboración de fichas bibliográficas a partir de la búsqueda realizada en bases de datos académicas Lexbase, Dialnet, Redalyc, Ebsco y Scopus y en las bibliotecas de las Universidades de Eafit, Antioquia, Nacional y Pontificia Bolivariana. Así mismo, se realizaron cinco derechos de petición al ICBF donde se obtuvieron cifras sobre la situación actual de la adopción y se realizaron dos visitas a la Casita de Nicolás, institución autorizada para desarrollar programas de adopción en Medellín (Colombia), donde se entrevistó a la Trabajadora Social de la Institución sobre la situación actual de los niños que no son adoptados.

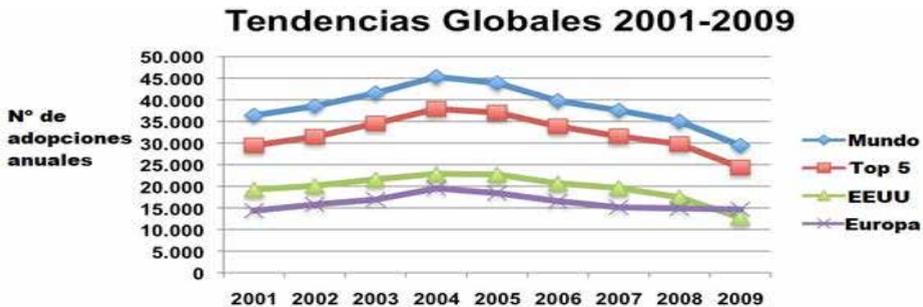
1. La adopción

1.1 La adopción a nivel internacional

La adopción es una medida excepcional que procede únicamente cuando las otras medidas de protección¹⁰ no han sido eficaces, toda vez que se pretende proteger el derecho de los niños a permanecer con su familia de origen. A nivel internacional, Peter Selman (2012) en una investigación realizada sobre las tendencias globales en las adopciones internacionales, evidenció que el número de las adopciones se ha reducido a una cuarta parte desde el 2004 y esta tendencia apunta a una disminución

10 Entre las medidas de protección que consagra la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia– en su artículo 53, se encuentran: la amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; retiro del niño del medio que vulnere sus derechos y ubicación en un centro especializado de restablecimiento de derechos; ubicación inmediata en medio familiar; ubicación en centros de emergencia cuando no proceden los hogares de paso; además de las que determinen las autoridades administrativas y judiciales dependiendo del caso en concreto.

adicional en los próximos años, debido a mayores controles por parte de los Estados para evitar el tráfico y la trata de niños, que si bien establecen medidas adicionales para adoptar, generan que el proceso sea más lento y que los niños permanezcan por más tiempo institucionalizados, vulnerando así el derecho fundamental a tener una familia.



Fuente: Selman, P. The Rise and Fall of Intercountry Adoption in the 21st Century: Global Trends from 2001 to 2010. In Gibbons, J. & Rotabi, K. (eds). *Intercountry Adoption: Policies, Practices, and Outcomes*. Farnham: Ashgate, en prensa.

Selman evidencia una posición a favor de las adopciones internacionales existentes en varias investigaciones, las cuales reconocen la necesidad de una reforma para su trámite que sea beneficiosa para los niños. Varios autores como Mark Zappala y Chuck Johnson citados por Selman (2012), defienden dicha posición, estableciendo que si los niños no pueden ser adoptados en su propio país – lo cual es lo más conveniente – tampoco debe vulnerárseles el derecho a tener una familia y a vivir en ella, por lo cual consideran que la mejor solución son las adopciones internacionales, siempre y cuando cumplan con el marco de los principios de la Convención de la Haya.

Sin embargo, cada vez son menores las posibilidades para realizar una adopción internacional, pues países como Bután, Guatemala, Kazajistán, Kirguistán, Rusia, Ruanda y Ghana han cerrado la adopción internacional; Corea del Sur se encuentra planteando la posibilidad de eliminarlas; la República Federal Democrática de Nepal ha censurado totalmente las adopciones hacia la Unión Europea; China en el 2007 implementó una regulación más estricta frente a los postulantes padres adoptivos extranjeros (Voigt & Brown, 2013).

Colombia, por su parte, determinó a partir de las Resoluciones 4274 de 2013 y 3792 de 2015 del ICBF, suspender la recepción de solicitudes de familias con residencia habitual en el extranjero que deseen adoptar un niño sano menor de seis años y once meses, a menos que fueran niños con necesidades especiales. Si bien esta medida de suspensión está basada en el represamiento de las solicitudes de

adopciones que en muchos casos pueden durar hasta siete años como lo determina la Resolución, se considera que es una decisión que no soluciona los problemas estructurales que afrontan las adopciones en Colombia, donde muchos niños cumplen la mayoría de edad en instituciones de protección y en hogares sustitutos.

Frente a la anterior situación, es común en todos los países establecer dispositivos jurídicos con el fin de proteger y restablecer los derechos de la niñez, que cada día más están expuestos a situaciones de vulneraciones, inobservancias y omisiones. La adopción se observa como una medida frente a situaciones donde la familia de origen no cumple las garantías mínimas para su protección, los países han discutido cómo determinar la filiación luego de la adopción (si abierta o cerrada) y la manera de evaluar las situaciones sociales y económicas de una familia para retirar un niño si dicha evaluación es adversa.

1.2 La adopción en Colombia

Particularmente, en el caso colombiano, es preocupante la situación de las adopciones ya que desde el 2011 se ha evidenciado una reducción de las mismas que alcanza el 62% de las estadísticas nacionales. La Revista Semana (S.N., 2013) evidenció tres eventos que pusieron en crisis la adopción en Colombia, volviéndolo un proceso lento y dispendioso: 1) la sentencia de la Corte Constitucional (T-844 de 2011) que originó la interpretación por parte del ICBF de realizar la búsqueda de familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad antes de que el niño sea declarado en situación de adoptabilidad; 2) el Informe de Vigilancia Superior de la Procuraduría General de la Nación sobre el Programa de Adopción donde se realizó una investigación en las Instituciones Autorizadas para Desarrollar Programas de Adopción –IAPAS- que operan en Bogotá; 3) el Programa de Séptimo Día sobre los “Niños made in Colombia” donde se presentaron casos de adopciones irregulares, lo que generó una movilización en el país a favor de la adopción de niños y el rechazo al programa del medio de comunicación al solo mostrar casos infructuosos.

Respecto a la sentencia de la Corte Constitucional, se tuvo un avance al determinar mediante la Ley 1753 de 2015 – artículo 217 – que en el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños la búsqueda de la familia extensa, no debe ser superior a cuatro meses, prorrogables por dos meses más, si el defensor de familia así lo considere (ICBF, Derecho de petición N° 1760525558, 2015). Ahora, el cuestionamiento radica en analizar si esta disposición realmente tendrá un acogimiento positivo entre los defensores de familia, que se encuentran presionados por hacer una efectiva búsqueda, toda vez que de no realizarla tendrían graves consecuencias por parte de la ley colombiana, que por

su calidad de servidores públicos, los castiga penal y disciplinariamente por omitir el efectivo cumplimiento de la ley.

En consecuencia, el Informe de Vigilancia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia (Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, 2012, p. 163), señala que se vienen presentando una serie de falencias con la Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad proferida por el Defensor de Familia, al ser el resultado de la inobservancia de los lineamientos técnicos y legales de los funcionarios encargados del proceso de adopción, lo que genera vulneración de derechos fundamentales de los sujetos intervinientes en la misma, tales como: el interés superior del niño (Ley 1098 de 2006, artículo 8); el derecho a ser escuchado (Ley 1098 de 2006, artículo 31) y el derecho al debido proceso (Ley 1098 de 2006, artículo 26); lo cual denota negligencia en la que incurrir los operadores jurídicos. De ahí que se recomendó abrir investigaciones disciplinarias a algunos funcionarios públicos que realizaron de forma incorrecta programas de adopción.

Pero quizás lo que ha generado mayores consecuencias en los procesos de adopción fue el programa de televisión “Séptimo Día”, “Niños made in Colombia”. Allí se relataron varias historias de niños adoptados por extranjeros donde sus padres biológicos argumentaban que el ICBF les había arrebatado injustamente a sus hijos y los había dado en adopción. Varios artículos de opinión aparecieron en los principales periódicos colombianos *a raíz de este programa protestando por la manera amarillista y poco explorada del proceso de adopción, lo que generó una crisis mayor al mostrar a Colombia como un país que “exporta” o “vende” los niños* (S.N., 2012).

Adicionado a los factores mencionados, con la investigación realizada identificamos la ausencia del protocolo de adopciones exigido por la Corte Constitucional al ICBF, en el que se recomienda establecer pautas de acción claras para el proceso de adopción que limiten la discrecionalidad de los actores y el margen de error respecto de los derechos de los niños. En este sentido, consideramos de vital importancia que el ICBF de cumplimiento a lo ordenado por la Corte, con el fin de abarcar una efectiva protección integral a la infancia.

Como consecuencia de la grave situación de institucionalización de los niños colombianos en el 2015, el ICBF lanzó la campaña denominada “*Cuando das amor, renaces*”, cuyo objetivo principal es incentivar la adopción de niños que tengan declaratoria de adoptabilidad. La pregunta es: ¿esta campaña realmente soluciona la problemática, aun sabiendo que la dificultad está en el trámite administrativo que realiza el ICBF y no en la voluntad de adopción, a excepción de los casos de niños con características especiales?

2. Niños con características especiales de difícil adopción

En el Sistema Nacional de Adopciones (SNA), se encuentran 4.850 niños con características o necesidades especiales esperando encontrar una familia que los adopte. De ese número, el 69% tienen entre 13 y 18 años, y el 31% restante son menores de 12 años. En la actualidad, hay 368 solicitudes de adopción de familias colombianas esperando respuesta de niños entre los cero y los seis años de edad. En cuanto a las familias extranjeras hay 2.281 solicitudes en lista de espera, de las cuales 123 hogares aceptarían niños con alguna condición especial (ICBF, Infografía. Panorama Nacional de la Adopción, 2015).

A esas características o necesidades especiales se le ha denominado “niños de difícil adopción”, porque la mayoría de familias nacionales, como lo muestran las estadísticas, prefieren la adopción de niños sanos, recién nacidos hasta los seis años. Dentro de las características especiales que reconoce el Estado colombiano, encontramos cuatro categorías de niños cuya adopción es dispendiosa y problemática, incluso, han llevado a que cumplan la mayoría de edad en una institución estatal. Según el ICBF, son de difícil adopción los niños mayores de ocho años, los grupos de más de tres hermanos, o de dos hermanos en los que alguno sea mayor de ocho años y aquellos niños que tienen discapacidades físicas, mentales o sensoriales, o padecen de enfermedades permanentes (ICBF, Guía para la Adopción de Familias Nacionales y Extranjeras, 2015). Luego se presenta una estadística del ICBF evidenciando la población existente a 31 de diciembre de 2014 de niños con características y necesidades especiales, para la interpretación de esta información tener en cuenta la siguiente clasificación:

- Niños que pertenecen a un grupo de hermanos (3 o más)
- Niños que pertenecen a un grupo de dos (2) hermanos, uno de ellos con más de ocho (8) años.
- Niños mayores de ocho (8) sin discapacidad ni enfermedad.
- Niños con discapacidad física o mental de cualquier edad.
- Niños con enfermedad permanente (VIH, cardiología, renales, entre otros)

Rangos de edad	Discapacidad/ salud	Edad	Grupo hermanos	Total
0 a 2 años	48	0	4	52
3 a 4 años	96	0	16	112
5 a 6 años	142	0	30	172
7 a 8 años	178	0	61	239
9 a 10 años	220	23	140	383
11 a 12 años	324	125	229	678
Sub total < 12 años	1008	148	480	1636
13 a 14 años	352	629	271	1252
15 a 16 años	339	940	220	1499
17 < 18 años	221	593	82	896
Sub total < 18 años	912	2162	573	3647
Sub total > 18 años	2120	2761	215	5096
Total general	4040	5071	1268	10379

* **Fuente:** Archivos línea base equipo seguimiento a regionales Subdirección de Adopciones - Sistema de Información Misional “Modo adopciones” Comité de Adopciones. Fecha de corte: 31 de diciembre de 2014.

1.3 Niños con discapacidad

El primer grupo que hace parte de las características especiales, es el grupo de niños que padecen alguna discapacidad física, mental o sensorial; por ello es pertinente, en principio, definir qué se entiende por discapacidad, desde la legislación colombiana y desde la óptica de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) y así saber cuáles son las políticas de asistencia que implementa el Estado colombiano y las diversas modalidades de protección que se dirigen a amparar y resguardar dicho grupo.

El artículo 36 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), define la “discapacidad” como: “Aquella limitación física, mental, sensorial o cualquier otra, temporal o permanente de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida cotidiana”. Por su parte, la OMS, considera como personas discapacitadas:

aquellas que tengan deficiencias corporales que afecten sus funciones mentales, físicas o sensoriales de forma permanente; limitación en la capacidad de ejecución de alguna de sus actividades de la vida diaria y que al interactuar con el contexto encuentran barreras físicas y actitudinales, que les restringen su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas. (Ministerio de Protección Social, 2004, p.27).

Otro aspecto por señalar es la existencia de una clasificación referente a tres categorías de discapacidad, que se encuentran en el Lineamiento de Política de Habilitación y Rehabilitación Integral del Ministerio de la Protección Social de 2004. Dichas categorías son:

- i) Discapacidad en grado severo: es aquella donde la persona tiene una mínima capacidad de ejecución de actividades de la vida diaria, siendo totalmente dependiente y requiriendo apoyo en forma permanente.
- ii) Discapacidad en grado moderado: es aquella donde la persona tiene alguna capacidad de ejecución de actividades de la vida diaria, siendo parcialmente dependientes y requiriendo, en ocasiones, algunos apoyos.
- iii) Discapacidad en grado leve: es aquella donde la persona tiene capacidad de ejecución de la mayoría de las actividades de la vida diaria, por ende, ocasionalmente requiere apoyos.

También es importante mencionar a grandes rasgos cuáles son los distintos ámbitos en los que se puede presentar una situación de discapacidad, según el Ministerio de Salud y Protección Social, 2015, estos son: movilidad, sensorial auditiva, sensorial visual, sensorial gusto, olfato y tacto, sistémica, mental cognitivo, mental psicosocial, voz y habla, piel, pelo y uñas.

En cuanto a las políticas de asistencia que implementa el Estado colombiano para la protección de la población con discapacidad, son evidentes las múltiples regulaciones que existen al respecto a nivel nacional y que se han adaptado desde el ámbito internacional, normatividad que se encuentra principalmente en los artículos 13, 44, 47, 54 y 68 de la Constitución Política de 1991, y se refleja en distintas leyes a lo largo del ordenamiento jurídico colombiano, tales como: la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013.

Pese al gran esfuerzo del Estado colombiano para poner en marcha las medidas de protección a favor de las personas en situación de discapacidad, para lograr materializar el principio de igualdad, y promover prácticas de rehabilitación e inclusión social de las mismas, buscando garantizar el goce efectivo de sus derechos; son preocupantes, las condiciones en las que viven los discapacitados, en términos de discriminación, exclusión y falta de oportunidades. Todo ello se debe a que en la normatividad existente no se les permite a los niños en situación de discapacidad, escoger actividades de su agrado que les proporcionen nuevas sensaciones y experiencias, y que les permitan el libre desarrollo de su personalidad como expresión de su dignidad humana. Igualmente, es evidente que los niños solo pueden acceder a programas preestablecidos por la ley que desconoce la diversidad, y no pueden seleccionar otro tipo de programas académicos, recreativos y culturales

que les ofrezcan mayor bienestar y calidad de vida, como lo podría hacer cualquier niño de su edad (Angarita, 2011).

- Modalidades de protección

En lo que concierne a las modalidades de protección, es importante destacar que existen diversos mecanismos en el ordenamiento jurídico colombiano, como la Resolución No. 5930 del 27 de diciembre de 2010 del ICBF, que versan sobre las medidas de protección para acoger a niños que se encuentran en estado de vulnerabilidad o de difícil adopción; todo esto a través de instituciones nacionales, públicas o privadas, que brindan una oportunidad a dicha población, mediante actividades de formación y desarrollo para que éstos, en un futuro, puedan desligarse del programa estatal y desarrollarse integralmente de manera independiente, luego de su egreso.

En este punto, es necesario traer lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 36 de la ley 1098 de 2006, el cual permite al ICBF contratar con instituciones privadas, con la finalidad de poder brindar una mayor cobertura a nivel nacional y así, garantizar el progreso efectivo de las medidas diseñadas para la población con discapacidad. De acuerdo con esto, se explicará en forma breve en qué consisten las diversas modalidades de protección que tiene el ICBF (Familiar, 2010) y que están encaminadas a proteger los niños con discapacidades físicas, mentales o sensoriales.

Modalidad: Hogar sustituto para discapacidad

Estos hogares están diseñados para brindar la atención y el cubrimiento de las necesidades especiales de los niños en situación de discapacidad que se encuentran allí, con miras a que estos en un futuro puedan desenvolverse en el mundo. Estos hogares deben contar obligatoriamente con diversos criterios, algunos de estos son:

- ✓ Tener experiencia y conocimiento en formación de niños en situación de discapacidad.
- ✓ Mostrar habilidades de las familias para el manejo de las crisis y de las diferentes características que tiene el niño en situación de discapacidad.
- ✓ Contar con instalaciones adecuadas que faciliten el desarrollo de las actividades diarias del niño en situación de discapacidad.
- ✓ Estar vinculados a programas de formación especial que le permitan fortalecer ese proceso de formación de niños en situación de discapacidad (ICBF, 2010)

Adicionalmente, el hogar sustituto debe contar con el apoyo y seguimiento permanente de un equipo de especialistas que se encargan de realizar los controles necesarios del niño en situación de discapacidad, al igual que acompaña a la familia

en el proceso. Existe, en esta modalidad, una limitación normativa que radica en la asignación de los niños en situación de discapacidad al hogar sustituto: a cada hogar sustituto solo se le asigna máximo un niño en situación de discapacidad en grado severo; dos niños en situación de discapacidad en grado moderado o leve, sin que se exceda el número máximo de dos niños por hogar sustituto.

Modalidad: Internado discapacidad

Se enfoca en instituciones que ofrecen una atención más especializada para los niños en situación de discapacidad, y es así por cuatro motivos: el primero es que en estos internados se presta un servicio permanente a los niños; si ya han superado los 18 años de edad, se les sigue prestando todas las atenciones necesarias y urgentes para su progreso e inclusión en la vida en sociedad; el segundo, es que estas instituciones cuentan con profesionales de la salud, encargados de dar una atención especializada, para tratar las diferentes discapacidades que presentan los niños; el tercero, ofrece una formación académica específica direccionada al ámbito profesional, que busca el desarrollo de estos niños en el mundo laboral; y, finalmente, porque allí se les proporcionan todas las herramientas que estén en capacidad de utilizar, para el avance en sus actividades cotidianas y así aprender una técnica o labor que puedan desempeñar en un futuro en la sociedad, buscando llevar una vida independiente de la institución y valerse por sí mismos.

Modalidad: Internado discapacidad mental y psicosocial

Esta modalidad se refiere a instituciones donde diariamente se atiende a los niños en situación de discapacidades psicosociales y a los mayores de 18 años en situación de discapacidad mental absoluta, que han sido declarados en interdicción, o que sus familias ya no se encuentran en condiciones de mantenerlos. Al igual que la modalidad de internado discapacidad, esta también cuenta con la presencia de especialistas en la salud y con un plan de formación académica apuntando a la vida laboral.

Es importante reconocer la existencia de programas diseñados para la población con discapacidad, como son los hogares sustitutos e internados, creados por el Estado colombiano, para atender y acompañar a niños en situación de discapacidad, toda vez que estos, son lugares donde se fomenta el desarrollo de un proyecto de vida, con la finalidad de que ellos puedan participar activamente en todos los ámbitos de la sociedad. Sin embargo, es de resaltar que dicha labor debe ser lo más adecuada e incluyente posible, para así poder garantizarle a los niños el goce pleno de sus derechos.

2.2 Niños mayores de ocho años

Respecto a los niños mayores de ocho años cabe preguntarse: ¿Son de difícil adoptabilidad como se les llamaba anteriormente, o están en una situación especial como se les llama ahora? La respuesta a este interrogante es bastante subjetiva, pues para muchos estos niños están en edades complicadas y para otros, los que se encuentran en una situación compleja son los padres, tal como lo explica Pablo Posada Padula (Ruiz, 2010):

Quienes en el afán de reproducir, vivir las etapas por las que se enfrenta un padre biológico, pretenden adoptar bebés de menos de un año; puesto que consideran que por tener pocos meses podrán cambiarles el pañal o darles un tetero, imitando todo el proceso de los padres biológicos, ya que existe un temor infundado a que a determinada edad los niños y niñas ya tienen patrones de conducta o problemas de salud que son irreversibles (p.2).

Lo anterior implica que “existe la fantasía de que si uno adopta un niño chico todo va a parecerse a lo que sería un hijo propio, cuando la realidad no es así, porque hay una memoria genética” (Ruiz, 2010, p. 2), que tarde o temprano aparece, sin afirmar que esto sea malo, ya que la realidad es también que en cada una de las familias propias – haciendo referencia a las familias biológicas de cada uno de los adoptantes – existe en la mayoría de casos, como mínimo una enfermedad preexistente que va, desde problemas del colesterol hasta enfermedades más graves como lo son las psicológicas o psiquiátricas, tan temidas por los padres adoptantes al momento de lanzarse en el camino de la adopción.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la posición de varios autores como Barth & Berry (1988), Kadushin & Seild (1971), Nelson (1985), los cuales coinciden en indicar que lo significativo no es la edad del niño que va a ser adoptado, sino la acumulación de experiencias adversas que ha vivido, como abandono, malos tratos, entorno inestable, experiencias que son determinantes frente a las características de los problemas de conductas y su persistencia después de la adopción (Palacios & Sánchez, 1996).

“Con los niños grandes, a diferencia de los pequeños, la gran ventaja es que participan del proceso”, tal como sostiene María Adela Mondelli, de la Fundación Adoptar, citada por Ruiz, (2010, p.3). En estos casos, Adriana Abeles dice que “es muy importante el tiempo dedicado a la previnculación, ya que es el primer paso respecto del consentimiento del niño” (Citada por Ruiz, 2010, p. 3), consentimiento que según la Corte Constitucional en Sentencia T- 844 de 2011, se considera necesario para el proceso de adopción donde se ve involucrado un niño protegiendo así el principio del interés superior del niño, que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a ser escuchado.

A su vez el Comité de los Derechos de los Niños recomienda en lo posible escuchar a los niños que tengan capacidad para emitir su opinión, la cual no debe estar limitada por la edad, sino por la madurez que tengan de acuerdo al entorno familiar, social y cultural; por esto, cada caso debe ser analizado de forma tal que se logre el objetivo de la adopción que es buscar padres para los niños, y no niños para los padres. Para lograr tal objetivo se ha considerado necesario que los niños sean preparados psicológicamente para así facilitar el éxito de la adopción a través de su consentimiento y del acogimiento de este en la familia. (Fernández & Fuentes, 2004).

Respecto a los padres con expectativas de adoptar niños con características especiales se recomienda adicionalmente tener:

espacio físico, recursos económicos acordes, un gran acompañamiento de la entidad encargada del proceso, y el apoyo de todo el entorno, ya que el niño también carga con sus tiempos, condiciones y experiencias anteriores a la adopción, por lo cual se requiere de una disponibilidad afectiva muy grande por parte de los adoptantes (Ruiz, 2010, p.3).

En el caso de los niños mayores, al ser adoptados de forma tardía, se entiende que la situación de abandono ha sido prolongada, por lo cual poseen un daño emocional mayor -a diferencia de los niños que son adoptados en edades tempranas-, lo cual tendrá gran importancia a la hora de establecer futuros vínculos emocionales (Rosas Mundaca, Gallardo Rayo, & Angulo Díaz, 2000).

Lo anterior es importante como se demostró en un estudio comparativo de niños adoptados con niños no adoptados, donde se observó que el trabajo afectivo realizado por las familias adoptivas es fundamental para la autoestima y las conductas sociales de los niños, especialmente para aquellos pertenecientes a la adopción especial, puesto que estos son los que han pasado por mayores experiencias previas a la adopción las cuales influyen en su forma de ser (Palacios & Sánchez, 1996).

Además, según Dossier & Stovall, citados por Rosas Mundaca, Gallardo Rayo, & Angulo Díaz, 2000, está comprobado que aquellas madres adoptantes que responden de forma acogedora en situaciones complejas relativas a la adaptación y el apego de los niños mayores, resultan ser “terapéuticas para los niños”.

Afirma la Corte que la situación económica se convierte entonces en factor secundario que debe analizarse según las condiciones y necesidades del niño, porque lo principal es el amor de la familia en la que será acogido. Recalcando la importancia de este derecho, el llamado resulta para el ICBF para que las idoneidades en la adopción se determinen según el caso en concreto, velando siempre por el interés superior del niño.

Es posible afirmar entonces que el mayor problema de este tipo de adopciones es la ausencia de padres con intención de adoptar a niños en edades más avanzadas, grupos de hermanos o con problemas de salud (Ruiz, 2010), que son actualmente las situaciones que se consideran difíciles en temas de adopción, teniendo en cuenta que “el mito más grande por derrumbar es aquel respecto a que la biología hace la maternidad, cuando verdaderamente lo hace la crianza, es decir, el ejercicio del rol de padres” (Ruiz, 2010, p. 3).

2.3 Grupo de Hermanos

Conviene entonces ahora referirnos a los grupos de hermanos como niños de difícil adopción. Estas categorías de adopciones tienen un privilegio en el orden de trámite, puesto que se reconoce que el paso del tiempo es fundamental y radical en la vida de un niño, por tanto, si una familia presenta una solicitud aceptando un niño de estas características, esa solicitud será priorizada. Ahora bien, en los grupos de hermanos deben cumplirse ciertas exigencias para que su adopción sea prioritaria: deben ser más de tres hermanos, o uno de ellos debe ser mayor de ocho años.

Con los hermanos se busca respetar el vínculo biológico y lo que se pretende es que permanezcan unidos. Estas decisiones pretenden ir más allá de la búsqueda de un medio familiar adecuado, y permiten que esa concepción primaria de familia que son sus primeros lazos de afecto, es decir, sus hermanos, se conserven, toda vez que se cree que otorgaría mayor seguridad y una mejor adaptación a la nueva familia al tener un soporte emocional y afectivo que se refleja en dicha relación (Ramos, 2014).

Camila y Paula* están bajo protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Icbf) hace más de cinco años. Ingresaron en la categoría de condiciones especiales, antes llamada de difícil de adopción: son mayores de 8 años –Camila tiene 14 y Paula 18- y, además, hermanas.

Comparten alegrías, miedos y sueños. Hicieron el pacto de no perder la ilusión de tener una familia. La impulsora de este deseo fue Paula a raíz de ver a su hermana menor todos los días rezarle a Dios de rodillas por un hogar.

En marzo pasado, durante una actividad en la que el ICBF llevó a un grupo de niños a conocer el mar, Paula le pidió a la Defensora de Familia que la ayudara a separarse de Camila para que tuviera una mayor oportunidad de ser adoptada.

Sin pena, le manifestó la misma intención a la Directora del ICBF, Cristina Plazas. Un acto de amor por su hermana, ya que esa decisión ayudó a que una familia extranjera adoptara a Camila.

Fuente: VIDA. (8 de octubre de 2015). Así es la campaña que busca aumentar adopciones de menores en Colombia. *El Tiempo*.

No obstante, en algunas circunstancias, debido a la crisis de la adopción a nivel internacional, el ICBF por medio del Comité de Adopción Regional o en las Instituciones autorizadas para desarrollar programas de adopción, ha tenido la necesidad de separar a los hermanos, basados en criterios objetivos y técnicos, en torno al interés superior del niño y por considerar que la separación tendría como resultado un mejor futuro para los niños. Estas decisiones han tenido poca acogida en los operadores jurídicos y administrativos que orientan el proceso de adopción y lo que se evidencia es que, para algunos, se prefiere que alcancen la mayoría de edad juntos en una institución del Estado.

Pues bien, como lo menciona Milagros Fernández y María Jesús Fuentes (Fernández & Fuentes, 2001), la separación de los hermanos, en ocasiones, resulta efectiva en cuanto a la adaptación de estos a su nueva familia, toda vez que el mayor ejerce funciones de protección y cuidado del hermano menor, entrando este a tener ciertas dificultades con sus nuevos padres por las decisiones que toman.

Consecuente con lo anterior, se ha demostrado que el hermano mayor desarrolla vínculos afectivos inseguros y evitativos, lo que implica que el papel de protección que asume sobre el hermano menor se convierta en una carga, y que una posible adopción signifique la pérdida de lo único seguro que ha presenciado en su vida, y es su rol protector con sus hermanos. Esto conlleva a que, en ocasiones, la familia adoptiva opte por la expulsión del hermano mayor que se convierte en un desafiante de autoridad con sus nuevos padres, por ser quien, en última instancia, ha vivido su historia de institucionalización de una manera más consciente (Legaz Sánchez, 2003).

Por este mismo referente del menor hacia el hermano mayor, como ocurre con los padres, existen conductas que son aprendidas, por lo que en las mismas instituciones puede verse que si el hermano mayor tiene problemas de conducta, es posible que el menor también las adopte (Martín & Márquez, 2015). Esto implica necesariamente que el acompañamiento a estos niños debe ser mucho mayor, con el fin de prevenir y tener tratamiento terapéutico a complicaciones psicológicas y conductuales más graves.

¿Qué ocurre cuando la separación es una decisión consciente de uno de los hermanos? En los últimos años, lo que se ha logrado ver es que la frustración de los hermanos mayores al ver que los pequeños no pueden tener una familia porque deben ser adoptados juntos, conlleva a que los mismos renuncien a ser adoptados y permitan que sus hermanos sean entregados a una familia, mientras ellos permanecen en una institución.

Al respecto, cabe preguntarse sobre la posibilidad de que conserven algún contacto cuando se ha dado en adopción sin la totalidad de hermanos. En la ley colombiana, la adopción rompe los lazos definitivos con la familia biológica y se cree que ello funciona de igual manera con los hermanos. No obstante, este tipo de contactos pueden ser permitidos cuando la familia adoptiva los permite, o una vez cumplida la mayoría de edad si deciden retomarlos.

3. Consecuencias de la institucionalización cuando los niños no son adoptados

La institucionalización se presenta para garantizar los derechos de los niños, en hogares donde los adolescentes pasan gran parte de su vida y es a la única forma que el Estado tiene para proteger al niño que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Esta medida es consecuencia del abandono, la discapacidad, los conflictos bélicos, las migraciones, la falta de acceso a la salud y a la educación, entre otros (Garza, 2014).

¿Qué ocurre con aquellos jóvenes que no fueron adoptados y cumplieron la mayoría de edad en una de las instituciones del ICBF? Estos jóvenes tienen dos opciones: la primera es acudir a una Casa de Egreso y la segunda es buscar un empleo. La Casa de Egreso es una institución enfocada en:

Crear las condiciones idóneas para que los jóvenes se preparen para su egreso, desarrollando así estrategias en el manejo del tiempo de los jóvenes, su ocupación y procesos de capacitación, educación y vinculación en la red social de apoyo, con miras a asegurar el éxito en su reintegro social y familiar (Casa St. Patrick, s.f.)

Para lograrlo el joven debe trabajar, estudiar y aportar en el costo de la vivienda, la alimentación y los servicios, con lo que se pretende que asuman responsabilidades; tienen también la obligación de ahorrar para prepararse para su independencia (Amparo de niños, s.f.), con el fin de que adquieran autonomía y capacidad para enfrentar el mundo, puesto que en sus años anteriores permanecieron en instituciones donde – materialmente hablando – todo se les proporcionó.

“Durante su permanencia en la casa de egreso los jóvenes siguen recibiendo asesoría en psicología, apoyo para sus estudios universitarios o técnicos y se les colabora en la consecución de empleo” (Amparo de Niños, s.f.). Es importante tener en cuenta que su permanencia en la institución -Casa de Egreso-, será hasta el momento en que decidan independizarse; esto considerando que el joven cumpla las reglas establecidas como condición para su permanencia en la institución.

La otra opción que tienen los jóvenes al cumplir la mayoría de edad sin haber sido adoptados es salir en búsqueda de un empleo y pretender sostenerse de forma independiente, algunos lo logran; sin embargo, el problema radica cuando estos jóvenes llegan a la institución a una edad avanzada y no logran terminar sus estudios, desconocen la dinámica de la ciudad en la que habitan y presentan entonces dificultades de comportamiento, como agresividad e introversión. Estas condiciones hacen improbable la consecución efectiva de un empleo que les brinde condiciones mínimas de subsistencia (Hoyos, 2012).

Es de gran importancia reconocer que el ICBF por medio de instituciones encargadas, tiene un programa llamado “Preparación para la Vida Laboral y Productiva” dirigido a los adolescentes en situación de adoptabilidad entre los 14 y 18 años o mayores, siempre y cuando se encuentren estudiando o desarrollando un proceso formativo, programa que “surge con miras a la construcción de un proceso de reintegración social viable y sostenible”, con el objetivo de vincular a estos adolescentes en el sistema educativo y laboral. La modalidad de este programa es de restablecimiento de derechos por medio de “acciones, actividades o estrategias que de forma conjunta garanticen los derechos de los adolescentes y promuevan la consolidación de proyectos de vida”, pretende el fortalecimiento de las relaciones sociales y las habilidades con el fin de que puedan construir una identidad (Martínez, 2014).

¿Qué implica para un joven o para un niño permanecer en una institución sin el calor de una familia? Al respecto, se tienen varios estudios que indican que las consecuencias podrían ser irremediables. Desde el desarrollo de la personalidad hasta el correcto desarrollo del cerebro son aspectos que se ven involucrados en esta problemática.

En primer lugar, desde el punto de vista psicológico y según la teoría moderna del apego de J. Bowlby, que el infante o el niño no reconozca una figura materna o paterna en sus primeros veinticuatro meses de vida, conlleva a que sufra de sensaciones de abandono e inseguridad que se reflejan en su vida adulta (citado por Rosas Mundaca, Gallardo Rayo, & Angulo Diaz, 2000). Además, explica el autor, esa primera relación o vinculación afectiva con sus cuidadores o sus padres será determinante a la hora de entender las relaciones que el individuo establezca en su vida, por lo que un estado de abandono puede acarrear relaciones de dependencia o nocivas, que demuestran el constante temor a ser abandonados (Siegel & Hartzell, 2005).

Lo anterior también ha sido objeto de conclusión en el estudio comparativo de los niños adoptados con los no adoptados, basándose en lo manifestado por los autores Barth & Berry (1998) y Rosenthal & Groze (1991), donde se refleja que los

niños institucionalizados tienen un perfil negativo y problemático en características psicológicas, tales como problemas de conducta sobre hiperactividad y agresividad, problemas de concentración, temores y ansiedad, pero principalmente, problemas relacionados con la interiorización de los conflictos como depresión o retraimiento y frente a conductas que implican ayudar a otros, lo cual es un obstáculo o dificultad para la vinculación con la sociedad, especialmente a nivel laboral (Palacios & Sánchez, 1996).

Además, se evidencian también problemas de interrelación, problemas a la hora de establecer relaciones cercanas, contrario a la facilidad que evidencian para vivir en instituciones en las que simplemente se obedecen órdenes. Para estos jóvenes, las condiciones de afecto se reducen al seguimiento de rutinas y de convivencias comunes, de prácticas preestablecidas por la institución. Por tanto, no existe ni un sentido de pertenencia por sí mismo porque todo les es dado, ni un sentido de cuidado por su entorno, porque no lo entienden ni lo sienten como propio.

Esto se explica, a su vez, en las diferentes rupturas que sufre el adolescente institucionalizado y que implican un duelo constante, como es no tener una familia y el perder ahora su hogar de protección cuando deba enfrentarse a la vida en sociedad. Todas estas condiciones se explican desde el trastorno de la vinculación, que se caracteriza por tres rasgos fundamentales: dificultad en el control de impulsos emocionales, dificultad a la hora de establecer relaciones cercanas y retrasos en el desarrollo cognitivo y motriz (Legaz Sánchez, 2003).

Respecto a este tema hay que traer el llamado “lazo imaginario”, fenómeno que ocurre en aquellos casos en que los niños a pesar de no tener una memoria consciente de sus padres biológicos, permanecen con la esperanza y el deseo de encontrarlos; situación que hace aún más difícil la adaptación con la familia adoptante, puesto que sienten que deben conservar el amor hacia su madre biológica, aumentando los sentimientos de abandono, ya que únicamente sus padres biológicos podrían quererlo (Rosas Mundaca, Gallardo Rayo, & Angulo Diaz, 2000).

En segundo lugar, el instituto *JAMA pediatrics*, realizó un estudio en instituciones de acogida en Rumania. La conclusión fue clara: los niños que crecen en instituciones del Estado tienen un menor desarrollo en ciertas áreas del cerebro, como las encargadas de las emociones, del lenguaje, de las funciones ejecutivas y sensoriales. Se evidenció, además, que los niños que eran asignados a una familia antes de los dos años, podían presentar una reducción considerable de estos daños, desarrollándose como la media de la población que seguía dentro de la comunidad local. Este estudio permitió considerar la importancia de la adopción a edades tempranas y sugirió reducir los tiempos en trámites innecesarios que, como se

explica, causan daños irremediables para el desarrollo de los niños y jóvenes (JAMA pediatrics, 2015; Molina, 2002).

Como lo ha manifestado UNICEF especialmente en Rusia -que para el caso en concreto puede ser interpretado en forma general-, es lo correspondiente a la adaptación del niño que estuvo institucionalizado toda su vida, pues los resultados demuestran que solo un porcentaje menor al 10%, se adaptaron a la vida social, los demás fueron abatidos por la sociedad, convirtiéndose en drogadictos, delincuentes o se suicidaron (Garza, 2014).

Ahora bien, otra concepción que se tiene de la institucionalización es el derecho a la historia y a la identidad. Se busca resguardar este derecho, el cual implica saber quién lo cuidó, cómo creció, cómo fue su infancia, lo que es hoy un derecho perdido, puesto que las instituciones se encuentran colapsadas con la cantidad de niños porque no hay oportunidad de llevar un registro personalizado de cada uno. Esto se explica en el entendido de que, si bien los adolescentes están a cargo de un equipo interdisciplinario, carecen del seno de una familia que les brinde estabilidad y precisamente, historia e identidad como base del futuro (Strauch Durán & Valoyes, 2009).

Según el psicólogo Esteban Gómez (citado por Sepúlveda, 2015), las instituciones uniforman las prácticas y las rutinas, descuidando el interés superior de cada niño en particular. Se pierde la individualidad, la particularidad y la masificación impide el reconocimiento y la valoración de cada niño. Como producto de esta investigación, la sugerencia es crear una historia y una identidad desde el acompañamiento de cada joven como ser único, y ello se logra a partir de la construcción de proyectos de vida, del reconocimiento de su historia que implique el conocimiento del proceso de crecimiento.

Ahora bien, Gómez (citado por Sepúlveda, 2015), reconoce que dos de cada tres niños adoptados tienen problemas en el reconocimiento de su identidad. Una vez más se evidencia la problemática del desarrollo de la personalidad, que además influye considerablemente en la toma de decisiones en la vida adulta, porque a los jóvenes y niños institucionalizados no se les ayuda en el desarrollo de un criterio propio, de ideales de vida únicos que los diferencien (Strauch Durán & Valoyes, 2009).

Por lo anterior, se considera que la institucionalización debería ser una medida extraordinaria de corta duración, en la que se minimicen las consecuencias que se derivan de la vivencia en el ICBF. Es preciso reconocer que la institucionalización no es el problema ni la solución para la protección de los derechos de los niños; el lugar ideal es un medio familiar adecuado, que se asigne según las necesidades de cada niño y que garantice el desenvolvimiento de sus derechos desde la efectividad,

la proporcionalidad y la coherencia, para lograr adultos seguros y conscientes de su papel en la sociedad (Strauch Durán & Valoyes, 2009; Palacios & Sánchez, 1996).

Conclusiones

Después del estudio realizado, frente a los avances de la investigación podemos presentar las siguientes conclusiones:

- ✓ Se debe procurar porque la institucionalización sea una medida de última instancia en el restablecimiento de derechos de niños, y que cuando la misma se dé, sea vigilada por equipos interdisciplinarios que apoyen el proceso de desarrollo, garantizando los derechos básicos a la salud, la educación y fundamentalmente a la preparación para la vida adulta. Además, se debe recalcar la importancia de la construcción de una historia y una identidad como fuentes inefables de una personalidad y un valor propio.
- ✓ Este estudio permite considerar la importancia de la adopción a edades tempranas y sugiere reducir los tiempos en trámites innecesarios que, como se explica, son fatales para el desarrollo de los niños (Molina, 2002; JAMA pediatrics, 2015), ya que podrían terminar como hijos del Estado.
- ✓ Aunque el Estado colombiano contempla políticas públicas en pro de garantizar los derechos a las personas en situación de discapacidad, y a su vez implementa estrategias y medidas de protección para estos, es común ver que esto se queda solo en aspiraciones legislativas, porque el Estado se limita a consolidar una serie de programas y servicios que no logran satisfacer plenamente las necesidades de esta población; pero ello no solo ocurre por parte del Estado, sino también desde muchos particulares como: los colegios, las empresas, los centros de salud, los centros de recreación y las instituciones educativas, entre otros, porque en lugar de cumplir a cabalidad con los objetivos de las políticas públicas, siguen desarrollando programas que lo único que hacen es seguir desconociendo la igualdad de oportunidades, la productividad, la plena participación, la vida independiente y la autosuficiencia que tienen o pueden llegar a tener las personas en situación de discapacidad.
- ✓ Es posible afirmar entonces que el mayor problema de este tipo de adopciones es la ausencia de padres con intención de adoptar a niños en edades más avanzadas, grupos de hermanos o con problemas de salud (Ruiz, 2010), que son actualmente las situaciones que se consideran difíciles en temas de adopción, teniendo en cuenta que “el mito más grande por derrumbar es aquel respecto a que la biología hace la maternidad, cuando verdaderamente lo hace la crianza, es decir, el ejercicio del rol de padres” (Ruiz, 2010).

Recomendaciones

- ✓ Tener un enfoque en educación de los niños y el desarrollo de proyectos de vida. Gran parte de los jóvenes que egresan del ICBF sin ser adoptados tienen falencias en su nivel educativo, lo cual genera inestabilidad laboral, esto se debe a que dejaron de recibir apoyo del ICBF luego de su egreso o no tuvieron un correcto nivel educativo durante su permanencia en la institución; además el apoyo por parte del ICBF respecto a la vinculación laboral no es del todo eficaz, porque hay pocas ofertas laborales (Martínez, 2014).
- ✓ Preponderar el interés del niño y conservar el objetivo de buscar “la mejor familia para el niño”, puesto que en varias ocasiones están predominando los intereses, expectativas o ideas de los aspirantes, más que las necesidades del niño; por eso, muchas veces los padres no están conformes con el niño, porque no superó la expectativa de ellos. Para el Estado debe ser fundamental protegerle los derechos al niño y satisfacerle su necesidad de familia como lugar ideal y adecuado para su desarrollo, con el fin de evitar la institucionalización o adopciones fracasadas (Fernández & Fuentes, 2004).
- ✓ Los hermanos se convierten en un soporte en el proceso de adaptación de los niños en entornos de cuidado alternativo (Martín & Márquez, 2015), por lo que su permanencia debe ser una garantía del principio del interés superior y debe primar su vínculo sobre cualquier otro conflicto en la Institución. La sugerencia parte de promover el progreso de los grupos de hermanos y su adopción y, en caso de no darse, permitir los egresos juntos y velar por su desarrollo y autonomía.
- ✓ Es deber del Estado Colombiano crear un mejor diseño de políticas públicas para que la normatividad se encargue de transformar la exclusión, discriminación y segregación que se presenta respecto a la discapacidad, para que estas personas puedan participar activamente en los ámbitos sociales, académicos, económicos y culturales, pero sin dejar a un lado que esto requiere del apoyo no sólo del Estado, sino de todo el pueblo colombiano.

Referencias

- Amparo de Niños*. (s.f.). Recuperado de <http://www.amparodeninos.org.co/cegreso.htm>
- Angarita, M. M. (2011). *Infancia, Políticas y Discapacidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos de los Niños. Naciones Unidas.

- Casa St. Patrick. (s.f.). Recuperado de http://www.ninandes.org/htmls/frame_nuestralabor_sedestpatrick.htm
- Cuartas Rodríguez, P. (17 de febrero de 2015). La eterna espera de los niños huérfanos. *El Espectador*.
- Familiar, I. C. (27 de diciembre de 2010). Lineamiento Técnico para las Modalidades de Vulnerabilidad o Adoptabilidad. *Para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados*. Bogotá.
- Fernández, M., & Fuentes, M. J. (2001). Variables de riesgo del niño en el proceso de adaptación de los niños en grupos de adopción especiales. *Infancia y Aprendizaje: Revista de Estudios de la Educación y el Desarrollo*, 341-359.
- Fernández, M., & Fuentes, M. J. (2004). ¿Cómo valoran las familias la adopción de niños mayores? Implicaciones para la actuación de los técnicos. *Bienestar y Protección Infantil*, 3(2), 97-114.
- Garza, A. R. (2014). Infancias y Adolescencias Institucionalizadas. Ruta y Destino de Jóvenes en Casas Hogar. *Tesis que para optar por el grado de Doctor en Filosofía con Orientación en Trabajo Social y Políticas comparadas de Bienestar Social.*, 13-18.
- Hoyos, S. C. (5 de Febrero de 2012). *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/elpais/cal/noticias/cronica-historias-felices-y-pasados-tortuosos-hijos-del-icbf>
- ICBF. (3 de diciembre de 2015). Derecho de petición N° 1760525558. Bogotá.
- ICBF. (2015). *Guía para la adopción de familias nacionales y extranjeras*. Recuperado de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/Guiaadopcion.pdf>
- ICBF. (2015). Infografía. Panorama Nacional de la Adopción. *EL TIEMPO*, Recuperado de <http://www.eltiempo.com/multimedia/infografias/panorama-nacional-de-la-adopcion/16397917>.
- JAMA pediatrics. (24 de noviembre de 2015). *La falta de amor deja marcas en el cerebro de un niño*. Recuperado de El ciudadano: Chile: <http://www.elciudadano.cl/2015/11/24/234597/2345971/>
- Legaz Sánchez, E. (2003). Una aproximación a la adopción desde la teoría del apego. *Información Psicológica*, 14 (82) 14 - 20.
- Martín, E., & Márquez, L. (2015). El papel de los hermanos en el logro de objetivos en los programas de acogimiento residencial infantil. *Psychosocial Intervention*, 27 - 32.
- Martínez, M. C. (2014). Corresponsabilidad del Estado con los jóvenes declarados en adoptabilidad una vez cumplen su ciclo al interior de los hogares del ICBF. *Trabajo de grado para optar por el Título de Politóloga*. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Protección Social. (2004). Lineamiento General de Discapacidad. *Lineamiento de Política de Habilitación, Rehabilitación Integral*.

- Molina, M. F. (2002). Descripción del proceso de adaptación infantil en adopciones especiales. *I8* (1), 151-168.
- Palacios, J. & Sánchez, Y. (1996). Niños adoptados y no adoptados: un estudio comparativo. *Anuario de Psicología; Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona*, 9 (71), 63-85.
- Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, I. A. (2012). Informe de Vigilancia Superior sobre el Programa de Adopciones. *Informe de Vigilancia Superior sobre el Programa de Adopción*. Bogotá.
- Ramos, K. (18 de septiembre de 2014). Niños especiales, los hijos que pocos quieren adoptar. *Adoptantis*. Recuperado de http://diario.mx/Estado/2014-09-14_cb808d57/ninos-especiales-los-hijos-que-pocos-quieren-adoptar/
- Rosas Mundaca, M., Gallardo Rayo, I. & Angulo Díaz, P. (2000). Factores que influyen en el apego y la adaptación de los niños adoptados. *Revista de Psicología Universidad de Chile*, 6 (1), 145-159.
- Ruiz, J. C. (14 de julio de 2010). *Fundación adoptar: República Argentina*. Obtenido de <http://www.adoptar.org.ar/2010/07/adopcion-de-ninos-mas-grandes/>
- S.A. (6 de julio de 2013). Niños sin esperanza de ser adoptados. *Revista Semana*.
- Selman, P. (2012). Tendencias globales en la adopción internacional ¿En el interés superior de la infancia? *Scripta Nova: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, 16 (395), 36-48
- Sepúlveda, G. P. (25 de octubre de 2015). *Los niños sin fotos*. Recuperado de La tercera. Tendencias: <http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2015/10/659-652891-9-los-ninos-sin-fotos.shtml>
- Siegel, D. & Hartzell, M. (2005). *La teoría del apego: el proceso de vinculación*. Recuperado de Cráneo Sacral - Infancia y Apego: <http://www.craneosacral.org/INFANCIA/apego.htm>
- S.A. (6 de mayo de 2012). Ellos no son un negocio. *El Espectador*.
- Strauch Durán, E., & Valoyes, E. (2009). Perfil de los niños, niñas y adolescentes sin cuidado parental en Colombia. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 7 (2), 761 - 783.
- Estilo de vida. (8 de octubre de 2015). Así es la campaña que busca aumentar adopciones de menores en Colombia. *El Tiempo*.
- Voigt, K., & Brown, S. (14 de octubre de 2013). *CNN MÉXICO*. Recuperado de <http://mexico.cnn.com/mundo/2013/10/14/las-adopciones-internacionales-se-redujeron-a-la-mitad-desde-2004>



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón de Leah
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

El papel de la religión en la esfera de lo público: análisis a partir de la discusión sobre la regulación del matrimonio igualitario en Colombia en la Sentencia C-577 de 2011*

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a09

* Artículo de reflexión resultado de la investigación *Análisis de la propuesta de Jürgen Habermas acerca del rol de la religión en la esfera pública. Tres casos de la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia*. Este proyecto se desarrolló por el grupo de investigación Politeia, línea Filosofía del Derecho, de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander –UIS-, fue financiado por la Vicerrectoría de Investigación y Extensión (VIE) de la misma Universidad. El código del proyecto es 1376, inició en diciembre de 2013 y concluyó en junio de 2015.

Citación de este artículo con el sistema APA: Aguirre Román, J. O., Silva Rojas, A. & Pabón Mantilla, A. P. (2016). El papel de la religión en la esfera de lo público: análisis a partir de la discusión sobre la regulación del matrimonio igualitario en Colombia en la Sentencia C-577 de 2011. *Estudios de Derecho*. 73(161), 181-203. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a09

Fecha de recepción: 15 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 18 de mayo de 2016

El papel de la religión en la esfera de lo público: análisis a partir de la discusión sobre la regulación del matrimonio igualitario en Colombia en la Sentencia C-577 de 2011

Javier Orlando Aguirre Román¹, Alonso Silva Rojas², Ana Patricia Pabón Mantilla³

Resumen

El artículo aborda la postura que ha adoptado la Corte Constitucional en relación con los argumentos religiosos en procesos de inconstitucionalidad en casos controvertidos. El análisis del problema propuesto tiene como referente teórico la propuesta filosófica de Jürgen Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública. Se reflexiona sobre los argumentos propuestos en el debate constitucional al interior de la Corte Constitucional, en el caso del matrimonio igualitario abordado en la Sentencia C – 577 de 2011. Se analiza la forma en que se incorporan los argumentos del debate con el fin de valorar si son coherentes o no con la perspectiva liberal y el papel de los argumentos religiosos en dicho debate.

Palabras clave: estado constitucional, democracia deliberativa, esfera pública, corte constitucional, matrimonio igualitario.

The role of religion within the public sphere: analysis from the discussion on the regulation of egalitarian marriage in Colombia in the Sentence C-577 of 2011

Abstract

The article deals with the position taken by the Constitutional Court regarding religious arguments in unconstitutional processes in controversial cases. The proposed analysis of the problem has as a theoretical reference the philosophical proposal of Jürgen Habermas on the role of religion within the public sphere. It reflects on the argument put forward in the constitutional debate within the Constitutional Court, in the case of egalitarian marriage addressed by Sentence C – 577 of 2011. How the arguments of debate are incorporated in order to assess whether they are consistent with the liberal perspective and the role of religious arguments in this debate, are analyzed as well.

Keywords: constitutional State, deliberative democracy, public sphere, constitutional court, egalitarian marriage.

O papel da religião no plano público: análise a partir da discussão sobre a regulamentação do casamento igualitário na Colômbia na Sentença C-577 de 2011

Resumo

O artigo aborda a posição que adotou a Corte Constitucional em relação aos argumentos religiosos em processos de inconstitucionalidade em casos controversos. A análise do problema proposto tem como referente teórico a proposta filosófica de Jürgen Habermas sobre o papel da religião no plano público. Apresenta-se uma reflexão sobre os argumentos propostos no debate constitucional no interior da Corte Constitucional, no caso do casamento igualitário abordado na Sentença C - 577 de 2011. Analisa-se a maneira como são incorporados os argumentos do debate visando estimar se são coherentes ou não com a perspectiva liberal e o papel dos argumentos religiosos nesse debate.

Palavras-chave: estado constitucional, democracia deliberativa, plano público, corte constitucional, casamento igualitário.

- 1 Doctor y Magíster en Filosofía, State University of New York. Especialista en Docencia Universitaria, Filósofo y Abogado. Profesor Asociado de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander –UIS–, vinculado al grupo de investigación Politeia, línea Filosofía Política y del Derecho. Correo electrónico: jaguirre@uis.edu.co.
- 2 Doctor en Ciencias Políticas y Magíster en Filosofía de la Universidad Tubinga, Alemania. Especialista en Docencia Universitaria y Filósofo. Profesor Titular de la Universidad Industrial de Santander –UIS–, Director del grupo de investigación Politeia. Correo electrónico: asilva@uis.edu.co.
- 3 Doctora en Derecho, Universidad Libre de Bogotá, Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho. Especialista en Docencia Universitaria, Abogada y Filósofa. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga –UNAB– y de cátedra de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander –UIS–, vinculada al grupo de investigación Politeia, línea Filosofía Política y del Derecho. Correo electrónico: apabon742@unab.edu.co.

El papel de la religión en la esfera de lo público: análisis a partir de la discusión sobre la regulación del matrimonio igualitario en Colombia en la Sentencia C-577 de 2011

Introducción

La decisión de iniciar una relación sentimental con otra persona con la finalidad de vivir juntos, auxiliarse y conformar una familia, parecería ser enteramente privada y personal, esto es, una decisión que cae por completo en el ámbito de nuestra autonomía personal. En este sentido, haría parte del ideal moderno de la auto-realización, el cual se refiere a la responsabilidad individual que cada uno asume a la hora de formar su propia identidad (Habermas, 2006, p. 244).

En contraste con las sociedades pre-modernas, en las que el matrimonio era visto como una relación económica, productiva y reproductiva, en donde, en muchas ocasiones, la voluntad de los contrayentes no era tenida en cuenta,⁴ en las sociedades contemporáneas, casarse y formar una familia, suele entenderse como un asunto sentimental y privado. Cada persona se concibe a sí misma con la facultad de decidir con quién formar una familia o casarse, cuándo hacerlo, bajo qué circunstancias, para qué, hasta cuándo, etc.

Ahora bien, a la par, las sociedades modernas y contemporáneas han desarrollado toda una serie de reglas que, de cierta manera, contradicen esta visión individualista y libertaria del matrimonio. Este fenómeno ha sido analizado por Habermas bajo el término juridización (*Verrechtlichung*) de las relaciones familiares (1987, pp. 502-527). Al aumentar el Derecho escrito, las relaciones, en este caso las relaciones sentimentales y familiares, se formalizan con el riesgo de sufrir una radical objetivización (*Versachlichung*) que convierte a sus participantes en meros sujetos

4 Esto se observa por ejemplo en las normas jurídicas seculares castellanas sobre el matrimonio como la Cédula Real de 12 de julio de 1564 que tuvo aplicación en el territorio de lo que hoy es el Estado colombiano y que constituyó un legado del colonialismo. En dichas normas “el matrimonio se concebía como una negociación entre varones mediante la cual se determinaban los poderes y privilegios de los padres o esposos sobre sus hijos o esposas. Las principales instituciones de esa estructura social eran la dote, los legados, la patria potestad, la potestad marital, la legitimidad de cuna, la sociedad conyugal y las legítimas o cuotas hereditarias obligatorias en la secesiones”. (Jaramillo, 2013, p. 75).

jurídicos, los cuales “adoptan los unos frente a los otros una actitud objetivante, orientada hacia el éxito” (Habermas, 1987, p. 522).

Así, las normas jurídicas que regulan la vida en familia limitan esa supuesta autonomía y libertad que se constituye como un ideal en la modernidad. Ellas estipulan, en el caso del matrimonio, el qué, el cómo, el cuándo y sobre todo, el “con quién”. Por esta razón, establecer una familia, desarrollar una relación sentimental y casarse son eventos que oscilan siempre entre “lo privado” y “lo público”, entre lo que “yo decido” y lo que el “Estado de Derecho” me permite decidir. Todo esto se refleja con claridad en los debates contemporáneos acerca del matrimonio igualitario.

Los defensores del matrimonio entre parejas del mismo sexo suelen usar esta contradicción como defensa de su posición. En efecto, la restricción que algunos Estados modernos aún imponen en relación con el género de los contrayentes (para el caso del matrimonio), se considera como una violación a la libertad, autonomía y dignidad de las personas que tienen una orientación sexual diferente a la mayoritaria. Estos defensores suelen señalar, además, que esta restricción solamente se explica como un rezago religioso de una institución que hoy en día debería ser completamente laica. La religión, para muchos de estos defensores del matrimonio igualitario, no debería influenciar en los asuntos públicos de las sociedades contemporáneas.

Ahora bien, hay que decir que en la época actual esta tensión entre lo “público y lo privado”, en la que inevitablemente se encuentra el matrimonio y la familia, también es propia de la religión. Ante el aparente fracaso de la tesis de la secularización y su idea según la cual la religión, en las sociedades modernas, se privatizaría hasta el punto de su total extinción (Habermas, 2009, pp. 64–80), una gran cantidad de filósofos y pensadores contemporáneos se han preguntado por el rol que esta puede y debe asumir en las sociedades democráticas contemporáneas. Entre estos autores se destaca la perspectiva de Jürgen Habermas, quien desarrolla su más reciente enfoque sobre la religión desde una perspectiva política. Su enfoque se refiere a la forma como la persistencia y la revitalización de la religión, constituye tanto un reto como un recurso potencial para las democracias liberales y para la emergente esfera pública global. Es lo que podemos llamar una filosofía política de la religión.

Es por esto que algunas de las preguntas que le interesan a Habermas (2006, 2009, 2015) son del siguiente tenor: ¿es posible que una ley que se aplica a todos los ciudadanos de una democracia, una política pública o una decisión judicial, sea expresada en un lenguaje religioso o se fundamente en argumentos religiosos? ¿Son aceptables los argumentos y el lenguaje religioso en los debates jurídicos al interior de los procesos judiciales? ¿Es posible y deseable que algunos ciudadanos

que participan en los debates políticos se sirvan de argumentos de corte religioso para favorecer las posiciones políticas que apoyan? En definitiva, ¿es posible ser un ciudadano democrático y, a la vez, ser un ciudadano religioso? Todos estos interrogantes los trata de responder Habermas al formular su propuesta sobre el rol de la religión en la esfera pública.

Habermas (2006) sostiene que, al nivel institucional del congreso, las cortes, los ministerios y las administraciones, todo tiene que ser expresado en un lenguaje igualmente accesible a todos los ciudadanos; en este sentido, todos los ciudadanos deben aceptar que las razones seculares son las únicas que cuentan después del umbral institucional que divide la esfera pública informal de los espacios legislativos, judiciales, ejecutivos y, en general, administrativo-estatales. Esto significa que, a este nivel, ningún argumento religioso sería aceptable para justificar o expresar alguna ley o política aplicable a todos los ciudadanos; hasta acá Habermas no se distancia de la que es la tradicional visión liberal.

La novedad, sin embargo, se refiere a lo que Habermas (2006) llama la “esfera pública informal”. En este ámbito, cree que los ciudadanos religiosos deberían poder expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar ‘traducciones’ seculares para ellas. Pero esto tiene un corolario referido a los ciudadanos seculares: ellos deben tener su mente lo suficientemente abierta para hallar el posible contenido de verdad y validez encapsulado en las contribuciones religiosas. Esto implicaría al menos tres deberes para los ciudadanos seculares: primero, no podrían negar de entrada el potencial de verdad que tienen las concepciones religiosas de mundo. Segundo, no podrían discutir el derecho de los ciudadanos creyentes a realizar contribuciones a los debates públicos así se encuentren envueltas en lenguajes religiosos. Tercero, se espera que ellos participen en los esfuerzos por traducir las contribuciones importantes de un lenguaje religioso a uno públicamente accesible.

Ahora bien, en el caso de los ciudadanos religiosos, Habermas también identifica tres deberes concretos que ellos tendrían que cumplir para ser ciudadanos democráticos. Estos deberes son un reflejo de los tres desafíos que la modernidad le ha planteado a las conciencias religiosas, a saber, el hecho del pluralismo religioso, el avance de las ciencias modernas y el establecimiento del derecho positivo y la moral secular social. Primero, los ciudadanos religiosos deben desarrollar una actitud epistémica dialógica hacia las otras religiones. Segundo, los ciudadanos religiosos deben desarrollar una actitud epistémica que acepte la independencia y la autonomía del conocimiento secular. Y, tercero, los ciudadanos religiosos deben incorporar de una manera razonable el individualismo igualitario del derecho racional y de la moral universalista en el contexto de sus propios dogmas religiosos (2006, p. 145).

En este texto, nos interesa analizar un caso concreto en donde los dos temas mencionados se intersectan: el debate constitucional acerca del matrimonio entre parejas del mismo sexo que se desarrolló en la Sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana. En cuestiones divisivas como la regulación del matrimonio entre parejas del mismo sexo, son evidentes las relaciones de tensión entre la religión y la idea de un Estado constitucional, en la medida en que se involucra el proyecto político de la modernidad y los valores democráticos de los ciudadanos.

En este marco de reflexión la pregunta rectora, que orientó la investigación de la cual esta reflexión es producto fue: ¿qué postura ha adoptado la Corte Constitucional de Colombia en relación con los argumentos religiosos a la hora de fundamentar y expresar sus decisiones en algunos casos controvertidos?

La reflexión contenida en este artículo se presenta a partir de la descripción del resultado del análisis de distintas fuentes documentales. La revisión de dichas fuentes permitió configurar un marco teórico que sirvió de referente para diseñar los criterios del análisis del discurso expuesto en los argumentos de la Sentencia C-577 de 2011, que decidió en el proceso de inconstitucionalidad contra las normas que regulan el matrimonio en Colombia. Dicho análisis se hace desde una perspectiva cualitativa, mediante una pauta de análisis documental.

Para dar cuenta de los resultados de la investigación y de la reflexión frente a los mismos, el itinerario es, en primer lugar, la presentación de un análisis de la demanda, las intervenciones y el problema jurídico propuesto desde las consideraciones de la Corte. Nos concentramos en lo que consideramos es el fondo de la cuestión: la definición misma del matrimonio (I). En un segundo momento hacemos una presentación crítica de los argumentos que la Corte desarrolla para resolver el problema planteado (II). Posterior a esto, acudimos a la filosofía de Habermas para proponer una solución de fondo al problema que aunque se le plantea a la Corte, por diversas razones, legítimas o no, ésta se abstiene de decidir. Basamos nuestra argumentación, especialmente, en el carácter post – convencional que el derecho debe tener en las sociedades contemporáneas. Este apartado fundamenta la sección en donde se encuentran las conclusiones de nuestro artículo (III).

1. El matrimonio y la familia hetero compuesta como objeto de la demanda

Con relación a la demanda se debe iniciar estableciendo el contenido normativo que se considera, por la parte demandante, como contrario al ordenamiento constitucional, a saber:

1. El artículo 113 del Código Civil según el cual: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.
2. El artículo 2 de la Ley 294 de 1996, que establece que: “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.
3. Y, el artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, en donde se fija que: la familia es “(...) el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”⁵.

Es necesario señalar también que el asunto que constituye el problema que aquí nos convoca es la argumentación en torno a la relación entre argumentos religiosos y seculares en la decisión de la Corte Constitucional sobre el matrimonio en parejas del mismo sexo. El análisis se centra, entonces, en esta cuestión, dejando por fuera la reflexión “netamente jurídica” que sustenta los argumentos de los demandantes y de quienes los apoyan o contradicen.⁶

Con este fin se va a proceder de forma esquemática, esto es, transcribiendo en un cuadro los puntos fundamentales que la Corte rescata tanto de las demandas como de las intervenciones. Estas últimas son de dos tipos: las que apoyan con argumentos a los demandantes, que se ubican al inicio del cuadro y los que rechazan sus argumentos que se pondrán juntos al final del mismo, con el fin de tener una visión de conjunto de los argumentos esgrimidos por quienes intervienen en el debate.

Es importante traer en esta parte de la exposición, la aclaración que hace la segunda demanda (de Marcela Sánchez y otros) sobre por qué se insiste en el derecho al matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo. En efecto, para los demandantes no se puede negar que al no poder celebrar el contrato de matrimonio las parejas del mismo sexo sufren un déficit de protección respecto a las parejas heterosexuales, pues “(...) el contrato de matrimonio ofrece a las parejas un núcleo de protección que no es garantizado por ninguna otra figura jurídica de nuestro ordenamiento”. (Sentencia 577/2011, 2.6).

Los efectos negativos que genera esta no permisión, según los argumentos de los demandantes, son mayores y se pueden resumir en la siguiente tabla, teniendo en

5 Esto en concordancia con el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia que afirma: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

6 Por ejemplo, aquellos asuntos que tienen que ver con la aplicación del test estricto de proporcionalidad o acerca de los tipos de decisión que debería tomar la Corte al respecto.

cuenta que la institución jurídica más similar al matrimonio que pueden utilizar las parejas del mismo sexo que deseen constituir una familia, es la unión marital de hecho:

Contrato de matrimonio	Unión marital de hecho
<p>A. En cuanto al vínculo jurídico:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Genera vínculo jurídico - Los compromisos morales como la cohabitación, la fidelidad y el apoyo se elevan a categoría de deberes jurídicos. - No supone libertad absoluta de terminar el vínculo. - El incumplimiento de los deberes jurídicos es causal de divorcio y el culpable puede mantener ciertas obligaciones luego de terminado el vínculo (ejemplo: alimentos al cónyuge afectado o demandante). 	<p>A. En cuanto al vínculo jurídico:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No genera vínculo jurídico. - No hace que se eleven los compromisos morales a compromisos jurídicos. - Supone absoluta libertad jurídica para dar por terminada la unión. - No persisten obligaciones con el compañero (a) permanente luego de su disolución.
<p>B. En el ámbito patrimonial:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Con su celebración se constituye la sociedad conyugal que tiene el carácter de sociedad de ganancias a título universal. 	<p>B. En el ámbito patrimonial:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La sociedad patrimonial sólo puede ser declarada judicialmente si ha existido unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años y la acción caduca al año de terminada la misma (Ley 54 de 1990 y Sentencia C-700 de 2013).
<p>C. En el ámbito del estado civil:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existe el estado civil casado. - Al escoger el estado civil de casado la persona manifiesta el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la personalidad jurídica entendido como la facultad de escoger libremente el estado civil. 	<p>C. En el ámbito del estado civil:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No existe el estado civil “compañero permanente”. - No se puede optar por el estado civil deseado.
<p>D. En otros aspectos puntuales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se puede acceder a la afectación de vivienda familiar. - Tiene lugar, de forma inmediata y permanente el delito de inasistencia alimentaria, etc. 	<p>D. En otros aspectos puntuales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se requiere un término de dos años para que los compañeros permanentes puedan acceder a la afectación de vivienda familiar. - Se requiere de un término de dos años de convivencia en este estado para que haya lugar al delito de inasistencia alimentaria.

Como lo advierte la propia Corte en la sentencia, del matrimonio surge una familia fundada en vínculos jurídicos mientras que la unión marital se funda en vínculos “naturales”, y:

(...) a diferencia de los jurídicos, los vínculos naturales hacen referencia a la decisión libre de conformar una familia que se traduce en la constitución de una unión de carácter extramatrimonial que no tiene fundamento en el consentimiento expresado, sino “en el solo hecho de la convivencia” y en la cual “los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja”. (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011).

Así, la manifestación solemne y ceremoniosa del consentimiento es el rasgo distintivo de las dos formas de vínculo, lo que da origen a la diferencia sobre el régimen de obligaciones en una y otra.

Antes de iniciar la tabulación del material que trae la Corte sobre las posiciones expresadas en las demandas y en las intervenciones, hay que subrayar que el texto que se plasma en la sentencia no es el original de las opiniones de los interesados, sino el resumen y la selección realizada por la Corte de las mismas. Esto supone que pasan por el filtro institucional que extrae de ellas lo más relevante para la discusión del caso en cuestión. Para el asunto que aquí interesa, a saber, los argumentos religiosos en relación con la decisión sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo, se van a tener en cuenta solo aquellas posiciones que indican una perspectiva a favor o en contra de considerar como válidos contenidos religiosos. En muchos de los casos, el tema religioso no aparece de forma directa, sino a través de insinuaciones y señalamientos en torno al rechazo del perfeccionismo y el moralismo en asuntos de relevancia jurídica y las anotaciones en torno al hecho de que existen ya en la sociedad parejas del mismo sexo que conforman familias, frente a las cuales el ordenamiento jurídico debe responder garantizando sus derechos como personas y como ciudadanos. Esto último incluye, como se verá, una permanente referencia al principio liberal del pluralismo que, según los accionantes y los intervinientes que los apoyan, debe ser tenido en cuenta como criterio fundamental de interpretación de las normas legales.

El siguiente cuadro resume la forma como la Corte integra los argumentos en la sentencia, en relación con la pregunta de la investigación:

Segundo demandante

Con la prohibición de que las parejas de mismo sexo contraigan matrimonio se está imponiendo “(...) un modelo de perfeccionismo o moralismo jurídico de la (hetero) sexualidad (...) [Este modelo] se presenta cuando el ordenamiento jurídico utiliza instrumentos coactivos para imponer a las personas determinados modelos de virtud o de excelencia humana, lo cual contradice el pluralismo garantizado por la Carta (...) [por ello, de acuerdo con el juicio de proporcionalidad] en primer lugar el juez debe determinar si la restricción a los derechos constitucionales obedece a un fin constitucionalmente legítimo (...) [En efecto,] se puede (...) proteger la familia y el matrimonio heterosexual (...) [sin limitar] desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) [y sin vulnerar] derechos fundamentales de las personas homosexuales como la igualdad, la dignidad humana y la personalidad jurídica y (...) [sin desconocer] el pluralismo que reconoce algunas manifestaciones de la diversidad “insuprimibles por la voluntad democrática”.

2. Intervinientes

2.1 Secretaría Distrital de Integración Social: “(...) el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo (...) la concepción tradicional de familia como núcleo social, inmersa en las disposiciones normativas objeto de la presente demanda, implica que ésta sea vista como una unidad sellada e inamovible, restándole importancia a las relaciones efectivas que se transforman de manera constante, ante lo cual es necesario que las autoridades del Estado reconozcan la evolución social de la familia, garantizando sus derechos en un escenario pluralista y democrático”.

2.2 Personería del Municipio de Medellín: “(...) Constantemente el derecho ha estado evolucionando conforme a los cambios sociales y culturales”.

2.3 Polo Democrático Alternativo: “(...) A la luz del mandato constitucional y de la aspiración de cualquier sociedad democrática, el sexo de las personas no puede ser impedimento para realizar una acción civil en desarrollo de la voluntad [matrimonio]. La vigencia de esta limitante solo podría explicarse por el predominio de una concepción patriarcal, machista y heterosexista”.

2.4 Universidad del Rosario-Grupo de Acciones Públicas: “(...) El concepto de familia actualmente ha ido evolucionando y no sigue fundamentado (...) en el concepto del matrimonio de la Iglesia Católica, pues si bien, son referentes de nuestra historia, no son el eje de la familia perfecta, concebida en un Estado respetuoso de la libertad y la dignidad de la persona (...) después de la Revolución Francesa y debido a la influencia de los filósofos del siglo XVIII, el matrimonio perdió su carácter sacramental y adquirió un status de contrato civil, pasando a ser regulado por las leyes de la materia (...) Los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros (...) la decisión de casarse es de índole individual y, por tal motivo, no puede ocasionar daños a terceros diferentes al desacuerdo por el plan de vida escogido, basado en concepciones religiosas o costumbres sociales”.

2.5 Universidad Jorge Tadeo Lozano: “(...) el constituyente no fue explícito en recoger el tipo específico de familia. Antes bien, consagra la pluralidad social y jurídica como principio orientador en el ejercicio de interpretación, aplicación o producción de normas jurídicas, siempre con el ánimo de responder a la complejidad y heterogeneidad de las sociedades actuales (...) En casos como estos (...) es importante que la jurisprudencia se oriente (...) por los principios *pro persona* y *pro libertatis* (...) De otro modo la interpretación constitucional no estaría en correspondencia con la realidad social, ni con las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad pluralista”.

2.6 Universidad Autónoma de Colombia y Universidad de Medellín: “(...) la discusión en relación con el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una familia no se debe desarrollar dentro del ámbito del principio de igualdad, sino de conformidad con el deber político de las mayorías a respetar las diferencias”.

2.7. Universidad Nacional de Colombia: “(...) Las ciencias sociales, desde su surgimiento, se han encargado de “desnaturalizar” el mundo social, revelando los procesos históricos y sociales que están en la base de instituciones, valores, creencias considerados como evidentes e incuestionables. Estos habrían sido dotados de un carácter “natural”, entendiéndose por este calificativo su inmutabilidad y su existencia independientemente de la historia, la sociedad y la cultura (...) La pareja y la familia son instituciones históricamente configuradas, variables cultural y socialmente, que cumplen funciones de cuidado y responden a distintos ideales de vida (...) La sociedad colombiana es dinámica, se transforma y diversifica en un contexto post-tradicional, de separación de la Iglesia y el Estado”.

2.8 Universidad del Norte: “En la actualidad la institución jurídica del matrimonio tiene la carga de tener incorporado el “moralismo jurídico”, basado en la concepción de que la homosexualidad es una anomalía, una enfermedad o una aberración”.

2.9 Universidad del Atlántico: “(...) la familia colombiana debe ajustarse a los cánones de la modernidad y no a los parámetros culturales del medioevo”.

2.10 G&M Colombia Abogados: “El matrimonio es un contrato civil solemne que no puede ser influido por ideas religiosas”.

2.11 Corporación Prodiversa: “(...) La sociedad colombiana ha presentado una serie de cambios que, por lo mismo, requiere que su ordenamiento jurídico sea reajustado y mejorado con el fin de tratar las necesidades actuales de la ciudadanía y hacerlo más inclusivo y pluralista hacia las minorías sociales”.

2.12 Colombia Diversa: “Las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear” contenidas en el Código Civil expedido en el siglo XIX, de una época y una sociedad remotas, no pueden seguir vigentes, porque niegan la realidad actual y provocan una profunda discriminación. Dichas pues expresiones contradicen el espíritu pluralista y democrático de la Constitución Política de 1991 (...) Las leyes no protegen a seres ideales, sino a quienes hacen parte de una realidad concreta. La diferencia no es un error, sino una condición humana que amerita protección por parte del Estado (...) La discusión acerca del matrimonio entre personas de mismo sexo no es de carácter religioso o moral, sino simplemente legal, lo que se pretende es extender los efectos de un contrato de naturaleza civil a ese grupo de la sociedad, en condiciones de igualdad”.

2.13 ILGA LAC: “Las sociedades democráticas son estructuras dinámicas, no se rigen por leyes naturales”.

2.14 Observatorio de Discriminación Sexual: “(...) el matrimonio como institución jurídica se halla históricamente sesgado por lo que una parte de la sociedad, en su momento, considera moral y correcto, por oposición a lo inmoral y desviado, en este caso: el matrimonio entre parejas del mismo sexo”.

2.15 Comunidad de Cali: “(...) la población LGTB solicita la protección del derecho a la igualdad en el campo del matrimonio civil, sin que ello implique una afectación del sacramento religioso”.

2.16 Profamilia: “El matrimonio, además de ser un contrato civil, es un fenómeno social variable que cambia conforme a transformaciones culturales en el tiempo, las cuales terminan reflejadas en las normas y en la evolución que deviene del reconocimiento de los cambios (...) mantener la procreación como requisito esencial de la figura contractual del matrimonio carece de sentido, pues no responde a la realidad (...) resulta obsoleta”.

2.17 Asociación Lesbiápolis: “(...) El reconocimiento del matrimonio civil [de los homosexuales] no atenta contra las instituciones religiosas y protege el derecho a la libertad de cultos sin que se generen discriminaciones o distinciones entre los ciudadanos colombianos (...) [y] se protegen los derechos de todos los colombianos, los cuales pueden verse amenazados por el Estado a través de la imposición de un modelo de unión marital”.

2.18 Comisión Colombiana de Juristas: “Se puede exhortar al Congreso de la República (...) pero (...) existe poca voluntad política de ese órgano para regular aspectos relacionados con los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo”.

2.19 Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas: “(...) existe una realidad social que no puede ser desconocida y es, precisamente, que en Colombia el 11.5% de la población homosexual ha constituido familias con hijos”.

2.20 Corporación Caribe Afirmativo: “(...) desde el punto de vista sociológico, el concepto de familia ha ido transformándose de manera integral, así como los derechos que de su conformación surgen (...)”.

2.21 Ciudadanos que adhirieron a los cargos formulados en la presente demanda: “(...) Las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear” (...) [art. 113 C.C] niegan la realidad de muchas familias colombianas conformadas de manera diferente (...) contradicen el espíritu pluralista y democrático de la Constitución Política (...) Colombia debe evolucionar hacia una sociedad más tolerante, respetuosa, igualitaria e incluyente (...) la ley no protege a seres ideales sino reales y el homosexualismo es una realidad (...)”.

2.22 Ciudadanos que se oponen a los cargos formulados en presente demanda: “(...) las demandas formuladas contravienen lo dispuesto en la Constitución Política en cuanto a la protección de la familia y desconocen las relaciones derivadas de la naturaleza del ser humano, pues pretender que se equiparen las parejas homosexuales a las heterosexuales equivaldría a desconocer una realidad natural y preexistente (...) el matrimonio homosexual es una amenaza a los principios bíblicos establecidos por Dios para el sano desarrollo de la humanidad (...) una sociedad como la nuestra, que cree en la soberanía de Dios sobre el hombre, no puede aprobar el matrimonio homosexual pues se alteraría el orden social de una país que se confiesa cristiano”

2.23 Asociación Colombiana de Juristas Católicos: Permitir el matrimonio de parejas del mismo sexo traería como consecuencia: “La presión (...) para descalificar y sancionar la enseñanza de la existencia de una naturaleza humana creada por Dios y cognoscible a través de la razón, por considerarse discriminatoria (...) [con lo cual] la enseñanza ética y moral cristiana pasaría, de forma gradual, a ser considerada culpable de violación de los derechos humanos (...) [y] toda la filosofía clásica y la ética de las principales religiones monoteístas del mundo serían culpables de promover discursos de odio y discriminación”.

3. Concepto Procurador General de la Nación

“(...) la familia y el matrimonio no es un asunto que atañe sólo al interés del individuo o de las parejas individualmente consideradas (...) no dependen exclusivamente de los criterios o de las preferencias de las personas”.

Fuente: resumen sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional Colombiana

Como puede observarse, de la lectura de las diferentes intervenciones y conceptos en torno al matrimonio de las parejas del mismo sexo, quienes están a favor de las pretensiones de la demanda fundamentan sus razones en el hecho de que permitirle a las parejas del mismo sexo casarse, en nada perjudica a las parejas heterosexuales que también deseen hacerlo, pero que el prohibirles la posibilidad de formar una familia representaría mantener a los ciudadanos atados a las tradiciones religiosas y morales que están en la base de la reglamentación actual sobre el mismo. Muchos de ellos consideran, de forma implícita o explícita, que es precisamente esta vinculación fundamental del derecho a formar una familia por medio del matrimonio a convicciones morales de raigambre religiosa cristiana, la verdadera causa de que no se considere viable jurídicamente que se extienda a las parejas del mismo sexo. Esto es así, afirman, en la medida en que el órgano legislativo está demasiado atado al respeto por la voluntad de la mayoría de los colombianos que están en estos temas fuertemente ligados a sus raíces cristianas, y que no ven con buenos ojos una ampliación del matrimonio a parejas del mismo sexo.

En este caso, entonces, el referente de principio netamente democrático iría en contravía de una interpretación sistemática que ponga en consideración la ley y la norma constitucional con otros principios y fines consagrados en la Constitución, como el pluralismo, la igualdad, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad,

entre otros, que están inmersos en una concepción secularizada más amplia, contraria a los argumentos de corte religioso. En el mismo sentido se orientan las consideraciones que rechazan el mantenimiento de un *status quo* con respecto a las tradiciones y a los valores premodernos y convencionales, que se quieren conservar en la medida en que se niega que las parejas del mismo sexo tengan el derecho a contraer matrimonio, pues en primer lugar, son profundamente discriminadoras por motivos de preferencia sexual y, en segundo lugar, porque se niegan a aceptar la realidad sociológica de que en Colombia ya existen familias conformadas por parejas del mismo sexo y otras, también parejas del mismo sexo, que las van a conformar, con lo que se mantiene una constante histórica de discriminación y exclusión de lo no tradicionalmente aceptado como válido.

De igual forma el argumento “moderno” está ligado a una concepción liberal secularista de la vida en sociedad y del papel del individuo en el marco de la comunidad. Esta posición de trasfondo ideal moderno puede ser comprendida, en términos de Charles Taylor, de la siguiente manera:

(...) cada uno de nosotros tiene una forma original de ser humano. Su forma de expresarlo fue que cada persona tiene su propia «medida» (...) Existe cierta forma de ser humano que constituye mi *propia* forma. Estoy destinado a vivir mi vida de esta forma, y no a imitación de la de ningún otro (...) Si no lo soy [fiel a mí mismo] pierdo de vista la clave de mi vida, y lo que significa ser humano para *mí* (...) No sólo no debería plegar mi vida a las exigencias de la conformidad exterior; ni siquiera puede encontrar fuera de mí el modelo conforme al que vivir. Sólo puedo encontrarlo en mi interior. Ser fiel a uno mismo significa ser fiel a la propia originalidad, y eso es algo que sólo yo puedo enunciar y descubrir. Al enunciarlo, me estoy definiendo a mí mismo. Estoy realizando un potencial que es en verdad el mío propio”. (Taylor, 1994, pp. 64-65).

Por ello se argumenta que quienes se casan lo hacen como expresión de la voluntad y por lo tanto de su individualidad, la cual debe ser respetada por aquellos que profesan concepciones religiosas y se apeguen a las costumbres sociales, en cuanto no ocasionen daños a terceros y no interfieran con los planes de vida escogidos por otros.

Frente a estos argumentos, las consideraciones que están en contra de las pretensiones de los demandantes defienden la forma como tradicionalmente se ha concebido el matrimonio en Colombia y, antes bien, consideran que ampliar su alcance para que puedan recurrir a él también las parejas del mismo sexo, implicaría un grave peligro para la solidez de las bases cristianas que sustentan el núcleo social de la familia. Precisamente, dado el decisivo y clave papel que la institución de la familia tiene para la reproducción moral de la sociedad, aceptar el matrimonio de las parejas del mismo sexo, implicaría la remoción del núcleo que da vida a la

sana existencia en sociedad, a saber, un fundamento trascendental, natural y divino del matrimonio. En este sentido, se puede hablar de una argumentación fundada en la idea de que el individuo no es libre de hacer lo que quiere, sino que su vida y su acción deben estar inmersas en una totalidad mayor que no puede eludir su compromiso y respeto por lo trascendental. Esta posición la expone Charles Taylor de la siguiente manera:

(...) la lección general es que la autenticidad no pueda defenderse con formas que hagan desplomarse los horizontes de significación (...) *independientemente de mi voluntad*, existe algo noble, valeroso y por tanto significativo en la configuración de mi propia vida (...) Los horizontes constituyen algo dado (...) Y qué cuestiones son las significativas no es cosa que yo determine. Si fuera yo quien decidiera, ninguna cuestión sería significativa (...) Sólo puedo definir mi identidad contra el trasfondo de aquellas cosas que tienen importancia. Pero poner entre paréntesis a la historia, la naturaleza, la sociedad, las exigencias de la solidaridad, todo salvo lo que encuentro en mí, significaría eliminar a todos los candidatos que pugnan por lo que tiene importancia. Sólo si existo en un mundo en el que la historia, o las exigencias de la naturaleza, o las necesidades de mi prójimo humano, o los deberes del ciudadano, o la llamada de Dios, o alguna otra cosa de este tenor *tiene una importancia* que es crucial, puedo yo definir una identidad para mí mismo que no sea trivial. La autenticidad no es enemiga de las exigencias que emanan de más allá del yo; presupone esas exigencias. (Taylor, 1994, pp. 74-76).

En este sentido, el argumento que con más fuerza sintetiza el pensamiento religioso y cristiano sobre el matrimonio y que es realizado por la Corte en su relevancia para el debate es el del Procurador, pues al establecer que la familia y el matrimonio "(...) no es un asunto que atañe sólo al interés del individuo o de las parejas individualmente consideradas, sino a toda la sociedad en su conjunto, en tanto que se trata de su núcleo e institución básica, e igualmente, porque no dependen exclusivamente de los criterios o de las preferencias de las personas" (Sentencia C-577 de 2011), lo que se está es señalando que la libertad tiene un fundamento que trasciende el "yo" individual y hace que la vida en comunidad tenga sentido. Ese compromiso y esa responsabilidad no deben entonces ponerse en juego, según esta posición, abriendo la compuerta más significativa de la sociedad, esto es la familia y el matrimonio heterosexual como su forma natural de constitución, a la vorágine de la pluralidad sexual de una época en la que peligran los valores sagrados de la convivencia humana.

Hasta este punto se han identificado objetivamente las diversas posturas sobre la noción de matrimonio a partir del análisis de las normas acusadas en la demanda y de las intervenciones y conceptos que se presentaron en el debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada. En lo que sigue se presentará una lectura crítica de los argumentos que la Corte desarrolla para resolver el problema planteado.

2. Los argumentos de la Corte Constitucional colombiana frente al problema propuesto

La Corte Constitucional debía resolver en el proceso de constitucionalidad si la expresión “un hombre y una mujer”, del artículo 113 del Código Civil que señala como requisito del matrimonio la heterosexualidad de los contrayentes es contrario a la Constitución y violatorio de los derechos de las parejas del mismo sexo, en tanto excluye la posibilidad de que puedan unirse en familia a través del vínculo matrimonial. De igual forma, la Corte debía evaluar si la legislación que establece que la familia se origina en la unión de un hombre y una mujer, desconoce los preceptos constitucionales. Para abordar los cargos, la Corte analiza la relación entre la existencia de parejas homosexuales y la familia, teniendo como premisas la existencia de una diversidad de vínculos familiares, y establece la diferencia entre familia y matrimonio.

Frente al primer supuesto la Corte considera que en Colombia existe una pluralidad de familias, de tal forma que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios”. (Sentencia C-577 de 2011).

La Corte considera que en Colombia se ha reconocido la realidad social y material frente a la conformación de la familia, razón por la cual es pertinente hacer una interpretación en sentido amplio del concepto de familia, entendida como:

Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”. (Sentencia C-577 de 2011).

Desde esta perspectiva es claro para la Corte que las familias homoparentales sí constituyen familia.

Una vez dilucidado este primer elemento, la Corte pasa a analizar la diferencia entre familia y matrimonio, con el fin de aclarar que el matrimonio es apenas una de las formas en que se da inicio a la familia, pero no la única forma en que se constituye, dada la pluralidad de familias que existen en la realidad. A partir de este supuesto la Corte considera pertinente evaluar si pese a que

(...) la unión matrimonial heterosexual y la de parejas homosexuales constituyen tipos de familia, existe un mandato constitucional que imponga aplicar a las parejas homosexuales, que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, la misma forma jurídica prevista

para dar lugar a la familia heterosexual surgida de la expresión del consentimiento en que se hace consistir el matrimonio. (C-577 de 2011).

La Corte da respuesta a este interrogante al señalar que si bien es cierto las familias homosexuales se reconocen como tal, del mandado constitucional se desprende que:

(...) el matrimonio es la forma de constituir la familia heterosexual, cuando la pareja, integrada por hombre y mujer, manifiesta su consentimiento y lo celebra, mientras que la voluntad responsable de conformar la familia es la fuente de otro tipo de familias como la unión marital de hecho o la compuesta por una pareja de homosexuales. (Sentencia C-577 de 2011).

Para la Corte, de lo anterior se sigue que, pese a que el Constituyente de 1991 quiso proteger diversas formas de familia, y en realidad existe una variedad de ellas que merecen protección constitucional, hizo un reconocimiento especial a las familias heterosexuales que quisieran dar inicio a su la vida mediante el vínculo del matrimonio. Para la Corte:

El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamente enunciadas, todo en forma tal que solo cabe apuntar que en este caso “la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución. (Sentencia C-577 de 2011).

Este hecho puede entenderse, según la Corte, como la lectura que hizo el constituyente del 91 de la concepción predominante de la época frente al matrimonio heterosexual como forma de constituir una familia; una época en la que no se había dado inicio a los movimientos sociales en busca del reconocimiento de los derechos de los homosexuales.

Para la Corte la “protección a la familia heterosexual y al matrimonio de las parejas de distinto sexo es un dato constitucional insoslayable con el que tiene que contar el juez constitucional al momento de resolver asuntos como los planteados en las demandas que ahora se deciden”. (Sentencia C-577 de 2011). Con esta premisa de base la Corte aborda el análisis constitucional de la forma en que debe darse lugar a la conformación solemne de familias integradas por parejas del mismo sexo, dado que desde su perspectiva, el matrimonio, como unión solemne, está limitado para parejas heterosexuales.

La Corte encuentra que, desde la revisión del ordenamiento constitucional, la alternativa de la unión marital de hecho para las parejas del mismo sexo resulta insuficiente en la medida en que la protección jurídica que se deriva de dicha forma de constitución familiar, no les permite asumir un mayor compromiso como el que surge del matrimonio. Por lo que procede la Corte a revisar si de lo dispuesto en el artículo 42 superior que contempla el matrimonio para las parejas heterosexuales, se sigue “la proscripción de toda institución mediante la cual las parejas del mismo sexo pudieran concretar su intención de unirse mediante un vínculo jurídico formal que solemnice su relación y le otorgue un mayor grado de solidez que el inherente a la simple unión de hecho”. (Sentencia C-577 de 2011).

Para la Corte, el hecho de que el matrimonio en el ordenamiento constitucional colombiano esté previsto de manera expresa para las parejas heterosexuales y que la única alternativa para la constitución de las familias producto de uniones homosexuales sea la unión marital de hecho, resulta insuficiente en la medida en que estas familias quedan por fuera del marco de protección previsto para el vínculo jurídico del matrimonio, el cual supone un compromiso mayor al que se adquiere con el vínculo natural de las uniones maritales de hecho. El artículo 42 de la Carta es leído por la Corte como el

reconocimiento jurídico a una realidad tradicionalmente aceptada como la forma que la mayoría heterosexual tiene a su alcance para formalizar el vínculo constitutivo de una familia especialmente protegida, no solo por razones ligadas a una larga tradición, sino ante todo, porque garantiza el cambio de las generaciones y la prolongación de la comunidad constitutiva del elemento humano del Estado, en la medida en que la libre expresión del consentimiento otorgado por los contrayentes es indicativa de la juridicidad de una relación que, por lo general, va a ser escenario favorable para el levantamiento y socialización de los descendientes. (Sentencia C-577 de 2011).

Con base en lo anterior la Corte procede a indagar si el hecho de que la Carta Constitucional prevea en su artículo 42 el matrimonio para heterosexuales, tiene como consecuencia la proscripción de una institución a través de la cual las parejas del mismo sexo realicen sus uniones mediante un vínculo jurídico formal que permita solemnizar sus uniones con un régimen de obligaciones mayor al de la unión marital de hecho.

La Corte valora que las parejas homosexuales amparadas en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad tengan derecho a escoger libremente el tipo de vínculo para dar origen a la familia, sin embargo, actualmente no pueden optar por un vínculo jurídico ante la ausencia de contrato que de forma solemne les permita iniciar una familia, razón por la cual se encuentran frente a un déficit de

protección. Esta consideración, aclara la Corte, no pone en riesgo el matrimonio, ni desconoce o elimina la protección constitucionalmente ordenada al matrimonio heterosexual, lo que hace es reconocer:

El imperativo superior de ampliar la cobertura protectora mediante el establecimiento de una institución contractual que responda a las necesidades de protección de las parejas del mismo sexo, a las que les falta un mecanismo que torne factible el reconocimiento formal y solemne de su unión y que contribuya a asignarle deberes y derechos recíprocos a los miembros de la pareja, así como a velar por su efectivo cumplimiento. (Sentencia C-577 de 2011).

El hecho de que la constitución consagrara el matrimonio heterosexual, no tiene como consecuencia la prohibición de incluir una institución que permita la constitución de la familia compuesta por la pareja homosexual mediante un vínculo jurídico.

Finalmente, se interroga acerca de ¿qué solución debe darse al problema jurídico planteado? Para responder a esta pregunta, la Corte recuerda que desde las Sentencia C-075 de 2007 y C-098 de 1996, se analizaron las “diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales” lo que permitió sostener que, no hay “un imperativo constitucional de dar tratamiento igual a unas y otras”, por lo que le corresponde al legislador “definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento”. (Sentencia C-577 de 2011).

De igual forma la Corte señala cómo en la Sentencia C-029 de 2009 se hizo énfasis en que dadas las “diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras”, por lo cual, “es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria”. (Sentencia C-577 de 2011).

De lo anterior se sigue que le corresponde al legislador escoger la forma en que se formalizarán las uniones de parejas del mismo sexo. Para la Corte la existencia de parejas del mismo sexo es más visible y aceptada socialmente y sus reivindicaciones deben ser llevadas no solo ante el Tribunal Constitucional sino, preferiblemente, ante el Congreso de la República:

(...) en cuyo seno, según la dinámica de la política, las minorías pueden aliarse a la representación de otros partidos y movimientos para configurar, permanentemente o en

relación con un tema, una coalición mayoritaria capaz de sacar adelante proyectos en los que tenga interés un grupo o sector, así sea minoritario. (Sentencia C-577 de 2011).

Con base en lo anterior la Corte resolvió exhortar al Congreso de la República a legislar de manera sistemática sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, esto con el fin de eliminar el déficit de protección del que son víctimas e indicó en el fallo que si para el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no había expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual. (Sentencia C-577 de 2011).

3. Conclusiones: el análisis de los argumentos de la Corte a la luz de la filosofía de J. Habermas

El Derecho, como fenómeno moderno, pos-convencional y pos-metafísico, no puede recurrir ya a la autoridad de las cosmovisiones religiosas para fundamentar sus pretensiones de legitimidad y eficacia. Es más, en el contexto de las sociedades modernas occidentales, el derecho se convierte en un mecanismo clave para garantizar la integración social y sistémica, justamente ante el debilitamiento de las cosmovisiones religiosas propias de la modernidad.

Pero para alcanzar esto, los sistemas legales modernos no pueden acudir a fuentes de legitimación metasociales y trascendentes, tales como principios o mandatos divinos y absolutos. Como lo señala Zurn (2011), para Habermas, “(...) social actors demand that law effect a normatively correct structuring of social interactions that is rationally justifiable to those who are subject to its imperatives” (p. 160).

En este sentido, los sistemas legales modernos deben generar normas que sean tanto efectivas como legítimas para poder cumplir sus funciones de “correa de transmisión” capaces de transformar el poder comunicativo, originado en el mundo de la vida, en un lenguaje legal que pueda influenciar los ámbitos administrativo y económico de la sociedad. Solo de esta forma el Derecho hace posibles las condiciones para domesticar constitucionalmente la circulación del poder en las sociedades complejas contemporáneas. En palabras del propio Habermas (1998):

El lenguaje del Derecho da a comunicaciones provenientes de la esfera de la opinión pública y de la esfera de la vida privada, es decir, a comunicaciones provenientes del mundo de la vida, una forma en la que esos mensajes pueden ser también entendidos y asumidos por los códigos especiales de los sistemas de acción autorregulados, y a la inversa. Sin este transformador el lenguaje ordinario no podría circular a lo largo y ancho de toda la sociedad. (p. 434).

Pero esto requiere que el Derecho moderno complemente sus demandas de obediencia a través de sanciones coercitivas con el cumplimiento de la expectativa de que esas mismas normas jurídicas, son promulgadas para ser obedecidas por sujetos libres, autónomos e iguales. Como lo indica Zurn (2011): “(...) law is both coercive and freedom – guaranteeing: a social fact that is nevertheless responsive to normative idealizations” (p. 162). En palabras del propio Habermas (2006):

El procedimiento democrático debe su fuerza generativa de legitimación a dos componentes: por un lado, a la participación política igualitaria de los ciudadanos, que garantiza que los destinatarios de las leyes puedan también entenderse a sí mismos al mismo tiempo como los autores de esas leyes; y, por otro lado, a la dimensión epistémica de las formas de discusión y de acuerdo dirigidas deliberativamente, que justifican la presunción de resultados racionalmente aceptables (Habermas 2006: 128)⁷.

Este elemento de la teoría de la democracia de Habermas (1998) tiene una consecuencia fundamental: el derecho moderno no se entiende como subordinado a la moral. El discurso jurídico y el discurso moral se entienden como equiprimordiales ya que ambos son especificaciones de un principio mucho mayor y abstracto, a saber, el principio del discurso (D)⁸.

Sin duda, hay ciertos preceptos morales abstractos y universales que el derecho no puede contradecir. Por ejemplo, el derecho no puede tratar de forma discriminatoria e injusta a ciertos ciudadanos, como a las mujeres. Pero esto se debe a una consecuencia práctica del principio de discurso mismo que el derecho, por decirlo así, está obligado a respetar. Pero existen una gran cantidad de asuntos que solo pueden ser decididos a través de los procedimientos democráticos legalmente constituidos. Zurn (2011) pone como ejemplo una ley que le prohíba a las mujeres embarazadas trabajar en fábricas en donde puedan estar expuestas a químicos que afecten al feto, en Colombia podemos pensar en la legislación que prohíbe el trabajo infantil y regula la edad en que es posible que los adolescentes trabajen con permiso de los padres o de la autoridad competente.

Hay una gran cantidad de cuestiones que deben ser resueltas por los medios democráticos, ya que no hay nada más. Si el derecho estuviera sometido a la moral habría una gran cantidad de asuntos por fuera del control democrático. La tradición del derecho natural “liberal” cometió este error. Por esto los derechos individuales

7 Este es el sentido del principio democrático según el cual las leyes pueden pretender validez legítima solo si pueden encontrar el acuerdo potencial de todos los ciudadanos en un proceso discursivo de producción legislativa constituido legalmente (Habermas, 1998).

8 Una formulación del principio del discurso (D) es: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (Habermas, 1998, p. 172).

no pueden ser entendidos como imperativos morales pre políticos. Los sujetos de derecho moderno deben determinar ellos mismos, a través de los procesos deliberativos democráticos, los contenidos legales de los derechos individuales fundamentales. Y, como corolario, se necesita que el respeto a ciertos principios sea radical y “total”, como la igualdad y los dos componentes de legitimidad: la deliberación tiene efectos cognitivos y los ciudadanos son sujetos y autores de las leyes.

Es por esto que argumentar que el derecho colombiano debe consagrar el matrimonio como una institución exclusiva para las parejas heterosexuales, desde un punto de vista moral y religioso, es una cuestión compleja. Y sin lugar a dudas, no es coherente con una visión pluralista, democrática y pos-convencional del derecho.

Es fundamental entonces que los sistemas legales modernos conciban a los ciudadanos en su doble rol, tanto de destinatarios de las leyes como autores de las mismas. Como lo señala Zurn (2011):

Because the rule of law requires the political use of the coercive power of the state, and because we can no longer rely upon ‘metasocial’ guarantees for the rightness of legal programmes, the only way to ensure that all affected by the exercise of political power have an equal opportunity to participate in the collective determination of the nature and direction of that political power is through the procedures of deliberative democratic self – determination. (p. 165).

En todo caso, en la teoría de Habermas (1998) parece ser que no hay otro camino diferente a dejar que sea el debate democrático el que decida estos asuntos. Los tribunales constitucionales a lo sumo se constituyen en guardianes de los procedimientos deliberativos. En este sentido, entonces, la Corte Constitucional de Colombia cumplió con su función: promovió una deliberación amplia y abierta al exhortar al Congreso y de paso a la sociedad colombiana a discutir políticamente sobre el tema.

Pero, en la medida en que la igualdad y la autonomía son presupuestos del mismo principio del Discurso, la pregunta que queda es la siguiente ¿existe alguna razón no basada en principios metafísicos o metasociales (religiosos o perfeccionistas) que pueda justificar la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio? Ante la respuesta negativa a este interrogante, la Corte sí pudo decidir de otra forma. Y este justamente fue el análisis que la sentencia no se atrevió a realizar, al menos no hasta las últimas consecuencias. El problema jurídico estaba referido al “matrimonio”, tema que la Corte realmente no quiso analizar de fondo o por lo menos no de forma suficiente. El matrimonio, como contrato, es un derecho post convencional, que debe estar desprovisto de la autoridad de las cosmovisiones religiosas para fundamentar

sus pretensiones de legitimidad y eficacia. En una democracia deliberativa todas las formas de vida de sus asociados que no interfieran con los derechos de los demás deben ser protegidas. Por ende, el matrimonio para las parejas del mismo sexo también debe ser asegurado como derecho. La garantía del derecho a casarse para las familias homoparentales no implica ningún desbalance ni desprotección para las familias heterosexuales, por tanto, un contrato matrimonial para las primeras debe, sin lugar a dudas, asegurarse.

Referencias

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 (2007).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-098 (1996).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 (2011).
- Charles, T. (1994). *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*, Vol. II. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2006). *Entre naturalismo y religión*. Madrid: Paidós.
- Habermas, J. (2009). ¡Ay, Europa! Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2015). *Mundo de la vida, política y religión*. Madrid: Trotta.
- Jaramillo, I. (2013). *Derecho y familia en Colombia. Historia de raza, género y propiedad (1540-1980)*. Bogotá: Universidad de los Andes
- Zurn, C (2011). Jürgen Habermas: Key Concepts. Barbara Fultner (ed.), "Discourse Theory of Law". Acumen Press.



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón del Tiempo
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

Análisis de los tiempos para el otorgamiento de la licencia ambiental en Colombia

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a10

* Artículo de reflexión resultado del proyecto *Evolución en la reglamentación de las licencias ambientales*, terminado en julio de 2015. Grupo de investigación *POLYGESTA – Política, Legislación y Gestión Ambiental*, Línea Ciencias Naturales – Ciencias de la Tierra y Medioambientales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Investigador principal: Carlos Zárate Yepes. Coinvestigadores: Norman Andrés Gómez Quintero, Diana Castaño Torres y Viviana Gil Hernández.

Citación de este artículo con el sistema APA: Zárate Yepes, C. A. et al. (2016). Análisis de los tiempos para el otorgamiento de la licencia ambiental en Colombia. *Estudios de Derecho*. 73 (161), 205-225. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a10

Fecha de recepción: 22 de junio 2016

Fecha de aprobación: 29 de junio 2016

Análisis de los tiempos para el otorgamiento de la licencia ambiental en Colombia

Carlos Alberto Zárate Yepes¹, Norman Andrés Gómez Quintero², Diana Castaño Torres³, Viviana Gil Hernández⁴

Resumen

Con la expedición del Decreto Ley 2811 de 1974, actual Código de Recursos Naturales Renovables, se dio gran importancia a todo lo que tiene que ver con la conservación de los Recursos Naturales Renovables y el Medio Ambiente, la relación sociedad-naturaleza en la conservación de los mismos, la regulación en cuanto a la oferta de los recursos naturales y el control y manejo en los impactos ocasionados en diferentes proyectos, obras o actividades. Este decreto estableció la necesidad de obtener licencias ambientales, permisos, concesiones y autorizaciones que la legislación Colombiana ha modificado sustancialmente durante los últimos 23 años, después de la promulgación de la Ley 99 de 1993, principalmente en su título VIII donde se hace referencia al tema de licencias ambientales, los cuales han sido modificados permanentemente en la Normatividad Ambiental posterior.

Palabras clave: licencia ambiental, autoridad ambiental, ANLA, DAA, EIA, impacto ambiental.

Analysis of the time for granting the environmental license in Colombia

Abstract

With the issuance of the Decree Law 2811 of 1974, current Code of Renewable Natural Resources, great importance was attached to everything that has to do with the conservation of Renewable Natural Resources and Environment, society-nature relationship in conservation of the same, the regulation on the supply of natural resources and the control and management in the resulting impacts on different projects, works or activities. This decree established the need to obtain environmental licenses, permits, concessions and authorizations that the Colombian legislation has changed substantially over the last 23 years, after the enactment of Law 99 of 1993, mainly in its title VIII where it refers to the subject environmental licenses, which have been permanently modified in subsequent Environmental Regulations.

Keywords: environmental license, environmental authority, ANLA, DAA, EIA, environmental impact.

Análise dos tempos para a concessão da licença ambiental na Colômbia

Resumo

Com a expedição do Decreto Lei 2811 de 1974, atual Código de Recursos Naturais Renováveis, conferiu-se grande importância a tudo o que tem a ver com a conservação dos Recursos Naturais Renováveis e o Meio-Ambiente, a relação sociedade-natureza na conservação deles mesmos, a regulamentação quanto à oferta dos recursos naturais e o controle e gestão nos impactos causados em diferentes projetos, obras ou atividades. Este decreto estabeleceu a necessidade de obter licenças ambientais, permissões, concessões e autorizações que a legislação colombiana tem modificado consideravelmente durante os últimos 23 anos, após a promulgação da Lei 99 de 1993, principalmente no seu título VIII onde se faz referência ao assunto das licenças ambientais, os quais foram modificados permanentemente na Normatividade Ambiental posterior.

Palavras-chave: licença ambiental, autoridade ambiental, ANLA, DAA, EIA, impacto ambiental.

-
- 1 Profesor asociado a la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Abogado, Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho Ambiental, Economista Agrícola Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Derecho Procesal. Secretario de Sede Universidad Nacional de Colombia. Coordinador del Grupo de Investigación *POLYGESTA- Política, Legislación y Gestión Ambiental*, Línea Ciencias Naturales- Ciencias de la Tierra y Medioambientales de la Universidad Nacional de Colombia sede Medellín. Correo electrónico: cazarate@unal.edu.co
 - 2 Estudiante de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Perteneció al Grupo de Investigación *POLYGESTA- Política, Legislación y Gestión Ambiental*, Línea Ciencias Naturales- Ciencias de la Tierra y Medioambientales de la Universidad Nacional de Colombia sede Medellín. Correo electrónico: nagomezq@unal.edu.co
 - 3 Estudiante de Ingeniería Ambiental de la Universidad de San Buenaventura Medellín. Correo electrónico: dianacastanot@gmail.com
 - 4 Ingeniera Administradora de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Perteneció al Grupo de Investigación *POLYGESTA- Política, Legislación y Gestión Ambiental*, Línea Ciencias Naturales- Ciencias de la Tierra y Medioambientales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Correo electrónico: vigilhe@unal.edu.co

Análisis de los tiempos para el otorgamiento de la licencia ambiental en Colombia

Introducción

Las diferentes Autoridades Ambientales, el Congreso de la República y la Presidencia de Colombia, sustentados en la necesidad de realizar un trabajo más ágil, completo y coordinado, han expedido diferentes normas que modifican considerablemente diferentes conceptos, plazos y obligaciones de la Licencia Ambiental para la ejecución de proyectos, obras y actividades. El presente estudio hace un análisis comparativo sobre los cambios en los tiempos para el otorgamiento de licencias ambientales, e igualmente analiza la inclusión, exclusión y modificación de algunos conceptos que también marcan la diferencia en cada una de estas normas que se han expedido durante los últimos 23 años. Por lo anotado, aquí se pretende hacer una revisión de la normatividad en cuanto a licencias ambientales, haciendo énfasis en los temas antes mencionados, con el fin de denotar qué tan acertados han sido los entes reguladores en cuanto al contenido de cada norma y las modificaciones que principalmente en los tiempos para su análisis y otorgamientos han quedado consignados en las diferentes normas expedidas al respecto.

Análisis normativo

Desde la promulgación del Decreto Ley 2811 de 1974 - Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente - y de sus artículos 27 y 28 que regularon la Declaración de Efecto Ambiental (DEA) y el Estudio Ecológico Ambiental (EEA), respectivamente, Colombia consagra la necesidad de declarar el efecto ambiental negativo y la correspondiente evaluación del impacto ambiental derivado de los diferentes proyectos, obras y actividades; pero, solo hasta la promulgación de la Ley 99 de 1993, se evidencia de una manera más integral la existencia de un sistema de licenciamiento más estructurado. Esta al definir Licencia Ambiental, la asume como:

La autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia, de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección,

compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada. (Ministerio de Ambiente, 1993).

Desde su implementación, el procedimiento de licenciamiento ambiental ha sido considerado como un instrumento de planificación y control ambiental, el cual ha permitido evaluar los posibles impactos que los proyectos, obras o actividades puedan generar en los ecosistemas o en las comunidades y de esta manera garantizar la protección del medio ambiente y la calidad de vida de las poblaciones. Pero en la actualidad, esta idea se ha ido debilitando gracias a que las normas que regulan este procedimiento han sufrido una gran cantidad de modificaciones debido a diferentes situaciones, como la adaptación al cambio climático, la capacidad técnica de las autoridades ambientales para evaluar los procesos de licenciamiento y principalmente a la presión de los sectores económicos, los cuales buscan la reducción de los requisitos y plazos en los que se desarrolla dicho proceso, porque los consideran un limitante para la economía colombiana; una economía que ahora fundamentada principalmente en la explotación y exportación de los recursos naturales. Es por esto que el proceso de obtención de licencias ambientales ha adquirido gran importancia, ya que es uno de los mecanismos más significativos con que se cuenta actualmente en Colombia, para controlar la adecuada explotación de recursos naturales tanto renovables como no renovables en el país, y por esta vía, garantizar la oferta adecuada de bienes y servicios ambientales, su conservación y manejo para las generaciones presentes y futuras, tal cual lo establece el artículo 3 de la Ley 99 de 1993.

Un riesgo en la reducción de tiempos para el estudio y otorgamiento de las licencias ambientales y la realización de los estudios ambientales, tiene que ver con que el propietario del proyecto, obra o actividad, puede suprimir o no detallar información importante u oportuna que pudiera ser de utilidad al momento de la aprobación de una licencia ambiental; generando que análisis e investigaciones que realicen las Autoridades Ambientales, puedan no tener todo el rigor necesario, primero por los nuevos tiempos establecidos y segundo, por la celeridad en la elaboración de los estudios que soportan el otorgamiento de la licencia ambiental, obligándose por una sola vez a solicitar información adicional; a propósito de esto la Contraloría indicó lo siguiente:

La disminución de los tiempos para el otorgamiento de las licencias ambientales puede conllevar a que las diferentes fases se adelanten sin la rigurosidad que ameritan, toda vez que es evidente la debilidad de las autoridades ambientales en su capacidad institucional para llevar a cabo las etapas del proceso de licenciamiento. (Rodríguez, 2011).

La reducción de los tiempos y que los términos sean perentorios, han hecho que la autoridad ambiental se transforme en un ente expedidor de licencias, debilitándose su función de veeduría, seguimiento y control, aspectos fundamentales para la protección y conservación del medio ambiente. Estas circunstancias conllevan a que las autoridades se vean obligadas a realizar procesos de licenciamiento contra el tiempo, respondiendo a las necesidades del desarrollo económico, en vez de cumplir su objetivo, que es la protección ambiental, lo cual va en detrimento de la gestión y conservación del medio ambiente.

Gracias a las dificultades que se han presentado en este procedimiento y al interior de las entidades con competencias para otorgar licencias ambientales, el Gobierno decidió crear por medio del Decreto 3573 del año 2011, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), la cual surgió como una institución de apoyo al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en todos los procesos relacionados con licenciamiento ambiental, en aquellos proyectos que no son competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), que son de interés nacional y que en la Ley 99 de 1993, eran competencia del Ministerio del Medio Ambiente.

Antes de la promulgación del Decreto 3573 de 2011, el otorgamiento de la licencia ambiental a los grandes proyectos era efectuado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), combinando en el Ministerio funciones técnicas y políticas, lo cual se ha considerado abiertamente inconveniente. Con la creación del ANLA, se busca especializar al Ministerio en temas de formulación de políticas y al ANLA en aspectos técnicos y de autoridad, como es en este caso el otorgamiento de las licencias ambientales.

Como se ha venido mencionando, las disposiciones que regulan el procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental, han sufrido innumerables modificaciones y muestran una intención de flexibilizar los requisitos y de reducir evidentemente los tiempos para ello; no en vano, el último decreto expedido para la regulación y otorgamiento de licencias ambientales en Colombia, el Decreto 2041 del año 2014, ha sido generalmente denominado por expertos, críticos y académicos como el Decreto que institucionaliza la “Licencia Exprés”.

En Colombia para solicitar una licencia ambiental se deben seguir los pasos que están estipulados en la norma, por parte de la autoridad ambiental competente, llámese Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, ANLA, Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) y en algunos casos especiales, según el Artículo 66 de la Ley 99 de 1993, las ciudades, distritos y áreas metropolitanas con más de 1 millón (1.000.000) de habitantes, en su perímetro urbano.

Con la expedición de la Ley 99 de 1993, inicialmente en su artículo 58, se presenta el procedimiento que se debe seguir para obtener una licencia ambiental. El primer cambio se da con la expedición del Decreto 1753 de 1994, solo 2 años después de la expedición de la primera norma que regula este procedimiento.

La Ley 99 de 1993 en su artículo 58 describe el procedimiento de la siguiente manera (Figura 1). En forma resumida, indica que el interesado en la Licencia Ambiental debe presentarse con el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) ante la autoridad correspondiente; desde ese momento, la autoridad dispone de 30 días para solicitar alguna información adicional. Después de que llegue esta información, en caso de haber sido solicitada, el interesado cuenta con 15 días para que la Autoridad Ambiental (AA) solicite los conceptos técnicos o información pertinente a otras autoridades o entidades, y estas últimas deben dar respuesta en un término de 60 días. Posteriormente y en un plazo no mayor a 60 días, la autoridad ambiental debe decidir si otorga o no la licencia.

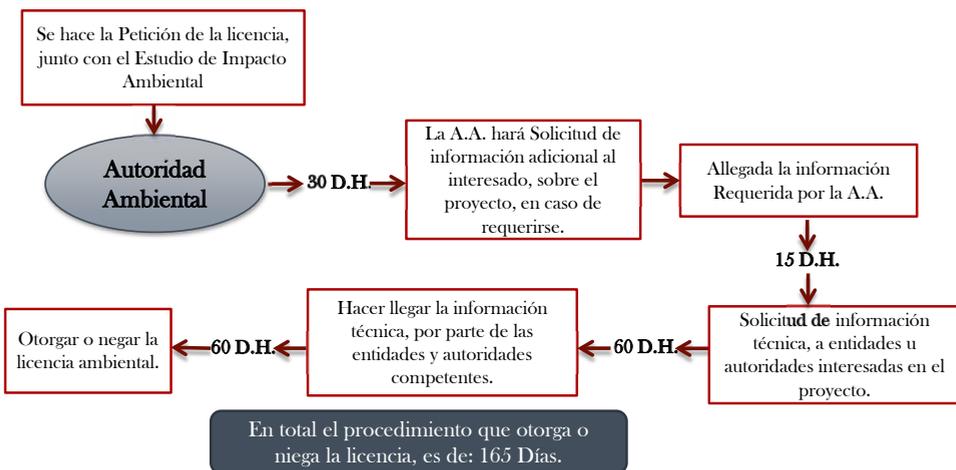


Figura 1: Procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental de la Ley 99 de 1993 (Ministerio de Ambiente, 1993)

Fuente: Elaboración propia

Según la Figura 1, se observa que el tiempo total para el otorgamiento o negación de la licencia ambiental según lo establecido en el artículo 58 de la Ley 99 de 1993 es de 165 días hábiles. En todo caso, uno de los aspectos más criticados es la opción que tenía la Autoridad Ambiental para solicitar información adicional en varias ocasiones, como quiera que no se estipula una limitación expresa en este decreto al número de veces que se pudiera requerir al interesado, lo cual generó que en

diferentes momentos la Autoridad Ambiental solicitara en distintas oportunidades al dueño del proyecto, obra u actividad, para que allegara nueva información, lo cual extendía considerablemente el tiempo para otorgar o negar una licencia ambiental y generaba, según los interesados, incremento en los costos e inseguridad jurídica para los empresarios.

El primer decreto que reglamentó el procedimiento para la obtención de las licencias ambientales luego de la expedición de la Ley 99 de 1993, fue el Decreto 1753 de 1994. Con este decreto, no solo los tiempos cambiaron, sino también el procedimiento; porque a partir de ese año se introdujo en la nueva reglamentación el Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA), por lo que cualquier interesado en obtener una licencia ambiental, debería revisar el artículo 17 de dicho decreto, para definir si su proyecto, obra o actividad requería o no del DAA y, por tanto, tendría que elaborar dicho diagnóstico de acuerdo a unos Términos de Referencia (TdR) que le permitieran cumplir con el mencionado requisito. Dado el caso que el proyecto requiriera DAA, el interesado debía solicitar términos de referencia para su elaboración; respuesta que debía ser brindada en un plazo no mayor a los 30 días después de recibida la solicitud.

Después de presentado del DAA si este era necesario, la autoridad ambiental contaba con 60 días para decidir sobre cuál de las alternativas se debería presentar el EIA. Por esto la exigencia del DAA se constituía en un gran avance en materia ambiental, pues obligaba al dueño del proyecto, obra o actividad a pensar y proponer diferentes alternativas para realizar el proyecto, y sobre la menos impactante, luego de la valoración recibida por la autoridad ambiental, se exigía el Estudio de Impacto Ambiental; en ese sentido, mantener de manera amplia esta posibilidad se constituía en una gran oportunidad para generar propuestas y estrategias que favorecieran la conservación y manejo adecuado de los recursos naturales y el ambiente. Si por el contrario no era necesaria la presentación del DAA, la autoridad contaba con 60 días hábiles para expedir los términos de referencia correspondientes para la elaboración del EIA. Después de presentarse el EIA, y dentro de los 30 días hábiles siguientes, la autoridad podía solicitar información adicional sobre el proyecto las veces que fuera necesario. Al igual que en el artículo 58 de la Ley 99, se contaba con 75 días hábiles para que la autoridad solicitara los conceptos técnicos o información pertinente a otras autoridades o entidades, y durante este mismo tiempo, dichas entidades debían dar respuesta. Finalmente, después de tener reunida toda la información, la autoridad ambiental contaba con 60 días hábiles para definir si se otorgaba o no la Licencia Ambiental al interesado.

Si la decisión de otorgar o negar la licencia estaba en manos del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) y no de la CAR, el tiempo

aumentaba en 60 días hábiles, es decir, después de que se solicitaba información a otras entidades, el Ministerio contaba con 120 días hábiles para tomar una decisión; lo anterior está consagrado en el capítulo VI numeral 5 del Decreto 1753 de 1994:

Recibida la información o vencido el término de requerimiento de informaciones adicionales a otras autoridades o entidades, se expedirá el auto de trámite que declare reunida toda la información requerida. La autoridad ambiental competente decidirá sobre la viabilidad ambiental del proyecto, obra o actividad y otorgará o negará la respectiva licencia ambiental, en un término que no podrá exceder de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la expedición del citado auto. Tratándose de las Licencias Ambientales que otorga el Ministerio del Medio Ambiente el término para dicho otorgamiento será hasta de ciento veinte (120) días hábiles contados a partir del auto de trámite que reconozca que ha sido reunida toda la información requerida. (Presidencia de la República de Colombia, 1994).

A continuación, en la figura 2 se presenta el paso a paso para el proceso de licenciamiento ambiental extraído del Decreto 1753 de 1994.

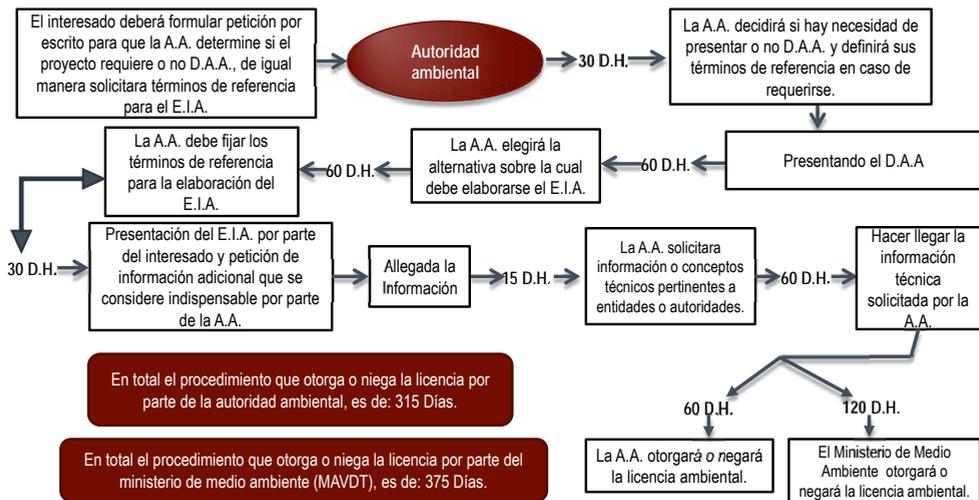


Figura 2: Procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental del Decreto 1753 de 1994. (Presidencia de la República de Colombia, 1994)

Fuente: Elaboración propia

Como se puede observar, los tiempos que ofrecía el Decreto 1753 de 1994 son mayores a los que inicialmente eran presentados por la Ley 99 de 1993, debido al cambio en el procedimiento, porque el Decreto 1753 de 1994 brindaba la opción de solicitar o no la presentación de un DAA, y solo para dar respuesta a esto se

contaba con 30 días hábiles, además, se adicionaron 120 días hábiles más en el trámite de elección de la alternativa y de la expedición de los términos de referencia para ella; lo que permite resaltar que la autoridad con este decreto tenía más tiempo para hacer una revisión más completa y exhaustiva, y elegir la alternativa menos contaminante o más beneficiosa para permitir la ejecución de cualquier proyecto, obra o actividad. En total, el Decreto 1753 de 1994 presentaba un procedimiento que tardaba 315 días hábiles si la licencia la otorgaba una autoridad ambiental, y 375 días hábiles si era otorgada por el Ministerio.

En el año 2002, se expidió el Decreto 1728 y con éste se introdujeron nuevos cambios en los tiempos del procedimiento. El proceso comenzaba cuando el interesado solicitaba a la autoridad ambiental que determinara si el proyecto, obra o actividad requería o no de un DAA, esto para los proyectos estipulados en los artículos 8 y 9 que era los únicos sujetos a la necesidad de la licencia ambiental. La solicitud se hacía debido a que se eliminaba el listado de los proyectos que requirieran específicamente este estudio y por ende todos estaban sujetos a que la AA determinara si requerían o no DAA; por lo cual la respuesta debía ser otorgada en un tiempo no superior a los 15 días hábiles.

Después de que el peticionario entregaba el DAA, en caso de que lo requiriera, la autoridad disponía de 30 días hábiles para dar una respuesta de la alternativa seleccionada y de la expedición de los TdR para el EIA. Luego de culminado este tiempo, la autoridad expedía un Auto en los siguientes 10 días hábiles donde se constataba el inicio del trámite; en los siguientes 20 días hábiles, el Auto de inicio era enviado a archivar en el expediente y durante este mismo lapso se debían cancelar por parte del interesado los costos por concepto de servicio ambiental, los cuales se estipulaban en dicho Auto. Posterior a la entrega del EIA, se contaba con 30 días hábiles para que la autoridad solicitara información adicional al peticionario sobre el proyecto, y 15 días hábiles más para pedir información o conceptos técnicos a otras autoridades o entidades implicadas, interesadas o no en el proyecto, obra o actividad, quienes debían dar respuesta en un término menor a los 30 días hábiles. Finalmente, se debía obtener una respuesta de la autoridad ambiental entre los 30 días hábiles siguientes. La figura 3 muestra el procedimiento que debía realizarse para la obtención de la licencia ambiental según el Decreto 1728 de 2002.

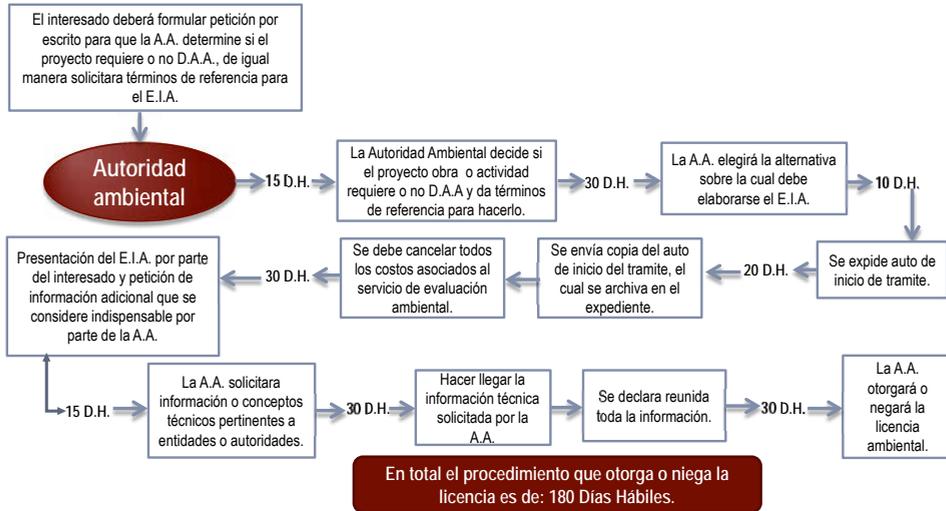


Figura 3: Procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental del Decreto 1728 de 2002. (Presidencia de la República de Colombia, 2002)

Fuente: Elaboración propia

Según la figura 3, el tiempo total requerido para realizar el proceso para otorgar o negar la licencia ambiental era de 180 días hábiles. Como se puede observar, los tiempos cambiaron visiblemente en comparación con el decreto anterior, donde el procedimiento total tardaba aproximadamente 315 días hábiles; este cambio se debió a la disminución de aproximadamente el 50% en la mayoría de los plazos, por ejemplo, en el Decreto 1753 de 1994 la autoridad contaba con 30 días hábiles para dar respuesta sobre si un proyecto requería o no de un DAA, mientras que en el Decreto 1728 de 2002 este tiempo se redujo a 15 días hábiles. Esta reducción podría analizarse como algo positivo, si se aumentara ese tiempo en otros ítems que requieren más atención y tiempo de análisis, pero no, y además la misma reducción se dio con los tiempos de respuesta de la autoridad para elegir la alternativa sobre la cual se debía hacer el EIA, el tiempo de espera de información por parte de otras entidades y el tiempo para tomar la decisión de otorgar o no la licencia, en el Decreto 1753 este tiempo era de 60 días, en este Decreto se redujo a la mitad dando como resultado 30 días en ambos pasos; en conclusión se redujo notoriamente el procedimiento.

En el 2003 se expidió el Decreto 1180, allí de nuevo se incluyeron en el artículo 14 los proyectos, obras o actividades que únicamente estuviesen sujetos a preguntarle a la autoridad ambiental si requerían o no el DAA; esta solicitud era enviada por el peticionario y durante los próximos 10 días hábiles la autoridad debía remitir la respuesta. En este Decreto se hizo la aclaración sobre el conflicto

de competencias entre autoridades y en el caso de que llegasen a existir, era responsabilidad del Ministerio de Ambiente decidir cuál de las autoridades quedaría al frente del procedimiento, esta decisión debía ser tomada a más tardar en 15 días hábiles. De no presentarse ningún conflicto, se procedía a la presentación del DAA durante los 15 días hábiles después de la respuesta de la autoridad ambiental. Pasados otros 15 días hábiles, la autoridad ambiental daba respuesta sobre la alternativa a la cual el interesado debía realizarle el EIA y 30 días hábiles después, debía hacer entrega al interesado en obtener la licencia, de los términos de referencia para la elaboración del EIA, el cual tenía igualmente 30 días hábiles para entregarlo a la autoridad. Después de entregado el EIA, la AA tenía un plazo de 15 días hábiles para solicitar información adicional o conceptos técnicos a otras entidades, donde la respuesta a dicha petición debía ser enviada en un plazo de 30 días hábiles. Por último, la autoridad negaba o aprobaba la licencia en los siguientes 15 días hábiles. La figura 4 muestra el procedimiento que debía realizarse para la obtención de la licencia ambiental según el Decreto 1180 de 2003.

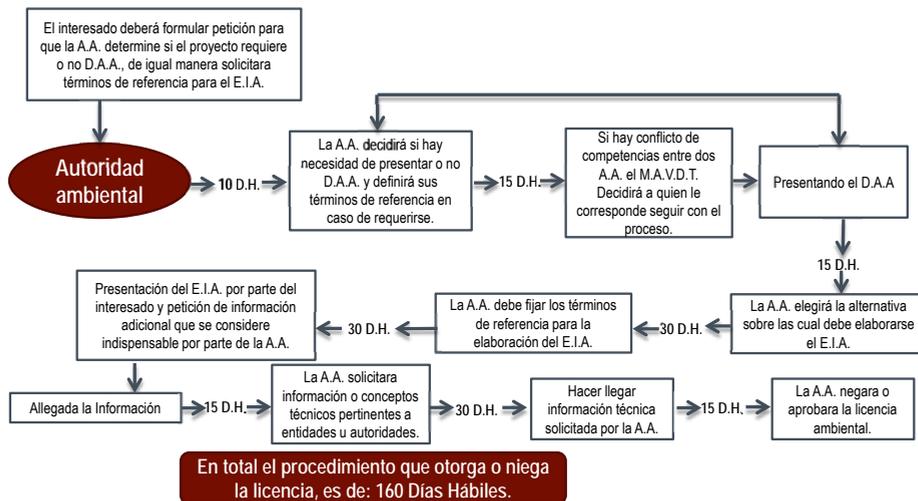


Figura 4: Procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental del Decreto 1180 de 2003. (Presidencia de La República de Colombia, 2003)

Fuente: Elaboración propia

Según la imagen anterior, el procedimiento de licenciamiento ambiental constaba de 160 días hábiles, 20 días hábiles menos que el procedimiento expuesto por el Decreto 1728 de 2002. Se evidencia un cambio notorio en el procedimiento, pues en el Decreto 1180 de 2003 se disminuyó en 5 días hábiles el tiempo que tenía la Autoridad Ambiental para determinar si un proyecto requería o no de un DAA, haciendo ese proceso más ágil. Igualmente, se observa una disminución del 50%

del tiempo, respecto al Decreto 1728 de 2002, en varios de los pasos a seguir en el procedimiento, tales como, el tiempo estimado para que la autoridad ambiental diera respuesta sobre la alternativa en la cual se debía realizar el EIA, y el plazo para otorgar o negar la licencia, que antes contaba con 30 días hábiles, y con el Decreto 1180 de 2003 ya solo se disponía de 15 días hábiles; lo que demuestra una mayor disminución de los términos establecidos para el otorgamiento o negación de la Licencia Ambiental, su análisis y consideración.

Dos años después, se expidió el Decreto 1220 de 2005, que presentó variaciones en el flujo del proceso; inicialmente el interesado en la licencia solicitaba a la autoridad ambiental competente determinar si su proyecto requería o no del DAA, esto si presentaban las especificaciones del artículo 17 del mismo Decreto, después la autoridad debía dar respuesta y expedir los términos para la elaboración del estudio; seleccionada la alternativa apropiada la autoridad debía dar los TdR para la elaboración del EIA y radicado este, la AA debía declarar reunida la información en 10 días hábiles, sumado a esto la AA tenía 20 días hábiles para solicitar al interesado información adicional sobre el proyecto si lo consideraba necesario y también 15 días para solicitar información y conceptos técnicos a otras entidades involucradas o interesadas en el proyecto, la cual debía enviarse en un término no mayor a 30 días hábiles y, finalmente, la AA en 15 días negaba o concedía la licencia al igual que en el Decreto 1180 de 2003. El procedimiento detallado para el otorgamiento de la licencia ambiental estipulado en el Decreto 1220 de 2005 se muestra en la figura 5.

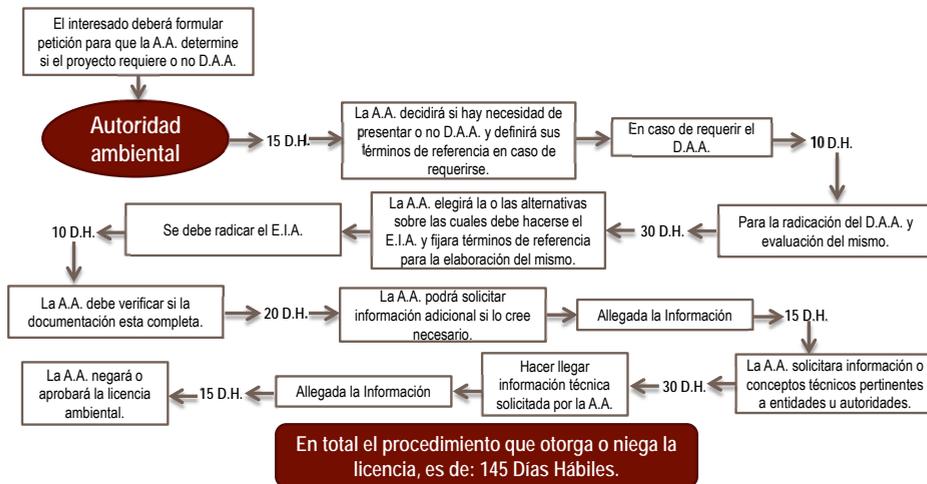


Figura 5: Procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental del Decreto 1220 de 2005. (Presidencia de la República de Colombia, 2005)

Fuente: Elaboración propia

La figura 5 presenta el trámite requerido por el decreto 1220 de 2005 para que al peticionario se le otorgara o negara la licencia ambiental. El proceso completo duraba 145 días hábiles, 15 días hábiles menos que el decreto anterior, ya que se eliminó el paso del conflicto de competencias, situación que en el Decreto 1180 de 2003 demandaba 15 días hábiles.

Adicional a esto se volvió a aumentar el tiempo con el que contaba la autoridad ambiental para tomar la decisión de si un proyecto, obra o actividad requería o no el DAA, pero este fue disminuido con el paso de la radicación del mismo y anexo a esto, se recargó el ítem donde la AA debía evaluar, escoger la alternativa y entregar los TdR para la elaboración del EIA, por lo cual se evidencia que el tiempo que más se redujo fue aquel en el cual la AA debía tomar decisiones, que como ya lo indicamos podían comprometer la capacidad de análisis de los estudios para una más acertada decisión.

Como se puede notar, cada nuevo decreto, trae consigo la disminución de días a lo largo de todo el procedimiento, debido a que el desarrollo del país ha sido de forma exponencial y este ha requerido más consumo de productos, bienes y servicios, que para ser producidos necesitan de la intervención de proyectos, obras o actividades que exploten y exporten los recursos naturales renovables y no renovables para satisfacer esas necesidades; por lo cual los diferentes sectores a lo largo de los años han presionado más los gobiernos y a las autoridades, y estos a su vez han sido flexibles con respecto a la expedición de normas que disminuyen esos tiempos y modifican los requerimientos de estudios y obligatoriedad de los mismos, lo que finalmente permite la operación y puesta en marcha de los proyectos que modifican, alteran e impactan en forma negativa las relaciones entre medio ambiente, cultura y sociedad.

Cinco años después se promulgó el Decreto 2820 de 2010, el cual permitió nuevamente la modificación de los tiempos y los requisitos para el procedimiento de licenciamiento. El proceso iniciaba cuando el interesado en adquirir la licencia ambiental ubicaba su proyecto, obra o actividad en el artículo 18 del decreto 2820 de 2010 y solicitaba a la autoridad ambiental el pronunciamiento sobre si debía o no presentar un DAA; de requerirse el DAA, la autoridad fijaba los términos de referencia para su elaboración. Después de presentado el DAA, la AA elegía la alternativa menos impactante y fijaba los términos de referencia para la elaboración del EIA. Después, se expedía un auto de inicio, y la autoridad disponía de un tiempo determinado para solicitar información adicional o conceptos técnicos a otras entidades o al peticionario y finalmente otorgaba o negaba la licencia. A continuación, la figura 6 discrimina cada uno de los pasos a seguir y los plazos que tenían la autoridad y el interesado dentro del procedimiento del Decreto 2820 de 2010.

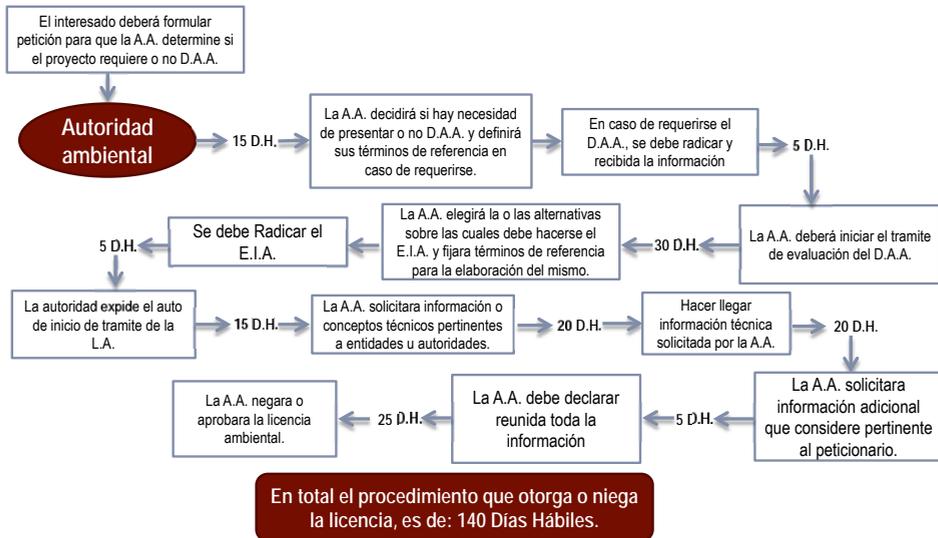


Figura 6: Procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental del Decreto 2820 de 2010. (Presidencia de la República de Colombia, 2010)

Fuente: Elaboración propia

El procedimiento presentado en la figura anterior por el Decreto 2820 de 2010, tenía una duración de 140 días hábiles, es decir, 5 días hábiles menos que el anterior, lo que muestra la constante intención de disminuir los tiempos del procedimiento. En este caso el procedimiento no tuvo mayores variaciones respecto al procedimiento anterior promulgado por el Decreto 1220 de 2005, solo se presentaron modificaciones en algunos de los plazos, más no en los pasos a seguir para que al beneficiario le fuese otorgada o negada la licencia. Al igual que en procedimientos anteriores, la autoridad ambiental disponía de 15 días hábiles para determinar si un proyecto requería o no de la presentación de un DAA de acuerdo a lo mencionado anteriormente y de 30 días hábiles para elegir a cual alternativa se le debía realizar un EIA. Los cambios se generaron en el momento en que la autoridad debía dar inicio al trámite de evaluación del DAA, porque antes esta actividad tenía un plazo de 10 días hábiles, pero con el decreto 2820 de 2010 este tiempo se disminuyó a tan solo 5 días hábiles; esta misma situación sucedía en el momento en que la autoridad debía expedir el Auto de inicio del trámite de obtención de la licencia. Posteriormente la AA debía solicitar información o conceptos técnicos a otras entidades, solicitud que se debía hacer en los siguientes 15 días hábiles, esta actividad tenía un plazo de 20 días hábiles en el procedimiento anterior, pero que finalmente esta información se solicitaba, solo si la autoridad lo creía pertinente.

Finalmente el procedimiento aumentó el tiempo que tenía la autoridad para dar una respuesta al interesado sobre si otorgaba o no la licencia. Tiempo que en el decreto anterior era de 15 días hábiles, y en este era de 25 días hábiles; esta situación podría reflejar que aunque en general el procedimiento del Decreto 2820 de 2010 se realizaba en un tiempo más corto, se le estaba asignando un mayor número de días a las actividades que en realidad requerían tiempo de análisis y toma de decisiones.

Solo un año después, el artículo 58 de la Ley 99 de 1993 fue modificado por el artículo 224 de la Ley 1450 de 2011, el cual generó grandes cambios en el procedimiento, comenzando por la omisión o no especificación de la realización de un DAA por parte del interesado. Este procedimiento iniciaba con la petición por parte del interesado de la licencia ambiental, presentando junto con dicha petición el EIA a la autoridad ambiental, quien disponía de 30 días hábiles para solicitar información adicional del proyecto al interesado, posteriormente contaba con 10 días hábiles para pedir información o conceptos técnicos a otras entidades, esta información debía ser suministrada en un plazo de 30 días hábiles. Por último, la autoridad ambiental debía dar respuesta sobre la aprobación o no de la licencia ambiental en los próximos 90 días hábiles. La modificación realizada al procedimiento se presenta en la figura 7, donde se muestran sus pasos y sus plazos.

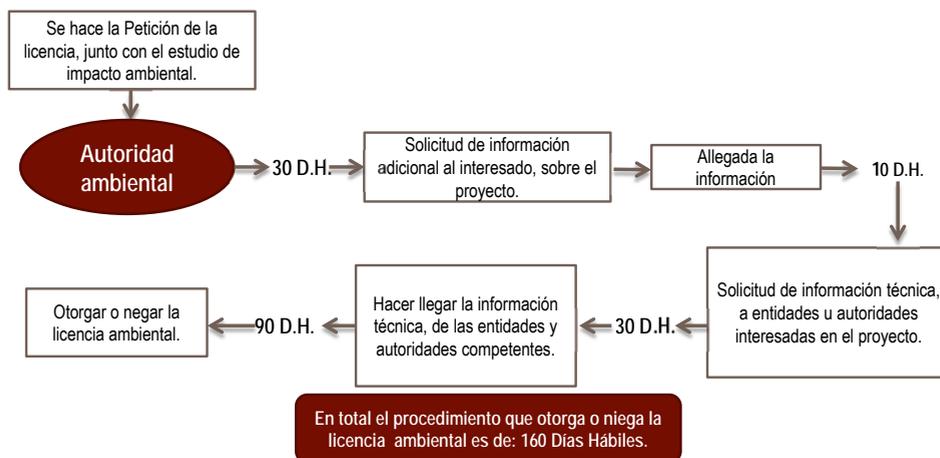


Figura 7: Procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental del artículo 224 de la Ley 1450 de 2011. (Congreso de la República de Colombia, 2011)

Fuente: Elaboración propia

La figura 7 presenta las etapas que contenía el nuevo procedimiento, las cuales disminuyeron notoriamente, pero a estas pocas etapas se les dio más tiempo

para el análisis y la toma de decisiones por parte de la AA. Como se mencionó anteriormente, a diferencia de las otras normas, este artículo omitió la presentación de un DAA, requisito que permitía a la autoridad ambiental determinar qué alternativa de las presentadas era la más adecuada para ejecutar el proyecto, obra o actividad, sin este paso, el interesado en la licencia era quien decidía cual era la manera más conveniente para realizar el proyecto, limitando la capacidad técnica de la AA y las posibilidades de impactar en menor medida el medio ambiente y la calidad de vida de las personas. En términos de plazos, el procedimiento se volvió un poco más extenso, pero con la certeza de que la autoridad contaba con más tiempo para la recolección de la información, el análisis y la toma de las decisiones, punto bastante rescatable de esta modificación.

La modificación de este artículo, no derogó explícitamente el anterior decreto, por lo cual, en cuanto a la obligatoriedad de pedir licencia ambiental para la ejecución de algún proyecto, obra o actividad, seguía ceñida a los artículos 8 y 9 del Decreto 2820 de 2010 y los requisitos de la información a presentar y a ser diligenciada por parte del peticionario, también debía cumplir con las especificaciones del mismo.

Ya para el año 2014 se expidió el Decreto 2041 conocido como el decreto que otorga las “Licencias Exprés”, actualmente vigente y el cual retoma etapas de los procedimientos anteriores. Etapas que habían sido omitidas o eliminadas por la Ley 1450 de 2011 antes mencionada. Este procedimiento inicia nuevamente con la solicitud ante la autoridad ambiental sobre la necesidad de presentar o no un DAA y al igual que el Decreto 2820 de 2010 en su artículo 18, se listan los casos en los que se debe solicitar a la autoridad ambiental el pronunciamiento sobre si se debe presentar o no un DAA; la respuesta sobre la necesidad o no de presentar un DAA debe ser notificada en un término de 15 días hábiles.

Después, y como un paso nuevo, la autoridad tiene 15 días hábiles para realizar visitas al proyecto en caso de que se requieran. Luego de la visita y en un plazo de 3 días hábiles, la autoridad puede solicitar por única vez información adicional al interesado sobre el DAA; información que se debe hacer llegar en los próximos 30 días hábiles.

Allegada la información se cuenta con 20 días hábiles para definir cuál es la alternativa sobre la cual el interesado debe presentar el EIA. Después de radicar el EIA la autoridad ambiental dispone de 10 a 20 días hábiles para realizar visitas en caso de que se considere necesario y solicitar información adicional por única vez sobre el EIA; información que debe ser entregada por parte del peticionario en los siguientes 30 días hábiles. Este paso cabe resaltarlo, pues esa información que se solicita por única vez, permite más seguridad a la autoridad, ya que el peticionario debe enviar la información lo más completa posible y para el interesado, ya que esa

solicitud va a permitir que no se retrase más la evaluación de sus estudios debido a la petición continua de información faltante o que la AA considere pertinente. Adicionalmente, la autoridad puede pedir información o conceptos técnicos a otras entidades, esta solicitud la debe hacer durante los 10 días hábiles siguientes a la entrega que hace el interesado; y las otras entidades deben allegar la información en los próximos 20 días hábiles, finalmente, se debe dar respuesta sobre si se otorga o no la licencia al interesado, en los siguientes 30 días hábiles. La figura 8 presenta las etapas que conforman este procedimiento y cuáles son los tiempos que se tienen para realizar cada una de ellas.

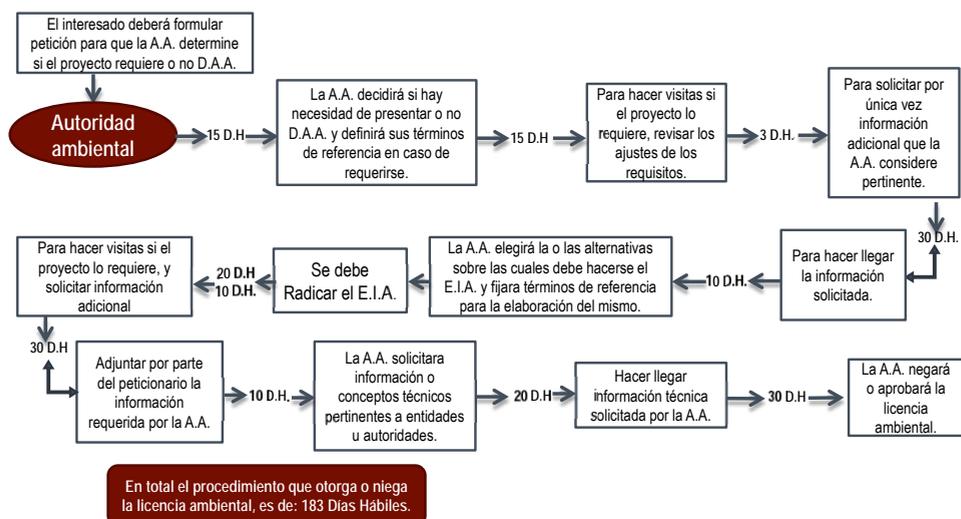


Figura 8: Procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental del Decreto 2041 de 2014. (Presidencia de la República de Colombia, 2014)

Fuente: Elaboración propia

De la figura 8 se concluye que el procedimiento presentado por el Decreto 2041 de 2014 tiene una duración aproximada de 183 días hábiles, tiempo que se puede reducir a 168 días o más, como por ejemplo, si en algunos casos la autoridad ambiental no considera necesaria la realización de las visitas mencionadas en el proceso, las cuales tienen una duración predeterminada de 15 días.

Finalmente, la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo (PND 2014-2018), modifica de nuevo el artículo 58 de la Ley 99 de 1993. La propuesta de modificar otra vez el artículo 58, se dio a conocer solo meses después de que entrara en vigencia el Decreto 2041 de 2014 que como se mencionó antes, modificó nuevamente los tiempos. El artículo 179

de la Ley 1753 de 2015 en su estructura es muy similar al artículo 224 de la Ley 1450, en concreto, no se inicia con la petición a la autoridad de la necesidad o no de un DAA, sino que el interesado se presenta ante la autoridad con el EIA para solicitar el trámite para una Licencia Ambiental; la AA cuenta con 20 días hábiles para evaluar el EIA y determinar sus ajustes, los cuales deben ser requeridos al interesado en los próximos 10 días hábiles, quien debe dar respuesta a los 30 días hábiles siguientes. Posteriormente, la Autoridad Ambiental puede requerir a otras entidades información adicional o conceptos técnicos, los cuales deben ser allegados en un término de 20 días hábiles, para que la autoridad ambiental en los 30 días hábiles siguientes informe al interesado la decisión de otorgar o negar la licencia. El paso a paso de esta ley es presentado en la figura 9.

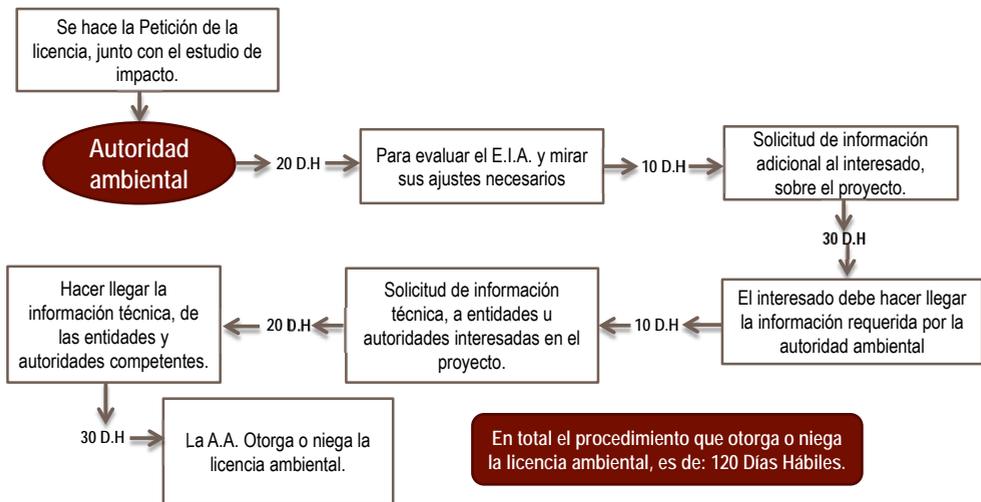


Figura 9: Procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental de la ley 1753 de 2015. (Congreso de la República de Colombia, 2015)

Fuente: Elaboración propia

Se puede observar que en esta ley el procedimiento tiene una duración de 120 días hábiles, 63 días hábiles menos que el Decreto 2041 de 2014, suponiendo que se tomara y respetara el tiempo adecuado para cada una de las actividades estipuladas; situación que causa gran expectativa y controversia, pues se afirma que no es el tiempo suficiente para realizar un análisis exhaustivo del proyecto ni de sus posibles impactos y por lo cual se habían venido haciendo modificaciones sustanciales en los tiempos de licenciamiento en cada una de las normas antes analizadas. Además, se omite o no se dice explícitamente, la necesidad de presentar por parte del interesado un DAA, requisito fundamental para determinar cuál es la alternativa más adecuada

para realizar el proyecto, de tal manera que sus impactos negativos sean mínimos y que genere rentabilidad; por lo cual ambas reglamentaciones siguen vigentes y la necesidad de diferentes estudios estipulados en el Decreto 2041 de 2014, son de obligatorio cumplimiento, según la autoridad que los solicite.

En todo caso consideramos que la autoridad ambiental como autónoma en sus procesos, puede y deberá determinar los proyectos, obras o actividades que requieran el DAA, como quiera que está estipulado y reglamentado en el Decreto 2041 de 2014. A continuación, la figura 10 presenta una contextualización o resumen de todos los cambios que ha sufrido la normatividad y en sí el procedimiento de licenciamiento ambiental en términos de tiempo y plazos para su otorgamiento.

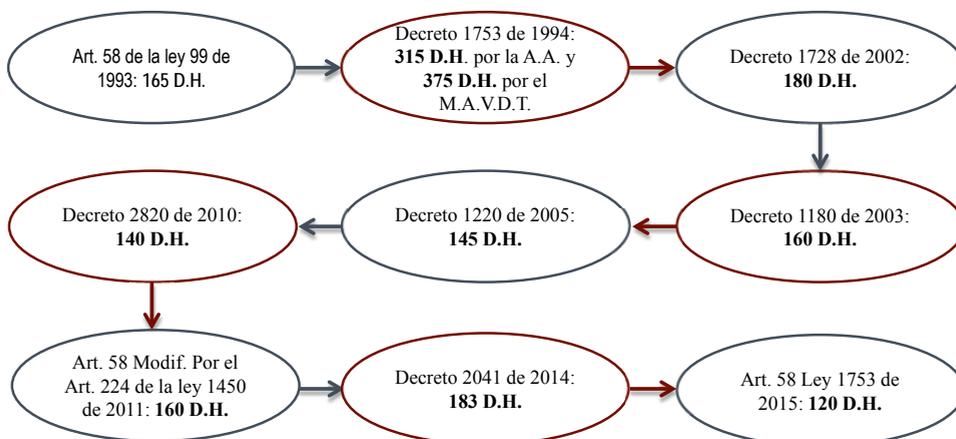


Figura 10: Resumen de los cambios en los tiempos

Fuente: Elaboración propia

Se puede observar que la tendencia del Gobierno se ha enfocado en reducir los tiempos del procedimiento, en ocasiones por las presiones del sector económico, pero para muchos, esta no es la manera más acertada de optimizar el procedimiento, debido a que tomar esta iniciativa como base, no garantiza mayor eficiencia en la práctica, porque la Evaluación de Impacto Ambiental que se hace para valorar los impactos que se producen con los proyectos, requiere no solo de conocimientos interdisciplinarios, sino también del tiempo suficiente para realizar los análisis pertinentes y lograr tomar una decisión adecuada.

Disminuir los tiempos puede llevar a que la EIA se convierta en un simple formalismo y esto a su vez, llevar a la mala toma de decisiones de aprobar o no la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que finalmente en el futuro refleje la mala gestión del territorio y conlleve a tomar medidas de corrección, que ocasionen

perdidas a los inversionistas y al mismo Estado y que también, genere pérdida de credibilidad en el mismo debido a la desconfianza del sistema jurídico y la capacidad de planeación y administración de los recursos por parte del Estado colombiano.

Un ejemplo de esta mala planificación del territorio y gestión del mismo se expresa en la Sentencia C-035 de 2016 que protege páramos y concreta la autonomía territorial. Esta sentencia es una noticia positiva, porque se le da gran importancia a los ecosistemas estratégicos de la nación, garantizando el manejo futuro y ordenado de los recursos, la presencia y oferta de los mismos que son vitales para la biodiversidad colombiana, la protección del recurso hídrico y para la conservación del medio ambiente en general.

Conclusiones

En definitiva, en aras de la eficiencia en el otorgamiento de las licencias ambientales en Colombia, se ha comprometido la calidad de la información suministrada y los análisis que las autoridades ambientales deben realizar de los mismos. Adicionalmente, se compromete la seguridad jurídica, tanto para los usuarios como para las propias autoridades ambientales, pues no hay certeza sobre los tiempos y requisitos derivados de los propios procedimientos establecidos en la normatividad ambiental sobre el tema, que dicho sea, ha sido modificada, cambiada y derogada múltiples veces desde la expedición de la Ley 99 de 1993.

En síntesis, el tema de otorgamiento de licencias ambientales, el tiempo necesario para realizar análisis y evaluación de impactos y sumado a esto la inseguridad jurídica que se tiene por parte del Estado, hace que estos procedimientos sean ineficientes y se generen pérdidas económicas y ambientales, en perjuicio de los recursos naturales y el ambiente.

Referencias

- Congreso de la República de Colombia. (16 de junio de 2011). Secretaría del Senado. (Secretaría del Senado) Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1450_2011.html
- Congreso de la República de Colombia. (9 de junio de 2015). Régimen Legal de Bogotá D.C. (Alcaldía Mayor de Bogotá) Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=61933>
- Ministerio de Ambiente. (22 de diciembre de 1993). Régimen Legal de Bogotá D.C. (Alcaldía Mayor de Bogotá) Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=297>

- Presidencia de la República de Colombia. (3 de agosto de 1994). Régimen Legal de Bogotá D.C. (Alcaldía de Bogotá) Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1299>
- Presidencia de la República de Colombia. (6 de agosto de 2002). Régimen Legal de Bogotá D.C. (Alcaldía Mayor de Bogotá) Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5548>
- Presidencia de La República de Colombia. (12 de mayo de 2003). Régimen Legal de Bogotá. (Alcaldía Mayor de Bogotá) Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8144>
- Presidencia de la República de Colombia. (25 de abril de 2005). Régimen Legal de Bogotá. (Alcaldía Mayor de Bogotá) Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16316>
- Presidencia de la República de Colombia. (5 de agosto de 2010). Régimen Legal de Bogotá D.C. (Alcaldía Mayor de Bogotá) Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45524>
- Presidencia de la República de Colombia. (15 de octubre de 2014). Régimen Legal de Bogotá D.C. (Alcaldía Mayor de Bogotá) Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=59782>
- Rodríguez, G. A. (Mayo de 2011). Foro Nacional Ambiental. (Foro Nacional Ambiental) Recuperado de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08360.pdf>



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón de Rosalinda
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

*Ubicación de las normas internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis doctrinario**

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a11

* Artículo resultado de la investigación “La relación entre las normas de derecho económico internacional y el ordenamiento jurídico colombiano: especial alusión al derecho de la OMC”, terminada en noviembre de 2012, cofinanciada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia e inscrita en el Sistema Universitario de Investigación de la misma Universidad por el grupo de investigación Estudios Internacionales, línea Derecho Económico Internacional. Investigadora principal: Carolina María Vásquez Arango. Auxiliares de investigación: Juliana Uribe Mejía y Adriana María Sarria Mena.

Citación de este artículo con el sistema APA: Vásquez Arango, C. (2016). Ubicación de las normas internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis doctrinario. *Estudios de Derecho*. 73 (161), 227-249. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a11

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2015

Fecha de aprobación: 5 de noviembre de 2015

Ubicación de las normas internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis doctrinario

*Carolina Vásquez Arango*¹

Resumen

Con posterioridad a 1994, año de celebración del tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), Colombia ha suscrito numerosos tratados internacionales de contenido económico – de liberalización comercial, integración regional, protección de inversiones, doble imposición, por mencionar sólo algunas materias-. Ante la proliferación de tratados internacionales de carácter económico es posible que se presente un conflicto entre sus disposiciones y las de otros instrumentos internacionales ratificados por Colombia, o entre aquellas y las normas internas colombianas, por ello es necesario determinar cuáles deben prevalecer en caso de colisión. En este artículo se analiza la postura de la Corte Constitucional de Colombia y de algunos doctrinantes nacionales frente a esta problemática, concluyendo que en el país se ha adoptado la tesis del “monismo moderado” para explicar la relación entre las normas internacionales y las normas de derecho interno.

Palabras clave: monismo moderado; relación derecho internacional y derecho interno; prevalencia; derecho internacional económico.

Location on International standards of economic content in the Colombian legal system: doctrinaire analysis

Abstract

After 1994, year of the conclusion of the constitutive treaty of the World Trade Organization (WTO), Colombia has signed many international treaties of economic content – trade liberalization, regional integration, investment protection, double taxation, just to mention some issues-. Given the proliferation of international treaties of an economic nature it is possible that a conflict between its provisions and those of their international instruments ratified by Colombia, or between them and the Colombian internal rules, so it is necessary to determine what should prevail in case of collision. In this article the position of the Colombian Constitutional Court and some national indoctrinators address this issue is discussed, concluding that the country has adopted the thesis of “moderate monism” to explain the relationship between international norms and norms of domestic law.

Keywords: moderate monism; relationship international and domestic law, prevalence; international economic law.

Localização das normas internacionais de conteúdo econômico no ordenamento jurídico colombiano: análise doutrinária

Resumo

Após o ano 1994, ano de comemoração do tratado que instituiu a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Colômbia tem assinado numerosos tratados internacionais de conteúdo econômico - de liberalização comercial, integração regional, proteção de investimentos, dupla tributação, só para citar algumas matérias-. Perante a proliferação de tratados internacionais de caráter econômico é possível que ocorra um conflito entre as usas disposições e as de outros instrumentos internacionais ratificados pela Colômbia, ou entre elas e as normas internas colombianas, por isso é preciso determinar quais delas deverão prevalecer em caso de colisão. Neste artigo é analisada a posição da Corte Constitucional da Colômbia e de alguns doutrinantes nacionais diante desta problemática, concluindo que no país foi adotada a tese do “monismo moderado” para explicar a relação entre as normas internacionais e as normas de direito interno.

Palavras-chave: monismo moderado; relação direito internacional e direito interno; prevalência; direito internacional econômico.

1 Abogada, Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Profesora integrante y coordinadora del grupo de investigación en Estudios Internacionales, línea Derecho Económico Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia; Calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia. Correo electrónico: carolina.vasquez@udea.edu.co

Ubicación de las normas internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis doctrinario

Introducción

Este artículo presenta la metodología, el contenido esencial y los resultados y conclusiones principales de la investigación *La relación entre las normas de derecho económico internacional y el ordenamiento jurídico colombiano: especial alusión al derecho de la OMC*, que tuvo por objeto identificar la teoría o doctrina que explica la relación entre las normas internacionales y las normas internas en Colombia, y precisar el lugar jerárquico o la posición que ocupan los tratados internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de entender cómo se resuelven los potenciales conflictos entre estos y el derecho interno.

Para conocer la teoría que explica esa relación en Colombia y determinar la ubicación o el lugar jerárquico de las normas internacionales de contenido económico en nuestro ordenamiento, se hizo necesario revisar la Constitución Política de Colombia, el derecho internacional aplicable en el país y doctrina y jurisprudencia en torno al tema; este artículo solo plasma en detalle la revisión doctrinaria frente al tema, junto con una síntesis de la solución dada al problema por la Corte Constitucional de Colombia.

En la primera fase de la investigación se estudiaron las teorías o doctrinas que explican el problema de la relación entre las normas de derecho internacional y las normas de derecho interno de los Estados, desde el punto de vista de juristas colombianos y tratadistas internacionales. Partiendo de las tres teorías o doctrinas principales que existen respecto de este asunto, se identificaron las normas internacionales relevantes y las de la Constitución Política de Colombia que aluden a este problema. Posteriormente, se profundizó en el análisis elaborado por los doctrinantes nacionales respecto de la relación entre normas internacionales y normas internas en Colombia, y se identificaron y analizaron los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia en los que se hacía referencia a esa relación. Una vez identificadas las sentencias correspondientes al tema, se extrajo una

conclusión acerca de la teoría que goza de mayor aceptación en Colombia, tanto por la Corte Constitucional, como por la doctrina.

En la segunda etapa de la investigación, partiendo también de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y de las obras de los principales autores nacionales en derecho constitucional y derecho internacional, se identificó la posición o ubicación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano, y particularmente, el lugar de las normas internacionales de contenido económico, como el Acuerdo por el que se establece la OMC, que era el caso concreto al que se refería la investigación que dio origen a este artículo.

Este artículo presenta, en el primer apartado, las teorías o doctrinas acerca de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados. En el segundo apartado, la solución jurisprudencial y las diferentes posiciones doctrinarias frente al problema de investigación descrito, es decir, el de la relación entre las normas internacionales y las normas internas en Colombia. En el tercer apartado se indica cuál es el lugar o la posición que ocupan las normas internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto desde el punto de vista de la Corte Constitucional de Colombia, como de los principales autores de derecho constitucional e internacional del país. En el cuarto y último apartado se exponen los resultados y las consecuencias prácticas de la aplicación del “monismo moderado”, la tesis más aceptada en Colombia para explicar la relación objeto de estudio; y se concluye que la aceptación de esta doctrina implica un desconocimiento de principios del derecho internacional público aceptados por Colombia, como el de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno y el de *pacta sunt servanda*.

1. Teorías que explican la relación entre las normas de derecho internacional y las normas de derecho interno de los Estados

La mayoría de tratadistas de derecho internacional público, nacionales y extranjeros, entre otros Aust (2010), Casanovas & Rodrigo (2012), Gaviria (2005), Gutiérrez & Cervell (2008), Monroy Cabra (2011), Pastor (2009), Quintana (2001), Rodríguez (2009), Valencia (2008), se han ocupado del estudio de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, exponiendo las diferentes teorías que la explican: la tesis monista con prevalencia del derecho internacional, o en su versión de prevalencia de las normas internas; la tesis dualista; y las doctrinas conciliadoras o coordinadoras. No obstante, se ha hecho referencia a esta materia en forma general y no se ha resuelto con claridad el problema de esta relación en el caso colombiano. A continuación se describen las tres teorías que explican esta relación y sus principales exponentes.

1.1 El dualismo

De acuerdo con la teoría dualista, propuesta por Triepel (1899), el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes jurídicos autónomos, que no están interrelacionados, pero gozan de validez simultáneamente, y por tanto, ninguno de ellos se encuentra subordinado al otro (Rodríguez, 2009). Según la teoría dualista, el derecho internacional debe ser incorporado al derecho interno a través de un mecanismo de recepción. Una importante consecuencia del dualismo es que una norma de derecho interno que esté en contravía con el derecho internacional es plenamente válida y el juez nacional debe aplicarla (Valencia, 2008), aunque esto pueda acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

1.2 El monismo

El monismo, por otro lado, cuyos precursores fueron Kelsen y Verdross (citados por Pastor, 2009), parte de la premisa de la unidad del fenómeno jurídico (Rodríguez, 2009) y puede dividirse en dos clases: monismo con prevalencia del derecho interno; y monismo con primacía del derecho internacional. En ambos casos, las normas de uno se encuentran subordinadas a las del otro.

El monismo con prevalencia del derecho interno parte de la idea de la existencia de un solo ordenamiento jurídico, en el cual las normas ocupan diferentes posiciones jerárquicas, encontrándose las normas de derecho internacional en un plano inferior a las normas de derecho interno. Esta teoría supone que en caso de conflicto entre una norma de derecho interno y una norma de derecho internacional, prevalece aquella y el juez nacional debe aplicarla. Además, las normas internacionales deben ser incorporadas al derecho interno mediante un procedimiento de recepción.

El monismo con prevalencia del derecho internacional, que se subdivide a su vez en dos clases, radical y moderado, subordina el derecho interno al derecho internacional. Según la postura radical, las normas de derecho interno contrarias al derecho internacional son nulas de pleno derecho (Valencia, 2008) y el juez interno debe abstenerse de aplicarlas; además, debe aplicar las normas internacionales, cuya aplicación es inmediata, sin que se requiera su incorporación al derecho interno a través de ningún procedimiento. Frente a esta, existe una postura moderada, más acorde con la práctica de la mayoría de los Estados, que sostiene la primacía de las normas internacionales sobre las normas internas, pero admite la validez provisional y la anulabilidad de las normas de derecho interno contrarias al derecho internacional, pues están amparadas por una presunción de validez; por tanto, el juez nacional debe aplicarlas hasta el momento de su declaración de nulidad. En la postura moderada, como sucede según el monismo con prevalencia del

derecho interno y la teoría dualista, las normas de derecho internacional deben ser incorporadas al derecho interno a través de un procedimiento de recepción o transformación.

Sobre el monismo internacionalista moderado afirma Camargo (2004) que, “el derecho nacional opuesto al derecho internacional no es nulo y obliga al Estado, pero engendra responsabilidad internacional” (p. 134). Esta postura coincide con la formulación del monismo moderado por parte de Verdross (citado por Pastor, 2009), para quien las normas internas contrarias al derecho internacional darían lugar a responsabilidad internacional.

1.3 Las teorías coordinadoras o conciliadoras

Las doctrinas conciliadoras o coordinadoras, de más reciente aparición, se identifican con el monismo en que parten de la existencia de un solo sistema jurídico, aunque se apartan de este al negar la relación de subordinación entre el derecho interno y el internacional, y afirmar que se encuentran coordinados e integrados. Entre sus principales precursores se encuentran Miaja de la Muela (1955), Aguilar Navarro (1952), Truyol (1977), Herrero (1956) y Verdross -en su última postura- (1957) (citados por Pastor, 2009).

2. El problema de la relación entre las normas internacionales y las normas de derecho interno en Colombia

Desde el punto de vista del derecho internacional público, en caso de conflicto entre sus normas y las normas internas de cada Estado, prevalecen las primeras. Esto se desprende de principios de derecho internacional consuetudinario, como el de *pacta sunt servanda*, y de algunas normas convencionales como el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 que dispone que una parte contratante en un tratado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para incumplir las obligaciones que emanan del tratado, y que se enuncian como el principio de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, o principio de preeminencia del derecho internacional. Sin embargo, son las constituciones de cada Estado las que determinan cómo se regula la relación entre las normas internacionales y las normas internas, es decir, cuál de las dos categorías de normas debe prevalecer en caso de conflicto.

La Constitución Política de Colombia (en adelante también C.P.) se refiere al tema en varias disposiciones. En primer lugar, el artículo 4º, que dispone: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones

constitucionales” (República de Colombia, 1991). Se reconoce así la primacía constitucional sobre las leyes y demás normas jurídicas, entre las que se incluyen, en principio, todas las normas internacionales. No obstante, la disposición anterior debe armonizarse con otras normas constitucionales, como el artículo 9º: “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia” (República de Colombia, 1991).

Surge así la primera contradicción entre los artículos 4º y 9º de la Constitución Política, pues el primero pregona la supremacía constitucional, en tanto que el segundo remite a la solución prevista por el derecho internacional, puesto que entre los principios del derecho internacional aceptados por Colombia se encuentra el principio de *pacta sunt servanda* y el principio de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, ambos incorporados en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) de 1969, de la cual Colombia es Estado parte. Ante esta contradicción, algunos autores nacionales, a los que nos referiremos más adelante, han optado por la aplicación del artículo 9º de la C.P. colombiana, esto es, el que permite aceptar la prevalencia de las normas internacionales cuando estas entran en conflicto con las normas internas, incluida la Constitución; solución que compartimos en este artículo.

Existen, además, otras disposiciones constitucionales que aluden a normas internacionales en temas especializados, como los derechos humanos (arts. 93 y 94 de la Constitución Política), y el derecho internacional humanitario (art. 214 num. 2 de la Constitución Política). El artículo 93 de la Constitución Política preceptúa:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso (*sic*), 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. (República de Colombia, 1991).

El artículo 93 constitucional reconoce expresamente la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos no susceptibles de limitarse en los estados de excepción, aprobados por el Congreso², en el orden interno. Ahora bien, de la lectura de esta disposición surge el interrogante acerca de cómo debe

2 No son los tratados “ratificados” por el Congreso, como se señala en la disposición, pues la ratificación corresponde al Gobierno o al Ejecutivo, como lo esclarece la propia Corte Constitucional en la Sentencia C-295 de 1993 (párr. VI. c), en tanto que el Congreso de Colombia está a cargo de la aprobación de los tratados internacionales, como se desprende del artículo 150, num. 16 de la Constitución Política de Colombia (1991).

entenderse la expresión “prevalencia”, si como supraconstitucionalidad de dichos tratados, o como supralegalidad e infraconstitucionalidad. Por ello, esta expresión ha sido objeto de diversas y contradictorias interpretaciones por parte no solo de la doctrina internacionalista y constitucionalista colombiana, sino de la propia Corte Constitucional de Colombia, desde 1992, tribunal que ha decidido finalmente que la prevalencia hace referencia a que estos tratados se encuentran a un nivel constitucional y supralegal, pues atendiendo al artículo 4º de la Constitución Política, no puede haber ninguna norma por encima de ella. Esta interpretación, reiterada en numerosas providencias de la Corte Constitucional de Colombia no es compartida por la mayoría de los internacionalistas, entre otros, Benavides (2006), Valencia (2008), Monroy Cabra (2008 y 2011), y a lo largo de este artículo se explicará por qué se rechaza esta postura.

De otro lado, el artículo 94 de la Constitución Política, dispone: “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” (República de Colombia, 1991). De aquí se desprende que Colombia reconoce derechos humanos que se encuentran incorporados en otros instrumentos internacionales, como serían por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en normas internacionales de carácter consuetudinario que reconocen derechos o garantías fundamentales a la persona, como el principio de dignidad humana, orientador del derecho internacional humanitario; y en convenios internacionales que aún no han entrado en vigor, pese a haber sido aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente.

Finalmente, el numeral 2 del artículo de la C.P. de Colombia regula que durante los estados de excepción: “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Y a continuación señala que una “Una ley estatutaria regulará (...) las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales” (República de Colombia, 1991). De la lectura de esta disposición surge otro cuestionamiento, sobre el modo correcto de entender las expresiones “en todo caso” y “de conformidad con los tratados internacionales”. A nuestro modo de ver, “en todo caso” significa siempre o en todo momento; y “de conformidad con los tratados internacionales”, significa con sujeción a ellos. Por tanto, se reitera nuestra postura acerca de que en la Constitución Política de Colombia, pese a la contundencia del artículo 4º, también se reconoce la prevalencia de algunas normas internacionales sobre las normas de derecho interno, sin distinción entre las últimas. Sin embargo, la única disposición constitucional que sirve de sustento a la aceptación de la tesis de la prevalencia de las normas internacionales sobre las

normas internas en Colombia, en materias diversas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, es el artículo 9º de la Constitución Política de Colombia de 1991, que remite a los principios de *pacta sunt servanda* y primacía del derecho internacional. Barrera (1999) refiere otra disposición que confirma la tesis de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, cuando menciona que el inciso tercero del artículo 170 de la Constitución Política de Colombia da carácter supralegal a los tratados internacionales, al prohibir el referendo sobre sus leyes aprobatorias.

Las disposiciones constitucionales enumeradas han conducido a interpretaciones diversas por parte de los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia, desde 1992, y de los tratadistas nacionales, respecto de la teoría o doctrina que se aplica en Colombia para explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. A continuación se presentan las soluciones jurisprudencial y doctrinaria a este problema.

- Solución jurisprudencial

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno ha sido abordada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia, de los que se desprende que la doctrina aplicable en el país es el “monismo moderado”. La identificación de la doctrina aplicada en Colombia como “monista moderada, coordinadora o de la integración dinámica entre el derecho interno y el derecho internacional” (Corte Constitucional de Colombia, 1998, apartado 47), es fruto de la Sentencia C-400 de 1998. En esta providencia se confirma que la prevalencia que tienen algunos tratados internacionales en el orden interno, como consecuencia de la aplicación de los artículos 93 y 214 num. 2 de la Constitución Política de Colombia, no es supraconstitucionalidad, sino que dichos tratados forman, junto con la Carta Fundamental, el “Bloque de Constitucionalidad”, tesis que había sido expuesta en la Sentencia C-225 de 1995 (Corte Constitucional de Colombia, 1995). Además, en la Sentencia C-400 de 1998, la Corte afirmó que “la Carta reconoce que uno de los principios que orientan nuestras relaciones internacionales es la norma *Pacta Sunt Servanda* (CP art. 9º) pero sin perjuicio de la supremacía de la Constitución en el orden interno (CP art. 4º)”. Esta última aseveración nos indica que se trata de un monismo “constitucionalista” moderado, no del monismo internacionalista moderado que propugnaba Verdross (1927), y mucho menos de las teorías o doctrinas coordinadoras o conciliadoras, en las que no se admite subordinación de unas normas a otras.

Además, la Corte Constitucional colombiana ha considerado que, en concordancia con la tesis monista moderada, los tratados internacionales no requieren una ley ordinaria adicional a aquella mediante la cual se aprueba el tratado, a menos que

se trate de normas internacionales *non self executing* (no aplicables directamente) (Corte Constitucional de Colombia, 2009)³.

- Soluciones doctrinarias

Como se indicó con antelación, la doctrina nacional, por lo general, no identifica la teoría que explica actualmente la relación entre las normas internacionales y las normas internas en Colombia, aunque intenta explicar este problema⁴, o identificar el lugar que ocupan las normas internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano, como se verá a continuación. Entre los autores que se inclinan por el monismo constitucionalista para resolver el problema, encontramos los siguientes:

Camargo (2004), quien señala que la Constitución de Colombia de 1886 aseguró la primacía de los tratados internacionales aunque fueran contrarios a la norma superior, puesto que no se requería revisión previa de constitucionalidad, como sí se estableció en la Constitución Política de 1991 (lo cual permite garantizar la primacía constitucional, en el sentido del artículo 4º del texto constitucional de Colombia), sino que ésta se realizaba *a posteriori*. En relación con la Constitución Política de 1991, se apoya en el artículo 4º para reconocer su prevalencia sobre las normas internacionales. Además, se puede inferir que apoya la doctrina monista constitucionalista, pues afirma que “la Constitución Política es el más solemne e importante de los actos soberanos del Estado y ningún tratado internacional, anterior o posterior a su vigencia, puede pretender estar por encima de la ley suprema” (p. 142).

Fajardo (2007), por su parte, aunque no se refiere concretamente a la tesis aplicable para explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en Colombia, sí menciona la Sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia como la que soluciona el problema de la prevalencia de unas normas u otras. En este sentido, sostiene que la prevalencia de las normas internacionales a que alude el artículo 93 de la Constitución Política no significa que estas tengan una categoría supraconstitucional, sino que se integran a la Carta a través de la figura del bloque de constitucionalidad. De este modo, indica que la Corte Constitucional de Colombia ha optado por la tesis del monismo constitucionalista para explicar la relación entre las normas internas e internacionales. Además, este autor es claro al afirmar que los tratados de derechos humanos (a los que se refiere el artículo 93 de la Constitución Política) tienen rango constitucional.

3 En esta situación se encuentran las normas de la OMC, pues requieren una reglamentación posterior a la ley que aprueba en Colombia el “Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio”, bien sea a través de leyes del Congreso o de Decretos del Ejecutivo.

4 Algunos de los autores consultados, que explican el tema, pero que no fueron citados en este artículo por no aclarar su posición al respecto, son: Juan José Quintana, José Hoyos Muñoz, Luis Fernando Londoño, S.J., y Ciro Morán Materón.

Galland (1999), reconoce que tradicionalmente en Colombia se ha optado por aceptar la supremacía del derecho internacional, incluso sobre la Constitución, con fundamento en tres razones: en primer lugar, el principio *pacta sunt servanda*, cuya invocación es posible a través del artículo 9º de la Constitución Política de Colombia; en segundo lugar, la línea jurisprudencial existente en la materia antes de la Constitución Política de 1991; y finalmente, la tendencia al monismo internacionalista en el derecho constitucional comparado; sin embargo, rechaza estos tres argumentos y se inclina por el monismo constitucionalista.

Barrera (1999) resume las posiciones existentes en Colombia sobre la materia, indicando: “Para algunos tratadistas el artículo 93 de la C.P. estableció un criterio de supraconstitucionalidad de los tratados internacionales relativos a derechos humanos (...)” (p. 57), pues al regular que estos prevalecen en el orden interno significa que están por encima de la Constitución. Se refiere igualmente a quienes ubican los tratados sobre derechos humanos a nivel constitucional; y por último, a quienes consideran que se trata de normas intermedias pero supralegales, ubicadas entre las leyes y la Constitución. Su posición es la de la suprallegalidad y el nivel constitucional de los tratados sobre derechos humanos.

Frente a estos autores –Camargo (2004); Fajardo (2007); Galland (1999) y Barrera (1999), encontramos otros que defienden el monismo internacionalista, como los siguientes:

Monroy Cabra (2008), interpretando las disposiciones constitucionales sobre la materia, señala que la teoría de las fuentes del derecho constitucional, debe considerar como una de ellas el derecho internacional. Sin embargo, sostiene que una interpretación armónica del artículo 4º y los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia no lleva a concluir que esta haya dotado los tratados internacionales de carácter supraconstitucional. Esto se desprende de las afirmaciones:

Pero la prevalencia sobre el orden interno no alcanza a la Constitución porque nuestra Carta no reconoció la preeminencia del Derecho Internacional general o consuetudinario sobre la Constitución que es norma suprema en el ordenamiento jurídico colombiano. [...] Y [...] Lo anterior significa que en el Derecho Constitucional colombiano los tratados no tienen valor supraconstitucional, ni tampoco se les reconoce valor constitucional, y “se les otorga valor suprallegal pero infraconstitucional” (Monroy, 2008, pp. 131-132).

Posteriormente, en la sexta edición de su texto *Derecho Internacional Público*, publicada en 2011, Monroy Cabra arguye que el artículo 9º de la C. P. conlleva la aplicación del principio *pacta sunt servanda* en Colombia, por el cual los tratados vigentes deben cumplirse. Este argumento le sirvió para rechazar la decisión de la

Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-027 de 1993, en relación con el Concordato suscrito entre la República de Colombia y la Santa Sede. En su texto, afirma que la sentencia de la Corte sobre el Concordato “desconoció la doctrina y jurisprudencia internacional que sostiene la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno” (p. 212), principio que también se encuentra consagrado en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, ratificada por Colombia. Finalmente, este autor indica que “la jurisprudencia internacional acepta la tesis monista con prevalencia del derecho internacional” (p. 217).

Monroy Cabra (2011) propone una interpretación armónica de los artículos 4º y 9º de la Constitución Política, pues este último acepta la aplicación de los principios del derecho internacional como parte de la normativa constitucional y sugiere que la Corte Constitucional de Colombia ha debido ampliar el bloque de constitucionalidad a todos los tratados con vigencia internacional en Colombia, con fundamento en el artículo 9º de la Carta. Por último, manifiesta que en caso de conflicto entre una ley interna y un tratado, prevalece este último, y que si una ley interna viola un tratado vigente, está violando el artículo 9º de la Constitución Política. Esta última postura es su tesis particular sobre el asunto, en la que se separa de la posición que ha asumido la Corte Constitucional colombiana y se suma a la mayoría de la doctrina internacionalista, que suele optar por la prevalencia de las normas internacionales en los ordenamientos de los Estados. No obstante, limita dicha prevalencia a las leyes ordinarias, de modo que estaría aceptando una supralegalidad de los tratados internacionales y al mismo tiempo su jerarquía constitucional, al ubicarse en el bloque de constitucionalidad, pues en ningún momento reconoce la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales. Por tanto, deducimos que Monroy Cabra apoya un monismo “moderado”, pero se inclina por un monismo internacionalista moderado, a diferencia de la Corte Constitucional de Colombia, que ha optado por el monismo constitucionalista y lo ha calificado como moderado.

En la misma línea ya Nieto Navia (1993) había sostenido que el artículo 4º de la Constitución Política de Colombia señaló claramente la prevalencia de ésta sobre los tratados internacionales, aunque critica esta disposición, refiriéndose a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, que regulan los principios de *pacta sunt servanda* y preeminencia del derecho internacional, respectivamente. En consecuencia, entendemos que optó por una tesis monista internacionalista, más aún si tenemos en cuenta sus conclusiones sobre la materia, en las que expresa que “los Estados tienen que vivir en comunidad y crear en ella lazos regidos por el derecho internacional” (p. 109). Por tanto, concluimos que este autor reconoce la importancia de la sujeción de los Estados a

las normas internacionales, aun sabiendo que estas siempre suponen una limitación a su soberanía.

Valencia Restrepo (2008) sugiere que las constituciones deben ubicar al derecho internacional por encima de las normas internas, aunque afirma que la solución que rige en la práctica es la coordinadora. Sin embargo, refiriéndose a la solución adoptada en Colombia, Valencia Restrepo afirma la supraconstitucionalidad de algunos tratados internacionales, invocando el artículo 93 de la Constitución Política, que versa sobre los tratados que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción; en tanto que ubica los demás tratados al nivel de las leyes ordinarias, pues de acuerdo con él, su lugar jerárquico se determina por la ley aprobatoria del tratado, conforme al artículo 150, num. 16 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Benavides (2006) considera que el derecho interno está subordinado al derecho internacional. Este autor sostiene, además, que cuando la Corte Constitucional de Colombia examina los tratados internacionales, en realidad hace un examen sobre un proyecto de tratado, ya que éste no ha sido ratificado, y agrega que declarar inexecutable un tratado internacional sería contrario al “principio de supremacía que sobre la Carta ellos poseen” (p. 261).

Rozo Acuña (1999), refiriéndose en general al tema, manifiesta que es necesario diferenciar entre el derecho internacional general o consuetudinario, como serían “las costumbres internacionales y los principios generales del derecho de gentes, del derecho diplomático y consular” (p. 518), al que se somete la mayoría de los Estados; y el derecho convencional, que él llama “pacticio”, al que sólo algunos Estados le reconocen un lugar privilegiado dentro del ordenamiento jurídico, como es el caso de Colombia con el artículo 93 de la Constitución Política de 1991, aunque referido exclusivamente a los tratados sobre derechos humanos, que prevalecen en el orden interno; mientras que casi todas las constituciones de los Estados del subcontinente latinoamericano reconocen a los tratados una jerarquía superior a la ley y a nivel constitucional.

En su texto Rozo Acuña (1999) concluye que la mayoría de Estados latinoamericanos son favorables “al reconocimiento de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno” (p. 543). No obstante, considera que en Colombia prima la Constitución, y no se reconoce la supraconstitucionalidad de los tratados, sino más bien su suprallegalidad. El fundamento jurídico de esta posición sería el artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que exige el control constitucional previo y automático de los tratados internacionales antes de la ratificación por parte del ejecutivo. Esta última solución

se la atribuye a Manuel Gaona, profesor de derecho constitucional y magistrado de la Corte Suprema de Justicia, quien publicó en este sentido alrededor de 1988.

En el mismo sentido se han pronunciado doctrinantes internacionales, refiriéndose al caso de Colombia. Ayala Corao (2002) se refiere a la supralegalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Colombia, invocando el artículo 93 de la Constitución Política, y afirmando que según esta disposición, este tipo de tratados prevalece en el orden interno.

Por su parte, Gaviria Liévano (2005) se aleja de las tesis monistas y parece optar por las doctrinas conciliadoras o coordinadoras, cuando afirma que el derecho internacional y el derecho interno son interdependientes y están estrechamente ligados, pero no existe subordinación del uno al otro. Aunque no aclara la aplicación de las teorías o doctrinas al caso colombiano, su posición puede sintetizarse en la siguiente frase, que parece encajar perfectamente en lo que postulan las teorías o doctrinas coordinadoras “el derecho interno puede crear obligaciones internacionales, lo cual no ocurrirá si el derecho interno está subordinado al internacional. El derecho internacional puede establecer limitaciones al derecho interno. Por tanto, tampoco se podrá considerar el derecho internacional como inferior al interno” (p. 15).

De lo anterior se concluye que entre los tratadistas nacionales existe una pluralidad de posiciones doctrinarias divergentes respecto a la relación entre las normas de derecho internacional y las normas de derecho interno colombiano. Al parecer, entre los constitucionalistas prima el “monismo [constitucionalista] moderado”, pues casi todos se inclinan por afirmar el nivel constitucional y supralegal de los tratados internacionales que se integran al bloque de constitucionalidad, y el carácter meramente legal de los demás tratados. Esta solución, aunque acorde con la postura de la Corte Constitucional colombiana, dista de la solución regulada por el derecho internacional consuetudinario y convencional vigente, al cual también alude la Constitución Política de Colombia de 1991, en el artículo 9°. Por esta razón, entre los internacionalistas parece que prevalece la doctrina del monismo internacionalista, aunque para la mayoría, en su versión moderada.

3. Posición de los tratados internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano

Para resolver el principal interrogante de la investigación que dio origen a este artículo, es decir, el de la ubicación de los tratados internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano, fue necesario realizar el análisis

ya presentado; y, además, indagar por la solución jurisprudencial y doctrinaria frente al tema. A continuación presentamos estas soluciones.

- Solución Jurisprudencial

En el caso concreto que nos ocupa, esto es, el de las normas internacionales de contenido económico, particularmente la ubicación de los Acuerdos de la OMC en el ordenamiento jurídico colombiano. El Artículo XVI num. 4 del “Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio”, dispone que: “Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos” (OMC, 1994). Es decir, este acuerdo reconoce la prevalencia de los Acuerdos anexos de la OMC sobre las normas internas de los Miembros de la Organización.

No obstante, al atenernos a lo que establece la Constitución Política de Colombia en su artículo 4º, que incorpora el principio de supremacía constitucional, resulta claro que nuestra Carta Política prevalece sobre el Acuerdo de Marrakech y los demás acuerdos anexos de la OMC. Sin embargo, como analizamos en la sección precedente de este artículo, esta postura entra en contradicción con el artículo 9º de la misma Constitución, referido a los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, como son el principio de preeminencia del derecho internacional, y el principio de *pacta sunt servanda*.

De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, los tratados internacionales de carácter económico ocupan en nuestro ordenamiento jurídico una posición jerárquica inferior a la Constitución y equivalente a la de las leyes ordinarias. Así se desarrolla con claridad en la Sentencia C-582 de 1999, en la que se examinaba la conformidad de algunas disposiciones de la Ley 446 de 1998 con el Acuerdo sobre los “Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio” (ADPIC) (Corte Constitucional de Colombia, 1999). Igualmente, en una providencia más reciente, la Sentencia C-269 de 2014, la Corte Constitucional afirmó que los tratados de carácter económico y comercial “no prevalecen sobre la Constitución Política ni sobre el derecho comunitario y tampoco integran el bloque de constitucionalidad” (Corte Constitucional de Colombia, 2014, apartado 4.7.4).

La Corte ha sostenido que estos tratados, por su materia, están por fuera del bloque de constitucionalidad, existiendo solamente una excepción a esta regla: el apartado de la Decisión Andina 351 de 1993 que reconoce el derecho moral de autor, pues mediante la Sentencia C-155 de 1998, la Corte afirmó que “los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental” (Corte Constitucional de Colombia, 1998A, apartado 18). Vale la pena aclarar que en

este último caso, aunque una Decisión Andina no es un tratado sino una norma de derecho comunitario secundario o derivado, su fundamento es la existencia de un tratado de integración económica, esto es, de carácter económico.

El resto de la normativa comunitaria andina ha sido excluida por la Corte Constitucional de Colombia del bloque de constitucionalidad, en pronunciamientos del mismo año, como la Sentencia C-256 de 1998 (Corte Constitucional de Colombia, 1998B). Además, en esa misma sentencia precisó que las demás decisiones de la Comunidad Andina se encuentran al nivel de las leyes ordinarias, pero que en caso de conflicto con estas las decisiones comunitarias se aplican preferentemente. A esto debe añadirse que la misma Corporación también ha señalado que “en virtud de su condición supranacional, las normas comunitarias pueden ser reconocidas como preeminentes frente a las leyes aprobatorias de tratados de naturaleza comercial o libre comercio” (Corte Constitucional de Colombia, 2014, apartado 4.6.4.3.).

Finalmente, la Corte Constitucional ha manifestado la imposibilidad para examinar los tratados internacionales de carácter económico a la luz de otros tratados internacionales, como lo indicó en el caso del examen de constitucionalidad del “Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica entre Colombia y Chile ACE24”, consignado en la Sentencia C-031 de 2009, al referirse a su falta de competencia para examinar su compatibilidad con el Acuerdo de la OMC y la ALADI, pues son los órganos de estas Organizaciones los encargados de velar por la aplicación de sus tratados (Corte Constitucional de Colombia, 2009B).

- Solución doctrinaria

Son pocos los autores colombianos que han hecho referencias expresas al lugar que ocupan las normas internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano. Un primer estudio del tema, realizado por Álvarez Zárate (1998), quien analizó el caso concreto de las normas de la OMC en Colombia, lo llevó a concluir que en caso de conflicto entre las normas internacionales de contenido económico y las de derecho interno, deberían prevalecer las primeras, puesto que ambas se fundamentan en los principios de libertad de empresa y libre acceso a los mercados. Este autor parte del supuesto que las normas creadoras de sistemas comerciales, como es el caso del Acuerdo por el que se establece la OMC, son un ejemplo claro del sometimiento de los Estados al derecho internacional, con la pérdida de la autodeterminación estatal que ello implica en áreas que eran de una total competencia interna.

Aunque la postura de este autor no es la solución aceptada por nuestro tribunal constitucional, al menos debería aceptarse en Colombia que todas las normas internacionales poseen un rango supralegal, con sustento en el artículo 9º de la

Constitución Política de 1991, que afirma la sujeción del Estado colombiano a los principios de derecho internacional, entre los cuales se encuentran el de *pacta sunt servanda* y el de preeminencia del derecho internacional. Así, con base en este postulado, el Estado colombiano está obligado a respetar todos los tratados internacionales que ratifica, y por ello deben hallarse en una posición jerárquicamente superior a las leyes ordinarias.

Pese a lo anterior, la tesis más aceptada en la doctrina es la de la infraconstitucionalidad y el rango legal de los “demás” tratados internacionales, esto es, los que no se incluyen en el bloque de constitucionalidad. Aquí estarían, consecuentemente, todos los tratados internacionales de contenido económico. Esta tesis parece apoyarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y es aceptada por doctrinantes como Ramelli (2004) quien señala que los tratados internacionales excluidos del bloque de constitucionalidad tendrían tan solo un carácter legal, y estos serían aquellos que versan sobre “el comercio internacional de bienes y servicios, la cooperación en materia económica, la integración subregional, la inversión extranjera, la protección de la propiedad intelectual e industrial, los derechos de autor y la transferencia de tecnología” (pp. 174-175).

En relación con el derecho comunitario andino, Valencia Restrepo (2008) sostiene que se trata de “un ordenamiento jurídico que tiene prevalencia sobre los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros” (p. 154). En este mismo sentido se manifiesta Monroy Cabra (2011), quien considera que sus normas son de “aplicación directa e inmediata” (p. 229) en el ordenamiento jurídico colombiano y que tienen preeminencia sobre este. Esta es la posición mayoritaria (Tremolada, 2006 y Plata & Yepes, 2006; citados por Arias, 2012).

Caldera (2012), por su parte, expresa que comparte la posición sostenida por la Corte Constitucional de Colombia en relación con la ubicación dentro del bloque de constitucionalidad de las normas comunitarias andinas referidas al derecho moral de autor. En este mismo sentido se manifiesta Fajardo Arturo (2007).

Insignares (2007), por otro lado, no se pronuncia sobre la Decisión Andina relativa a los derechos morales de autor, pero manifiesta, citando a Tremolada (2006), que el derecho comunitario andino está dotado de una “naturaleza supranacional (...) en cuanto a su aplicación respecto de sus normas internas” (p.12), refiriéndose a las normas de derecho colombiano. Agrega que esto dependerá, en últimas, de la interpretación que hagan los jueces, con el agravante de que en Colombia se desconoce el carácter de las normas andinas, y su efecto directo.

Galland (1999), por su parte, sostiene que el derecho supranacional o comunitario derivado, como son las decisiones andinas, se ubicaba en un rango inferior a la

Constitución incluso desde antes de 1991, y apoya su afirmación en un auto del Consejo de Estado del 8 de mayo de 1981 (C.P.: Jacobo Pérez Escobar, citado por Galland en nota al pie 44 de la página 161). De acuerdo con esta tesis, ni siquiera el derecho moral de autor podría estar a nivel constitucional.

Barrera (1999), aunque no define claramente su posición, acertadamente hace un recuento de las numerosas disposiciones de la Carta Política que se refieren a la integración latinoamericana y del Caribe, reforzando la importancia de las normas comunitarias andinas, como el artículo 9º, el artículo 150 numeral 16, y el artículo 227, es por esto que no puede desconocerse la relevancia especial de estas normas en nuestro ordenamiento jurídico.

Rozo (1999), por otro lado, considera que la prevalencia del derecho comunitario sobre los derechos internos de los Estados miembros es un presupuesto esencial para el funcionamiento y eficacia del derecho comunitario. Y en el caso particular de la Constitución Política de Colombia, manifiesta que esta incluye claramente el compromiso de reforzar la integración latinoamericana desde el preámbulo, y lo reitera en el artículo 9º, en el que se indica que la política exterior colombiana se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe. Se refiere, además, al numeral 16 del artículo 150 y al artículo 227 de la citada Constitución.

Finalmente, Amirante (1999), refiriéndose al derecho comunitario europeo y no al andino, considera que existen dos posiciones frente al Derecho Comunitario. Dice este autor que la mayoría se inclina por la supremacía del derecho comunitario frente al derecho interno, en tanto que él rechaza esta posición.

4. Resultados y conclusiones

Del análisis normativo, jurisprudencial y doctrinario del problema objeto de esta investigación, se desprende que, de acuerdo con la tesis de mayor aceptación en Colombia, basada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, los tratados internacionales de contenido económico, como los Acuerdos de la OMC, no prevalecen en el orden interno, y ni siquiera tienen un alcance supralegal e infraconstitucional. No obstante, existen posiciones doctrinarias contrarias, como la de Monroy Cabra, que sugiere su inclusión junto con los demás tratados internacionales en el bloque de constitucionalidad.

La doctrina adoptada en Colombia para explicar la relación entre las normas de derecho internacional y las normas de derecho interno, si bien se ha denominado “monismo moderado” desde la Sentencia C-400 de 1998 (Corte Constitucional, 1998), corresponde en mayor medida al monismo constitucionalista; pues se parte de la primacía de la Constitución sobre las normas internacionales, aunque

se invoca la figura francesa del bloque de constitucionalidad para adaptarla a las particularidades de nuestro ordenamiento y elevar al rango constitucional algunos tratados internacionales, como los que protegen derechos humanos fundamentales no susceptibles de suspenderse en estados de excepción y los referidos al derecho internacional humanitario. De la aceptación de esta tesis se derivan importantes consecuencias de orden práctico, a saber:

En primer lugar, existe un aparente incumplimiento o violación por parte de Colombia en relación con el artículo XVI num. 4 del Acuerdo de Marrakech, por el que se crea la OMC, pues de acuerdo con esta disposición, las normas internas de los Miembros deben estar en conformidad con el Acuerdo de la OMC y los acuerdos anexos de la Organización. Sin embargo, en Colombia, este Acuerdo, aprobado a través de la Ley 170 de 1994, se encuentra al nivel de una ley ordinaria. Esto en sí mismo no representa un problema, pero lo sería en el evento de proferir normas contrarias a esta ley, y a las demás normas que desarrollen el Acuerdo de la OMC, pues atendiendo a su especialidad y a su carácter posterior, se entendería que derogan las anteriores, como la Ley 170 de 1994. No obstante, esto debe analizarse frente a supuestos concretos y no en forma general y abstracta.

En segundo lugar, ante la eventual contradicción entre una ley ordinaria en materia económica proferida en Colombia y las normas de la OMC (los acuerdos y las normas que los reglamentan en Colombia), el Estado colombiano podría incurrir en responsabilidad internacional. En este escenario, sin embargo, la responsabilidad de Colombia no sería automática, ni se verificaría en forma inmediata, ya que por disposición de la misma OMC, las únicas instancias competentes para conocer cualquier diferencia que surja de la adopción de medidas aparentemente incompatibles con las normas de la OMC son los órganos que conforman el sistema de solución de diferencias de la Organización, como el Órgano de Solución de Diferencias y el Órgano de Apelación; así pues, Colombia tendría que ser sometida por otro Miembro a un procedimiento de solución de diferencias.

En tercer lugar, y como corolario de lo anterior, si en Colombia se adoptan medidas contrarias a los postulados de la OMC -que afecten por ejemplo a los productores nacionales, a los importadores, o a los mismos consumidores-, no existe ningún tipo de mecanismo o acción que se pueda ejercer internamente por los particulares afectados para exigirle al Gobierno de Colombia que cumpla los compromisos internacionales adquiridos en materia económica al ratificar el Acuerdo de la OMC; que se encuentran incorporados en una norma interna, como lo es la Ley 170 de 1994, o en leyes posteriores u otro tipo de normas (decretos, circulares, etc.) que hayan reglamentado este acuerdo. Esto, puesto que las normas de la OMC, aunque se encuentren incorporadas en los ordenamientos internos de

los Miembros, y hayan sido reglamentadas y desarrolladas por estos, carecen del carácter de auto aplicables (*self executing*), y por tanto, no existe ninguna acción que se pueda interponer ante la jurisdicción nacional para determinar la incompatibilidad de las normas internas con los Acuerdos de la OMC. Estas apreciaciones son igualmente aplicables a otros tratados internacionales de carácter económico que no sean autoejecutables o *self executing*.

En cuarto y último lugar, los tratados internacionales de contenido económico, al considerarse infraconstitucionales y jerárquicamente equivalentes a una ley ordinaria, no tendrían por qué ser objeto de un análisis detallado por el Congreso de la República de Colombia al momento de aprobar nuevos tratados internacionales en Colombia; ni constituyen un parámetro de constitucionalidad para la Corte Constitucional colombiana al momento de revisar la exequibilidad de otras normas. Como se colige de esto, es posible que en nuestro actual ordenamiento jurídico exista contradicción entre diversos tratados internacionales, bien sean estos exclusivamente de carácter económico, o ya se trate de convenios internacionales en diversas materias; o que exista incompatibilidad entre algunas normas internas y los compromisos internacionales adquiridos por Colombia. Sin embargo, todas estas normas, internacionales o internas, se encuentran amparadas por la presunción de validez del orden jurídico, y serán objeto de aplicación hasta que se materialice un conflicto entre ellas y sean derogadas por la autoridad competente para ello en cada caso.

Para concluir, la posición asumida en este artículo para explicar la relación entre las normas internacionales y las de derecho interno de los Estados es el monismo internacionalista moderado, pues se considera que las normas internacionales deberían prevalecer sobre las normas internas, con independencia de la materia que regulen aquellas; se admite la validez de las normas internas contrarias a las internacionales, pues se encuentran amparadas por la presunción de validez del orden jurídico, hasta tanto el juez competente se pronuncie sobre su nulidad, aunque ello no obsta para que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Sin embargo, se aclara que entre las normas internacionales existen unas de superior jerarquía, las normas imperativas o el *ius cogens*, que son las únicas normas internacionales que deben ser consideradas parámetro de interpretación y del examen de exequibilidad que realiza la Corte Constitucional de Colombia sobre las normas internas y sobre los tratados internacionales suscritos por el Ejecutivo antes de su ratificación.

Como consecuencia de lo anterior, los tratados internacionales de naturaleza económica y comercial ratificados por Colombia, como el Acuerdo por el que se establece la OMC, deberían prevalecer en el orden interno, y sus normas deberían

aplicarse preferentemente en caso de conflicto o incompatibilidad con una norma interna.

Además, en consonancia con la mayoría de la doctrina, las decisiones de la Comunidad Andina deberían prevalecer sobre las normas internas en Colombia, pues no se explica cómo se podría lograr de otra forma la integración andina. Por lo anterior, la tesis aceptada en Colombia para explicar la relación entre las normas internacionales y las normas internas implica una violación del principio de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno y en algunos casos, podría conllevar también una violación del principio de *pacta sunt servanda*.

Referencias

- Álvarez, J. M. (1998). *La OMC. Comentarios jurídico económicos para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amirante, C. (1999). Derecho Constitucional y Ordenamiento Internacional. En J.E. Londoño Ulloa (Compilador), II Seminario Internacional “Relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno” 1 (pp. 15–24). Tunja: Ediciones UniBoyacá.
- Arias, M. E. (2012). *Transformaciones y Evolución de las Fuentes del Derecho Administrativo Colombiano a partir de los Tratados de Integración*. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2984/52513479-2012.pdf?sequence=1>
- Aust, A. (2010). *Handbook of International Law*. (2nd Ed.) Cambridge: Cambridge University Press.
- Ayala, C. M. (2002). La Jerarquía Constitucional de los Tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias. En R. Méndez Silva (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (pp. 37–90). México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/4.pdf>
- Barrera, C. (1999). Estado Social de Derecho, Tratados Internacionales y Derecho Interno Colombiano. En J.E. Londoño Ulloa (Compilador), II Seminario Internacional “Relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno” 1 (pp. 25–66). Tunja: Ediciones UniBoyacá.
- Benavides, J.E. (2006). *Lecciones de Derecho Internacional*. (5^a Ed.) Medellín: Señal Editora.
- Caldera, J. E. (2012). El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales. Una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional, Tercer Congreso Colombiano de Derecho Procesal

- Constitucional y Segundo Encuentro Mundial de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (pp. 1–42). Cali, Colombia. Recuperado de: <http://nuevagobernanza.com.co/documentos/13.pdf>
- Camargo, P. P. (2004). *Tratado de Derecho Internacional Público*. (3ª Ed.) Bogotá: Editorial Leyer.
- Casanovas, O. & Rodrigo, Á. (2012). *Compendio de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos (GRUPO ANAYA S.A.).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-295 (1993).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 (1995).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 (1998).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-155 (1998A).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-256 (1998B).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-582 (1999).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-615 (2009).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031 (2009B).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-269 (2014).
- Fajardo, L. A. (2007). Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. *Univ. Sergio Arboleda*, 7(13), 15–34. Recuperado de <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Contenido%20y%20alcance%20jurisprudencial.pdf>
- Galland, J. (1999). Constitución, Tratados y Mistificaciones. En *Derecho Constitucional: perspectivas críticas* (pp. 147–169). Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho Universidad de los Andes.
- Gaviria, E. (2005). *Derecho Internacional Público* (6ª Ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Gutiérrez, C. & Cervell, M.J. (2008). *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*. (2ª Ed.) Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Insignares, S. (2007). El Derecho Comunitario Andino ¿Obstáculo en la Integración? *Revista de Derecho, Universidad Del Norte*, (27), 295–308. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/2664>
- Monroy Cabra, M. G. (2008). *El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional*. *ACDI*, 1(1), 107–138. Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/viewArticle/131>
- Monroy Cabra, M.G. (2011). *Derecho Internacional Público* (6ª Ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Naciones Unidas (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969). Viena

- Nieto, R. (1993). *Estudios sobre Derecho Internacional Público*. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana/Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.
- OMC. (1994). Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Marrakech, 15 de abril de 1994. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm
- Pastor, J. A. (2009). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. (13ª Ed.). Madrid: Tecnos (GRUPO ANAYA S.A.).
- Quintana, J. J. (2001). *Derecho Internacional Público Contemporáneo*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.
- Ramelli, A. (2004). Sistema de Fuentes del Derecho Internacional Público y “Bloque de Constitucionalidad” en Colombia. *Cuestiones Constitucionales*, (11), 157–175. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501105>
- República de Colombia. (1991) Constitución Política de Colombia. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Rodríguez, A. J. (2009). *Lecciones de Derecho Internacional Público* (6ª Ed.). Madrid: Tecnos.
- Rozo, E. (1999). Derecho Internacional y Derecho Interno en las Constituciones de América Latina. En En J.E. Londoño Ulloa (Compilador), II Seminario Internacional “Relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno” 1 (pp. 503–603). Tunja: Ediciones UniBoyacá.
- Valencia, H. (2008). *Derecho Internacional Público* (3ª Ed.). Medellín: Librería Jurídica Comlibros Ltda.



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón del Olvido
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

*Sobre el concepto de justicia según Hans Kelsen**

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a12

* Artículo de reflexión derivado del proyecto *Implicaciones teóricas del concepto de Justicia en Hans Kelsen*, desarrollado durante el año 2014 en el grupo de investigación Derecho, instituciones y comunidad, de la Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia (institución financiadora). La investigación terminó en junio de 2015.

Citación de este artículo con el sistema APA: Camacho-Castro, J. M. (2016). Sobre el concepto de justicia según Hans Kelsen. *Estudios de Derecho*. 73 (161), 251-270. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a12

Fecha de recepción: 29 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 10 de junio de 2016

Sobre el concepto de justicia según Hans Kelsen

Jose Miguel Camacho-Castro¹

Resumen

El concepto de Justicia se encuentra en el centro de las discusiones actuales de la filosofía política. Hans Kelsen, tal vez el jurista más importante del siglo XX trabajó el concepto desde perspectivas que hoy permanecen descuidadas. La escasa atención que ha recibido el concepto relativista de la justicia sostenido por Kelsen tiende a empobrecer las discusiones sobre la Justicia de hoy. Es por esto que se emprende aquí la relectura de la obra de Kelsen en torno al concepto mencionado. Así, se mostrarán un par de errores en su argumentación, no atribuibles naturalmente a su incapacidad sino a su afán por refutar las concepciones de Justicia que criticó –y que en este escrito llamaremos ‘las justicias imposibles’–. Se revisará, en especial, la dificultad de su argumentación frente a Platón y se prestará especial atención a algunas implicaciones contradictorias del concepto de ‘Justicia de la tolerancia’, que opera como corolario de sus pensamientos al respecto.

Palabras clave: Hans Kelsen, justicia, positivismo, teoría legal, tolerancia

On the concept of justice according to Hans Kelsen

Abstract

The concept of justice is at the center of current discussions of political philosophy. Hans Kelsen, perhaps the most important twentieth century jurist who worked the concept from perspectives that remain neglected today. The scant attention that has received the relativistic concept of justice held by Kelsen tends to impoverish the discussion on Justice today. This is why it is undertaken here rereading Kelsen’s work around the concept mentioned. So, a couple of errors are displayed in their argument, not naturally attributable to their inability but his eagerness to refute the views of Justice he criticized in this paper – which we call ‘impossible justices’–. Particularly the difficulty of his argument against Plato is reviewed and special attention is given to some contradictory implications of the concept of ‘Justice of tolerance’, which operates as a corollary of his thoughts on the matter.

Keywords: Hans Kelsen, justice, positivism, legal theory, tolerance.

Sobre o conceito de justiça segundo Hans Kelsen

Resumo

O conceito de Justiça encontra-se no centro das discussões atuais da filosofia política. Hans Kelsen, talvez o jurista mais importante do século XX, trabalhou o conceito desde perspectivas que hoje permanecem desatendidas. A pouca atenção que tem recebido o conceito relativista da justiça sustentado por Kelsen tende a empobrecer as discussões sobre a Justiça de hoje. É por esta razão que é empreendida aqui a releitura da obra de Kelsen em torno do conceito mencionado. Assim, serão mostrados alguns erros na sua argumentação, não atribuíveis naturalmente a sua incapacidade, mas a seu empenho em refutar as concepções de Justiça que criticou -e que neste artigo chamaremos de ‘as justicias impossíveis’-. Será revisada, em particular, a dificuldade da sua argumentação em relação a Platão e se dará uma atenção especial a algumas implicações contraditórias do conceito de ‘Justiça da tolerância’, que opera como corolário de seus pensamentos sobre o assunto.

Palavras-chave: Hans Kelsen, justiça, positivismo, teoria legal, tolerância.

1 Abogado, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia. Magíster (C) en Derecho con énfasis en Teoría del Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia, miembro del grupo de investigación Derecho, instituciones y comunidad, de la misma universidad. Correo electrónico: camachocasjose@miugca.edu.co

Sobre el concepto de justicia según Hans Kelsen

Introducción

La lectura de Kelsen es considerada en el mundo jurídico como fundamental, inaplazable, ineludible. Existen, por supuesto, múltiples razones: el renombre y la importancia alcanzados por Hans Kelsen no se obtienen gratuitamente. El mayor de los méritos de este autor es haber dedicado su vida completa, finita como todas, a los asuntos concernientes a la ciencia jurídica. Una vida así deja un legado invaluable: mucho sobre lo cual dialogar. Dialogar, proponer, en la medida de lo posible, es lo que tratará de hacerse en las páginas siguientes.

Una importante parte de la obra de Hans Kelsen ha permanecido más o menos inobservada en el trabajo académico: la relativa a su concepción de la justicia. Esta concepción responde a los planteamientos típicos del relativismo moral propio de la segunda mitad del siglo XX; en su obra el concepto de Justicia se enfoca en responder a las circunstancias históricas de su tiempo, fuertemente marcada por la segunda guerra mundial y por las atrocidades cometidas por los regímenes autoritarios en general, y por el régimen del partido Nacional-Socialista en particular.

El escaso tratamiento de esta parte de su obra hace que sea interesante abordarla a la luz de las nuevas perspectivas sobre la justicia que, en buena medida, se han dedicado a tratar de superar las doctrinas del relativismo moral. Kelsen constituye hoy por hoy un referente crítico que debe ser tenido en cuenta para la realización de las discusiones de los enfoques objetivistas sobre el concepto de justicia -aquellas teorías que tratan de dotar de objetividad el concepto de Justicia, como la empresa de Rawls (1995a, 1995b) o Sen (2010) y para la construcción de políticas públicas y legislativas al respecto-.

Esta rememoración del trabajo del jurista más importante del siglo XX, se emprende en dos fases: una descriptiva y otra evaluativa. Se hace uso de un enfoque cualitativo y se utiliza el método histórico-hermenéutico. La investigación es analítica y la técnica de recolección de información utilizada fue el análisis documental; se diseñaron fichas analíticas de lectura, que permitieron abordar de manera ordenada y sistemática las fuentes que sirvieron de base en el desarrollo del proyecto.

La investigación abordó la siguiente cuestión: ¿Cuáles son las implicaciones teóricas del concepto de justicia presente en la obra de Hans Kelsen? Para la respuesta a esa pregunta se abordó, principal, más no exclusivamente, el ensayo titulado *¿Qué es Justicia?*, en el cual Kelsen aborda de forma ordenada y sistemática las falencias que encuentra en los conceptos de justicia esbozados por distintos filósofos a lo largo de la historia. Otras obras fundamentales a la hora de entender su posición fueron: *Teoría pura del derecho*, *Teoría general del Estado* y *Teoría general de las normas*. Además, se hizo uso de algunos comentaristas destacados de la obra del filósofo. Se buscaba revisar las implicaciones teóricas de este concepto de Justicia, sus presupuestos metodológicos, sus consecuencias, la forma en que se insertan estas ideas en su obra y, también, algunos avances que se han llevado a cabo en los últimos años frente al tema, todo en clave analítico-crítica.

1. Mi Justicia: Kelsen

Para explicar el concepto de Justicia desde la perspectiva de Kelsen (1991) es preciso señalar tres puntos: primero, la postura kelseniana encuentra sustento en un marcado dualismo metodológico; segundo, múltiples conceptos de Justicia existen para Kelsen a lo largo de la historia de la filosofía, todos ellos objetables. Tercero, Kelsen considera que la Justicia, como categoría prescriptiva es relevante fuera y solo fuera del derecho, por ser éste una ciencia estrictamente descriptiva. Se pasará a detallar cada uno de estos puntos.

1.1 El dualismo metodológico de Kelsen

Para realizar su análisis sobre la Justicia, Kelsen (1991) sostiene que la ciencia jurídica, el derecho, debe estar separado de consideraciones de tipo emotivo, subjetivo y, en todo caso, personalísimo; está convencido de la existencia de múltiples órdenes de normas, de los cuales unos responden a criterios racionales y científicos y otros por su parte, responden a criterios de opinión, fe, sentimientos u otras consideraciones personales.

Kelsen sustenta esa división en su acercamiento metodológico al problema de la justicia en una premisa muy simple: la división en las formas de justificación. Los seres humanos, según él, pueden pretender una de dos cosas: o una justificación adecuada –que es una relación medio-fin– o una justificación absoluta. La primera forma de justificación es propia de ciencias sometidas al imperio de la evidencia, de la experiencia, como la física o la química. La segunda forma de justificación es propia de –o es perseguida comúnmente por– sistemas normativos de orden moral, metafísico o teológico.

La razón humana no puede satisfacer la exigencia de una justificación absoluta que tiene nuestra conciencia, y esto explica la validez de los valores absolutos. El absoluto y los valores absolutos sobrepasan el alcance de la razón humana, para la cual sólo cabe una solución condicional y relativa para el problema de la Justicia como justificación de la conducta humana. (Kelsen, 1991, pp. 45-46).

Naturalmente, para Kelsen (1991), el derecho debe responder a la evidencia, a aquello que existe, valga decir, la norma jurídica –o, más exactamente, el sistema jurídico–, para ser considerado como una auténtica ciencia. De ahí que se vea obligado a extirpar del derecho todo concepto que no responda a los criterios de objetividad establecidos por las ciencias de la naturaleza. Esta distinción no hace que automáticamente Kelsen deje a la ciencia del derecho en el mundo del ser, pues para él es claro que el derecho no es un hecho, sino que es un sistema normativo –en el sentido de tener vocación prescriptiva–. Como sistema normativo que es, el derecho hace parte del deber ser, pero tiene naturaleza lógico-formal: el derecho, para ser auténtica ciencia, debe apartarse tanto del sistema de la naturaleza como de sistemas normativos trascendentes. Lo que queda para lo jurídico es ser un sistema normativo lógico-formal, esto es, primordialmente, no trascendente o absoluto.

Todo lo anterior deriva en gran medida de la posición moral de Kelsen, que no cree en valores absolutos, sino en valores relativos que rigen de forma exclusiva la vida de quien construye esos valores –de ahí su acercamiento a las doctrinas emotivistas–. “En último término, deciden nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón; el elemento emocional de nuestra conciencia, no el racional, es el que decide en este conflicto” (Kelsen, 1991, pp. 39-40). Nunca un individuo podrá universalizar sus valores, pues estos carecen, prima facie, de toda objetividad. Podría advertirse en su insistencia sobre esta división –que aquí se señala como metodológica–, la existencia de una escisión epistemológica y aun ontológica en su pensamiento. La separación entre lo físico y lo metafísico, entre lo racional y lo que proviene de la fe, entre lo objetivo y lo subjetivo, es una constante (casi ad nauseam) en los escritos de Kelsen sobre la Justicia. Incluso en otros lugares de su obra, esta división es una constante, veamos dos citas que así lo evidencian:

(...) adviértase, no obstante, que la oposición entre naturaleza y sociedad (que es una oposición entre *ser* y *deber ser*; entre ley natural y norma, entre *realidad* y *valor*) coincide también en lo esencial con la oposición entre naturaleza y espíritu. Como fenómeno social, el Estado encuentra su asiento, no en el reino de la naturaleza, sino en el del espíritu (Kelsen, 1992, p. 122).

Por insatisfactoria que yo encuentre una construcción dualista del mundo, no hallo en mi pensamiento camino alguno que supere la insoportable separación entre Yo y el Mundo, Alma y Cuerpo, Sujeto y Objeto, Forma y Contenido, o en qué palabras pueda ocultarse la eterna dualidad (Kelsen, citado por Villar, 2012, pp. 227-228).

Este dualismo metodológico, hay que advertirlo, no implica el rechazo de conceptos como la Justicia. La mera existencia de un abordaje del tema de la Justicia en el derecho por parte del pensador austríaco deja entrever que el problema no fue ajeno a sus preocupaciones. Así lo resalta Walter: “(...) Kelsen mostró tomar en serio el problema de la Justicia (...). Además, no veía a priori las proposiciones sobre la misma como ‘insensateces’ (...)” (1997, p. 19), señala el mismo autor que Kelsen pudo desembarazarse fácilmente del problema de la Justicia recurriendo a Wittgenstein. Esta percepción de Walter se basa en la inexacta lectura que Kelsen hace de Wittgenstein en su *Teoría de las normas*: “(...) [Wittgenstein] niega que el término *deber ser* tenga sentido”. (Kelsen, 1994, p. 296). Para Kelsen las proposiciones del deber ser pueden tener sentido, en contraposición a lo que según él piensa Wittgenstein.

Nada más alejado de la realidad: Wittgenstein no desechó como *insensateces* lo referido a las proposiciones éticas –como pretende hacerlo ver Kelsen y, a su lado, Walter–, sino que señaló la insuficiencia de las estructuras lingüísticas para explicar lo *trascendental* de las proposiciones sobre el deber ser: “Por eso tampoco puede haber proposiciones éticas. Las proposiciones no pueden expresar nada más alto. Está claro que la ética no resulta expresable. La ética es trascendental” (Wittgenstein, 2012, p. 129, aforismo 6.42). Tomándose a Wittgenstein muy en serio, esta insuficiencia se puede extender incluso a las sensaciones, esto es, a lo dado a los sentidos, al mundo del *ser*; pues nunca el lenguaje puede describir perfectamente el mundo natural, luego el mundo natural, como la ética –o el mundo del *deber ser*–, no resulta expresable. “De lo que no se puede hablar hay que callar” (Wittgenstein, 2012, p. 145, aforismo 7). Kelsen no se toma en serio a Wittgenstein, en el sentido en que afirma implícitamente que este solo reconoce las proposiciones sobre el ser, desconociendo las proposiciones sobre el *deber ser*, lo cual no es cierto. Resulta en fin que Wittgenstein o no habla de nada o habla de todo. Y Wittgenstein habló.

Habrá que buscar otros medios o mejorar los existentes para comprender aquello de lo que no se puede hablar; el hecho de que la ética no resulta expresable no significa automáticamente que deje de existir, que deje de preocupar a los hombres². Kelsen permanentemente defiende esta escisión metodológica y, al igual que Wittgenstein y Kant, no se resiste a pensar en las cuestiones valorativas, aun cuando quiere expulsarlas de la ciencia jurídica a como dé lugar. De allí que todo lo dicho sobre la Justicia no sea posible compaginarlo con una concepción pura del derecho y que sea necesario confinarlo al sentimiento, a lo subjetivo.

2 Aquí Wittgenstein está en una posición similar a la de Kant, que pese saber que ciertas cuestiones no tienen respuestas satisfactorias y verificables, sigue pensando en ellas. De allí la kantiana distinción entre razón e intelecto. (Kant, 2005, pp. 161 - 167).

1.2 Las Justicias imposibles

Con estos antecedentes metodológicos, y con especial énfasis en las dos posibilidades de justificación (adecuada y absoluta), Kelsen critica muchas de las varias concepciones de Justicia que los más importantes filósofos de la historia han construido. Son dos, en general, los argumentos esgrimidos por Kelsen: las teorías de la Justicia presuponen o posponen las respuestas a preguntas esenciales, o las teorías de la Justicia sirven para justificar cualquier orden social.

Es así que Kelsen empieza por el concepto de justicia como felicidad. Aquí el hombre objeto de su crítica será Jeremy Bentham. Considerar que lo justo es la felicidad individual es imposible, pues ningún orden social puede garantizar a todos la felicidad: “Muy a menudo nuestra felicidad depende de la satisfacción de unas necesidades que ningún orden social puede colmar” (Kelsen, 1991, p. 37). Según el jurista austriaco, ni siquiera la idea de Bentham en torno a la felicidad del mayor número es útil, porque implica la objetivación del concepto de felicidad en una investigación y jerarquización de valores que representan lo que se entiende por felicidad para la mayoría. Entender cuáles son los intereses –valores– que merecen ser protegidos y cómo han de ser jerarquizados, escapa de la razón y supone un aplazamiento del *quid* de esta concepción de Justicia.

Pasa Kelsen al análisis de Platón afirmando que la pregunta sobre el Bien absoluto coincide con la pregunta sobre la Justicia. En ese sentido, Kelsen afirma que el Bien de Platón es accesible solo por la vía de lo místico, por lo que la Justicia es simplemente “un secreto que Dios revela, en el mejor de los casos, a unas pocas personas selectas que no pueden comunicárselo a los demás” (Kelsen, 1991, p. 47). Todo esto termina acercando a Platón a las concepciones teológico-cristianas.

Luego entra en análisis la idea de Justicia como *dar a cada cual lo que le corresponde*; para Kelsen, esta idea tan recurrida supone dejar de lado la cuestión principal: ¿qué corresponde a cada cual? El único camino posible es que las leyes o las costumbres hayan resuelto el asunto, lo que significará que el criterio de Justicia no será otra cosa que un criterio de poder –quién dice qué corresponde y qué no corresponde a cada cual– y, por tanto, servirá para justificar cualquier orden político, incluso si son contradictorios o abiertamente injustos.

Entra en escena también la concepción de Karl Marx que se resume, según la perspectiva Kelseniana, en la fórmula *de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades*. En esta ocasión Kelsen recurre a la primera crítica, es decir, a la imposibilidad de definir los conceptos centrales de capacidad y necesidad. Mucho menos es posible, según lo dicho, iniciar con la asignación de bienes para la satisfacción de las necesidades. Para solucionar el problema deberá existir una

instancia previa de definición que, bajo este criterio de Justicia, será la autoridad competente en el orden comunista. Por eso, “el principio comunista de justicia –en la medida en que pretende ser un principio– puede formularse del siguiente modo: ‘De cada cual según sus capacidades reconocidas por el orden comunista, a cada cual según sus necesidades igualmente establecidas por el mismo orden’” (1991, p. 52).

Luego fija Kelsen su atención en la llamada *regla de oro*. El primer vacío que Kelsen advierte es que la regla de oro no podría ser violada, so pena de caer en el absurdo: quien transgreda la regla de oro será acreedor de un castigo, que será siempre desagradable; quien deba aplicar el castigo no podrá hacerlo, pues violaría la regla al hacer algo a otro que no desearía para sí mismo. Luego Kelsen reformula la regla de oro, así: “Compórtate con los demás como los demás se comportan contigo” (1991, p. 53). Cuál será la conducta, es la cuestión de fondo que permanecerá indiscutida y que tendrá que ser presupuesta para la comprensión de este criterio de Justicia.

De una interpretación objetiva de la regla de oro surge, según Kelsen, el imperativo categórico Kantiano, entendido bajo la fórmula *compórtate de tal modo que tu conducta pueda ser una ley universal*. El problema de esta fórmula es que es imposible definir qué tipo de conductas, qué principios de acción, deben ser obligatorios para todos los hombres. Kelsen arguye que el desarrollo que el mismo Kant hace de su principio responde de forma exclusiva a los paradigmas morales de su época y que “los preceptos no se deducen de este principio, debido a que no puede deducirse nada de una fórmula vacía” (Kelsen, 1991, p. 54). Por último, Kelsen afirma que cualquier precepto puede ser justificado según el imperativo categórico, lo que devendría en que “(...) el imperativo categórico, al igual que la regla de ‘A cada cual lo suyo’ o que la regla de oro, puede servir para justificar cualquier orden social” (1991, p. 54).

Exactamente igual le ocurre a Aristóteles. Su doctrina de la justicia geométrica cae para Kelsen en el mismo error, al presuponer que los conceptos de vicio y de virtud son claros. Según el autor austríaco, el Estagirita deja esa determinación al orden moral y legal de su época. Por tanto, “La verdadera función de la doctrina del *mesotes* no es, como se pretende, determinar el concepto de Justicia, sino confirmar la validez del sistema social establecido” (1991, p. 56).

Esta revisión de las críticas de Kelsen a los principales criterios de Justicia esbozados en la historia nos muestra de forma meridiana que son dos, como se dijo más arriba, las críticas que él formula: los criterios absolutos presuponen o posponen la respuesta a preguntas cruciales para entender la Justicia y, de paso, estos mismos criterios pueden ser usados ‘racionalmente’ para sustentar cualquier tipo de orden social, incluso aquellos autocráticos.

1.3 Mi Justicia

A esta altura, Kelsen ha mostrado que los criterios absolutos de Justicia serán siempre insuficientes, manipulables y falibles; cree entonces que solo un criterio relativo de Justicia puede ser lanzado al aire. Así, él no pretende responder a la pregunta que inspira su escrito, valga decir, qué es la Justicia; lo que él pretende es contarnos su concepto de Justicia.

Tomando este camino, Kelsen afirma que su Justicia es la Justicia de la tolerancia, pues en un contexto tolerante de la opinión ajena, en el cual esté proscrito el uso de la fuerza para reprimir la opinión de los demás, podrá el hombre vivir en paz y, en particular, podrá el hombre de ciencia hacer lo suyo:

Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi Justicia*, en definitiva es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia (Kelsen, 1991, p. 63).

2. Afanes Kelsenianos

Es imposible restar seriedad a los trabajos de Kelsen. Diseñar contrargumentos para sus ideas es tanto como diseñar contrargumentos para los filósofos analíticos –a cuál de todos más sesudo– de los cuales él bebía. Con todo, no pueden dejar de advertirse algunos errores, algunos sinsabores a la hora de leer a Kelsen. Tales errores no son puras falencias del pensamiento, sino que, según parece, son más producto de su afán por derruir todo viso de absolutismo de las instituciones con influencia en la ciencia del derecho.

Por otro lado es preciso dar cuenta de ciertos avances que tienen todo que ver con las posturas de Kelsen en torno a la Justicia. La tajante escisión entre ser y deber ser ya no es tan acatada en la filosofía. De paso, tras una fortaleza sin par del positivismo y de la filosofía analítica más radical, el panorama filosófico nos muestra sólidas razones para abordar de nuevo, con aspiraciones de completa racionalidad, asuntos que Kelsen considerara, en su tiempo, campo de la mera emoción.

2.1 Afanes Kelsenianos: Platón

Kelsen fue, sin hesitación, un gran estudioso de la antigüedad. Platón le interesaba de una manera particularmente relevante. Sin embargo, en varios de sus escritos³ Kelsen lo hace aparecer como un filósofo de corte teológico. Kelsen

3 ¿Qué es Justicia?, La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia y, absolutismo y relativismo en filosofía y en política. Todos presentes en Kelsen (1991).

toma como referencia un único pasaje de *Las Leyes*, para concluir que la idea del bien y, por ende, la idea de Justicia, son accesibles solo por una experiencia mística que implica la existencia de un ser supremo, absoluto e inmutable (Kelsen, 1991, pp. 46-48). Para comprender mejor los problemas de esta interpretación, es imprescindible explicar un poco más a fondo algunos aspectos relacionados con la vida y obra de Platón y, en particular, sobre sus conceptos de Bien y de Estado, objeto de crítica del jurista austríaco.

La concepción del Estado en Platón es producto del desencanto filosófico que sufrió tras las dos visitas al tirano Dionisio en la isla de Creta. La trilogía platónica en torno al tema filosófico-político –la *República*, la *Carta VII* y *Las Leyes*– muestra el proceso de pérdida de inocencia platónica. Tales sucesos hacen que Platón, en este último escrito, y en especial en el libro VI, opte por la construcción de una teoría del Estado, como último intento por acercar la filosofía a los hombres que gobiernan y a la Polis en general, cavilando instituciones y competencias para las mismas.

El árbol genealógico de Platón, aristocrático y plagado de personalidades políticas relevantes, le impulsaba constantemente a la actividad política⁴. Si bien todo griego estaba ampliamente involucrado en los asuntos que a la Polis concernían, el caso de Platón era especial: además de la circunstancia descrita común a todo griego, Platón contaba con ciertas probabilidades de ejercer importantes cargos en la ciudad. ¿Cómo y por qué fue que Platón no fue político?

La *Carta VII* nos da la respuesta a esta pregunta. Platón afirma que fueron dos los hechos decisivos que marcaron en su juventud su alejamiento de la política: por un lado, tras establecerse en el poder el grupo de los llamados *Treinta Tiranos*, estos pretendieron utilizar a Sócrates para dar captura a un ciudadano que apoyaba la democracia, aun tras los intentos de establecer una oligarquía; por otra parte, la propia muerte de su maestro significó para él su definitivo alejamiento de la política (Platón, 1992, p. 487).

Estos hechos no solo supusieron consecuencias biográficas para el filósofo, sino que tuvieron consecuencias filosóficas de largo aliento, que subsisten aún hasta hoy. La primera de ellas es el divorcio entre filosofía y política pues, tras la muerte de Sócrates, la ciudad, los asuntos del hombre, empezaron a ser, cuando menos, peligrosos para el filósofo. ¿Cómo va el hombre sabio a abordar los problemas de la polis [del Estado en los términos contemporáneos], si lo que le espera es la

4 La ascendencia de Platón llega incluso hasta el sabio Solón. Así, “Platón, hijo de Aristón y de Pericciona o Potona, fue ateniense. Dicha su (*sic*) madre descendía de Solón (...)” (Laercio, 1964, p. 1197; Colli, 2011, p. 27); estos autores nos proporcionan una cronología en el mismo sentido.

muerte y el olvido? Esta situación propició tanto en el terreno práctico como en el teórico una verdadera lucha entre el filósofo y la polis:

El conflicto entre el filósofo y la polis había llegado a un punto álgido a causa de que Sócrates le había hecho nuevas demandas a la filosofía, precisamente porque afirmaba no ser sabio. Y fue en este contexto en el que Platón diseñó su tiranía de la verdad (...) (Arendt, 2008, p. 49).

La segunda consecuencia es la profundización del dualismo platónico: el mundo de las ideas no era comprendido en la realidad política. Lo teórico y lo empírico empezaron a ser cada vez más incompatibles en el pensamiento platónico: “(...) se abrió de nuevo, pavoroso, el abismo entre lo real y lo ideal (...)” (Colli, 2011, p. 76). Lo peor de esto fue que no existió para Platón una perspectiva de solución, algún aliciente que le permitiera conservar su fe en que sus ideas serían útiles a la Polis, pues esta no tomaba a bien su obra. Eran comunes las burlas a su figura y parece ser que, en ocasiones, lo enrevesado de sus escritos no estuvo a su favor⁵. Esto nos deja ver que la actual displicencia de los ámbitos políticos hacia la filosofía política encuentra antecedentes bastante remotos y que esta realidad política no ha podido ser retomada ni por la propia filosofía política ni por la ciencia política⁶.

Como se dijo líneas atrás, para comprender las posiciones de Platón, importa aquí la idea del Bien. Para Arendt (2008), por ejemplo, esta idea en Platón es una reivindicación de la utilidad del filósofo, pues el bien no tiene el sentido que actualmente le otorgamos sino que hace referencia a lo que es *bueno para*, es decir, lo que es útil. Sobre el Bien se ha derramado muchísima tinta, pero es preciso observar un aspecto concreto de esa idea: los deberes que impone a aquellos que logran contemplarla –si es que acaso tal cosa es posible–

Y es que para Platón, quien esté dotado y tenga la fortuna de contemplar el Bien, quien logre ascender a las esferas del tal conocimiento, tendrá el deber de regresar para instar a los hombres capaces a sus mismas hazañas y para liberar de las cadenas de las sombras a todos los demás.

Por cierto que es una tarea de nosotros (...) la de obligar a los hombres de naturaleza mejor dotada a (...) contemplar el Bien y llevar a cabo aquel ascenso y, tras haber ascendido y

5 Son múltiples las burlas que a Platón se hacían. He aquí una que, además, menospreciaba su obra: “Tú vienes oportuna; / más yo arriba y abajo soy violenta, / sin hallar, cual Platón, cosa ninguna / que pueda llamar sabia, / cansándose mis piernas vanamente.” (Laercio, 1964, p. 1202).

6 “La filosofía política clásica se caracteriza por el hecho de haber nacido vinculada directamente a la vida política. Sólo cuando los filósofos clásicos habían completado ya su obra la filosofía política queda definitivamente ‘establecida’, y se desliga, en cierta medida, de la vida política” (Strauss, 1970, p. 104). La idea es que, aun hoy, esa ligadura no ha vuelto a establecerse.

contemplado suficientemente” (Platón, 1986, p. 345) obligarlos a estar de vuelta, a “(...) descender junto a aquellos prisioneros [y] participar de sus trabajos y recompensas, sean éstas insignificantes o valiosas (Platón, 1986, p. 345).

Estamos hasta aquí, ante un Platón que exige de los ciudadanos de la Polis; que conmina poderosamente a la acción de los hombres y, en particular, al hombre filósofo, que tras una ardua disciplina y el desarrollo de su genio, tenga un acercamiento a la idea de Bien. Es visible que Platón, hasta este momento, tiene una fe intacta en los hombres, con todo y que sus aspiraciones se vieran truncadas desde tierna edad por las acciones políticas de los mismos. Eso viene a significar que Platón, aunque renunció a sus aspiraciones políticas por sus amargas experiencias juveniles, siempre conservó la actitud de encontrar y fundamentar racionalmente formas que permitieran el tránsito de su sociedad a estados superiores: “por más que renuncie a su ideal, intentará mostrar el camino que conduzca a mejorar la estructura real de las naciones” (Grube, 1973, p. 396).

Kelsen afirma que la doctrina de Platón –que no ha de llamarse doctrina, sino filosofía– es sumamente cercana a la doctrina de Cristo. El reconocido aristotelismo de la Edad Media –con figuras como San Agustín de Hipona y siglos después Santo Tomás de Aquino–, debió dar alguna pista a Kelsen acerca de la prevalencia del pensamiento aristotélico sobre el pensamiento platónico en todo el surgimiento y la consolidación del cristianismo. Por supuesto, muchas ideas cristianas encontraron sustento en Platón, pero no de la forma que Kelsen lo hace ver: que los cristianos vean en el Bien platónico una metáfora de Dios, no significa en modo alguno que Platón así lo considerara (Koyré, 1978, pp. 16-40). Platón es un filósofo que recurre a la razón –a la terrible razón (Colli, 2000, p. 23) –, que cuenta con un método y que si no obtiene respuesta alguna en sus diálogos es precisamente porque reconoce sus limitaciones como ser humano y porque tal reconocimiento tiene un profundo significado en su filosofía⁷.

Kelsen insinúa que Platón no llega a ninguna respuesta porque para él las respuestas vienen de una autoridad suprema, una autoridad divina y pide a Platón, en quien reconoce un método que considera inservible, algo que él mismo no está dispuesto a dar: una respuesta definitiva. Obsérvese:

Platón intenta un sinnúmero de veces plantear este problema desde un punto de vista racional, pero nunca llega a un resultado final (...). Él habla a menudo de un método específico de pensamiento que permite, a los que lo dominan, poseer o aprehender, las ideas. Pero

7 Para advertir el significado de las limitaciones del ser humano puede recurrirse al *Teeteto* y al Libro VII de *La República*.

él mismo no pone en práctica en sus diálogos este método, o al menos no nos permite conocer los resultados de su conocimiento dialéctico (Kelsen, 1991, p. 47).

Por otra parte, Kelsen (1991) afirma serenamente que Platón apoyaba un modelo autocrático de gobierno⁸. Kelsen no tiene en cuenta las circunstancias que rodeaban las obras platónicas, la condición de tratado de salud pública que representó su vida intelectual en una época en que Atenas decaía. Platón notaba que la propia democracia estaba destruyendo la Polis –algo que, bien podríamos decirlo, ocurre hoy– y pensó en consecuencia. Kelsen, en su afán por convertir a Platón en un pensador dogmático e indigno de actual consideración, desconoció que quiso lo mismo que él: destruir la tiranía, que en tiempos de Platón se manifestaba en una democracia incontrolada. Más aún, Kelsen desconoció el profundo papel moral –descrito más arriba– que el pensamiento socrático-platónico asigna a los hombres en la construcción del orden político. En otras palabras, la gloria de la Polis no está en manos del filósofo-rey, sino en manos de todo mortal que esté en ella. Las ideas de Platón una vez más, tienen una fe irrestricta en los hombres.

Sin embargo, esta fe en los hombres se verá disuelta tras los sucesos narrados en la *Carta VII*. El poco caso que le hace el tirano Dionisio, el acomodaticio beneficio que el tirano pretende extraer del filósofo y su sabiduría y por supuesto, el riesgo en que pone su propia vida al querer intervenir en las decisiones de un tirano, hacen que Platón pierda su fe en los hombres. Este desencanto producto de la imposibilidad de que exista un auténtico Rey-filósofo, es decir, un hombre que contemple la idea del Bien y que sea y actúe acorde con ella, supone el tránsito hacia las instituciones de Platón.

En su último libro, las *Leyes*, y en particular en el Libro VI, el filósofo ateniense construye todo un entramado de instituciones, que van desde escuelas hasta tribunales, con el objeto de brindar herramientas para el gobierno de la Polis, ya no con base en las capacidades de los hombres, sino con base en la legitimidad de instituciones. Platón deja de ser un *Ideócrata* y empieza a ser un *Tecnócrata*. La tecnocracia platónica, por llamarla de algún modo, constituye el último aliento del filósofo, la última herramienta que cree posible para dar alguna aplicación a sus ideas políticas anteriores. Es una especie de salvavidas que el pensador lanza a la polis, en su intento descomunal, ya en la vejez, de salvar un pueblo que se encontraba en lamentable decadencia. Algo muy similar hace Kelsen en su vida:

8 Koyré nos dice que, con todo y las aplicaciones autocráticas del platonismo en el pensamiento islámico, “es Aristóteles quien educa políticamente a Europa” (1978, p. 25).

tratar de lanzar un salvavidas a la sociedad mundial, persiguiendo la paz⁹ desde su teoría y luchando a ultranza contra los absolutismos.

En síntesis, Kelsen, en su afán por criticar los conceptos de Justicia que no creía válidos, cometió anacronismos inadecuados en su argumentación filosófica. Incluso, llega al punto de fijarse acomodaticiamente en pasajes de las obras de los filósofos, en especial Platón, para favorecer su argumentación. Todo esto es producto, insisto, no de la mala intención de Kelsen, sino de su afán por responder efectivamente a las exigencias de su época: eliminar el totalitarismo de la faz de la tierra.

3. Revisión de la Justicia de la tolerancia

Como quedó dicho más atrás, Kelsen afirma no poder contestar a la pregunta general sobre qué es la justicia, ofreciendo una respuesta relativa: *su justicia*. Para la construcción de ese concepto, se basa en la idea de tolerancia. Parte del supuesto de que el relativismo ético es siempre tolerante, y que la tolerancia está íntimamente relacionada con la libertad, la ciencia y la democracia. Se expresa nuestro autor así: “El principio moral específico de una filosofía relativista de la Justicia es el de tolerancia, que supone comprender las creencias religiosas o políticas de otras personas sin aceptarlas, pero sin evitar que se expresen libremente” (1991, p. 61). Y agrega: “Dado que la democracia, por su naturaleza intrínseca, implica libertad, y la libertad implica tolerancia, no existe forma de gobierno alguna que sea más favorable a la ciencia que ella. La Ciencia sólo puede prosperar en un clima de libertad” (1991, p. 62).

Todo esto se oye muy bien hasta que Kelsen se plantea la pregunta de fuego: “¿puede la democracia ser tolerante en su defensa frente a las tendencias antidemocráticas?” (Kelsen, 1991, p. 62). Dejemos que el propio Kelsen responda para luego diseccionar su contestación:

Sí, puede en la medida en que no debe suprimir la expresión pacífica de las ideas antidemocráticas. Esta tolerancia distingue la democracia de la autocracia. La democracia no puede defenderse a sí misma si se rinde. Pero un gobierno tiene el derecho de eliminar y prevenir cualquier intento de derrocarlo por la fuerza, derecho que no tiene nada que ver con los principios de la democracia ni de la tolerancia. En algunas ocasiones puede

9 En la doctrina de Kelsen el papel del derecho en la construcción de la paz se encuentra en su ensayo *La paz a través del derecho*. El profesor Gonzalo Ramírez Cleves comparó las ideas pacifistas de Kelsen con las ideas pacifistas de Kant. La conclusión de este escrito es que aunque ambos autores buscaban iguales fines, usaron distintos medios: Kant uso la moralidad política y Kelsen la práctica jurídica. Kelsen proponía el establecimiento de un Tribunal de Justicia Internacional imparcial y no politizado que generara la confianza necesaria para la construcción de posteriores instituciones ejecutivas y legislativas. Véase (Ramírez, 2012: 507 - 535).

resultar difícil delimitar claramente la línea fronteriza entre la libre expresión de las ideas y los preparativos para el uso de la fuerza. Pero el mantenimiento de la democracia depende de esta delimitación. Es posible que esta línea de demarcación traiga consigo cierto riesgo. Pero el mantenimiento de la esencia de la democracia exige correr este riesgo, y si ésta no puede correrlo, no merece ser defendida (1991, p. 62).

Observemos con lupa la respuesta de Kelsen. Sin lugar a dudas la idea de que un gobierno tiene el *derecho* de eliminar y prevenir cualquier intento de derrocarlo por la fuerza es una idea demasiado peligrosa. En primera instancia, la categoría de *derecho* implica un deber general de abstención, esto es, el deber de todos los demás sujetos del ordenamiento jurídico a no hacer nada para impedir el desarrollo del derecho (Hohfeld, 1913; 1991, p. 53). Esto significa que cuando el Estado determine que *X* atenta contra la democracia, se le exige a *X* un particular sacrificio personal: no hacer nada para evitarlo. Esta idea claramente utilitarista y apta ‘para la justificación de cualquier orden’ –para usar los términos del propio Kelsen contra sus críticos– no recibe mayor tratamiento por parte de nuestro autor.

Vemos como el propio Kelsen ve peligros en su propuesta, peligros que considera como males necesarios. No obstante, cabe recordar que el contenido del ‘derecho de eliminar y prevenir cualquier intento de derrocamiento por la fuerza’¹⁰, no es otro que la muerte de individuos para la consecución del bienestar general, idea que dejándose así nada más, acerca en demasía a Kelsen a sus filósofos criticados. Valga decir que Kelsen tuvo que vivir un particular contexto histórico: el del surgimiento del nazismo. Kelsen vio como un orden más o menos respetuoso –el de la constitución de Weimar– se vio paulatinamente derruido por la intolerancia de grupos que se fueron haciendo con el poder a trozos. Una vez controlaron el aparato estatal todo empeoró, lo cual puede justificar la preocupación del autor por proteger al Estado frente a la intolerancia de las masas.

Por lo menos en este punto Kelsen no está solo: Popper le acompaña. En efecto, Karl Popper tiene una concepción similar en lo que a la tolerancia se refiere, otorgándole un papel central dentro de las funciones políticas de la democracia en general y de los partidos en particular:

(...) la misión de un partido político es proponer un gobierno, o supervisar críticamente el trabajo del gobierno desde la oposición. Forma parte de la supervisión crítica el vigilar la tolerancia del gobierno frente a las diferentes opiniones, ideologías y religiones (en cuanto que éstas no sean intolerantes: pues las ideologías que predicán la intolerancia, pierden automáticamente su derecho a la tolerancia) (Popper, 1995, p. 181).

10 Los verbos originales que Kelsen utiliza son *suppress and prevent*.

Nótese que la cercanía intelectual les hace estar a ambos en bandos iguales de la filosofía moral. Ambos son relativistas, que consideran la reflexión moral como propia de los ámbitos subjetivos, completamente separados de la objetividad. Para ambos, y en especial para Kelsen, nada puede decirse sobre la justicia sin caer en caprichos falsamente objetivos. Kelsen, en el fondo, no se distancia mucho de lo que critica de Wittgenstein: nada hay que discutir. Kelsen nos dirá que la Justicia es la tolerancia sin pasar de un argumento circular –justicia es tolerancia, tolerancia es libertad, libertad es democracia y ciencia y democracia permiten justicia–. Cualquier otro contestará lo contrario y de allí, en el ámbito teórico, nada más pasará. El error del relativismo Kelseniano no fue generar regímenes inmorales, sino no contar con herramientas conceptuales para hacerles frente.

Sin hesitación alguna, la reacción más natural a imposiciones absolutistas y violentas es el relativismo. Por fortuna no es la única reacción. Isaiah Berlin, quien critica los ideales tanto o más que Kelsen, y quien también sufrió los totalitarismos del siglo XX, trata de superar estas formas de relativismo en que “«Yo prefiero café, tú prefieres champán, tenemos gustos diferentes, no hay más que decir»” (Berlin, 2002, p. 51). Esta prevalencia de lo eminentemente subjetivo como burbuja hermética produce tantos perjuicios como su contraparte impositiva y autoritaria: erige un ideal en cualquier sitio, siempre que medie la promesa de un mundo utópico. El filósofo letón, contemporáneo de Kelsen, señala con ahínco que a lo largo de la historia de la humanidad se han hecho sacrificios en pro de ideales que no resultan consolidados, que tienen pretensión de permanencia, universalidad y que, por ende, son excluyentes.

Lo que Berlin señala es que la tolerancia no es suficiente, pues conduce a un estado de inmovilidad que no resulta provechoso, y en su lógica relativista no considera otros ideales como plenamente racionales, sino apenas como ideas subjetivas, ensoñaciones que son producto de las diferentes circunstancias en que los seres humanos viven. El relativismo deja por fuera de la discusión muchos valores que son fundamentales para los hombres y que necesitan de un tratamiento profundo y sistemático. El propio Kelsen, como hemos visto, deja por fuera de la racionalidad el tema de la Justicia, por considerar que lo único digno de decirse al respecto es lo que cada individuo piense.

Tenemos la libertad para criticar los valores de otras culturas, para condenarlos, pero no podemos pretender que no los entendemos en absoluto, o considerarlos sólo subjetivos, producto de criaturas de circunstancias diferentes con gustos diferentes a los nuestros, que no nos dicen nada (Berlin, 2002, p. 51).

La comunicación, prácticamente inexistente en la tolerancia, es fundamental para la comprensión del valor de ideales contrapuestos pero coexistentes, que impliquen la cesión, el equilibrio, la reducción al mínimo de choques entre valores. Berlin afirma, con Kelsen, que un todo perfecto es conceptualmente ininteligible; pero afirma, contra Kelsen, que viven a través de sus propios criterios subjetivos:

Felices los que viven bajo una disciplina que aceptan sin hacer preguntas, los que obedecen espontáneamente las órdenes de dirigentes, espirituales o temporales, cuya palabra aceptan sin vacilación como una ley inquebrantable; o los que han llegado, por métodos propios, a convicciones claras y firmes sobre qué hacer y qué ser que no admiten duda posible. Sólo puedo decir que los que descansan en el lecho de un dogma tan cómodo son víctimas de formas de miopía autoprovocada, de anteojeras que pueden proporcionar satisfacción pero no una comprensión de lo que es ser humano (Berlin, 2002, p. 55).

El relativismo no es entonces la única respuesta posible a los absolutos, sino que cabe el reconocimiento de una naturaleza humana compartida, pues los ideales humanos, aunque pletóricos, no son infinitos. ¿Qué significa una naturaleza humana compartida? Significa, en primera instancia, que distintas personas, en distintos tiempos y lugares, comparten algunos valores y difieren en otros. Permite decir también que no es posible una comparación, bajo criterios con pretensión de universalidad, de esos valores. Más una naturaleza humana compartida significa también que esta, por mínima que sea, supone de entrada que los pensamientos, esas unidades íntimas, esa voz interna que se considera siempre tan propia, son compartidos. Esto puede resultar aplastante para individuos que, en su relativismo, ven en sus opiniones revelaciones trascendentales.

(...) [Nuestros pensamientos] han sido pensados, están siendo pensados, serán pensados millones y millones de veces por otros. Son interminablemente banales y trillados. Artículos usados. Los componentes del pensamiento, aun en los actos y momentos más personalizados de nuestra existencia –en el sexo, por ejemplo–, son clichés, interminablemente repetidos (Steiner, 2007, p. 19).

Todo esto es para argumentar que conviene andar la senda de la superación del relativismo, que da excesiva prevalencia al genio individual e impide la comunicación en pro de acuerdos constructivos, de razonamientos compartidos por seres humanos radicalmente diferentes pero que comparten una huida común: la huida de los sufrimientos extremos, en términos de Berlin (2002), o de las injusticias evitables, en términos de Sen (2010). Es este último filósofo quien reivindica en tiempos recientes la posibilidad de discusión objetiva sobre asuntos como la Justicia, tal como se ha insinuado desde líneas atrás. A su vez, hace el mismo señalamiento en torno a la necesidad de superar el relativismo y la tolerancia adyacente al mismo:

Existe una necesidad de argumentación razonada, con uno mismo y con los otros, para lidiar con reivindicaciones enfrentadas, en lugar de lo que se puede llamar «tolerancia indiferente», que se escuda en la comodidad de una postura perezosa, del estilo de «tú tienes razón en tu comunidad y yo tengo razón en la mía». El razonamiento y el escrutinio imparcial son esenciales (Sen, 2010, p. 14).

Kelsen es sin duda un referente valiosísimo en la comprensión de la *ciencia del derecho*. Es de suma importancia reconocer que los esfuerzos de los últimos años se han dirigido, algo a pesar de Kelsen, hacia la reivindicación de la objetividad y de la posibilidad de discutir pública y razonadamente sobre asuntos que antes quedaban reservados a la esfera de la intimidad intelectual. Es de suponer que siempre que estos esfuerzos contribuyan al fortalecimiento de la democracia, de la libertad y de la ciencia, Kelsen prestaría su intelecto sin pensarlo dos veces.

Conclusiones

El concepto de Justicia de Hans Kelsen se encuentra afinado en un claro dualismo metodológico, proveniente de su firme convicción en dos mundos radicalmente diferenciados: el mundo del ser y el mundo del deber ser. Las consideraciones absolutas no tienen cabida dentro de las ideas kelsenianas, pues nuestro autor las considera proclives al totalitarismo y carentes de sentido científico. Esto lo lleva a criticar con ahínco y en ocasiones con afán, las más importantes consideraciones teóricas sobre el fundamento moral de la ciencia jurídica.

El afán eminentemente teórico de Kelsen por restar prestigio a las tradicionales visiones sobre la justicia le lleva, en particular en el caso de Platón, a análisis más bien superficiales. No es viable despachar a Platón como un simple pensador que apela a las deidades, sino que existen en él métodos perfectamente racionales -que por racionales no dejan de ser iusnaturalistas- que deben ser considerados con más delicadeza. Las críticas de Kelsen a toda teoría de la justicia que deje ver algún viso de absolutismo -y por ende, de totalitarismo- le lleva a plantear, como buen y coherente positivista, que la justicia es un concepto sujeto a la personal apreciación, al campo subjetivo. Así, Kelsen nos hace saber que su justicia es la justicia de la tolerancia, que implica el irrestricto respeto por el individuo y por la ciencia.

Este concepto de justicia como tolerancia se ajusta al llamado relativismo moral. Poco o nada, más allá de opiniones personales, puede decirse sobre la justicia. Esta posición ha sido revaluada durante la segunda mitad del siglo XX, desde los trabajos de Rawls (1995a, 1995b) y los intentos de la filosofía moral por sentar las bases de la moral objetiva. La insuficiencia del relativismo para responder a buena parte de las cuestiones morales recurrentes en la vida humana individual y social, han

hecho que autores como Berlin (2002), Sen (2010) y Steiner (2007) se pronuncien y cada cual, a su modo, nos aporten nuevas visiones, recordando la importancia de tener presentes los conceptos relativos de la justicia, como el de Kelsen y, a la vez, mostrando nuevas fronteras del pensamiento moral contemporáneo.

Referencias

- Arendt, H. (2008). *La promesa de la política*. Barcelona: Paidós Ibérica S.A.
- Berlin, I. (2002). *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*. Barcelona: Ediciones Península S.A.
- Colli, G. (2000). *Enciclopedia de los maestros*. Barcelona: Editorial Seix Barral S.A.
- Colli, G. (2011). *Platón político*. México D.F.: Editorial Sexto Piso S.A. de C.V.
- Grube, G.M.A. (1973). *El pensamiento de Platón*. Madrid: Editorial Gredos S.A.
- Hohfeld, W.N. (1913; 1991). *Conceptos jurídicos fundamentales*. México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A.
- Kant, I. (2005). *Prolegómenos a toda metafísica del futuro. Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y de lo sublime*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.
- Kelsen, H. (1991). *¿Qué es la Justicia?* Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Kelsen, H. (1992). *Compendio de Teoría general del Estado*. México D.F.: Colofón S.A.
- Kelsen, H. (1994). *Teoría general de las normas*. México D.F.: Editorial Trillas S.A. de C.V.
- Koyré, A. (1978). *Estudios de historia del pensamiento científico*. (2da Ed.). México D.F.: Siglo XXI editores S.A.
- Laercio, D. (1964). *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*. Madrid: Aguilar S.A. de Ediciones.
- Platón. (1986). *República*. Madrid: Editorial Gredos S.A.
- Platón. (1992). *Carta VII*. Madrid: Editorial Gredos S.A.
- Platón. (1999). *Las Leyes*. Madrid: Editorial Gredos S.A.
- Popper, K. R. (1995). *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.
- Ramírez, G.A. (2012). La paz perpetua de Kant y el pensamiento de Kelsen sobre el pacifismo. En G.A. Ramírez (ed.), *Ecós de Kelsen: Vida, obra y controversias* (pp. 507-535)
- Rawls, J. (1995a). *Teoría de la Justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1995b). *Liberalismo político*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Sen, A. K. (2010). *La idea de la justicia*. Bogotá: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara S.A.

- Steiner, G. (2007). *Diez (posibles) razones para la tristeza del pensamiento*. Madrid: Ediciones Siruela S.A.
- Strauss, L. (1970). *¿Qué es filosofía política?* Madrid: Ediciones Guadarrama S.A.
- Villar, L. Ser y deber ser en la concepción del derecho. En G.A. Ramírez (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*. (pp. 223-244).
- Walter, R. (1997). *Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Wittgenstein, L. (2012) *Tractatus logico-philosophicus*. (3ra Ed.). Madrid: Alianza editorial.



Autora: Lina María Muñoz Osorio
Título: Portón de Coral
Técnica: Fotografía digital
Dimensiones: Variables
Año: 2016

***Instrucciones a los autores
para la presentación de artículos
a la revista Estudios de Derecho***

Instrucciones a los autores para la presentación de artículos a la revista Estudios de Derecho

Convocatoria permanente

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, invita a la comunidad académica nacional e internacional, a presentar sus artículos para evaluación y publicación en la revista Estudios de Derecho. La revista está dirigida a profesionales e investigadores interesados en divulgar y conocer, de manera esencial y prioritaria, resultados de investigaciones en temas relacionados con el Derecho y la Ciencia Política y las Ciencias Sociales, desde cualquier perspectiva. Los artículos se reciben permanentemente, mediante el *Open Journal System* registrándose en: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>.

La revista Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, con ISSN 0120-1867, se encuentra en las bases bibliográficas IBSS, Sociological Abstracts, Categoría B en el Publindex (Colciencias), CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest Social Science y Scielo.

Se dará prioridad a los artículos resultado de investigación que según Colciencias¹ son:

Artículo de investigación: Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

Artículo de reflexión: Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

Artículo de revisión: Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

1 Documento Guía del Servicio de Indexación de Revistas Seriadadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas -2010, 2013.

Es conveniente resaltar que según los mismos documentos Colciencias:

En ningún caso se aceptará como <<artículo de investigación e innovación>> contribuciones como publicaciones no derivadas de investigación, resúmenes, comunicaciones a congresos, cartas al editor, reseñas de libros, bibliografías, boletines institucionales, notas editoriales, necrologías, noticias o traducciones de artículos ya publicado en otro medio, columnas de opinión o coyuntura, y similares (esto aplica aún en los casos en que se documente que los mencionados tipos de contribución han sido objeto de evaluación por pares).

A los interesados en postular sus artículos, los invitamos a leer las siguientes **instrucciones**:

Los autores enviarán sus artículos atendiendo los términos de referencia aquí expresados, de lo contrario, el artículo será devuelto para los ajustes correspondientes; asimismo, remitirá una constancia en la que se indique que el texto es de su autoría, que no ha sido remitido a otra revista simultáneamente y que es inédito -salvo los textos que hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación inicial)-.

Aprobado el artículo para publicación, deberán diligenciar un formato que les enviará la dirección de la revista para ceder derechos patrimoniales; allí autorizarán la reproducción del artículo, su distribución, comercialización y divulgación por cualquier medio, impreso o electrónico, incluida la internet. El artículo debe tener en su estructura:

- Título, subtítulo si lo hubiere y resumen, todo en español e inglés.
- Pie de página al título en el cual se indique: 1) tipo de artículo, 2) título del proyecto de investigación del cual se deriva; 3) grupo de investigación y línea; 4) nombre del investigador principal y de los coinvestigadores; 5) instituciones que financiaron el proyecto; y 6) fecha de terminación de la investigación.
- Nombres y apellidos del autor o autores. En pie de página: 1) filiación institucional; 2) formación académica; 3) grupo y línea de investigación al que pertenece el autor; 4) dirección electrónica.
- Resumen del artículo de máximo 200 palabras. Contiene una descripción breve del problema o tema, la relevancia, objetivos y perspectiva teórica y metodológica. Debe presentarse en español e inglés.
- Palabras clave. Mínimo 3, máximo 5. Presentarlas en español e inglés.
- Introducción. En ella se amplía el problema o tema estudiado y su relevancia; los objetivos y perspectiva teórica y metodológica utilizada, se enuncia la

discusión o algunos resultados de la investigación y se presenta la estructura del artículo.

- Desarrollo del artículo. Se ajustará al tipo de artículo.
- Conclusiones, resultados, hallazgos, recomendaciones o discusiones, esto según el tipo de artículo.
- Referencias.

La presentación del artículo se debe ajustar a los siguientes aspectos formales:

- Utilizar solo el Sistema de citación APA, versión 2006.
- La extensión del artículo es de máximo 25 páginas incluyendo referencias.
- Usar en todo el artículo el tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, interlineado 1.5, hoja tamaño carta, márgenes de 2.5 cm; los pie de página en Times New Roman, tamaño 10. Las citas directas superiores a 40 palabras, van en tamaño 11.
- Formato Microsoft Word 97-2003.

Algunos parámetros para la citación de autores, atendiendo al uso del sistema de citas APA (Asociación Americana de Psicología), versión 6

Cita directa: entre paréntesis el apellido del autor, el año de publicación de la obra y la página citada. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, p. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis incluye solo el año y la página. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011, p. 3).

- Cita directa inferior a 40 palabras: se escribe inmersa en el texto y entre comillas, seguida de la información de la fuente, sin cursiva.
- Cita directa superior a 40 palabras: se inicia un nuevo párrafo, antecedido por dos puntos (:) aparte, con 1 cm. de sangría, sin comillas y tamaño de letra 11, sin cursiva.
- Reglas según autores. Cuando son dos autores, se separan los apellidos por “&”, ejemplo: (Quiceno & Hernández, 2009, p. 10). Cuando son tres a cinco autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, las subsiguientes incluyen solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).

- En el caso de las normas jurídicas y textos religiosos, tenga en cuenta la Norma Técnica Colombiana –NTC- 5613.
- Cita de artículo *on line* con DOI. Según las normas APA, el DOI “es un código único que tienen algunos artículos extraídos de bases de datos en la web. Cuando el artículo tiene DOI se omite la URL y la fecha de recuperación del artículo”. Al elaborar la cita, incluya al final el DOI.
- Cita de artículo *on line* sin DOI. En este caso se incluye al final la URL.
- Citas textuales de material en línea sin paginación. Indique el autor, año y número de página entre paréntesis. Si la fuente no tiene las páginas, utilice el número del párrafo utilizando abreviación (párr.).
- Al final del artículo se incluye en **Referencias** las fuentes usadas en el contenido del artículo y en **Bibliografía consultada**, otros textos que hayan sido revisados y no citados.
- Cita de entrevistas. Apellidos, iniciales del nombre del entrevistado. (Día, mes y año en que se realizó la entrevista). Título dado a la entrevista (Testimonio). (Inicial del nombre. Apellido, Entrevistador). Lugar donde se realiza la entrevista. Se registran solo los datos autorizados por el entrevistado (a).

A continuación se ofrecen algunos ejemplos de referencias.

Libro

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellidos, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Capítulo de libro colectivo

Apellidos, A. A. & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

Artículo de revista

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Título de la publicación*, volumen (número), pp. xx-xx. DOI: xx.xxxxxxx

Documentos institucionales

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo*, 2012. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Tesis

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

Documento electrónico

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01), 1-27. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Sentencias nacionales

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-230 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Consejo de Estado, Radicación 10009987765555, 5 de septiembre (2010)

Sentencias internacionales

Nombre v. Nombre, Dato identificador (Año)

Periódico

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Entrevista

Jiménez González, G. (14 de noviembre de 2014). Testimonio. (M. Suárez, Entrevistador) Pereira, Risaralda, Colombia.

Conversación con mujer desplazada. (12 de febrero de 2013). (J. Benítez, Entrevistadora). Apartadó, Antioquia, Colombia.

Proceso de selección, arbitraje y edición para publicación

- Los autores reciben comunicación de recepción de los artículos.
- El editor revisa el artículo según los términos de referencia y la política editorial, si lo encuentra necesario, devuelve el texto a los autores para correcciones.
- Si el artículo cumple con los términos de referencia y la política editorial, el director/editor y el Comité Editorial proceden a la designación de evaluadores.
- El editor consulta a los evaluadores su disposición a servir de árbitros.

- El editor remite el artículo a los árbitros nombrados con la guía para revisión por pares.
- Recibida la evaluación, el editor y el Comité Editorial deciden sobre la publicación o no del artículo, lo cual se le comunicará al autor.
- Seleccionado el artículo para publicación, se realiza la edición del texto y se remite al autor para que verifique la fidelidad al texto y adicione la información que sea necesaria.
- Corregido el artículo por el autor lo devuelve a la revista en el término que se le indique.

Responsabilidades éticas de los autores

- Garantizar mediante texto escrito que: 1) el artículo es de su autoría; ii) los soportes para su construcción fueron obtenidos de manera ética; iii) no ha publicado el artículo en otra revista impresa o virtual, evento académico o científico.
- Respetar los derechos de autor, por tanto, las citas cortas, extensas o paráfrasis deben estar debidamente referenciadas. La información obtenida a través de entrevistas, conversaciones, observaciones, grupos de discusión o cualquiera otra técnica de registro y recolección de información, deben tener la autorización expresa para su empleo dentro del texto y contar con los consentimientos informados.
- Evitar el plagio, esto constituye una conducta académica no ética que da lugar al rechazo de plano del artículo correspondiente.
- Evitar el exceso y abuso de las autocitas.
- Cumplir con la revisión del artículo por parte de todos los autores, de tal manera que la versión final sea aprobada por todos para evitar conflictos de intereses con respecto a los porcentajes de coautoría o con relación al contenido publicado.
- Reconocer las fuentes y tipo de financiación para la ejecución del proyecto.
- Informar de manera oportuna al editor cualquier error que advierta en el texto para proceder a enmendarlo antes de su publicación definitiva.
- Tener en sus archivos los Consentimiento informados utilizados en la investigación.
- Garantizar la veracidad de los datos utilizados en el artículo
- Mantener y respetar el rol asumido en los proyectos de investigación no suplantando a otros.
- Mantener la reserva de la información suministrada bajo estricta confidencialidad.

Instructions to authors submitting articles for the *Estudios de Derecho* journal

Permanent call for papers

The Faculty of Law and Political Science of Universidad de Antioquia, invites both national and international academic community to submit their papers for evaluation and publication in the *Estudios de Derecho* journal. The journal is aimed at professionals and researches interested in disclosing and knowing, in an essential and priority manner, research findings on topics related to Law and Political Science and Social Sciences, from any perspective. Papers are permanently received, by the *Open Journal System* through registering on:

<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>.

The *Estudios de Derecho* journal from the Faculty of Law and Political Science of Universidad de Antioquia, with ISSN 0120-1867, is found in the bibliographic databases IBSS, Sociological Abstracts, Category B in the Publindex (Colciencias), CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest Social Science and Scielo.

Priority will be given to papers resulting from research which according to Colciencias² are:

Research paper: Document that presents in detail the original results of completed research projects. The structure generally used contains four important sections: introduction, methodology, findings and conclusions.

Reflection paper: Document that presents results of completed research from an analytical, interpretative or critical perspective of the author, on a specific subject, resorting to original sources.

Review paper: Document resulting from a completed research where published or unpublished research findings are analyzed, systematized and integrated, on a field of science or technology, in order to account for the progress and development trends. It is characterized by presenting a careful bibliographic review of at least 50 references.

It is worth noting that according to the same documents Colciencias:

2 Guidance document of Indexing Service of Colombian Science, Technology and Innovation Serial Journals -2010, 2013.

In no case <<research and innovation articles>> will be accepted as contributions like publications not derived from research, abstracts, conference papers, letters to the editor, book reviews, bibliographies, institutional newsletters, editorials, obituaries, news or translations of articles already published in other journals, opinion or situation columns, and the like (this even applies in cases where it is documented that the mentioned type of contribution has been subject to peer reviews).

Those interested in postulating their papers are encouraged to read the following **instructions**:

The authors will submit their papers addressing the reference terms set forth herein, otherwise, the paper will be sent back for the appropriate settings; likewise, they will also forward a record attesting that the paper is their own work, which has not been submitted to other journals simultaneously and that it is unpublished - except the texts that have been published in other languages (in this case, reference should be made to the initial publication) -.

Once the paper is approved for publication, they must fill out a format that they will receive from the journal's directions in order to cease their property rights; there they will authorize reproduction of the paper, its distribution, marketing and dissemination by any means, printed or electronic, including internet. The paper in its structure should have:

- Title, subtitle, if any, and abstract, written in Spanish or English.
- Title footer in which is indicated: 1) paper type, 2) title of the research project from which it is derived; 3) group and research line; 4) main researcher's name and of co-researchers; 5) institutions that financed the project; and 6) date of research completion.
- Full names of the author or authors. In footnote: 1) institutional affiliation; 2) academic training; 3) group and research line to which the author belongs; 4) e-mail address.
- Paper summary of 200 words. It contains a brief description of the problem or issue, its relevance, its objectives and theoretical and methodological perspective. It must be written in Spanish or English.
- Keywords. Minimum 3, maximum 5. Given in Spanish or English.
- Introduction. In which the problem or issue studied and its relevance is extended; the objectives and theoretical and methodological perspectives used, the discussion of research findings are enunciated and the paper's structure is presented.

- Development of the paper. It will conform to the paper type.
- Conclusions, results, findings, recommendations or discussions, this according to the paper type.
- References.

Paper submission must conform to the following formal aspects:

- Use only the APA citation system, version 2006.
- The length of the paper is maximum 25 pages including references.
- Use throughout the paper the font Times New Roman, size 12, line spacing 1.5, letter sheet, margins 2.5 cm; footnotes in Times New Roman, size 10. Direct quotations over 40 words in size 11.
- Microsoft Word 97-2003 format.

Some parameters for citation of authors, considering the use of APA citation system (American Psychological Association), version 6

Direct citations: the author's last name should be written in parenthesis along with the year of publication and the page being cited. Example: "The importance of properly citing in indexed journals" (Quiceno, 2011, p. 3). If the author's last name has already been mentioned in the text, the citation in parentheses should include only year and page. Example: According to Quiceno (2011, p. 3).

- Direct quotations of less than 40 words: they should be written inside the text and surrounded by quotation marks and followed by the information regarding the source, no italics.
- Direct quotations above 40 words: they should be placed in a new paragraph and the preceding sentence should end with a colon (:). In addition, said paragraph should be indented (1 cm), the text should be normal (no italics, no quotation marks), and its font size should be 11.
- Rules regarding authors. When there are two authors, their last names should be separated by an ampersand (&), for example: (Quiceno & Hernández, 2009, p. 10). When there are three to five authors, the first citation should include all last names; any subsequent citations include only the first last name followed by the words *et al.* Example: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).
- In the case of legal norms and religious texts, consider the Colombian Technical Standard -NTC- 5613.

- Citing *on-line* papers with DOI. According to the APA guidelines, the DOI “is a unique code belonging to some papers obtained from databases on the web. When the paper has a DOI, the URL and date of retrieval are omitted from the reference. Include the DOI at the end of a citation.
- Citing *on line* papers without DOI. In this case, the URL should be included at the end.
- Verbatim citations from material online without paging. Indicate the author, year and page number in parentheses. If the source does not have pages, use the paragraph number using abbreviation (para).
- At the end of the paper it is included in the **References** the sources used in the paper’s content and in **Consulted Bibliography**, other texts that have been reviewed and not cited.
- Citing interviews. Interviewee’s last names and initials. (Day, month and year in which the interview was conducted). Title given to the interview (Testimony). (First name initials. Last name, interviewer). Place where the interview was conducted. Data only authorized by the interviewee are recorded.

Here some examples of references are provided.

Book

Last name, A. A. (Year). *Title*. City: Publisher.

Last name, A. A. (Year). *Title*. Retrieved from <http://www.xxxxxx.xxx>

Last name, A. A. (Year). *Title*. DOI: xx.xxxxxxxx

Last name, A. A. (Ed.). (Year). *Title*. City: Publisher:

Collective book chapter

Last name, A. A. & Last name, B. B.(year). Chapter or entry title. In Last name, A. A. (Ed.), *Book title* (pp. xx-xx). City: Publisher:

Journal Article

Last name, A.A., Last name, B. B. & Last name, C. C. (Date.) Paper title. *Journal title*, volume (number), pp. xx-xx. DOI: xx.xxxxxxx

Institutional documents

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012* . Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Retrieved from <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Thesis

Last name, A. A. (Year). *Title*. (Unpublished undergraduate or graduate thesis in ---Law --- Sociology ----- Psychology ---etc-----). Institution name, Location.

Electronic document

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01), 1-27. Retrieved from <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

National sentences

Constitutional Court of Colombia, Sentence C-230 (2010)

Supreme Court of Justice, sentence file No. 45987 (2011)

State Council, File No. 10009987765555, September 5 (2010)

International Sentences

Name v. Name, Identifying data (Year)

Newspaper

Kalmanovitz, S. (January 06, 2013). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Retrieved from <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Interview

Jiménez González, G. (November 14, 2014). Testimony. (M. Suárez, Interviewer) Pereira, Risaralda, Colombia.

Conversation with a displaced woman. (February 12, 2013). (J. Benítez, Interviewer). Apartadó, Antioquia, Colombia.

Selection process, arbitration and editing for publication

- Authors receive communication of receipt of their papers.
- The editor revises papers according to the terms of reference and editorial policy, if deemed necessary he sends back the text for the authors to make corrections.
- If the paper meets the terms of reference and editorial policy, the director/publisher and the Editorial Committee proceed to appoint the evaluators.
- The editor consults the evaluator's willingness to serve as arbitrators.
- The editor sends the paper to the appointed arbitrators with the guidance for peer review.

- Upon receipt of the evaluation, the editor and the Editorial Committee decide on the publishing of the paper, which will be communicated to the author.
- Selected the paper for publication, text editing is done and it is send to the author to verify fidelity to the text and add necessary information.
- Once the paper is corrected by the author he sends it back to the journal within the term directed.

Ethical responsibilities of authors

- Ensure through written text that: 1) the paper is his own work; ii) stands for its construction were obtained in an ethical manner; iii) he has not published the paper in another printed or virtual journal, academic or scientific event.
- Respect copyright, therefore, short quotes, long ones or paraphrased must be properly referenced. Information obtained through interviews, conversations, observations, discussion groups or any other recording technique and data collection must have the express authorization for use within the text and the informed consent.
- Avoid plagiarism: it is an unethical academic behavior that leads to outright rejection of the corresponding paper.
- Avoid excess and abuse of self-citations.
- Comply with the review of the paper by all the authors, so that the final version is approved by all to avoid conflicts of interests regarding the percentage of co-authorship or in relation to content published.
- Recognize the sources and types of funding for project implementation.
- Report timely to the editor any errors in the text to proceed to amend them before final publication.
- Have in your files the informed consent used in the research.
- Ensure the accuracy of the data in the paper.
- Maintain and respect the role assumed in research projects not impersonating others.
- Keep confidential the information provided under strict confidentiality.

Instruções aos autores para a submissão de artigos à revista *Estudios de Derecho*

Convite permanente

A Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia, convida a comunidade acadêmica nacional e internacional para submeterem os seus artigos para avaliação e publicação na revista *Estudios de Derecho*. A revista está voltada para profissionais e pesquisadores interessados em divulgarem e conhecerem, de maneira essencial e prioritária, resultados de pesquisas em temas relacionados com o Direito e a Ciência Política e as Ciências Sociais, desde qualquer perspectiva. Artigos são recebidos permanentemente, por meio do *Open Journal System* cadastramento em: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>.

A revista *Estudios de Derecho* da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia, com ISSN 0120-1867, encontra-se nas bases bibliográficas IBSS, Sociological Abstracts, Categoria B no Publindex (Colciencias), CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest Social Science e Scielo.

Artigos decorrentes de pesquisas terão prioridade, os quais segundo Colciencias³ são:

Artigo de pesquisa: Documento que apresenta, de maneira pormenorizada, os resultados originais de projetos concluídos de pesquisa. A estrutura geralmente utilizada contém quatro partes importantes: introdução, metodologia, resultados e conclusões.

Artigo de reflexão: Documento que apresenta resultados de pesquisas concluídas desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, sobre um tema específico, mediante fontes originais.

Artigo de revisão: Documento decorrente de uma pesquisa concluída no qual se analisam, sistematizam e integram os resultados de pesquisas publicadas ou não publicadas, sobre um campo em ciência ou tecnologia, visando informar dos avanços e das tendências de desenvolvimento. Caracteriza-se por apresentar uma cuidadosa revisão bibliográfica de pelo menos 50 referências.

É conveniente salientar que segundo os mesmos documentos Colciencias:

3 Documento Guia do Serviço de Indexação de Revistas Seriadadas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas -2010, 2013.

Em caso algum serão aceitos como <<artigo de pesquisa e inovação>> contribuições como publicações não decorrentes de pesquisa, resumos, comunicações em congressos, cartas ao editor, resenhas de livros, bibliografias, boletins institucionais, notas editoriais, necrologias, notícias ou traduções de artigos já publicados em outro meio, colunas de opinião ou conjuntura, e similares (isto aplica ainda nos casos em que for documentado que os mencionados tipos de contribuição têm sido objeto de avaliação por pares).

Convidamos os interessados em submeter seus artigos a lerem as seguintes **instruções**:

Os autores enviarão os seus artigos respeitando os termos de referência aqui expressos, caso contrário, o artigo será devolvido para os ajustes correspondentes; do mesmo modo, deverá enviar um atestado indicando que o texto é da sua autoria, que não tem sido submetido a outra revista simultaneamente e que é inédito -exceto os textos que tenham sido publicados em outros idiomas (nesse caso deverá fazer-se referência à publicação inicial)-.

Após aprovação da publicação do artigo, os autores deverão preencher o formato que enviará a diretoria da revista para a cessão dos direitos patrimoniais; nele autorizarão a reprodução do artigo, a sua distribuição, comercialização e divulgação por qualquer meio, impresso ou eletrônico, incluída a internet. O artigo deve conter na sua estrutura:

- Título, subtítulo se tiver, e resumo, tudo em espanhol e inglês.
- Nota de rodapé ao título indicando: 1) tipo de artigo, 2) título do projeto de pesquisa do qual decorre; 3) grupo de pesquisa e linha; 4) nome do pesquisador principal e dos copesquisadores; 5) instituições que financiaram o projeto; e 6) data de conclusão da pesquisa.
- Nomes e sobrenomes do autor ou autores. Na nota de rodapé: 1) filiação institucional; 2) formação acadêmica; 3) grupo e linha de pesquisa ao qual pertence o autor, 4) endereço eletrônico.
- Resumo do artigo no máximo de 200 palavras. Contém uma descrição breve do problema ou tema, a relevância, objetivos, e perspectiva teórica e metodológica. Deve ser apresentado em espanhol e inglês
- Palavras-chave. Mínimo 3, máximo 5. Devem ser apresentadas em espanhol e inglês.
- Introdução. Nela, amplia-se o problema ou tema estudado e a sua relevância, os objetivos e perspectiva teórica e metodológica empregada, enuncia-se a discussão ou alguns resultados da pesquisa e se apresenta a estrutura do artigo.
- Desenvolvimento do artigo. Deverá ser ajustado ao tipo de artigo.

- Conclusões, resultados, descobertas, recomendações ou discussões, isto de acordo com o tipo de artigo.
- Referências.

A apresentação do artigo deve-se ajustar aos seguintes aspectos formais:

- Utilizar só o Sistema de citação APA, versão 2006.
- A extensão do artigo é de no máximo 25 páginas incluindo referências.
- Usar em todo o artigo o tipo de fonte Times New Roman, tamanho 12 pontos, espaçamento 1,5, folha tamanho carta, margens de 2,5 cm; notas de rodapé em Times New Roman, tamanho 10. As citações diretas superiores a 40 palavras, irão em tamanho 11.
- Formato Microsoft Word 97-2003.

Alguns parâmetros para a citação de autores, obedecendo ao uso do sistema de citações APA (Associação Americana de Psicologia), versão 6

Citação direta: entre parênteses o sobrenome do autor, o ano de publicação da obra e a página citada. Exemplo: “A importância de citar em revistas indexadas de maneira adequada” (Quiceno, 2011, p. 3). Se o sobrenome do autor já tiver sido indicado no texto, a citação entre parênteses incluirá só o ano e a página. Exemplo: Como afirma Quiceno (2011, p. 3).

- Citação direta inferior a 40 palavras: escreve-se dentro do texto e entre aspas, seguida da informação da fonte, sem itálico.
- Citação direta superior a 40 palavras: inicia-se um novo parágrafo, precedido por dois pontos (:) à parte, com 1 cm de recuo, sem aspas e tamanho de fonte 11 pontos, sem itálico.
- Regras segundo os autores. Quando são dois autores, separam-se os sobrenomes com “&”, exemplo: (Quiceno & Hernández, 2009, p. 10). Quando são três a cinco autores, a primeira citação deverá indicar todos os sobrenomes, as sucessivas incluem só o primeiro sobrenome, seguido das palavras *et al.* Exemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).
- No caso das normas jurídicas e textos religiosos, tenha em mente a Norma Técnica Colombiana -NTC- 5613.
- Citação de artigo *on line* com DOI. Segundo as normas APA, o DOI “é um código único que têm alguns artigos extraídos de bases de dados na web.

Quando o artigo tem DOI omite-se a URL e a data de recuperação do artigo”. Ao elaborar a citação, inclua ao final o DOI.

- Citação de artigo *on line* sem DOI. Neste caso inclui-se no final a URL.
- Citações textuais de material em linha sem paginação. Indique o autor, ano e número de página entre parênteses. Se a fonte não tem o número da página, utilize o número do parágrafo utilizando abreviação (parág.).
- No final do artigo incluem-se em **Referências** as fontes usadas no conteúdo do artigo e em **Bibliografia consultada**, outros textos que tenham sido revisados e não citados.
- Citação de entrevistas. Sobrenomes, iniciais do nome do entrevistado. (Dia, mês e ano em que foi realizada a entrevista). Título dado à entrevista (Depoimento). (Inicial do nome. Sobrenome, Entrevistador). Lugar onde é realizada a entrevista. Registram-se só os dados autorizados pelo entrevistado (a).

A seguir oferecem-se alguns exemplos de referências.

Livro

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. Cidade: Editora.

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Sobrenomes, A. A.(Ano).*Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Sobrenomes, A. A. (Ed.). (Ano). *Título*. Cidade: Editora.

Capítulo de livro coletivo

Sobrenomes, A. A. & Sobrenomes, B. B. (Ano). Título do capítulo ou a entrada. Em Sobrenomes, A. A. (Ed.), *Título do livro* (pp. xx-xx). Cidade: Editora.

Artigo de revista

Sobrenomes, A. A., Sobrenomes, B. B. & Sobrenomes, C. C. (Data). Título do artigo. *Título da publicação*, volume (número), pp. xx-xx. DOI: xx.xxxxxxxx

Documentos institucionais

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Tese

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. (Tese inédita de graduação, mestrado ou doutorado em ---Direito --- Sociologia ----- Psicologia ---etc.----). Nome da instituição, Localização.

Documento eletrônico

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01), 1-27. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Sentenças nacionais

Corte Constitucional Colômbia, Sentença C-230 (2010)

Corte Suprema de Justiça, Sentença arquivo n° 45987 (2011)

Conselho de Estado, Arquivo n° 10009987765555, 5 de setembro (2010)

Sentenças internacionais

Nome v. Nome, Dado identificador (Ano)

Jornal

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de janeiro). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Entrevista

Jiménez González, G. (14 de novembro de 2014). Depoimento. (M. Suárez, Entrevistador) Pereira, Risaralda, Colômbia.

Conversação com mulher deslocada. (12 de fevereiro de 2013). (J. Benítez, Entrevistadora). Apartadó, Antioquia, Colômbia.

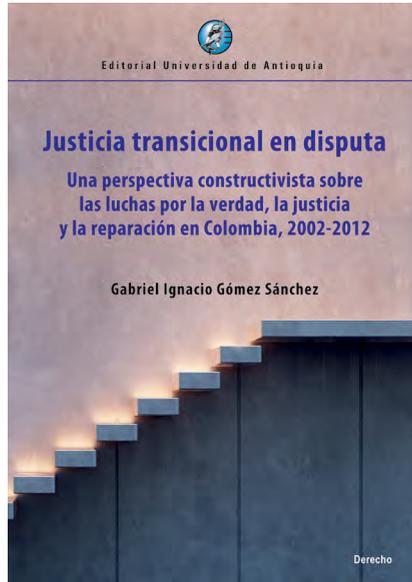
Processo de seleção, arbitragem e edição para publicação

- Os autores recebem comunicação de recepção dos artigos.
- O editor revisa o artigo segundo os termos de referência e a política editorial, se ele achar necessário, devolverá o texto aos autores para correções.

- Se o artigo cumpre com os termos de referência e a política editorial, o diretor/ editor e o Comitê Editorial procedem à nomeação de avaliadores.
- O editor consulta a disposição dos avaliadores para servirem de árbitros.
- O editor remete o artigo aos árbitros nomeados com o guia para revisão por pares.
- Recebida a avaliação, o editor e o Comitê Editorial decidem sobre a publicação ou não do artigo, o qual será comunicado ao autor.
- Após a seleção do artigo para publicação, realiza-se a edição do texto e se envia ao autor para que confira a fidelidade ao texto e acrescente a informação que for necessária.
- Corrigido pelo autor, o artigo deverá ser devolvido à revista no termo que lhe for indicado.

Responsabilidades éticas dos autores

- Garantir mediante texto escrito que: i) o artigo é da sua autoria; ii) os suportes para a sua construção foram obtidos de maneira ética; iii) o artigo ainda não foi publicado em outra revista impressa ou virtual, evento acadêmico ou científico.
- Respeitar os direitos de autor, portanto, as citações curtas, extensas ou paráfrases devem estar devidamente referenciadas. As informações obtidas através de entrevistas, conversações, observações, grupos de discussão ou qualquer outra técnica de registro e coleta de informações, devem ter a autorização expressa para o seu uso dentro do texto e contar com os consentimentos informados.
- Evitar o plágio, isto constitui uma conduta acadêmica não ética que dá lugar à recusa total do artigo correspondente.
- Evitar o excesso e abuso das autocitações.
- Cumprir com a revisão do artigo por parte de todos os autores, de tal maneira que a versão final seja aprovada por todos para evitar conflitos de interesses no que respeita às porcentagens de coautoria ou em relação ao conteúdo publicado.
- Reconhecer as fontes e tipo de financiamento para a execução do projeto.
- Informar de maneira oportuna ao editor qualquer erro que advirta no texto para proceder à sua correção antes da sua publicação definitiva.
- Ter nos seus arquivos os Consentimentos informados utilizados na pesquisa.
- Garantir a veracidade dos dados empregados no artigo
- Manter e respeitar o papel assumido nos projetos de pesquisa não suplantando outros.
- Manter a reserva da informação fornecida sob estrita confidencialidade.



Justicia transicional en disputa Una perspectiva constructivista sobre las luchas por la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, 2002-2012

Gabriel Ignacio Gómez Sánchez. Derecho

274 p. Rústica. 17 x 24 cm. ISBN: 978-958-714-615-8.

Temas: Colombia (2002-2012); Administración de justicia, Colombia (2002-2012); Verdad, justicia y reparación, Colombia (2002-2012); Justicia restaurativa; Justicia transicional; Procesos de paz, Colombia (2002-2012)

Justicia transicional en disputa. Una perspectiva constructivista sobre las luchas por la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, 2002-2012 muestra que la justicia transicional no solo es obra de intelectuales del derecho, legisladores y jueces

Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXXIII. N° 161, enero - junio de 2016.
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia

que proponen y diseñan normas, sino de los actores sociales y políticos que, a través de su militancia, inciden en la definición y la delimitación del sentido y el alcance de tales normas. Más que un dato externo que se aplica de manera instrumental a una realidad dada, el derecho es un fenómeno discursivo y comunicacional, que se construye a través de su propio proceso de aplicación, en el cual intervienen distintos actores sociales y políticos en disputa. Así pues, la justicia transicional no debe ser entendida como una normatividad internacional, importada hace un par de décadas y luego aplicada sin más a la realidad del país, sino como un discurso jurídico adaptado y reconstruido a través de la confrontación pública de posiciones e intereses políticos en disputa, en un momento específico de la historia del país.

Mauricio García Villegas

El autor

Gabriel Ignacio Gómez Sánchez

Magíster en Instituciones Jurídicas por la Universidad de Wisconsin-Madison y doctor en Estudios de Justicia por la Universidad Estatal de Arizona. Profesor asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia e investigador del Grupo Derecho y Sociedad, adscrito a la misma Universidad. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran artículos de revista acerca de la justicia transicional y de los derechos de las víctimas en tales procesos.

ESTUDIOS DE DERECHO



Suscripción nacional

Nombre _____
Documento _____
Departamento _____
Dirección _____
Teléfono _____
Ciudad _____
Correo electrónico _____

Fecha de la suscripción _____
Firma del suscriptor _____
Consignación N.º _____
Efectivo _____

Consignación

Valor de la Suscripción anual \$20.000

Cuenta de ahorros BANCOLOMBIA 1053-7037272

A nombre de la Universidad de Antioquia

*Para surtir el proceso de suscripción deberá enviarse este cupón al correo electrónico:

revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N.º 53-108, Bloque 14, Oficina 106

Teléfono: 219 58 60 – 219 58 61

Email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>

ESTUDIOS DE DERECHO



International subscription

Name _____
Identification _____
Country _____
City _____
Address _____
Telephone number _____
Postal code _____
Email _____

Intermediary bank

Citibank New York
111 Wall street New York,
N.Y. 10103
ABA: 021000089
Swift: Citius 33

Paying bank

Bancolombia Colombia
Bank Count Citibank of New
York: 36006658
Swift: Colocobm
CHIPS UID: CH005211

Deposit

Cost of the annual subscription USD \$30

Checking account BANCOLOMBIA Colombia **001-980040-25**

Universidad de Antioquia Nit: # 890.980.040

*To accomplish the subscription process you have to send this checking account in an email to this address: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N° 53-108, Bloque 14, Oficina 111

Teléfono: 219 58 60 – 219 58 61

Email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>

Se terminó de imprimir en la editorial
L. Vieco S.A.S.
en el mes de junio de 2016